

*As obrigações de votar segundo instruções de terceiro no Direito das sociedades**

DR. NUNO TRIGO DOS REIS

SUMÁRIO: § 1. Introdução. § 2. As obrigações de votar segundo instruções de terceiro: fenomenologia. § 3. Alguns argumentos contra a admissibilidade da influência de terceiros no exercício do direito de voto: 3.1. O interesse da sociedade; 3.2. A incindibilidade da participação social; 3.3. O chamado «princípio da correlação entre domínio e responsabilidade». § 4. A eficácia das obrigações de votar segundo as instruções de terceiros: 4.1. Generalidades; 4.2. Recusa do princípio da soberania societária como critério de sindicância da validade de vinculações de voto assumidas perante terceiros; 4.3. A analogia com as outras constelações típicas de atribuição a um terceiro de poderes de determinação do voto. A limitação dos efeitos das obrigações de votar de conteúdo não determinado assumidas diante de terceiros; 4.4. Relevância do consentimento dos restantes sócios para a conclusão de acordos parassociais com terceiros. Em particular, as obrigações de voto contrárias a cláusulas de restrição à transmissibilidade de participações sociais; 4.5. Efeitos de um acordo fundamentador de uma obrigação de voto contrária ao dever de lealdade; 4.6. O problema das instruções de voto associadas à modificação do texto dos estatutos; 4.7. O significado da proibição do exercício do voto em contrapartida de vantagens especiais no contexto das vinculações parassociais perante terceiros. § 5. Conclusões.

* O presente estudo corresponde ao desenvolvimento de um capítulo da intervenção do autor em 16 de Abril de 2009 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Direito das Sociedades naquela Faculdade, subordinada ao tema «O Direito das Sociedades e a crise de 2008/2010», sob coordenação do Senhor Professor Doutor António Menezes Cordeiro.

Deixamos aqui uma palavra de agradecimento ao Senhor Professor Doutor António Menezes Cordeiro pelo convite à participação no referido Curso, bem como à Senhora Professora Doutora Paula Costa e Silva, à Professora Doutora Ana Perestrelo de Oliveira e à Dr.^a Oriana Que-
luz pelos comentários e sugestões oferecidos.

§ 1. Introdução

Em ordens jurídicas diferentes da nossa, em particular na alemã¹, têm sido amplamente discutidos a admissibilidade e os limites à conclusão de acordos parassociais de voto com terceiros não sócios. O aspecto fundamental do problema, e que serve de elemento delimitador do espaço da controvérsia, ainda que nem sempre assumido de forma expressa, consiste na possibilidade de um terceiro não sócio determinar o sentido do exercício do direito de voto pertencente ao sócio. O escopo da presente investigação esgota-se nesta descrição do problema. Esta razão pode contribuir para o sentido, algo impreciso, do título adoptado: serão merecedores de idêntica atenção aqueles contratos nos termos dos quais um sócio se obriga perante um terceiro a votar no sentido indicado pelo segundo e aqueles outros em que o terceiro é estranho ao próprio contrato fundamentador da vinculação de voto². A título introdutório, deve, ainda, ser referido que a atenção despendida ao tema pela doutrina nacional é praticamente inexistente³. As razões para isto são comuns à escassez rela-

¹ V. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*⁴, Carl Heymanns, Köln, 2002, 508 ss..

² Independentemente de se saber se o terceiro é ou não titular de um verdadeiro direito de determinação do sentido do voto, susceptível de ser exercido contra o obrigado, i.e., se se trata de um verdadeiro contrato parassocial de voto a favor de terceiro (artigos 443.º ss. do Cód. Civil).

³ A validade dos acordos parassociais de voto celebrados com terceiros parece ser admitida pela maioria da doutrina comercialista portuguesa. O reconhecimento da validade de tais acordos é, nas mais das vezes, feito de modo *implícito* e é inferido a partir da respectiva integração numa tipologia de acordos parassociais (assim, MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais de voto no direito português*, Univ. Católica Ed., Lisboa, 1998, 39-42; A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*², I, Almedina, Coimbra, 2007, 586, «[...] normalmente para adquirirem opções de compra ou para as mais variadas combinações relacionadas com a sociedade em jogo»), ou na asserção de que os mesmos não são directamente regulados pelo artigo 17.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais, de onde não poderia, contudo, ser retirada um juízo no sentido da sua invalidade (RAÚL VENTURA, *Estudos vários sobre sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 1996, 13; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais de voto...*, 147, considerando aplicável, por analogia, o disposto no artigo 17.º a este categoria de acordos parassociais, por não fazer sentido entender que estes pudessem deixar de estar sujeitos às limitações estabelecidas no n.º 2, *in fine* e do n.º 3, embora reconhecendo que a «omissão de qualquer referência a acordos parassociais em que intervenham terceiros poderá reflectir algum desfavor relativamente a esse tipo de acordos [...]»). A aceitação, à partida, da tese da admissibilidade das vinculações de voto merece o nosso acordo, não só porque corresponde a certo pré-entendimento do problema e permite satisfazer certa intuição moral favorecedora da permissão de celebração de contratos deste tipo, mas porque a aceitação da autonomia privada, entendida como uma permissão geral de agir, não seria compatível com outra formulação do problema e de *hipótese* para a investigação. Contudo, a quase total ausência de discussão dos argumentos a favor da tese contrária contribuiu para que não se

tiva de textos sobre parassocialidade⁴: no essencial, a discussão em torno dos acordos parassociais de voto reduziu-se à questão da sua admissibilidade, a qual só veio a ser resolvida, em termos definitivos, com o surgimento do Código das Sociedades Comerciais actualmente vigente. Simultaneamente, as esparsas referências jurisprudenciais não deixam de indiciar hesitações na determinação do regime aplicável a este tipo de acordos parassociais de voto.

O ponto de partida para o problema reside na asserção de que os terceiros não são parte do contrato de sociedade e, como tal, não comungam da finalidade comum a todos os sócios, não se encontram integrados na organização de meios de que se a sociedade se reveste nem tão-pouco suportam o risco de capital próprio do sócio. Surgem com grande frequência, por esta razão, olhares de desconfiança perante as vinculações de voto mediadoras de influência externa à própria sociedade. Como fundamento para a sua inadmissibilidade ou para as restrições à sua validade⁵, são invocados inúmeros argumentos, os quais

obtivesse uma confirmação racional mais sólida daquela conclusão. Isto é posto em evidência quando boa parte dos AA. citados aceitam como fundamento de invalidade de acordos parassociais entre sócios argumentos que valem por maioria de razão, no campo dos parassociais acordados com terceiros: assim sucede com o chamado princípio da correlação entre capital e risco e o princípio da tipicidade de Direito das sociedades. Mais importante, contribuiu para que se deixasse «na sombra» o problema, mais delicado, da *extensão* e dos *limites* à conclusão de acordos parassociais de voto com terceiros. No que respeita especificamente ao problema da admissibilidade das orientações de voto provenientes de não sócios, uma excepção deve ser reconhecida a RAÚL VENTURA: não obstante sublinhar a distinção entre orientação e emissão do voto, o A. conclui pela ilicitude dos acordos que retiram ao completamente ao accionista participação naquela orientação, os quais seriam acabariam por ser equiparados à proibida cessão do voto (*Estudos vários...*, cit., 87 ss.) e, mais recentemente, a A. SOVERAL MARTINS, *As cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das acções – Sobre os artigos 328.º e 329.º do CSC*, Almedina, Coimbra, 2006, 589 ss. (sobre o problema da admissibilidade dos acordos parassociais de voto que visem contornar as limitações constantes do contrato de sociedade). Os argumentos que concorrem para a conclusão pela admissibilidade geral, bem como os casos que constituem excepção a esta regra serão vistos com pormenor ao longo do presente trabalho.

⁴ Cf., p.ex., MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais de voto...*, cit., 18.

⁵ Pronunciam-se no direito alemão, em favor da admissibilidade das vinculações de voto perante terceiros, entre outros: A. HUECK, «Stimmbindungsverträge bei Personengesellschaften», *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, I, Beck, München, /Berlin, 1965, 401; B. GRÜNEWALD, *Gesellschaftsrecht*⁶, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, 39 (nota 26); LUTTER/GRÜNEWALD, «Zur Umgehung von Vinkulierungsklauseln in Satzungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung», *AG*, 1989, 111; U. NOACK, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, J. C. B. Tübingen, 1994, 149; C. RODEMANN, *Stimmbindungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Deutschlands, Englands, Frankreichs und Belgiens – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, C. Heymanns, Köln, 1998, 27 ss.; W. ZÖLLNER, «Zu Shranken und Wirkung von Stimmbindungsverträgen, insbesondere bei der GmbH», *ZHR*, 155 (1991), 180 ss.; S. GRUNDMANN, *Großkom-*

partem mais de normas de direito das sociedades do que de direito privado comum: o alegado princípio da soberania societária; o princípio da correlação entre domínio e responsabilidade (ou entre propriedade e risco); o princípio da indivisibilidade da participação social, e consequentemente, da incidibilidade do direito de voto; o princípio da prossecução do interesse social; a necessidade de tutela dos direitos do próprio sócio; a necessidade de tutela dos outros sócios e da própria sociedade; a necessidade de tutela da confiança de terceiros (*maxime*, credores) e da ordem pública societária; o princípio da tipicidade das formas de organização societária⁶.

mentar zum AktG, De Gruyter, Berlin, 2008, § 136, Ndr. 84, 220-1; N. WINKLER, *Das Stimmrecht der Aktionäre in der Europäischen Union*, de Gruyter, Berlin, 2006, 31-2 (e n. 207). Contudo, a doutrina mais recente não deixa de apontar restrições a tal admissibilidade: A. HERFS, *Einwirkung Dritter auf den Willensbildungsprozeß der GmbH – Eine Untersuchung von Mitwirkungsrechten Dritter im Entscheidungsbereich der Gesellschafter aufgrund von Satzungsrechten, Stimmbindungsverträgen oder Verpflichtungen der GmbH*, Nomos, Baden-Baden, 1994, 344 ss.; U. HÜFFER, *Aktiengesetz*⁶, C. H. Beck, München, 2004, § 133, Nr. 27, 707; H.-J. PRIESTER, «Drittbindung des Stimmrechts und Satzungsautonomie», *Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag: Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis*, de Gruyter, Berlin/New York, 1984, 657 ss.; K. SCHMIDT, *cit.*, 508 ss. e ID., *Scholz Kommentar zur GmbHG-Gesetz*⁷, II, Köln, 1988, § 47, Nr. 42, 1728-9; C. WEBER, *Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, 339 ss. Recusam, por seu turno, a validade de acordos parassociais atributivos de um poder de decisão do sentido de voto a um terceiro: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I/II – Die juristische Person*, Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo, 1983, § 7, VI, 242 e P. ULMER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁴, C. H. Beck, München, 2004, § 717, Ndr. 25 e 26, 325 ss.; M. HABERSACK, «Grenzen der Mehrheitsherrschaft in Stimmrechtskonsortien», *ZHR*, 164 (2000), 11-2.

⁶ O problema assume expressão particular nos direitos de matriz anglo-saxónica, por força do predomínio de uma concepção do direito de voto marcadamente liberal-individualística. No direito inglês o princípio fundamental foi categoricamente expressado pelo Juiz JESSEL M. R. (*Pender v. Lushington*, Chancery Division [1877], 6 Ch. D. 70; 46 L. J. Ch. 317; *cit. apud* C. RODEMANN, *cit.*, 327): «[a] shareholder's vote is a right of property which he may use as he pleases». O voto corresponde, de acordo com este modo de ver as coisas, como um instrumento de prossecução de fins próprios do sócio, aos quais será naturalmente dada prevalência sobre os «interesses da sociedade», não sendo, por essa razão, reconhecidas restrições provindas de uma relação obrigacional perante a comunidade dos sócios, em particular, de um dever de lealdade para com os restantes membros do grémio societário. Se o sócio pode decidir livremente o sentido do seu voto, também será possível obrigar-se, sem restrições, a votar de acordo com as instruções de um outro, independentemente de o credor ser um sócio ou um terceiro, ou de o acordo parassocial ter um conteúdo determinado ou indeterminado. As vinculações de voto perante terceiros são, assim, admitidas sem que o problema mereça discussão particular (já na decisão *Puddephatt v. Leith* [1916], 1 Ch. 200, se reconheceu a admissibilidade de um contrato nos termos do qual um credor pignoratício a quem haviam sido confiadas determinadas acções se obrigava a respeitar o sen-

O tema é merecedor, senão reclamante, de um estudo *ex professo*. Diga-se, apenas, que não existem dados de direito das sociedades positivo de fonte legal com capacidade para prestar uma solução convincente para o problema. Em particular, o artigo 17.º, que não prevê a celebração de acordos parassociais com terceiros não constitui argumento a favor nem argumento contra a admissibilidade da conclusão de contratos parassociais deste tipo. A asserção de que o artigo 17.º vigora, por analogia, para as relações de parassocialidade de que façam parte terceiros à própria sociedade não responde e contribui mesmo para deixar na sombra a questão essencial que é a de saber da admissibilidade e, sobretudo, dos limites à permissão do exercício de influência indirecta de terceiros mediante vinculações de voto. Esta tarefa exige, logo, uma ordenação do problema num contexto mais geral, sensível a argumentos retirados de vectores mais gerais:

- (i) o do fundamento e dos limites ao exercício da autonomia privada e à tutela da propriedade privada, no direito privado geral e com tutela constitucional;
- (ii) o das analogias com o regime aplicável a outras formas de exercício do direito de voto por terceiro (e, bem assim, de diversas formas de interferência de terceiros na formação da vontade do sócio no exercício do voto);
- (iii) o dos limites à intervenção de terceiros através da vinculação no direito de voto, operantes: (a) no plano da tutela da integridade da liberdade negocial do sócio obrigado e (b) no da protecção dos interesses dos restantes sócios na integridade do seu património em face

tido de voto determinado pelo devedor). Na doutrina (cf., por exemplo, J. FARRAR, *Company Law*, Butterworth, London, 1985, 138 ss.; L. GOWER, *The principles of modern private company law*³, London, 1969, 484 ss.), o problema da atribuição de uma influência a um terceiro para o exercício do direito de voto é tratado de um forma ampla, distinguindo-se entre os acordos de voto (*voting agreements*), a transmissão fiduciária de participações sociais com a finalidade de exercício do voto no interesse comum (*voting trusts*) e a outorga de procurações irrevogáveis para o exercício do voto (*irrevocable proxies*); cf. também MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, *cit.*, 130-1. Já se considera ser inadmissível a participação da própria sociedade em tais acordos, na medida em que, sendo coarctado o direito de modificação dos estatutos sem o consentimento das restantes partes no contrato, obrigaria a reconhecer uma eficácia jussocietária ao acordo de voto, o que seria de considerar inadmissível (C. RODEMANN, *cit.*, 330). As principais restrições às obrigações de voto prendem-se com a protecção dos sócios minoritários: o acordo que prescrevesse a emissão de um voto adequado a fazer aprovar uma deliberação que atribuísse vantagens desproporcionais a alguns dos sócios em detrimento da minoria tende a ser considerado como nulo.

- da perigosidade lesiva do exercício, pelo terceiro, do direito à determinação do sentido de voto;
- (iv) o das consequências do não cumprimento de uma obrigação de exercício do direito de voto em benefício de terceiro.

§ 2. **As obrigações de votar segundo instruções de terceiros: fenomenologia**

A tipologia social de acordos de voto celebrados com terceiros é muitíssimo diversificada. Seguindo uma classificação tripartida relativamente difundida na doutrina, temos:

a) *Vinculações de voto de conteúdo específico:*

- Um sócio que havia adquirido certas acções de uma sociedade anónima com meios pertencentes ao seu cônjuge, ficou obrigado a alienar-lhe aquelas participações; o contrato deveria ser interpretado de modo a concluir que o sócio se encontrava igualmente obrigado a votar favoravelmente à transmissão na assembleia geral⁷;
- Numa sociedade anónima, um sócio maioritário prometeu a um antigo colaborador da sociedade fazer com que fosse eleito como membro do Conselho de Vigilância (*Aufsichtsrat*) como contrapartida à cessação do contrato de trabalho⁸;
- O adquirente de uma acção fica obrigado perante o alienante a votar em sentido favorável a determinada proposta de distribuição de lucros, que respeite ainda à pretensão de lucros do segundo⁹;
- O prospectivo alienante das participações sociais aceita subordinar às instruções do prospectivo adquirente o exercício do direito de voto incidente sobre uma proposta de modificação dos estatutos submetida à apreciação da assembleia geral em momento prévio ao da transmissão das acções¹⁰;

⁷ BGH, 29-Mai.-1967, BGHZ, 48, 163; trata-se de uma decisão que ficou célebre, em virtude de o BGH ter admitido, pela primeira vez, a possibilidade de recurso à execução específica de uma vinculação de voto.

⁸ OLG Hamburg, 5-Mar.-1912, OLG 27, 349; v. C. WEBER, *cit.*, 16.

⁹ Cf. o exemplo em A. HERFS, *cit.*, 168 e ZUTT, *cit.*, 213.

¹⁰ H.-J. PRIESTER, *cit.*, 657.

- Um sócio de uma sociedade de responsabilidade limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*) obriga-se a causar a aprovação de uma deliberação de aumento do capital social a pedido de um terceiro e, bem assim, a permitir o exercício, por este último, do direito a realização da obrigação de entrada¹¹;
- No âmbito de um acordo de cooperação com um terceiro, um sócio maioritário vincula-se perante aquele a fazer eleger um conselho de vigilância isento, com capacidade de garantir a prossecução da colaboração recíproca¹²;
- Pretendendo manter o controlo da administração da sociedade após a sua exoneração, um sócio maioritário celebra com os restantes sócios um acordo pelo qual poderá determinar a composição da gerência¹³;
- Um credor da sociedade (tipicamente, um banco) é titular de um direito de destituição da gerência actual e de designação da nova gerência no âmbito de uma medida de saneamento financeiro¹⁴;
- Os sócios de uma GmbH ficam obrigados perante um habitual fornecedor de produtos comercializados pela sociedade a deliberarem em sentido favorável ao alargamento do objecto social de modo a permitir a realização dos investimentos pretendidos pelo credor¹⁵;
- Ao credor pignoratício de certas participações sociais é atribuída uma acrescida influência sobre a actividade da sociedade, no âmbito da qual pode designar um «consultor societário» (*Unternehmensberater*, que conduz, na prática, a um enfraquecimento dos poderes da administração), ficando os restantes sócios obrigados à destituição da actual administração e à eleição das pessoas entretanto designadas pelo *Unternehmensberater*¹⁶.

b) *Vinculações de voto respeitante a certos conjuntos de matérias*;

- O titular fiduciário (*Treuhänder*) de certas participações sociais obriga-se perante o transmitente (*Treugeber*) a observar o sentido de voto por este indicado relativamente a determinados assuntos considerados relevantes, como sejam modificações ao texto dos estatutos¹⁷;

¹¹ Exemplo cit. por J. ZUTT, *cit.*, 213.

¹² BAUMANN/REIB, «Satzungsergänzende Vereinbarungen in Nebenverträgen im Gesellschaftsrecht», *ZGR* 1989, 170.

¹³ A. HERFS, *cit.*, 162.

¹⁴ C. WEBER, *cit.*, 15.

¹⁵ A. HERFS, *cit.*, 163.

¹⁶ BGH 13-Jul.-1992, BGHZ, 119, 191.

¹⁷ J. ZUTT, *cit.*, 214.

- Os sócios obrigam-se entre si a votar em sentido concordante com o parecer de um terceiro (p.ex., uma instituição de crédito)¹⁸;
- Os sócios aceitam uma restrição de fonte contratual do direito de destituição, a todo o tempo, do gerente de uma GmbH mediante a atribuição a um terceiro da competência para designação da gerência¹⁹;
- No contexto de acordos de cooperação entre sociedades ou de medidas dirigidas ao saneamento financeiro, o(s) sócio(s) obrigam-se a fazer a eleição dos membros dos órgãos de administração do consentimento de terceiros²⁰⁻²¹;
- Antes da conclusão do contrato de transmissão das quotas, o cessionário procura adquirir o direito a intervir na política de gestão de uma GmbH²²;
- O cedente de uma quota pretende manter a possibilidade de determinar o sentido do voto durante certo período de tempo²³;

c) *Vinculações de voto de conteúdo indeterminado.*

- O credor que beneficie de penhor sobre uma acção pretende exercer o direito de voto no seu próprio interesse²⁴;

¹⁸ Naturalmente, se a obrigação é apenas assumida perante os restantes sócios em condições de reciprocidade, este *não* será um caso de uma vinculação de voto a favor de terceiro. O reconhecimento da eficácia mediadora da influência de terceiros no exercício do direito de voto justifica, porém, a inclusão deste tipo de casos no escopo do presente estudo. As razões em favor e contra a admissibilidade geral de vinculações de voto perante terceiros valem indistintamente para ambos os conjuntos de situações.

¹⁹ A. HERFS, *cit.*, 300 ss..

²⁰ BAUMANN/REIB, *cit.*, 169 ss.; na decisão do BGH de 7 de Fevereiro de 1983 [ZIP 1983, 432], estava em causa um acordo celebrado entre uma GmbH, o sócio maioritário desta e o gerente, nos termos do qual se determinou que o gerente só poderia ser destituído em caso de justa causa; o Supremo Tribunal Federal concluiu, ali, estar-se perante uma vinculação de voto do sócio maioritário. A mesma solução deveria valer em face do direito português, ainda que, crê-se, a obrigação de votar não pudesse neste caso, ser considerada válida, por ser contrária à al. b) do n.º 3 do artigo 17.º do Cód. das Sociedades Comerciais.

²¹ Como nota A. HERFS, *cit.*, 383, este tipo de acordos parassociais permite ao terceiro a obtenção de uma prolongada manutenção da interferência nos negócios da sociedade, a qual pode, aliás, perdurar além da pertença do sócio à sociedade, por exemplo, quando estiver garantida a adesão ao acordo parassocial do cessionário das participações sociais.

²² C. WEBER, *cit.*, 26.

²³ Por hipótese, no caso de uma partilha em vida, o doador de uma quota pretende assegurar o domínio sobre as mais relevantes decisões respeitantes à sociedade; A. HERFS, *cit.*, 168.

²⁴ C. WEBER, *cit.*, 27-8.

- Simultaneamente com a constituição de um usufruto vitalício sobre determinadas participações sociais, o sócio e o usufrutuário celebram um acordo parassocial nos termos do qual o segundo fica obrigado a votar de acordo com as instruções do segundo²⁵;
- Nos chamados casos de «participações sociais vinculadas», em que a oponibilidade à sociedade da cessão da participação social depende do consentimento da própria sociedade, o cessionário que se depara com uma recusa de consentimento para a cessão pretende exercer uma efectiva e

²⁵ Temos por não exacta a ideia segundo a qual no direito das sociedades comerciais português os acordos parassociais entre o titular da participação e o usufrutuário gozem de uma relevância menor do que aquela que é registada nos direitos estrangeiros em que o exercício do direito de voto não tem previsão legal (como sucede, por exemplo, com o direito alemão, em que a doutrina maioritária sustenta que, na falta de acordo, o direito de voto pertence ao sócio: v., por exemplo, H. WIEDEMANN, *cit.*, 397 e S. GRUNDMANN, *cit.*, § 134, Ndr. 81, 102-3 [ainda que com limites decorrentes da boa fé: sócio com poder de influenciar o sentido da deliberação não pode deliberadamente prejudicar o usufrutuário] e a decisão do BGH 9-Nov.-1998, *NJW*, 1999, 571]). Com efeito, não obstante a dissociação supletivamente estatuída entre a titularidade e a legitimidade substantiva para o exercício do direito de voto (cf. artigo 1467.º/1 do Cód. Civil; perante um aumento de capital, a legitimidade substantiva pertencerá ao titular da raiz, pelo usufrutuário ou por ambos, consoante o que estiver convencionado – artigo 269.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais – cabendo, na falta de acordo em contrário, ao titular da raiz, de acordo com o n.º 2), ou justamente por causa dela, parece ser perfeitamente plausível supor que as partes procurem estipular um regime mais flexível, limitando a liberdade de voto àquele a quem tiver sido atribuído o exercício do mesmo (v., no sentido de que se trata de uma questão de legitimidade para o exercício e não de titularidade do direito de voto, P. COSTA E SILVA, «Sociedade aberta, domínio e influência dominante», *RFDUL*, XLVIII (2007), 49-50; E. VERA-CRUZ PINTO, *cit.*, 39 ss.; cf. também A. VAZ SERRA, «Assembleia Geral», *cit.*, 28). Assim, ainda que o exercício do direito de voto caiba ao usufrutuário, o sócio poderá ter interesse em reservar o direito a determinar o sentido do voto relativamente a alterações estatutárias ou a modificações do objecto da sociedade (além dos casos em que o exercício do direito de voto não pode deixar de pertencer ao sócio, por delimitação intrínseca do conteúdo do direito de usufruto, i.e., nos casos em que o exercício do direito de voto conduza a uma modificação da «substância» da participação social). No caso contrário, de coincidência entre a titularidade e o exercício do direito de voto na pessoa do sócio, o usufrutuário poderá pretender decidir da distribuição de dividendos. Note-se que já antes da entrada em vigor do Código Civil, L. DA CUNHA GONÇALVES defendia que era ao usufrutuário que competia a intervenção em todas as assembleias gerais em que se não discutisse assunto que respeitasse à propriedade das acções; quando qualquer deliberação lhe respeitasse, a representação das acções competiria a ambos, mas só um deles poderia votar conjuntamente, ou teria de votar um deles com mandato do outro, por analogia com o regime da compropriedade (*Comentário ao Código Comercial*, I, Lisboa, 1914, 459; v. também J. BARBOSA DE MAGALHÃES, «Usufruto de acções, de partes e de quotas sociais», *ROA*, [1952], 62-3).

- indirecta influência nos destinos da sociedade, determinando, a cada passo, o sentido do voto do cedente²⁶;
- Uma instituição de crédito que se torne sócia de uma sociedade em graves dificuldades financeiras, e que transmita fiduciariamente as suas participações a um terceiro, celebra com este um acordo parassocial, nos termos do qual terá o direito de determinar prévia e continuamente o sentido do voto do sócio fiduciário²⁷.

§ 3. **Alguns argumentos contra a admissibilidade da influência de terceiros no exercício do direito de voto**

A desconfiança em torno da validade das vinculações de voto assumidas perante terceiros não sócios é, na maior parte dos casos, manifestada pela invocação de três argumentos fundamentais:

- a tutela do interesse social;
- a incindibilidade do direito de voto;
- o princípio da correlação entre influência e responsabilidade.

Vejamos os precisos contornos de cada um deles, a fim de julgar da respectiva justeza.

3.1. *A tutela do interesse da sociedade*

Segundo alguns autores, da natureza «vinculada» do direito de voto à prossecução do interesse social derivaria a inadmissibilidade de constituição na esfera de um terceiro de um direito a emitir instruções de voto²⁸. Não estando este terceiro sujeito a limites obrigacionais ao exercício do direito de voto idênticos àqueles que vigoram sobre o sócio, por força da conclusão do contrato de sociedade, o poder de emitir instruções para o exercício do direito de

²⁶ A. HERFS, *cit.*, 372; C. WEBER, *cit.*, 28.

²⁷ Um caso semelhante foi o decidido pelo *Reichsgericht* em 23 de Dezembro de 1938 (RGZ, 159, 272).

²⁸ Assim, p. ex., A. SOVERAL MARTINS, «o que assim se procura garantir é que os direitos que compõem a participação social sejam exercidos pelo accionista, que arrisca perder ou ganhar e que por isso terá maior interesse em exercer os direitos inerentes à acção de forma a realizar o fim social», 103.

voto colocaria em perigo o interesse da sociedade. Pelo contrário, resultaria do contrato de sociedade o dever de não permitir a ingerência de estranhos ao grémio societário na matéria sensível da intervenção e participação na assembleia geral, dever esse que surge frequentemente configurado como um dever lateral de lealdade. Como argumento adicional, invoca-se a disponibilidade de meios de tutela do interesse de integridade do credor na prestação, através da execução específica da obrigação de voto: o terceiro poderia, pois, impor os seus fins à sociedade, com risco de inviabilização da hipótese lucrativa dos meios organizados pelos sócios.

Crê-se, porém, que o ponto de partida é o de que o voto constitui uma livre expressão da autonomia privada, dirigida à satisfação do interesse do sócio na concreta deliberação social em que participa, salvas as limitações à sua liberdade de actuação jurígena²⁹. Independentemente da concepção de que se partir quanto ao «interesse da sociedade»³⁰, não pode fazer-se derivar daquele conceito óbice à constituição de vinculações de voto em benefício de terceiros. O sócio pode determinar a alienação do poder de decisão associado ao voto: a sujeição a uma obrigação de votar segundo os fins estabelecidos por um terceiro é já uma forma de autonomia³¹. Por outro lado, a simples competência

²⁹ J. PINTO FURTADO, «O voto nas deliberações de sociedades», *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, II, Coimbra Ed., 2003, 246.

³⁰ Não é este o lugar próprio para retomar a discussão (clássica) entre as teorias contratualistas e institucionalistas do «interesse da sociedade»; para uma visão geral dos termos da discussão, v. NUNO TRIGO DOS REIS, «Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais», *Cadernos d'O Direito – Temas de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2009, 335 ss.. Confirmamos, aqui, a adesão à tese contratualista, na formulação de A. MENEZES CORDEIRO: o interesse da sociedade é o interesse dos sócios, exercido em modo colectivo.

³¹ Como, de resto sucede perante a formulação de qualquer promessa, o exercício da liberdade («permissão normativa genérica» de acordo com a concepção de A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/1, cit., 391 ss., «faculdade jurídica primária», na expressão de ORLANDO DE CARVALHO, retomada por P. MOTA PINTO, *Interesse contratual positivo...*, I, cit., 470). A este ponto está associada a tese da suficiência de uma intenção de vinculação jurídica como limite de relevância jurídica da promessa, como requisito de eficácia «interno» da obrigação civil, a par da recusa quanto à exigência de um interesse do credor digno de protecção legal como critério delimitativo da sua juridicidade (artigo 398.º/2, 2.ª parte, do Cód. Civil). A autonomia privada assume-se como o critério preferencial de repartição de bens no nosso sistema, com relevância mesmo além das fronteiras do domínio patrimonial, i. e., quando as finalidades das partes ao delimitarem os respectivos espaços de liberdade e obrigação não encontrem equivalência monetária ou não sejam «comercializáveis» em razão da sua inseparabilidade da personalidade humana. A questão não se integra no quadro dos limites à validade (e licitude) das obrigações cuja constituição é desejada pelas partes: estes limites «extrínsecos» buscam-se, antes, em preceitos de direito imperativo específicos (como os dos artigos 280.º, 281.º e 294.º, por exemplo), que, de

para emitir instruções de voto por quem não partilha o risco de empresa com os sócios não implica a frustração das finalidades a cuja realização estes estão obrigados: à parte as situações de contrariedade com os deveres emergentes da relação obrigacional primária, os deveres laterais de conduta e a intenção de causação de danos à sociedade e aos restantes sócios, o sócio vinculado poderia já votar no sentido que bem entendesse. Não existem motivos para que se considere tal permissão prejudicada pela interferência de um terceiro no seu processo de autodeterminação: em hipóteses extremas, o acordo de voto envolverá contrapartidas favorecedoras do património da sociedade ou, pelo menos, preventivas de comportamentos dos sócios que conduzam ao depauperamento do seu património. Por outro lado, como se verá, os efeitos da emissão de um voto ilícito já permitem preservar os interesses dos sócios e da sociedade na

resto, reconhecem a juridicidade das situações em jogo e, logo, se colocam num plano de análise ulterior. Não se confunde, tão-pouco, com a patrimonialidade, que não é requisito da obrigação civil, apesar de ser um indício objectivamente operante da juridicidade da promessa (restringindo praticamente o universo das situações de fronteira ao campo das situações não patrimoniais). Sobre o problema, v. J. VIEIRA GOMES/A. FRADA DE SOUSA, «Acordos de honra, prestações de cortesia e contratos», *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Univ. Católica, 2002, 861 ss.; P. MÚRIAS/M. DE LURDES PEREIRA, «Dever de prestar e dever de indemnizar», *Estudos em Homenagem ao Professor Carlos Ferreira de Almeida*, no prelo, n. 21; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/1, cit., 325 ss.; J. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*¹⁰, I, cit., 101 ss.; C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, II, cit., 469, n. 61. Os acordos de voto com terceiros dão lugar a obrigações com significado económico de indiscutível relevância, como os exemplos já apontados no texto permitem compreender: a sua juridicidade é evidentemente presumida. São os limites à liberdade negocial que carecem de demonstração, sob pena de, em nome das proposições atributivas de deveres aos sócios se incorrer numa interpretação contrária ao princípio de liberdade e ao direito de livre desenvolvimento da personalidade, constitucionalmente garantidos; v. P. MOTA PINTO, «O direito ao livre desenvolvimento da personalidade», *Portugal-Brasil, Ano 2000, Tema direito*, Coimbra Ed. 1999, 151 ss.. Quem procurar sustentar a vigência de limites ao livre exercício da autonomia privada, terá o encargo de argumentar a validade da norma de proibição; a validade desta regra distributiva do ónus de argumentação, por sua vez, não é somente lógica e epistemológica (impossibilidade de uma «falsificação» da regra de restrição da liberdade pela demonstração da validade da proposição com significado contrário), mas logo jurídico-política e cultural-ideológica. No contexto de uma teoria do discurso racional, as regras do discurso prático-jurídico impõem igualmente a oneração acabada de descrever: a regra da «universalidade» dos argumentos, que obriga a restringir as razões invocadas àquelas que possam ser sustentadas em todos os casos análogos [no sentido de semelhantes em todos os aspectos fundamentais], juntamente com aquela que obriga todos os participantes a apresentar uma regra de justificação logo que lha seja pedida e desde que não beneficie de uma regra que o dispense do encargo [regra geral de justificação, *allgemeine Begründungsregel*]: R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978, 242-5.

integridade do seu património: a perturbação da eficácia verifica-se, na grande maioria dos casos, no plano do próprio voto (eventualmente, da deliberação cuja aprovação venha a resultar do mesmo) e já não no do acordo de voto³². Isto dito, a tese da invalidade das atribuições de voto a favor de terceiros só seria demonstrada a partir de uma concepção de «interesse social» que negasse a existência de um espaço mínimo de auto-realização dos sócios, impondo a prevalência de razões de afirmação da liberdade de terceiros sobre todas as razões do próprio agente: as exigências de coordenação de comportamentos para o exercício jurídico colectivo não exigem tanto. E mesmo então, contra essa tese sempre se poderia alegar o «formalismo» excessivo por detrás da noção de interesse social por ela proposta, que obrigava a considerar como contrários ao interesse da sociedade quaisquer comportamentos que fossem considerados como devidos por outra razão que não fosse a relação obrigacional de sociedade. As razões que, a nosso ver, demonstram a im procedência das outras teses que negam a validade a esta espécie de acordos de voto contribuem indirectamente para reforçar a ideia de que o interesse da sociedade, independentemente da forma como for entendido, não justifica a invalidade dos acordos fundamentantes do poder de terceiros determinarem o voto dos sócios nem tão-pouco a invalidade do voto concretamente emitido em cumprimento desse acordo.

3.2. *A incidibilidade da participação social*

3.2.1. *Generalidades*

I – Os argumentos mais frequentemente aduzidos em favor da necessidade da introdução de limites à conclusão de acordos parassociais com terceiros são feitos derivar de uma analogia com os casos de violação do chamado princípio da indivisibilidade da participação social. Que a estrutura da vinculação do sócio a votar de acordo com o sentido determinado por um terceiro não pode ser confundida, nem com a «divisibilidade» da participação social em autónomas pretensões de natureza política, nem com a transmissão autónoma de tais pretensões ou com a constituição *ex novo* e em benefício de terceiro de situações jurídicas de conteúdo equivalente, é um dado evidente. Alega-se, porém, que o não reconhecimento de condições de eficácia acrescidas a acordos de voto perante não sócios permitiria um resultado, nos seus efeitos, equivalente

³² V., *infra*, § 4., 4.5..

ao de outros actos adequados à atribuição a um terceiro do direito ou de uma legitimidade para o exercício de situações jurídicas de conteúdo não patrimonial (em especial, relativas do direito de voto) *de validade discutida*. Em particular, salienta-se a equiparação entre a situação do sócio vinculado através de uma obrigação de conteúdo não determinado a votar no sentido indicado por terceiro àqueloutra em que o sócio transmite autonomamente a terceiro o direito de voto, ou àquela em que o terceiro fica autorizado a agir em nome do sócio através de uma procuração irrevogável³³.

II – *Prima facie*, a distinção seria clara. No acordo parassocial de voto, ao contrário das restantes situações apontadas, a titularidade e, bem assim, a legitimidade para o exercício do direito de voto permanece na esfera do sócio; sendo a eficácia do acordo parassocial meramente obrigacional, o sócio continuaria,

³³ Neste sentido, A. SOVERAL MARTINS, *cit.*, 595 e 597-8 (o princípio da incindibilidade da participação social que justifica a proibição da cessão do voto conduz à imposição de limites à validade de acordos parassociais e de procurações para o exercício do direito de voto de conteúdo indeterminado) e RAÚL VENTURA, *Estudos vários...*, *cit.*, 87-90: «[d]istinguindo, como acima fiz, a orientação e a emissão do voto, afiguram-se ilícitos os acordos que retirem completamente ao accionista participação naquela orientação. Os motivos são aqueles que, em meu entender, condenam a cessão do direito de voto. É certo que os referidos acordos não constituem tecnicamente uma cessão de voto, pois não têm mais do que um efeito obrigacional, podendo sempre o accionista violar essa obrigação e votar em sentido diferente do acordado, mas não é menos certo ser intenção do acordo conseguir um efeito idêntico ao da cessão, ou seja, que a orientação do voto passe a pertencer a pessoa diversa do actual titular do direito; e as sanções contratuais destinam-se precisamente a assegurar a produção desse efeito. Não me parece que o acordo deva ser considerado lícito apenas porque não atinge o grau de perfeição conseguido pelo mecanismo da verdadeira cessão do direito de voto» (p. 87). O ilustre Professor exclui, porém, da consequência da invalidade os acordos pelos quais o cedente fica obrigado a votar nas deliberações sociais segundo as instruções do cessionário no caso de o necessário consentimento da sociedade para a cessão ser recusado e, bem assim, as situações em que «o voto em determinado sentido, ou a emissão dele, é necessário para o cumprimento de vínculos assumidos pela sociedade ou por accionistas no interesse desta, para com terceiros» (incluindo, aqui, os casos da obrigação de votar no sentido da não distribuição de dividendos acima de certo limite, constituídas pelos accionistas em benefício do mutuante, que a exige como condição da concessão de um empréstimo à sociedade). Como se tentará demonstrar *infra*, no texto, as situações configuradas como excepções pelo pensamento do Senhor Professor RAÚL VENTURA valem, antes, como argumentos demonstrativos da licitude e validade dos acordos fundadores de obrigações de voto para com terceiros. A susceptibilidade de comprometimento dos deveres entre os sócios e entre estes e a sociedade e, em consequência disso, a possibilidade de causação de danos a terceiros não devem ser considerados como efeitos típicos desta categoria de acordos e, mesmo quando surjam, são problemas que convocam regimes específicos, distintos dos da imposição de limites à autonomia privada, cuja aplicação ao problema constituiria uma solução insuportavelmente desproporcionada.

por isso, a ser livre para votar em sentido diverso do indicado pelo terceiro, optando por incumprir a vinculação de voto. Nessa hipótese, a interposição de um terceiro entre o titular da participação social não chegaria a ocorrer e a competência para determinar a «sorte» da sociedade nunca chegaria a sair da esfera de domínio do sócio. Daqui resultaria uma consequência da maior relevância: nos casos em que o sentido de voto conforme com as finalidades prosseguidas pelo terceiro conflituasse com o dever de prosseguir um escopo comum aos restantes sócios, estar-se-ia perante um conflito entre dois deveres de cumprimento simultâneo impossível; de modo a não permitir a prevalência de comportamentos desleais pelo sócio, a alternativa seria a de permitir o não cumprimento da obrigação assumida diante do não-sócio, de sorte a esvaziar de consequências no plano intra-societário o programa obrigacional orientado à abertura de interferência de estranhos nos processos institucionais de decisão. Sucede, contudo, que a interposição de um acordo parassocial entre o sócio e o terceiro está longe de ser irrelevante para o exercício do direito de voto na assembleia geral. Desde logo, a simples vigência de uma obrigação de votar em certo sentido representa já uma *razão para agir* em certo sentido, excludente *prima facie* de outros argumentos práticos com ela conflitantes³⁴. Sendo certo que a constituição de tal razão para agir não implica a desconsideração da vontade do sócio e que deve considerar-se, em princípio, como lícita, dela resulta a vigência de uma obrigação: o resultado de ser emitido um voto em determinado sentido passa a ser um resultado *devido*³⁵. Da evolução que o problema da validade, em geral, dos acordos parassociais de voto conheceu nos direitos alemão, italiano e português e que culminou com a consagração da regra da admissibilidade expressa (artigo 17.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais) um argumento parece dever ser retido: se o sócio é livre de exercer e, bem assim, de não exercer, o direito de voto de que é titular, será igualmente livre de se obrigar a exercê-lo, a não exercê-lo ou a exercê-lo em determinado sentido. É manifesto, porém, que esta perspectiva convive mal com o argumento que

³⁴ Sobre a teoria das razões excludentes para agir e a sua relação com as regras de primeira ordem, v. J. RAZ, *Practical reasons and norms*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1975, 35 ss..

³⁵ O que, por sua vez, tem toda a importância se for de considerar que, perante certa hipótese, ou o conteúdo da obrigação ou o «fim» prosseguido pelas partes colide com algum dos limites à autonomia privada ou, ponto que assume maior relevo no que ora nos interessa, que o legislador pretendeu proteger certa concepção «material» de autonomia privada, estabelecendo proposições aptas a permitir a identificação de limites «internos» ou «prévios» à autonomia mediante generalização, abrindo caminho à construção de princípios – voltaremos ao ponto a propósito do princípio da renúncia antecipada de direitos.

consista em afirmar que os acordos de voto são válidos porque o sócio pode sempre optar por incumprir a obrigação de voto. Ali, a admissibilidade dos acordos de voto é sustentada com argumentos «materiais» no sentido da validade da vinculação do sócio. Já de acordo com o segundo tipo de razões, procura-se trilhar o caminho – algo estranho, reconheça-se – de sustentar a validade do acordo de voto a partir da «possibilidade» de não cumprimento da obrigação que dele resulte. Além disso, é frequente encontrar sublinhada a circunstância de o sócio se encontrar sujeito a pesadas consequências em virtude do não cumprimento da obrigação de votar, designadamente, a obrigação de indemnizar o terceiro pelos danos sofridos em consequência do não cumprimento e a obrigação de cumprimento da cláusula penal convencionada para o inadimplemento da obrigação de votar (a qual assume, não raras vezes, quantias avultadíssimas). A consciência do sócio quanto à sujeição a tão graves consequências representa, pois, argumento para sustentar que, pelo menos, alguns casos de assunção de vinculações de voto em benefício de terceiros apresentam forte similitude com a questão da transmissão a terceiros do direito de voto ou com os limites à eficácia de uma procuração irrevogável para o exercício do direito de voto ou, pelo menos, uma razão suficiente a impor o reconhecimento de que argumentos que a propósito destes dois últimos problemas são utilizados valem, por analogia, para o primeiro conjunto de situações. Mais importante do que este aspecto – contra o qual se poderia eventualmente apontar o relativo “empirismo” do argumento – salienta-se a possibilidade de o recurso à execução específica das vinculações de voto proporcionar ao terceiro credor mecanismos de garantia do cumprimento da obrigação idóneos a obter, verificados certos pressupostos, efeitos jurídicos equivalentes aos da emissão do voto devido, invocáveis contra a sociedade e os demais sócios³⁶.

³⁶ A admissibilidade de execução específica das obrigações de votar tem sido amplamente discutida entre nós. Contra a via da execução específica invocam-se tanto argumentos extraídos do regime geral da acção de execução específica – a excepionalidade do artigo 830.º do Cód. Civil e a ausência de menção à obrigação de voto (RAÚL VENTURA, *Estudos vários...*, cit., 97 ss.) quanto razões próprias do direito das sociedades – a regra da separabilidade entre a parassocialidade e a esfera societária, plasmada no artigo 17.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais, que implicaria uma eficácia meramente obrigacional, incompatível com os efeitos societários do voto (A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, cit., 579-580) ou a contrariedade da execução específica com a natureza da obrigação assumida (artigo 830.º/1 do Cód. Civil; J. CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*¹², Almedina, Coimbra, 2007, 179 ss.; ANA PRATA, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina, Coimbra, 1995, 903, refere-se à insusceptibilidade de a emissão do voto produzir, por si, efeitos jurídicos). A favor da tese contrária, sustenta-se o largo âmbito de aplicação da execução específica como forma de tutela do direito de crédito, com vocação

para abranger qualquer declaração de vontade cuja natureza lhe não seja contrária, a admissibilidade da cisão da titularidade do direito de voto e da competência para o seu exercício, (confirmada pelo regime da representação voluntária na emissão do voto), a possibilidade de o tribunal se substituir ao sócio vinculado desde que não haja sido aprovada deliberação em sentido contrário ou, ainda que tal deliberação haja sido adoptada, ainda seja possível a emissão do voto em posteriores deliberações (MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Os Acordos Parassociais...*, cit., 215 e ss). A inadmissibilidade do recurso à execução específica constava do texto do anteprojecto de VAZ SERRA, mais especificamente do n.º 3 do artigo 41.º proposto («Assembleias Gerais», *BMJ*, 197 [1970], 86-7): «[n]ão pode ser exigido judicialmente o cumprimento dos contratos previstos no número anterior, mas só a indemnização ou a pena convencional por não cumprimento deles». O preceito não foi transposto para o Cód. das Sociedades Comerciais: a regra da eficácia relativa dos acordos parassociais de voto ia proposta no n.º 4 do artigo 41.º do texto do anteprojecto («[s]e os referidos contratos forem nulos, não são por esse motivo inválidas as deliberações de assembleia geral em que a maioria se tenha formado mediante a espontânea observância do contrato: se forem válidos, a sua inobservância não afecta a validade das deliberações da assembleia geral»), vertida, hoje, no n.º 1 do artigo 17.º do Cód. das Sociedades Comerciais. Além disso, o problema da interferência da obrigação parassocial na validade das deliberações sociais respeita mais à eficácia relativa do *contrato parassocial* do que à relatividade da *obrigação de voto* – que com esta não pode ser confundida – por estar em causa a possibilidade de constituição de efeitos jus-societários a partir de obrigações extrassocietárias (p. ex., a possibilidade de desencadear a aplicação do regime da invalidade das deliberações sociais perante o não cumprimento do acordo parassocial), esteja a mesma associada à constituição de deveres de prestação principais para terceiros ou não. Os restantes sócios e a própria sociedade não estão obrigados a coisa alguma: é ao sócio vinculado que pode ser exigida a emissão do voto no sentido acordado. E tão-pouco se joga o problema no plano da «relatividade numa perspectiva de eficácia» ou da inoponibilidade a terceiros da obrigação de voto, sujeita, de acordo com as regras gerais, aos limites da proibição do abuso do direito (artigo 334.º do Cód. Civil; v., por exemplo, A. MENEZES CORDEIRO, *Traçado de Direito Civil Português*, II/1, cit., 385 ss.; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*⁵, I, cit., 99): não há razão para excluir a tutela indemnizatória do credor da obrigação de voto nestes casos. O que está, antes, em causa na execução específica da obrigação de voto é a garantia da tutela da atribuição do credor que não assume feição diversa da de outras obrigações que tenham como objecto prestações de facto jurídico: a obrigação de o mandatário transmitir o direito de crédito sobre um terceiro adquirido em virtude da execução do mandato para o mandante «impõe-se» ao terceiro, sem que se fale, aqui, de qualquer oponibilidade a terceiros (duvidando da validade da proposição de que execução não pode em caso algum interferir com a esfera de interesses de terceiros à execução, com outros exemplos, E. PETERS, «Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen», *AcP* 156 (1957), 335 ss.). O mesmo se diga quanto a outros deveres de prestar uma declaração de vontade, como a do locatário que se obriga perante terceiro a denunciar o contrato, assim possibilitando que a sentença judicial substitutiva dos efeitos da declaração de vontade do faltoso afecte a relação obrigacional vigente com o locador (mau grado o abandono de uma concepção alargada da execução específica da obrigação de emitir uma declaração de vontade sustentada no anteprojecto de VAZ SERRA na primeira revisão ministerial, crê-se, com a maioria da doutrina, que o artigo 830.º vale por analogia para todos os casos

de obrigação de contratar ou, mesmo, de prática de um acto jurídico; v. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em tema de revogação do mandato civil*, Coimbra, 1989, 133 ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/2, *cit.*, 434 ss.). Até à emissão do voto, o sócio é livre de conformar o sentido do seu voto, o que compreende a permissão de constituir obrigações sobre o próprio sentido do voto a emitir; as teses que se fundam na não-fungibilidade do exercício do voto para afastar a execução específica são, por isso, dificilmente compatíveis com a própria tese da validade dos acordos parassociais de voto (v. já R. FISCHER, “Zur Methode revisionsrichterlicher Rechtsprechung auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts”, *Recht und Rechtslehren in der sozialen Demokratie – Festgabe für O. Künze*, Duncker & Humblot, 1969, 95). Por outro lado, só pode falar-se em (in)oponibilidade da obrigação de voto à sociedade depois de a vinculação de voto se ter por incumprida mediante a aprovação de uma deliberação social que a contrarie. E ainda ali há que contar com a hipótese de a matéria sobre que incidia a vinculação de voto voltar a ser discutida na assembleia geral, caso em que, mantendo-se o interesse do credor na emissão do voto, a sentença que decreta a execução específica da obrigação de votar manterá a sua eficácia (desde que, evidentemente, tal resultado não colida com o sentido da obrigação de voto – o que tem especial importância nos acordos de voto de conteúdo indeterminado – e com o conteúdo da própria sentença); o argumento serve também para afastar as críticas assentes na falta de interesse processual do credor da vinculação de voto ou, pelo menos, para mostrar que a questão da inutilidade da acção não se coloca de forma necessária, em todos os casos (v. *BGHZ*, 48, 163, um caso em que o BGH chegou a condenar o R. a convocar uma assembleia geral e ao oferecimento ulterior do voto favorável ao consentimento de uma cessão da participação social, nos termos prescritos no acordo parassocial). A acção de execução específica improcederá quando se tratar de um voto ilícito: a sociedade e os restantes sócios só terão de respeitar os efeitos de uma sentença substitutiva da emissão do voto se este pudesse ter sido livremente emitido pelo sócio, i.e., quando estiverem reunidos os pressupostos de validade e eficácia do voto (W. ZÖLLNER, *cit.*, 187; C. RODEMANN, *cit.*, 121). Além de se mostrar conforme com um sistema que privilegia a tutela *in natura* em detrimento de uma execução por equivalente, a execução específica permite evitar a descoberta de lacunas de protecção do direito do credor, agravadas nos casos em que não hajam sido acordadas cláusulas penais ou não seja possível demonstrar a verificação dos pressupostos constitutivos de um dever de indemnizar (W. ZLUHAN, «Abstimmungs-Vereinbarungen des privaten Gesellschaftsrechtes», *AcP* 128 [1928], 299). A questão da oponibilidade do caso julgado à sociedade e aos restantes sócios não obrigados também não assume aqui feição distinta da do problema geral dos limites subjectivos do caso julgado ou da autoridade do caso julgado perante terceiros (C. RODEMANN, *cit.*, 123-5; contra, ZÖLLNER, *cit.*, 186 ss.); à sociedade é, de qualquer modo, permitida a intervenção acessória espontânea, como assistente do sócio demandado, por ter na improcedência da acção um interesse jurídico, surgindo como titular de uma relação cuja consistência prática ou económica depende da pretensão do réu – artigo 335.º do Cód. de Processo Civil (U. NOACK, *cit.*, 72; a inoponibilidade à sociedade de um voto ilícito ou a improcedência da acção de execução específica de um voto antijurídico não parecem constituir óbice suficiente ao reconhecimento da legitimidade para intervir na acção como parte acessória). Pressuposto da procedência da acção de execução específica é a concretude da obrigação de voto: não é possível a execução específica de uma obrigação de voto de conteúdo indeterminado (ainda que determinável); caso contrário, o juiz não poderia decidir da conformidade do sentido do voto com

as normas jurídico-societárias (desde logo, com o dever de lealdade); neste sentido, C. RODEMANN, *cit.*, 129-130; contra, J. ZUTT, «Einstweiliger Rechtsschutz bei Stimmbindungen», *ZHR* 155 (1991), 198, com recurso ao § 888 do ZPO). Reconheça-se, contudo, que são muitos os casos em que a acção de execução específica não permitirá a satisfação directa do interesse do credor da vinculação de voto em virtude de se ter chegado a uma situação de incumprimento definitivo, tenha esta surgido na pendência do litígio (nos casos em que aquela obste à procedência da acção) ou em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença constitutiva que considere precedente o pedido do autor: em ambos os casos, o artigo 17.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais limita, por via do princípio da separação entre os efeitos jurídicos substantivos dos acordos parassociais e os das regras jurídico-societárias, o alcance da eficácia deste meio de tutela jurisdicional. Em muitos casos, junta-se à situação descrita a inadmissibilidade de uma condenação do sócio obrigado a apresentar uma proposta de deliberação conforme com o voto devido, por ter desaparecido o interesse do credor na aprovação da deliberação pretendida ou, como tenderá a suceder, por se terem constituído situações jurídicas de terceiros com fundamento na deliberação entretanto feita aprovar. Este resultado pode surgir como materialmente desajustado, pelas mesmas razões que depõem em favor da própria admissibilidade da execução específica da obrigação de voto, sobretudo no segundo caso, em que está em jogo um possível esvaziamento do sentido útil de uma decisão já transitada em julgado. Todavia, qualquer forma de correcção não pode desconsiderar as (boas) razões subjacentes ao artigo 17.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais: a deliberação social é manifestação conjunta da autonomia de todos os sócios, agindo de acordo com as regras institucionais da pessoa colectiva e da autonomia individual de cada um; é quanto baste para se defender *prima facie* a integridade do exercício daqueles actos de autonomia e a respectiva «insensibilidade» relativamente ao direito de crédito do terceiro. O recurso à tutela cautelar, conquanto admissível (como tal considerado mesmo por quem não aceite a execução específica – RAÚL VENTURA, *Estudos vários...*, *cit.*, 98-9), pode não constituir garantia suficiente da tutela do direito do credor, na medida em que o sócio obrigado sempre pode vir a incumprir definitivamente a atribuição de voto constituída. Resta, pois, a questão conexa com a viabilidade de uma tutela cautelar antecipatória de uma obrigação de votar. A visão tradicional propugna a recusa deste tipo de tutela jurisdicional, aduzindo, de novo, argumentos de natureza jussprocessual (a acessoriedade das providências cautelares em face do processo principal; a irreversibilidade dos efeitos de um conhecimento antecipado; a natureza particular da execução específica: a constituição de um efeito jurídico inovador não dispensaria o trânsito em julgado de uma sentença) e, bem assim, argumentos especificamente relacionados com a natureza do direito de voto (a execução específica antecipatória seria contrária a natureza pessoal do direito de voto). Neste sentido, cf., por ex., W. ZÖLLNER, *cit.*, 188; H. P. OVERRATH, *cit.*, 140 ss. e, entre nós, MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Os acordos de voto...*, *cit.*, 226-8. Diversamente, vem-se sustentando que a tutela antecipatória não pode ser aprioristicamente excluída, devendo os argumentos meramente formais ceder perante uma ponderação da necessidade de tutela jurisdicional à luz das circunstâncias do caso, do tipo e intensidade do perigo de lesão das situações jurídicas do requerente e do requerido, bem como da ponderação de interesses com aqueles relacionados; neste sentido, VON GERKAN «Gesellschafterbeschlüsse, Ausübung des Stimmrechts und einstweiliger Rechtsschutz», *ZGR* 1985, 179 ss.; DAMM, «Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht», *ZHR* 154 (1990), 434 ss.; J. ZUTT, *cit.*, 199 ss.; C. RODEMANN, *cit.*, 135 ss.. O afastamento

III – Assumimos, assim, a proposta de considerar duas das principais formas de abertura à possibilidade de exercício de um influência de terceiros no processo de formação de deliberações sociais, não tanto com o propósito de indagar da possibilidade de recondução das vinculações de voto assumidas perante terceiros a alguma delas ou, sequer, de procurar estabelecer uma equiparação «funcional» entre si, mas apenas, a de perguntar pela existência de conexões de sentido entre o regime vigente para cada uma delas, de modo a evitar inconsistências. As diferentes formas de interferência de terceiros no processo de formação da vontade da sociedade serão consideradas por ordem decrescente de intensidade da situação em que o terceiro não-sócio é investido: começando pela transmissão do direito de voto, passaremos à representação no exercício do direito de voto e, finalmente, aos acordos parassociais de voto.

3.2.2. *Titularidade do direito de voto, obrigação de votar e exercício de domínio*

Antes de prosseguir, importa estabelecer uma importante distinção entre as noções de titularidade do direito de voto e de domínio sobre uma sociedade. Escrevendo no contexto das sociedades abertas, afirma Paula Costa e Silva que

do princípio da acessoriedade das providências cautelares exige, mesmo na visão destes AA. pesados pressupostos: um grau de prova superior no plano da pretensão antecipatória e no da causa de pedir da providência (probabilidade qualificada da titularidade de um direito a emitir uma instrução de voto e uma prevalência clara dos interesses carecidos de tutela do requerente). Com efeito, a recusa estrita do conhecimento antecipado do dever de emitir o voto em nome de um princípio geral de proibição do decretamento de medidas irreversíveis fora de um processo principal, com arrimo histórico em certa concepção «clássica» do processo civil e contrastante com um sistema próprio do Estado social de Direito, receptivo ao princípio do inquisitório, ao princípio da investigação da verdade material e sem perder de vista a natureza funcionalmente instrumental do processo civil perante o direito substantivo, parte de uma visão unilateral do problema, não considerando a circunstância de a negação da tutela dos direitos do credor da obrigação de voto se poder revelar mais definitiva do que a decisão de «execução específica antecipada» da obrigação de votar, tendo em conta que o não proferimento de uma decisão urgente pode significar o esvaziamento do conteúdo útil da situação jurídica do credor requerente, enquanto ao devedor cuja declaração de vontade foi, nos efeitos, substituída por uma decisão que entretanto caducou em virtude da improcedência do pedido na acção de execução específica deve ser reconhecida a possibilidade de impugnar a deliberação social (a doutrina maioritária hesita em ver o fundamento dessa «impugnabilidade» da deliberação numa situação «equiparável» à da anulabilidade do voto por erro ou por coacção, v. J. ZUTT, *cit.*, 206 ss.). O problema não pode receber aprofundamentos adicionais, por estes se prenderem com o alcance geral dos limites à tutela antecipatória no processo civil; sobre isto, v., por todos, RUI PINTO, *A Questão de Mérito na Tutela Cautelar – A Obrigação Genérica de não Ingerência e os Limites da Responsabilidade Civil*, Coimbra Ed., Coimbra, 2009, *passim* (e 260 ss. e 567 ss.).

se deve entender por «domínio» a susceptibilidade de exercício de influência sobre uma sociedade ou a ocupação nesta de uma posição preponderante: «para que alguém possa preponderar sobre uma sociedade com o capital aberto ao investimento público é fundamental que esse alguém possa influenciar de modo determinante a vontade juridicamente relevante dessa sociedade. Sendo esta vontade formada através dos competentes órgãos sociais, dominará a sociedade quem dominar esses órgãos»³⁷. A partir daqui, pode ser ensaiada uma classificação dos titulares de situação atributiva de um «domínio» sobre a sorte da sociedade em função dos diferentes níveis de intensidade que tal domínio pode assumir: (i) numa perspectiva formal, trata-se, desde logo, dos titulares de valores mobiliários que confirmam um direito de voto (de forma não necessariamente dependente do maioria dos direitos de voto – pense-se num direito especial à nomeação ou destituição dos gestores da sociedade); (ii) titulares de uma situação jurídica idónea a influenciar o exercício do direito de voto do sócio, a qual pode surgir contraposta a uma obrigação do sócio a votar de acordo com o sentido por si indicado ou sob a forma de uma competência para exercer o voto no seu próprio interesse; (iii) titulares de interesses económicos relacionados com a sociedade, que frequentemente assumem a forma de instrumentos financeiros complexos (por exemplo, derivados) e que possibilitam ao investidor o poder de influenciar o funcionamento e gestão da sociedade mediante operações realizadas no mercado de capitais caracterizadas por uma maior fluidez e uma menor transparência. Importa sublinhar que o propósito da presente investigação se limita a fornecer um contributo para o esclarecimento sobre a viabilidade de um terceiro não detentor de uma participação social influenciar o exercício do direito de voto através de convenções celebradas com um ou vários sócios. Limitar-nos-emos, pois, ao estudo de um conjunto de problemas conexos com o segundo conjunto de casos, embora estes não possam evidentemente ser satisfatoriamente estudados com o sacrifício de uma leitura integrada com várias proposições relevantes para o primeiro conjunto de situações, como sejam o significado do direito de voto no *status socii*, a admissibilidade da cessão do direito de voto ou de uma renúncia ao seu exercício.

Fica, assim, fora do escopo deste trabalho um dos temas que maior discussão tem gerado no âmbito do governo das sociedades: o dos deveres de informação sobre a titularidade de instrumentos financeiros derivados que impliquem uma dissociação entre «propriedade» e «controlo» e que surgem frequente-

³⁷ P. COSTA E SILVA, «Sociedade aberta, domínio e influência dominante», *cit.*, 47.

mente identificados na doutrina anglo-saxónica mediante o recurso à sugestiva expressão «esvaziamento do direito de voto» (*empty voting*)³⁸.

O problema de fundo pode ser descrito, nos seus aspectos essenciais, nos termos seguintes. Seguindo uma estratégia tendente ao domínio ou aquisição de influência relevante sobre uma sociedade, um investidor celebra contratos de derivados sobre acções dessa sociedade sem que o mercado seja devidamente informado sobre a operação³⁹. Suponha-se que, de acordo com uma estratégia orientada à conquista de controlo de uma sociedade, os instrumentos financeiros derivados sobre aquelas acções (por hipótese, *warrants*, contratos de futuros, contratos diferenciais, *equity swaps*, *call options*, etc.) detidos pelo investidor chegam a ser equivalentes a um número de direitos de voto que, reunidos na mesma pessoa ou imputáveis a uma pessoa ou entidade nos termos do artigo 20.º do Cód. dos Valores Mobiliários, conduziriam à conclusão de se estar perante a titularidade de uma participação qualificada (artigo 16.º do Cód. dos Valores Mobiliários), determinante para o preenchimento do norma impositiva de lançamento de uma oferta pública de aquisição (artigo 187.º/1 do Cód. dos Valores Mobiliários). Imagine-se que as diferentes contrapartes do investidor (titulares da «posição curta») – tipicamente, bancos de investimento – são entidades que mantêm com aquele uma relação comercial duradoura. A cobertura destas posições é frequentemente garantida através da aquisição de acções da sociedade alvo. E suponha-se, ainda, que o comportamento de todos os titulares das «posições curtas» revela uma estratégia de voto concertada e orientada à realização das intenções do terceiro investidor. Há quem considere que o investidor se encontra, aqui, numa espécie de «titularidade oculta» das participações sociais, vendo os sócios, em contrapartida, a sua situação reduzida à mera «detenção formal» do direito de voto: o domínio ou «poder» de exercer influência sobre a gestão da sociedade já pertence ao terceiro. Daí que, a propósito deste modo de aquisição de participações relevantes em sociedades abertas se fale, por vezes, na aquisição de «instrumentos financeiros com efeito semelhante à detenção das acções» e que «ainda que não permitam o acesso

³⁸ Cf., H. HU/B. BLACK, «Empty Voting and Hidden (Morphable Ownership): Taxonomy, Implications and Reforms», *Business Lawyer* (2006), 1011 ss.; ID., «The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership», *Southern California Law Review*, 79 (2006), 811 ss.; J. FERREIRA GOMES, «Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador», *Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro – um balanço a partir da crise financeira*, Almedina, Coimbra, 2010, 145-6.

³⁹ D. ZETSCHE, «Hidden Ownership in Europe: BAFin's decision in Schaeffler v. Continental», *European Business Organization Law Review*, 10 (2009), 118 ss.

directo a direitos de voto, são idóneos para a aquisição e/ou exercício de influência potencial sobre uma sociedade»⁴⁰. Existiria, pois, não uma influência relevante actual ou efectiva, mas uma «susceptibilidade de exercício de influência» ou uma «influência potencial» de facto, por si justificante de um dever de comunicação ao mercado da aquisição dos instrumentos financeiros derivados. Note-se que, de acordo com este entendimento, o problema se colocaria sobretudo quanto aos derivados com liquidação financeira, uma vez que muitos dos instrumentos derivados com liquidação física já estariam compreendidos na previsão das normas que determinam a imputação de direitos de voto (artigo 20.º do Cód. dos Valores Mobiliários). As razões conexas com a transparência na formação dos preços dos valores mobiliários, com a determinação do *free-float*, com a aplicação correcta das normas que impõem uma oferta pública e com a divulgação ao público de situações de conflito de interesses imporiam, assim, um dever de comunicação da aquisição de «posições longas» que atingissem determinados limites. É este o enquadramento da recente proposta de modificação do Reg. da CMVM n.º 5/2008, que segue, nos seus traços gerais, as recentes modificações registadas nalguns direitos estrangeiros (Reino Unido, Suíça ou França).

Não sendo este o lugar próprio para tratar das implicações desta forma de exposição económica a participações sociais, dir-se-á, apenas, que não parece ser adequado retirar de argumentos estritamente empíricos a vigência de uma relação autorizativa do exercício de domínio sobre uma sociedade. O dever de comunicação parece dever abranger apenas contratos que sirvam de fonte a atribuições associadas a direitos de voto, restringindo, assim, as hipóteses de obrigação de informação à CMVM e ao mercado das situações em que uma das partes detém, *de jure*, um poder de interferência com o direito de voto. Tal sucede, desde logo, com os instrumentos financeiros derivados que permitam a aquisição de direitos (de natureza creditícia ou real) sobre os instrumentos que lhe servem de referência (por exemplo, *equity swaps* com liquidação física, *call options*, etc.), mas também, com um alcance muito mais amplo, nos casos em que associado ao contrato (ou aos contratos sucessivamente concluídos para assegurar a cobertura) vigorem obrigações de voto a favor do titular da posição longa (seja ou não este parte do acordo fundamentante da vinculação de voto).

⁴⁰ V. «Documento de consulta pública da CMVM sobre alteração ao Regulamento da CMVM n.º 5/2008 sobre deveres de informação», disponível, em <http://www.cmvm.pt/NR/rdonlyres/068EA687-5226-4B91-93B2-0E915D1666C5/12822/ConsultapublicaCMVM42009.pdf>, onde podem ser encontradas breves descrições de casos mediáticos em que esteve em causa uma tentativa de aquisição silente de controlo de uma sociedade.

Um exemplo especial deste último conjunto de casos é o de uma prática concertada no exercício do direito de voto⁴¹. Com efeito, a afirmação de que o titular da «posição longa» adquire frequentemente direitos sobre as acções a que se refere o instrumento financeiro derivado e a verificação de que o exercício do direito de voto pelos respectivos titulares «formais» beneficia, por vezes, os interesses do titular da «posição longa», além de constituir um argumento de natureza estritamente empírica, é de veracidade discutível, na medida em que o tipo de frequência na transacção de instrumentos financeiros derivados com liquidação financeira se caracteriza *e se esgota* justamente pela assunção de uma das partes do risco associado à variação do valor da acção subjacente⁴². Os recentes e muito discutidos casos de «aquisição silente» de «participações economicamente relevantes» dirigida à tomada (*takeover*) da sociedade emitente (Porsche/VW, Continental/Schaeffler, CSX/TCI, etc.) não devem permitir o estabelecimento de regras que tenham como pressuposto uma solução claramente contrária à situação-regra. De resto, o que se verificou nalguns desses casos (em particular, naqueles que tiveram lugar em estados europeus) foi uma violação, quando muito «indirecta», da regra de imputação de direitos de voto em virtude de cláusula respeitante à titularidade de direitos de voto de terceiro, em nome próprio, mas por conta do participante⁴³. As dificuldades de prova

⁴¹ Sobre esta, v. C. VON BÜLOW/M. STEPHANBLOME, «Acting in concert und neuen Offenlegungspflichten nach dem Risikobegrenzungs-gesetz», *ZfP*, 29 (2008), 1797 ss..

⁴² Este modo de ver as coisas tem correspondência nas funções tradicionalmente atribuídas aos derivados, enquanto «instrumentos que desempenham uma função de cobertura dos riscos à actividade económica (“hedging”), de especulação (“trading”) e de arbitragem (“arbitrage”)», J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Instrumentos Financeiros*, Almedina, Coimbra, 2009, 125-6; v. também P. COSTA E SILVA, *As operações de venda a descoberto de valores mobiliários*, Coimbra Ed., Coimbra, 2010. Quando não esteja em causa a liquidação física (obrigação de entrega do activo subjacente e pagamento do preço respectivo), mas apenas a liquidação financeira (pagamento da diferença entre o valor contratado e o valor do activo subjacente), a técnica da «derivação» consiste numa forma específica de construir e determinar o valor de instrumento. O recurso à técnica da valoração por referência a realidade primária não é condição suficiente para a execução de um plano de aquisição de controlo ou de influência; exige-se a detenção dos direitos de voto por conta do terceiro (al. a) do n.º 1 do artigo 20.º do Cód. dos Valores Mobiliários), um acordo de voto relativo ao exercício do direito de voto (al. c) do n.º 1 do artigo 20.º do Cód. dos Valores Mobiliários) ou um acordo que «vise adquirir o domínio da sociedade ou frustrar a alteração de domínio ou que constitua um instrumento de exercício concertado de influência sobre a sociedade participada» (al. do n.º 1 do artigo 20.º do Cód. dos Valores Mobiliários).

⁴³ Cf. D. ZETZSCHE, «Hidden Ownership in Europe: BaFin’s Decision in Schaeffler v. Continental», *European Business Organization Law Review*, 10 (2009), 132 ss. (ainda que propondo uma alteração legislativa no sentido da adopção de um modelo de fiscalização *ex ante*).

por parte das entidades reguladoras não devem conduzir ao estabelecimento de «presunções» com significado contrário daquele que resulta dos dados recolhidos pela experiência, sobretudo, quando as soluções que daí resultem impliquem a suportação de custos desproporcionados para as entidades envolvidas.

3.2.3. *Excurso. A estrutura e a natureza do voto*

I – A análise de alguns dos problemas que constituem objecto da presente investigação, como sejam os pressupostos, limites e efeitos da interposição de terceiros representantes no exercício do direito de voto ou as consequências de um voto ilícito, entre outros, recomendam uma ponderação – inevitavelmente perfunctória – da estrutura e da natureza do voto.

O voto corresponde à figura embrionária de qualquer deliberação social. Colocados perante uma proposta de deliberação, o sócio pode adoptar um de diversos comportamentos alternativos: (i) votar favoravelmente; (ii) recusar a proposta; (iii) abster-se; (iv) não dar resposta ou responder sem eficácia jurídica. A proposta de voto consiste numa verdadeira proposta negocial⁴⁴: uma vez

⁴⁴ Consta-se que a doutrina largamente maioritária entre nós concebe o voto como uma declaração de vontade, unilateral, integrado num procedimento complexo de formação de um negócio jurídico plurilateral – a deliberação social; cf. M. DE ANDRADE, *cit.*, II, 39-41 («modalidades negociais autónomas»); A. MENEZES CORDEIRO, *as: Assembleia Geral e Deliberações Sociais*, *cit.*, 150-3: a deliberação não é uma declaração de vontade, mas inclui-se na teoria do negócio jurídico por se tratar de uma consequência de uma ou mais declarações de vontade dos participantes (v. tb. *Tratado de Direito Civil...*³, I/I, *cit.*, 462-3); P. OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2007, 551-2, ainda que haja vontades divergentes, a prevalência das declarações de voto de acordo com o princípio da maioria não é incompatível com a natureza negocial; em sentido diferente, v. J. PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios: artigos 53.º a 63.º – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1993, 37 ss., considerando a deliberação como uma declaração, a qual pode ser de ciência, de vontade ou de sentimento, a qual por se poder impor contra a vontade de alguns sócios, é uma manifestação típica de heteronomia e já não de autonomia. O voto consiste, pois, numa declaração negocial, com uma dimensão de vontade, de comunicação e de disposição de validade. A formação da deliberação social são, por seu turno, aplicáveis, na medida em que sejam compatíveis com as especificidades do procedimento deliberativo, as disposições relativas aos negócios jurídicos (A. MENEZES CORDEIRO, *ult. op. cit.*, 152 e K. SCHMIDT, *cit.*, 436; no mesmo sentido, v. tb. B. GRUNEWALD, *cit.*, 35). Além dos regimes da legitimidade, da falta e vícios da vontade ou da ineficácia, que têm vigência adaptada no direito das deliberações sociais, não se vê razão para negar as limitações à liberdade dos participantes com fundamento nos deveres básicos de informação, lealdade e protecção (artigo 227.º do Cód. Civil). Opinião contrária parece ser a de J. PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios...*, *cit.*, 98 ss.: o voto adopta a forma da deliberação social, podendo, pois, ter uma natu-

aprovada, dará origem a um acto de autonomia privada, uma auto-regulamentação de interesses dos sócios sob o expediente técnico-formal de um acto de um ente colectivo autónomo. Tem sido largamente discutida a questão de saber se a declaração de voto constitui uma declaração receptícia e, em caso afirmativo, quem seriam os seus destinatários, havendo quem considere que se trata dos restantes sócios, da mesa da assembleia ou, diferentemente, da própria sociedade⁴⁵. Quanto a nós, a última hipótese parece ser a correcta: enquanto acto de comunicação, o voto é dirigido à sociedade (servindo, aqui, a mesa de suporte humano e institucional), sendo na esfera da sociedade que os votos produzirão os respectivos efeitos quando, de acordo com um procedimento pré-estabelecido (cuja regra fundamental é a da maioria), se forma uma deliberação que a vincula.

II – O conteúdo da declaração de voto coincide sempre com o da proposta apresentada (proposta de distribuição de lucros do exercício, de nomeação ou destituição de gestores, de aprovação de nota de louvor a um terceiro, etc.). O seu objecto mediato corresponde ao conteúdo da deliberação social (a aprovação da distribuição de lucros, a nomeação ou destituição de gestores, a assunção pela sociedade da declaração de louvor). Já a *natureza* do objecto mediato

reza de declaração de vontade, de ciência ou de sentimento (ainda que, em se tratando de um projecto de deliberação com um significado de deliberação de vontade, o voto possa assumir «uma natureza análoga ao instituto que, na nossa ordem jurídica, se designa por declaração negocial que tem destinatário e é disciplinado no artigo 224-1 CC – constituindo, portanto, uma declaração receptícia», 101-2) e ID., «O voto nas deliberações de sociedades», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, II, Almedina, Coimbra, 2003, 214 ss.: o voto assumiria sempre a natureza da deliberação, pelo que o mesmo poderia consistir numa declaração de vontade (p. ex., quero ou não quero o aumento de capital), mas também poderia assumir o significado de uma declaração de ciência (aprovo ou rejeito as contas do exercício) ou, ainda, uma declaração de um sentimento (p. ex., declaração de congratulação ou de pesar).

⁴⁵ Para J. PINTO FURTADO, «O voto nas deliberações de sociedades», *cit.*, 216 ss., mesmo nos casos em que o voto fosse de considerar uma declaração de vontade, nunca seria de entender que as mesmas têm um destinatário, resultando a deliberação social de uma *facti species* complexa, em que cada declaração conta para o apuramento do resultado, mas só aquelas que coincidissem com o sentido prevalecente se fundiriam na deliberação, caducando as restantes. E. LUCAS COELHO, *A formação das deliberações sociais*, Coimbra Ed., Coimbra, 1994, 166 ss., por seu turno, vê no voto uma declaração receptícia, sendo o presidente da mesa o destinatário do acto de comunicação. Já K. LARENZ/M. WOLF, *cit.*, p. 407, consideram que o destinatário da declaração de voto não é, como sucede em geral no contrato, a outra parte, mas a própria colectividade de pessoas ou o respectivo órgão em que tem lugar o processo de formação da vontade (o mesmo sucedendo com o destinatário da deliberação, que não emite, por sua vez, outra declaração de vontade).

da deliberação é independente da natureza da própria deliberação: quer esta se refira à realização futura, pela sociedade, de um acto negocial (como seja uma deliberação de aprovação de uma fusão ou de nomeação de um gestor), quer se refira a um acto não negocial (o exemplo da nota de louvor), a aprovação da deliberação representa, por si, um negócio jurídico⁴⁶. Em qualquer caso há um acto de autonomia, na medida em que se sujeita certo grupo de pessoas a normas por si postas em vigor. Há negócio jurídico sempre que é realizado um acto de exercício jurídico colectivo; simplesmente, além das especificidades da deliberação no aspecto formativo, há que ter em consideração devida os seus efeitos jurídicos: na deliberação os efeitos são, desde logo, intra-organizativos, vinculando não os declarantes em si mesmos considerados, mas a esfera jurídica da própria sociedade⁴⁷. Porque e na medida em que os sócios querem fazer uma declaração de ciência ou de sentimento, tal declaração é imputada a todos os sócios, mediante a personalidade colectiva, aqui funcionando como veículo de transmissão simbólica de representações de um grupo. Por força do funcionamento das regras do exercício jurídico colectivo, uma afirmação de ciência só pode ser atribuída a uma sociedade através de um negócio específico dos sócios. É por essa razão que, verificados os pressupostos legais (incluindo o da sua não insignificância), mesmo uma deliberação destinada a manifestar um desejo ou estado alma pode ser anulada ou declarada nula: como qualquer outra.

III – Enquanto declaração de vontade, são aplicáveis à deliberação social as regras relativas aos vícios da vontade previstas para o direito os contratos (artigos 240.º a 257.º do Cód. Civil), uma vez que, como se sabe estas valem para todos os casos de perturbação da formação e exteriorização de uma declaração de vontade no contexto da formação de um negócio jurídico. O mesmo se diga quanto aos vícios relativos ao objecto (artigos 280.º e 281.º do Cód. Civil). Naturalmente, a aplicação destas regras não é feita sem adaptações, reclamadas pelos valores em jogo. É por serem, em geral, aplicáveis as regras relativas à formação, à interpretação e à invalidade do negócio jurídico que se impõe a recondução a esta categoria dogmática e não o inverso. As regras sobre a falta e vícios da vontade são, de resto, aplicáveis a qualquer negócio jurídico. É certo que, expressando a sua vontade quanto a uma concreta proposta de deliberação que, aprovada, produzirá efeitos na esfera da sociedade, afectando, assim, de modo indirecto a situação do sócio, o sócio poderá, em princípio, prevalecer-

⁴⁶ Em sentido distinto: J. PINTO FURTADO, *loc. cit.*.

⁴⁷ K. LARENZ/M. WOLF, *cit.*, 408.

-se da falta ou vício da vontade que o atingiu⁴⁸. Não se pode ignorar, contudo, que a tensão vigente entre os dois princípios fundamentais na teoria do negócio jurídico – a autonomia da vontade e a tutela da confiança do declaratório – não é reproduzida, nos seus exactos termos, no domínio do direito das deliberações sociais. É que neste contexto, fruto da plurilateralidade típica da formação do negócio e da orientação à produção ulterior de efeitos externos da deliberação social, fundamentante da confiança de terceiros, ganha importância argumentativa acrescida a exigência de certeza e estabilidade dos efeitos das deliberações. Assim se explicam a enumeração relativamente restrita das causas de ineficácia a elas respeitantes (artigos 55.º, 56.º e 58.º do Cód. das Sociedades Comerciais), as consequências da anulabilidade para a violação de certas regras legais imperativas [que não se destinem a proteger interesses de terceiros ou de sócios futuros; artigo 58.º/1, al. a), do Cód. das Sociedades Comerciais], o curto prazo de caducidade do direito de requerer a anulação da deliberação (artigo 59.º/2 a 4) ou o apertado regime prescrito para a renovação (artigo 62.º do Cód. das Sociedades Comerciais). Tudo isto sugere a intuição de um subsistema de invalidade causada por vícios da vontade na formação da deliberação social: as normas gerais vigentes para o contrato são *prima facie* aplicáveis, podendo ser afastadas ou adaptadas certas soluções concretamente previstas naquele regime. Assim, por hipótese, o voto é anulável por incapacidade do sócio (artigos 123.º, 138.º, 139.º, 152.º ou 257.º do Cód. Civil), por haver falta de vontade ou de consciência de emissão de uma declaração de voto (artigos 246.º do Cód. Civil), em virtude de coacção (artigos 255.º e 256.º do Cód. Civil), sendo igualmente possível a impugnação de um voto patentemente não sério (artigo 245.º do Cód. Civil). Apesar de dificilmente estarem reunidos os respectivos pressupostos⁴⁹, supomos que possam verificar-se casos de invalidade do voto por erro, simples (artigos 247.º, 250.º, 251.º e 253.º do Cód. Civil) ou provocado (artigos 253.º e 254.º do Cód. Civil), e mesmo, de simulação (artigos 240.º e ss. do Código Civil). A identificação dos contornos precisos que cada um destes institutos vem a assumir na formação da deliberação social não pode ser tratada num estudo sobre a parassocialidade: o seu lugar pertence à «teoria do voto».

⁴⁸ V. LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Atlântida Ed., 1976, 583 ss.; J. PINTO FURTADO, «O voto nas deliberações de sociedades», *cit.*, 265 ss.; E. VERA-CRUZ PINTO, *cit.*, 26 ss..

⁴⁹ Em especial, em virtude das normas de protecção da confiança do declaratório (cognoscibilidade para o declaratório da essencialidade do elemento sobre o qual incidiu o erro – artigos 247.º e 250.º – ou cognoscibilidade para o declaratório do dolo do terceiro – artigo 254.º/2).

IV – Questão relacionada com o que acaba de dizer-se prende-se com a viabilidade da impugnação autónoma do voto ineficaz. Uma vez que o Código das Sociedades Comerciais apenas contempla um regime de impugnação da deliberação, a aceitação da tese de que o voto pode igualmente padecer de um vício da vontade conduz à formulação da questão sobre a admissibilidade de anulação do voto cumulada com a apreciação da inexistência da uma deliberação, em virtude da falta de quórum ou da maioria exigida para a respectiva aprovação.

Desde logo, os votos inválidos devem ser recusados pelo presidente da mesa da assembleia, não relevando para o cômputo dos votos a favor ou contra a proposta apresentada. Já no caso em que o voto viciado escapa ao escrutínio da mesa, a questão é mais discutível. Do artigo 58.º/1, al. b), do Cód. das Sociedades Comerciais, parece resultar implicitamente a irrelevância dos votos inválidos quando deles não possa resultar a afectação da validade da própria deliberação em que os mesmos se integram. Ainda que a proposição citada se refira às hipóteses específicas de *certo conjunto de casos* de violação do dever de lealdade (obtenção de vantagens especiais em prejuízo da sociedade ou de outros sócios)⁵⁰ ou adequados à realização da intenção de causar danos a terceiros (à sociedade ou a outros sócios), numa concretização da cláusula geral do abuso do direito, encontra-se aqui plasmada uma regra geral de causalidade: só há anulabilidade quando a perturbação possa influenciar o sentido da deliberação. Esta «prova de resistência» não é realizada com recurso a critérios «meramente quantitativos» (possibilidade de os votos inquinados serem emitidos em sentido oposto àquele que fez vencimento), antes exige se assume como um problema geral de causalidade que obriga à reconstrução da situação que provavelmente existiria se não tivesse ocorrido o vício⁵¹. Parece, por isso, assistir razão a J. Pinto Furtado quando afirma que, perante a recusa da solução constante do Projecto de Código de Sociedades Comerciais (que consagrava a inexistência da deliberação sem a maioria exigida), o voto inválido apenas pode, em regra, ser impugnado através da anulação da deliberação social. Tal impugnação já poderá ter lugar quando os efeitos da deliberação não fossem provavelmente os mesmos se o voto não houvesse sido emitido, o que poderá suceder mesmo nalguns casos

⁵⁰ Com efeito, a al. b) não esgota as invalidades do voto por contrariedade ao abuso do direito ou ao princípio geral da boa fé (e mesmo, dentro deste conjunto, dos casos de violação do dever de lealdade); A MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, cit., 660.

⁵¹ V. A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, cit., 656, com o exemplo do sócio minoritário que, tendo sido impedido de participar na assembleia, perdeu a possibilidade de influenciar a maioria através de questões e de intervenções persuasivas.

em que a validade da deliberação não é afectada: assim sucede, por hipótese, quando a lei o contrato de sociedade permitissem ao sócio a sua exoneração caso tivesse votado em sentido contrário a uma proposta de fusão ou transformação de sociedade (artigos 105.º/1 ou 137.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais)⁵².

A raridade dos casos de anulabilidade autónoma do voto está longe de significar a irrelevância do voto desleal: nele manifesta-se um comportamento ilícito do sócio, eventualmente fundamentante de uma obrigação de indemnizar a sociedade ou os outros sócios pelos danos causados⁵³.

3.2.4. *A cessão do direito de voto*

I – A fundamentação do princípio da indivisibilidade ou da incindibilidade da participação social não é, igualmente, unívoca⁵⁴. De uma perspectiva formal, invoca-se a coerência, de princípio, de um direito patrimonial com as suas funções particulares e, especialmente, com as pretensões de natureza política, de tal modo que o esvaziamento de um direito subjectivo através da transmissão de uma importante parte do seu conteúdo não seria admissível fora das excepções admitidas pela lei. No direito alemão, o dado positivo mais vezes invocado para justificar a proibição da transmissão autónoma do direito de voto parece ser o § 137 do BGB⁵⁵. A razão de ser deste preceito parece ser, por um lado, a neces-

⁵² J. PINTO FURTADO, «O voto nas deliberações de sociedades», *cit.*, 271–2, ainda que o A. pareça fazer depender o direito de exoneração do sócio da circunstância de a lei se referir à «não emissão de um voto favorável», duvidando que a mesma solução possa ser seguida nos casos em que se exija um voto desfavorável.

⁵³ V., *infra*, § 4, 4.5.2..

⁵⁴ Seria inoportuno e, bem assim, aparentemente pouco útil para aferir da espécie de relação que se estabelece entre a participação social e o direito de voto discutir, neste ponto, os problemas da unicidade ou atonicidade das situações jurídicas do sócio, da valência dogmática da própria noção de «participação social» ou da sua natureza (como *status socii*, como sustentam A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, *cit.*, 569 e D. COSTA GONÇALVES, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais – A Posição Jurídica dos Sócios e a Delimitação do Statuo Viae*, Almedina, Coimbra, 2009, 348–9, como conteúdo de uma posição jurídica complexa, na senda de J. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, *cit.*, 207, ou como uma realidade plural, simultaneamente reconduzível à relação jurídica, ao direito subjectivo, ao *status socii* e ao objecto do direito, como sustenta P. PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, *cit.*, 473 ss.).

⁵⁵ § 137 (Proibição de disposição negocial): «[a] pretensão de disposição de um direito disponível não pode ser restringida ou excluída mediante negócio jurídico. A eficácia de uma obrigação de não dispor de um tal direito não é prejudicada por este preceito» (tradução nossa).

tidade de restrição da autonomia privada face ao princípio da tipicidade: a validade da limitação dos poderes de disposição compreendidos significaria uma modificação desestabilizadora do conteúdo típico das situações jurídicas em jogo⁵⁶. Visa-se, além disso, a tutela de credores, na medida em que a penhora de um direito desprovido de certa pretensão dispositiva (pense-se numa participação social desprovida do direito de voto) poderia redundar na realização de um acto economicamente inútil⁵⁷. Os dois argumentos são evidentemente complementares, podendo, ambos, ser associados a uma «função de garantia da orientação no tráfego» (*Orientierungssicherheit*)⁵⁸, numa lógica de tutela «preventiva» e objectiva da confiança dos participantes no comércio na conformidade do conteúdo da situação jurídica compreensiva em jogo com o feixe de direitos e deveres que, além de integrarem o seu tipo legal, cunham a sua função⁵⁹.

No contexto particular do direito das sociedades, alega-se que a transmissão, autónoma, do direito de voto implicaria o comprometimento da prossecução do escopo comum a todos os sócios caracterizador do tipo do próprio contrato de sociedade⁶⁰. A intervenção no processo interno de actuação da pessoa colectiva teria como contrapeso o dever de respeito pelos «interesses» dos outros sócios, aferidos em modo colectivo; e seria essa adscrição a legitimar a própria existência da participação social enquanto tal. A abertura do procedimento de «formação da vontade» da sociedade à intervenção de terceiros, que lhe sendo estranhos, não estão pessoalmente obrigados a contribuir para a realização de um fim comum nem tão-pouco, pelo menos em princípio, sujeitos a um dever de lealdade, significaria o reconhecimento da possibilidade de subordinação dos interesses da sociedade (entendidos como os interesses dos sócios no modo de exercício jurídico colectivo) em face dos interesses próprios

⁵⁶ MAYER-MALY/ARMBRÜSTER, *Münchener Kommentar*, §137, Nr. 7, 1342.

⁵⁷ H. WIEDEMANN, *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*, München, Beck, 1965, 285.

⁵⁸ MAYER-MALY/ARMBRÜSTER, *loc. cit.*; H. P. WESTERMANN, *cit.*, 422 (admitindo um menor efeito restritivo no âmbito do exercício dos direitos sociais). Sobre o argumento, em geral, da segurança dos meios de circulação no tráfego, que surge comumente associado à ideia de que a ordem jurídica não permite, *em regra*, uma dissociação entre a competência jurídica e a faculdade de disposição, v. W. FLUME, *cit.*, II, 362; K. LARENZ/M. WOLF, *Allgemeiner Teil...*⁹, *cit.*, 810; D. MEDICUS, *cit.*, 196; R. LIEBS, «Die unbeschränkte Verfügungsbefugnis», *cit.*, 11.

⁵⁹ A maioria da doutrina germânica associa, pois, a inseparabilidade do direito de voto em face da participação social ao § 137 do BGB: H. WIEDEMANN, *cit.*, 283 ss.; HEFERMEHL, *Soergel-Hefermehl – BGB*¹², I, W. Kohlhammer, 1987, anot. § 137, Ndr. 10, 910-1; MAYER-MALY/ARMBRÜSTER, *cit.*, Nr. 17, 1344.

⁶⁰ K. SCHMIDT, *cit.*, 455 ss..

de tais terceiros. As mesmas razões que subjazem à decisão de aquisição (derivada) do direito de voto pelo terceiro cessionário sugerem que este tenderá a tentar a realização de finalidades individuais e concretas mediante o exercício do direito de voto e, de outro lado, que tais finalidades serão conflituantes com a prossecução da actividade societária de um modo lucrativo e com a abstenção de comportamentos danosos e economicamente irracionais, a ponto de K. Schmidt chegar a apontar à proibição de cessão do direito de voto uma «função de prevenção de comportamentos»⁶¹. Outros autores associam a estes argumentos o já descrito efeito preceptivo do princípio da soberania societária ou ainda a «presunção de conformidade de comportamentos dos sócios com os interesses sociais» (*Präsumption interessenkonformen Verhaltens*), contrastante com a situação em que os terceiros tipicamente se encontram, e um dever de formação «autónoma» da vontade da sociedade⁶². A esta opinião tem sido contraposto o argumento da disponibilidade da protecção que o alegado princípio da intransmissibilidade do direito de voto visaria assegurar. Com efeito, quer se entenda que esta regra tem por finalidade a protecção dos restantes sócios (típica de uma perspectiva contratualista do interesse social), quer se entenda que o destinatário desta protecção é, directamente, a sociedade, sempre se poderia dizer que os sócios poderiam renunciar ao efeito protector apontado à inseparabilidade do direito de voto relativamente à participação social, recorrendo, por hipótese, à estipulação de uma permissão expressa de transmissibilidade autónoma daquele direito no texto dos estatutos ou de uma deliberação social⁶³. O que, de resto, vale para o próprio sócio cedente, que não pode, segundo a perspectiva da maioria dos próprios partidários da tese da admissibilidade da alienação autónoma do direito de voto, nem dispor em termos definitivos daquele direito nem fazer incluir no conteúdo da transmissão do direito de voto certo conjunto de situações jurídicas que compreendam o verdadeiro núcleo da participação social⁶⁴. Por outro lado, e diferentemente do que sucede noutras situações de «intervenção» de terceiro no exercício do direito de voto (atribuição de poderes de representação a terceiros e assunção de vinculações de voto em benefício de terceiros), a proibição da cessão do direito de voto é sempre absoluta, sendo, por isso, inválida *ainda que o cessionário seja um sócio*, o que parece, pois, implicar uma recusa da hipótese de recondução deste princí-

⁶¹ K. SCHMIDT, *loc. cit.*.

⁶² A. HERFS, *cit.*, 52.

⁶³ H. WIEDEMANN, *cit.*, 281 ss..

⁶⁴ É o caso de C. WEBER, como se dirá adiante; sobre a *Kernbereichslehre*, v., *infra*, § 4, 4.3..

pio ao princípio da autonomia societária ou a uma irrenunciável tutela preventiva dos interesses dos restantes sócios.

Como hipótese para descrição do fundamento do princípio da indissociabilidade entre o direito de voto e a participação social, restaria, então, o chamado *princípio da tipicidade*⁶⁵. Sob pena de se fazer redundar o argumento numa *petitio principii*, cumpre, porém, fundamentar a natureza «fechada» da tipicidade⁶⁶. A inadmissibilidade da alienação do direito de voto pelo sócio terá de encontrar alguma razão, seja em alguma regra imperativa de fonte legal, seja num princípio de direito civil ou comercial. No direito português, ocorre imediatamente trazer à discussão o princípio da tipicidade dos direitos reais (artigo 1306.º do Cód. Civil). Como é sabido, o princípio da tipicidade assume, ali, uma função de tutela do comércio jurídico, permitindo aos participantes formularem expectativas sobre as formas de atribuição, aproveitamento e circulação dos bens⁶⁷. Nos direitos reais, a tipicidade surge como um correlativo da atribuição de um direito absoluto que expressa uma permissão de aproveita-

⁶⁵ No direito alemão, a questão é sobretudo discutida a propósito da proibição da cessão do direito de voto. Ainda assim, a doutrina que faz derivar do § 137 do BGB a proibição de tal cessão não deixa de sublinhar a adesão a um entendimento amplo daquele preceito do Código Civil alemão, de modo a considerá-lo aplicável não apenas aos problemas da exclusão da pretensão de disposição, mas antes, de um modo geral, a todas as modificações jurídico-negociais do conteúdo de um direito (e compreendendo, deste modo, as pretensões de aproveitamento [*Nutzungsbefugnis*] do bem; parece ser este o caso de H. WIEDEMANN, *cit.*, 285 ss.). Em contraste profundo com esta visão estão os partidários da tese de que o escopo do § 137 do BGB assenta numa lógica de garantia do tráfego de bens jurídicos e da realização da autonomia privada (assim, p. ex., C. WEBER, *loc. cit.*, salientando não apenas a letra, mas também os antecedentes históricos e a teleologia do preceito, e J. GERNHUBER, «Die verdrängende Vollmacht», *JZ*, 8 [1995], 383-4). Já não caberia, então, falar-se de uma proibição de exclusão de pretensões feitas derivar do direito, mas tão-somente de uma proibição de exclusão de pretensões de disposição da própria situação jurídica em questão.

⁶⁶ J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *As relações jurídicas reais*, 1968. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/1, Almedina, Coimbra, 2009, 415.

⁶⁷ A vigência de um princípio de tipicidade nos direitos reais tem, como é sabido, uma fundamentação complexa. Seguindo A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/1, *cit.*, 416, teremos: razões históricas, em particular as resultantes das concepções liberais resultantes das revoluções de finais do séc. XVIII; a oponibilidade *erga omnes*, que recomendaria o conhecimento ou a cognoscibilidade dos direitos reais, com facilidade; a tendencial perpetuidade dos direitos reais, pouco conciliável com flutuações incidentais; a sujeição a regras de publicidade – para se retirar um máximo de fé pública seria conveniente a existência de «catálogos legais típicos»; a «proximidade» do exercício de situações jurídicas reais, a qual, para evitar confusões, recomendaria a proibição de afastamento de modelos já conhecidos; a «parcela de soberania» associada aos direitos reais que, possibilitando um controlo exclusivo e individual, interessaria ao Estado controlar.

mento de uma coisa cuja integridade todos devem respeitar⁶⁸. Sem embargo de se reconhecer que a participação social funciona como uma forma de organização de um esquema de ordenação de bens económica e funcionalmente semelhante à «propriedade»⁶⁹, e justificante da intervenção dos princípios da constituição patrimonial privada (cf. artigos 61.º/1 e 62.º/1 da Constituição da República Portuguesa)⁷⁰, a participação social não se encontra afectada ao respectivo titular em termos reais, compreendendo, antes, uma situação jurídica complexa, de natureza obrigacional.

Do mesmo modo, o princípio da tipicidade de direito das sociedades não serve de razão à invalidade da transmissão do direito de voto de forma separada da participação social. De facto, o princípio da tipicidade tem ali por objecto certa descrição – de resto, incompleta – do contrato de sociedade e, assim, dos principais elementos que a compõem. O princípio da tipicidade não vale, porém, da mesma forma quanto ao *conteúdo* das situações jurídico-societárias, podendo os sócios celebrar livremente negócios sobre pretensões derivadas do seu próprio *status socii*. Com efeito, não pode esquecer-se que «o primeiro e o mais significativo dos princípios das sociedades é o da autonomia privada» e que, na ausência dos limites impostos pelas regras gerais sobre o objecto dos negócios jurídicos, pelos vectores profundos da ordem jurídica, pelas regras injuntivas dirigidas às sociedades em geral e pelos limites próprios dos tipos societários, vale a regra de permissão⁷¹. Esta permissão não seria, de resto, uma «regra de permissão fraca», fundada na inexistência de uma regra de proibição

⁶⁸ A tipicidade facilita a realização simplificada de actos jurídicos sobre coisas, possibilitando o recurso ao emprego de conceitos intermédios na linguagem e, assim, evitando, a descrição exaustiva das normas visadas pelas partes (sobre uso de conceitos intermédios no direito, v. A. ROSS, «Tû-Tû», *Harvard Law Review*, 70, 1957, 812 ss.; GALLIE, «Essentially contested concepts», *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. I, 56, 1956, 167 ss.; v. também J. A. VELOSO, «Um Esquema de Análise Pragmática da Linguagem das Posições Jurídicas Subjectivas», *Estudos em homenagem ao Conselheiro José de Sousa Brito*, Almedina, Coimbra, 2009, 229 ss., referindo-se a um modelo de uma posição jurídica como o conjunto de efeitos característicos que forma a intensão característica da mesma, considerada do ponto de vista da metodologia da jurisprudência). Mais importante para o que agora nos interessa, a tipicidade assume uma função de delimitação normativa de espaços de permissão apta a fundar representações de terceiros distintos daquele que é o beneficiário da permissão em condições tais que se consideram existir razões para tutelar a mera possibilidade de surgimento daquelas representações.

⁶⁹ Escreve A. MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, II, *cit.*, 642, a propósito da acção, que: «[c]omo matriz, devemos ter presente que elas representam uma especial técnica de apropriação privada da riqueza. O direito de propriedade está sempre presente».

⁷⁰ A. MENEZES CORDEIRO, *cit.*, *loc. cit.*.

⁷¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, I, *cit.*, 184-5.

ou de uma obrigação de um comportamento contrário, mas antes uma permissão forte ou expressa associada à propriedade privada. O sócio que atribui a um terceiro o direito de decidir o sentido do direito de voto está, desde logo, a agir no exercício de uma faculdade de regulação inerente ao seu «direito de domínio»⁷² e os efeitos jurídico-obrigacionais resultantes do contrato como o terceiro sobre o exercício do direito de voto são ainda uma projecção, posto que mediada por um acto jurídico celebrado com um terceiro, da especial situação que ocupa relativamente a certo bem⁷³.

Do mesmo modo, uma alegada proibição da conclusão de vinculações de voto perante terceiros não pode encontrar a sua *ratio* em argumentos de natureza processual, *maxime*, na circunstância de a pertença a um terceiro do direito de decidir o sentido do voto ser susceptível de afectar o valor patrimonial da participação social penhorada e de, assim, poder prejudicar a pretensão do credor exequente à satisfação efectiva da sua pretensão. De um lado, o credor exequente não pode esperar alcançar mediante a tutela executiva do seu direito algo de que o devedor executado já não dispunha⁷⁴. Além disso, a regra de proibição da separação do direito de voto da participação social não poderia ter por finalidade a tutela dos interesses do credor exequente, antes estaria relacionada com a protecção da integridade da própria sociedade, dos direitos dos restantes sócios ou, no limite, do próprio sócio titular do direito de voto. Se não fosse assim, não se perceberia nem a razão de uma proibição abstracta de transmissão do direito de voto ao terceiro (independente, pois, da penhora da participação social ou, sequer, da propositura de uma acção executiva contra o sócio)

⁷² O caso não pertence, contudo, à fenomenologia das chamadas «regulações do dono», pois a fonte da vinculação do sócio é, aqui, o negócio jurídico; nas palavras de PEDRO MÚRIAS, «Regulações do dono. Uma fonte de obrigações», *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, Almedina, Coimbra, 2002, 255 ss., há aqui «autonomia bilateral» e não «heteronomia consentida», ao contrário do que é característica das regulações do dono. Ainda assim, encontram-se nas proposições-base da «teoria das regulações do dono» argumentos que reforçam a fundamentação pela validade de negócios sobre pretensões emergentes de direitos de exclusivo, designadamente aqueles que se relacionam com o «poder» de o «dono» (titular de qualquer direito de exclusivo, de que é paradigma a propriedade) decidir do aproveitamento de certo bem por um terceiro e de, nesse contexto, lhe impor deveres, ónus e sujeições.

⁷³ Por essa razão, a atribuição a um terceiro do direito de influenciar o sentido do voto participa do aspecto significativo-ideológico próprio do direito subjectivo, de acordo com a concepção de A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*³, I/1, Almedina, Coimbra, 2005, 331-4.

⁷⁴ A. TEICHMANN, *Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen*, C. H. Beck, München, 1970, 223; C. WEBER, *cit.*, 233.

nem a razão por que os partidários da tese da indivisibilidade da participação social não se bastam com a aceitação de uma regra de tutela da situação do exequente (no sentido da inoponibilidade à execução da alienação do direito de voto ou, pelo menos, da extinção dos direitos de voto de terceiros com a venda executiva, de acordo, de resto, com as regras gerais). Por fim, a alegada dificuldade de avaliação de uma participação desprovida do direito de voto parece não se colocar, na medida em que tal dificuldade também se verifica com muitos outros direitos de natureza patrimonial (desde logo, e no direito das sociedades, com as acções preferenciais sem voto).

II – A possibilidade de transmissão do direito de voto tem sido recusada pela doutrina, com diversos argumentos:

- o princípio da incindibilidade de direitos de natureza política face à participação social;
- o princípio da tipicidade das situações jurídico-societárias;
- a necessária patrimonialidade da participação social, que poderia ser posta em causa caso se permitisse a expurgação desta do direito de voto;
- a necessidade de proteger a autonomia do sócio, porventura demasiado disponível para alienar, com efeitos definitivos, o direito a intervir na gestão dos assuntos da sociedade (e não obstante manter o *status socii*);
- a necessidade de tutela dos interesses dos sócios perante o reconhecimento a um terceiro do direito de intervir na assembleia geral e de exercer o direito de voto não obstante não participar no fim comum do contrato de sociedade nem do risco de empresa.

Quanto ao primeiro dos argumentos apresentados, ainda que se trate de um argumento tradicionalmente utilizado pela doutrina para negar a possibilidade de transmitir isoladamente o direito de voto⁷⁵, não parece que seja,

⁷⁵ V. entre nós, a doutrina de J. DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, IV, 253: o carácter unitário da participação social manifesta-se na circunstância de não se permitir a ablação de faculdades nela contidas; não se pode supor que o sócio aliene definitivamente o direito de voto ou aos dividendos; poderá celebrar negócios sobre faculdades já concretizadas, mas não pode cindir o direito, de maneira que dele brotem direitos diferentes, sem ligação entre si; V. LOBO XAVIER, *cit.*, 239; P. PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, *cit.*, 171 ss., defendendo a parte social com objecto unitário do direito e que o voto não é um direito subjectivo autónomo, mas uma posição activa instrumental do direito social; P. COSTA E SILVA, «Sociedade aberta, domínio e influência dominante», *cit.*, 49: o direito de voto é uma situação jurídica activa com finalidade política, que pressupõe a qualidade de sócio; A. SOVERAL MARTINS, *cit.*, 99 ss., invocando os arti-

per se, suficiente para justificar uma restrição ao exercício da autonomia do sócio. Com efeito, se com a «incindibilidade da participação social» se quiser significar uma «impossibilidade técnico-jurídica» de transmissão autónoma de pretensões societárias não patrimoniais, i.e., se se pretende aludir a uma alegada inerência do «direito de votar na assembleia geral» à compreensão do conceito de participação social, então o argumento surge desmentido, e a teoria «falsificada», pelas normas que admitem a existência de acções desprovidas do direito de voto, em especial, por aquelas que estabelecem o regime das acções preferenciais sem voto (artigos 341.º a 344.º do Cód. das Sociedades Comerciais)⁷⁶.

gos 21.º/1, 24.º/4, 288.º/1 e 302.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais, bem como o argumento do interesse da sociedade, da correspondência entre o controlo e o risco e da instrumentalidade do voto relativamente à tutela do direito ao lucro dos sócios; P. CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2009, 126: há «uma tradição legislativa muito forte de hostilidade ao denominado tráfico de voto», devendo a regra do artigo 17.º/3, al. c) prevalecer sobre a (aparente) permissão de destaque do direito de voto presente no artigo 55.º/3 do Cód. Dos Valores Mobiliários. Defendendo que o princípio da incindibilidade da participação social conhece algumas excepções entre nós e que o penhor e o usufruto da participação seriam disso exemplos, v. MARGARIDA COSTA ANDRADE, «A incindibilidade da participação social nas sociedades anónimas», *Estudos em comemoração do 10.º aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004, 495 ss..

⁷⁶ Além destas, poderia lançar-se mão do exemplo das acções próprias (artigo 324.º/1, al. a), do Cód. das Sociedades Comerciais). Invocam o exemplo das acções preferenciais sem voto em favor da validade da transmissão autónoma do direito de voto, C. WEBER e, entre nós, J. MARQUES ESTACA, «O destaque dos direitos de voto em face do Código dos Valores Mobiliários», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, II, Almedina, Coimbra, 2008, 1358 ss., mas apenas para o domínio das sociedades «abertas» (artigo 13.º do Cód. dos Valores Mobiliários), em que o volume e a dispersão do capital são muito significativos, permitindo a diferenciação entre a propriedade do capital social e a gestão da sociedade. Em favor da equiparação do destaque de direitos políticos ao destaque de direitos de conteúdo patrimonial, o A. recorre, entre outros argumentos, a tentativa de demonstrar a inexistência de uma regra de indissociabilidade do direito de voto da participação social a partir de várias situações de direito positivo; além das acções preferenciais sem voto, teríamos: as acções próprias (artigo 324.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais); os casos de sujeição, através do texto do contrato de sociedade, do exercício do direito de voto à detenção de uma participação social mínima [artigo 384.º/2, al. a) do Cód. das Sociedades Comerciais]; os casos de estipulação no contrato de sociedade de um limite máximo de votos, independentemente da participação social detida [artigo 384.º/1, al. b) e 2 do Cód. das Sociedades Comerciais]; os casos de impedimento de voto (artigos 251.º/1 e 385.º/6 do Cód. das Sociedades Comerciais). A estas situações acresceria ainda a proibição do voto plural nas sociedades anónimas, as situações decorrentes da mora na realização de entradas e das regras emergentes de acordos parassociais de voto. De acordo com o pensamento de MARQUES ESTACA, o argumento decisivo em favor da admissibilidade da negociação do direito de voto como direito destacável parece, contudo, residir na inexistência de uma tipicidade taxativa de valores mobiliários, por um lado, e no disposto no artigo 1.º/1, al. f), em conjugação com o artigo

Não se pretende sugerir a equivalência, formal ou «valorativa», entre ambas as situações: naturalmente, não são situações idênticas a de existir uma categoria de acções sem voto emitidas pela sociedade ao abrigo de permissão constante do contrato, por um lado, e a transmissão do direito de voto a um terceiro (sócio ou não sócio), por outro. Na segunda, ao contrário da primeira, existe um direito de voto associado à participação social, o qual vem a ser transmitido a pessoa que não é titular da participação a que o mesmo se refere. Mas, então, parece que a razão, ainda não expressamente afirmada, para a recusa de tal transmissão terá que ver com este aspecto «positivo», ou seja, com a possibilidade de alguém exercer o direito de voto não sendo sócio⁷⁷. Como escreve S. Grundmann, da proibição da divisibilidade da participação social não decorre a regra segundo a qual a toda a acção corresponde um voto («não há acção sem voto»), mas antes a de que ninguém pode ser titular do direito de voto sem ser sócio

55.º/3, al. b), do Cód. dos Valores Mobiliários, na medida em que se vem qualificar os direitos de voto como direitos inerentes. A negociação autónoma do direito de voto ficaria apenas dependente de inscrição em registo individualizado ou através de título autónomo, de modo a que a poder ser transmitida a legitimidade para o exercício do direito de voto (artigo 55.º/2 do Cód. Valores Mobiliários); por fim, haveria que ter em conta que a negociação em mercado secundário se encontra dependente de o destaque abranger todos os títulos de uma mesma emissão ou série ou, alternativamente, que o destaque esteja previsto no acto de emissão. Já J. ENGRÁCIA ANTUNES, *cit.*, 108 ss., depois de apontar como elementos da noção legal de «direitos destacáveis» a circunstância de consistirem em posições jurídicas inerentes a determinados valores mobiliários, a susceptibilidade do destaque dos concretos direitos em causa e as características da homogeneidade e negociabilidade das posições jusmobiliárias em causa, afirma que o destaque do direito de voto accionista não descaracteriza necessariamente o próprio valor mobiliário subjacente, dando como exemplo os ordenamentos estrangeiros em que se admite a cisão do direito de voto (n. 224).

⁷⁷ Parece reconhecer a insuficiência da invocação de uma razão técnico-jurídica, H. WIEDEMANN, *cit.*, 287, que invoca três razões para a inadmissibilidade da transmissão autónoma do direito de voto: (i) o § 137 do BGB, que evitaria o resultado de esvaziamento do significado económico da penhora de um bem cuja administração se encontrava definitivamente confiada a um terceiro (o que, por sua vez, deveria implicar, pelo menos, a inoponibilidade da cessão do direito de voto ao credor); (ii) razões de protecção do sócio, na medida em que, perante a transmissão do direito de voto, continuaria sujeito à responsabilidade por danos causados à sociedade ou a outros sócios sem que continuasse a deter a possibilidade de influir no procedimento de decisão no interior da sociedade; (iii) por último, a exclusão do direito de voto conduziria à modificação da participação social, que poderia ser «diminuída» nos seus efeitos (por hipótese, a alienação de um imóvel para a qual fosse necessária deliberação por unanimidade seria inadmissível sem a obtenção do acordo do terceiro), num resultado igualmente proibido pelo § 137 do BGB (*cit.*, 290 ss.). De ambos os argumentos resultaria não apenas uma ineficácia «relativa», i.e., restringida a determinado conjunto de destinatários, mas já a invalidade geral dos actos que supusessem a cindibilidade da participação social.

(«não há voto sem acção»)⁷⁸. Ora, para evitar este resultado, a tese da inseparabilidade dos direitos de natureza política terá então de se fundar em argumentos diversos do da «natureza» da participação social e da inerência do direito de voto ao estado do sócio⁷⁹, deslocando-se para as razões da recusa da aquisição do direito de voto por terceiros não sócios. Poderia dizer-se que o cessionário do direito de voto estaria autorizado a intervir nos negócios da sociedade, exercendo um poder de soberania típico do sócio que, no limite, compreenderia o direito a intervir na deliberação social tendente à modificação dos estatutos, à transformação ou à dissolução da própria sociedade, sem, no entanto, se encontrar obrigado à prossecução de um fim comum a todos os sócios. E a falta de condições de garantia de satisfação deste «elemento finalístico comum» poderia, no limite, conduzir a uma desvirtuamento do contrato de sociedade, nos termos em que surge tipicamente previsto na lei (cf. artigos 980.º do Cód. Civil e 2.º do Cód. das Sociedades Comerciais)⁸⁰: passando o direito de voto a poder a ser utilizado como instrumento de prossecução de interesses próprios de um terceiro, levantando a possibilidade de colocação em crise da realização dos fins da pessoa colectiva, o contrato de sociedade poderia, em rigor, deixar de ser visto como um contrato comutativo e de escopo comum, dando lugar a uma visão da sociedade como contrato com prestações recíprocas, em que as partes ocupam posições contrapostas. E, nessa hipótese, a liberdade de conformação das situações jurídicas do sócio, que há pouco se procurou fundamentar, conduziria afinal a um resultado, na prática, equivalente ao da disponibilidade sobre o próprio *Tatbestand* de sociedade comercial e à tipologia de sociedades comerciais estabelecida na lei, domínio onde tem prevalência uma ideia de tipicidade, com implicações variadas⁸¹. No limite, então, seria de deixar à aferição pelas

⁷⁸ S. GRUNDMANN, *cit.*, § 134, Ndr. 34, 84.

⁷⁹ Parecendo, também, ser de recusar a ideia de que o princípio da maioria impediria também a transmissão autónoma do direito de voto (neste sentido, S. GRUNDMANN, *cit.*, § 137, Ndr. 35, 84), na medida em que a transmissão do voto não colide necessariamente com a regra da votação por maioria (podendo, até, servir para reforçar a participação maioritária na assembleia geral). Acresce que o argumento poderia ser utilizado, por identidade de razão, para afastar a representação no exercício do direito de voto ou as obrigações de votar em determinado sentido, emergentes de acordo parassocial, sendo certo que a validade destes negócios não pode, em geral, ser hoje posta em causa.

⁸⁰ V., contudo, P. PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005, 13, defendendo a ideia de que a noção de sociedade constante do artigo 980.º não é o género de que as sociedades comerciais constituíssem espécie, funcionando antes como tipo cuja regulação se encontra nos artigos seguintes do Código Civil.

⁸¹ Poderia dizer-se que o problema em causa não é o do possível conflito com a tipicidade das sociedades comerciais, na medida em que o problema da disponibilidade dos direitos inerentes à

regras do Direito civil os problemas da validade e da qualificação do contrato em causa. Subjacente à discussão está, na verdade, o problema geral da fundamentação das limitações à autonomia no direito das sociedades ditas «não escritas» ou implícitas. Em resultado da procura de uma resposta explicativa e fundamentadora das restrições à liberdade de agir no âmbito do direito societário, surgiram diversas teorias, entre as quais sublinhamos a teoria da «natureza da sociedade», a «teoria do tipo» e a(s) teoria(s) institucionalista(s). De acordo com a primeira, seriam inválidas todas as convenções contrárias à «natureza» ou aos aspectos essenciais da sociedade ou de determinado tipo legal. Aqui, como no discurso prático em geral, o argumento da natureza não servir, em si, como razão para agir, constituindo um «cripto-argumento» ou um conceito inoperacional⁸²; por outro lado, se por «natureza» se pretende aludir às características essenciais da sociedade ou de um tipo específico de sociedade, ainda assim, o critério permanece como imprestável, já porque, nessa altura cumpriria concretizar o que se deveria entender como «propriedades essenciais» da sociedade, já porque, supondo mesmo que a concretização seria, no caso, possível, ainda se veria que a tarefa fundamental estaria, afinal, por ser realizada, qual seja a de saber se tais «propriedades» seriam verdadeiramente irrenunciáveis ou se, pelo contrário, somente relevariam para a descrição do respectivo regime típico constante das fontes e, portanto, de um paradigma ou modelo de situação jurídica⁸³. Já de acordo com a segunda, o tipo opõe-se ao conceito de tipo classi-

participação social de conteúdo não patrimonial se colocaria, de igual modo, para todos os tipos de sociedades comerciais. Noutra perspectiva, a ser possível extrair do artigo 21.º/1, al. b), do Cód. das Sociedades Comerciais a regra da intransmissibilidade do direito de voto, tal regra valeria imperativamente para todos os tipos legais de sociedade comercial. Cremos, contudo, que não é exactamente assim. O regime tipicamente previsto para cada tipo de sociedade comercial e as regras imperativas ali previstas compreende, ainda, aspectos fundamentais relativos às participações sociais (nesse sentido, v. A. MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, I, *cit.*, 204-5, distinguindo entre regras imperativas e normas conformadoras do tipo societário: o tipo societário é integrado por normas relacionadas com a conformação da firma, ao regime de responsabilidade por dívidas e *as regras básicas atinentes às participações sociais* [sublinhado nosso]). Assim, ainda que da letra e da inserção sistemática do artigo 21.º/1, al. b) do Cód. das Sociedades Comerciais se pudesse retirar um argumento *prima facie* favorável à proibição genérica de transmissão autónoma do direito de voto, veremos que existem, previstos nos diversos tipos de sociedade, regras que apontam no sentido de uma necessidade de distinção, designadamente aquelas que se prendem com a transmissibilidade da participação social, com a possibilidade de comparecer às reuniões da assembleia geral e com a admissibilidade (e limites) da representação no exercício do direito de voto.

⁸² Cf. H. P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, Springer Verlag, Heidelberg, 1970, 57 ss.; A. TEICHMANN, *cit.*, 3 ss..

⁸³ C. WEBER, *cit.*, 151-2.

ficatório, sendo os respectivos elementos hierarquizáveis e concretizáveis através de uma «estrutura de indícios», ao invés de um resposta de tipo binário; os elementos objectivos do tipo são, por isso, renunciáveis, porquanto se limitam a ser uma manifestação de um pensamento valorativo geral prevalecente⁸⁴. Sem deixar de reconhecer a relevância jus-metodológica do pensamento tipológico, consideramos ser tarefa difícil a de estabelecer, com o simples recurso a uma teoria dos elementos essenciais do tipo, todos os concretos limites vigentes à liberdade de afastamento de um *Tatbestand*. Neste sentido, o modelo de fundamentação interna adequado a explicar as «condições de satisfação» do exercício da autonomia privada perante um tipo predisposto pelo legislador parece depender de razões associadas a aspectos particulares das diferentes formas legais de sociedades⁸⁵. Os tipos são, em si, dotados de uma tal indeterminação que não parece ser possível retirar a partir deles uma concepção geral insusceptível de modificações, mas tão-somente «paradigmas». E quando seja de entender que a enumeração dos tipos é «fechada» – como sucede com os tipos legais de sociedades – a decisão sobre a validade ou invalidade de um acto jurídico que incida sobre os seus «limites», é sempre produto de um iniludível exercício de interpretação jurídica, no qual a analogia, ainda que limitada pelas fontes, é momento essencial. A fim de evitar a indeterminação da teoria dos elementos essenciais do tipo, um terceiro conjunto de teorias fundamenta a imposição de restrições à liberdade de conformação no surgimento de procedimentos de institucionalização, de que a legiferação e a jurisprudência seriam os exemplos mais relevantes⁸⁶. Na falta de preceito expresso nas fontes, os processos de institucionalização de limites à liberdade de agir careceriam de uma fundamentação material, a qual poderia ser encontrada em diferentes conjuntos de motivos: o interesse público⁸⁷; a protecção de sócios⁸⁸ e de credores⁸⁹; a função formal e material do contrato de sociedade⁹⁰. Esta teoria visa, assim, identificar

⁸⁴ C. WEBER, *cit.*, *loc. cit.*; H. P. WESTERMANN, *cit.*, 95 ss.. Sobre o pensamento tipológico em geral, v. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*², Almedina, Coimbra, 2009, *passim*; M. TEIXEIRA DE SOUSA, “Linguagem e Direito”, *Estudos em Honra do Professor Doutor J. de Oliveira Ascensão*, I, Almedina, Coimbra, 2000, 262 ss..

⁸⁵ K. SCHMIDT, *cit.*, 127, fala, a este respeito, de uma recondução do modelo de «respostas em larga escala» da tipicidade aos «problemas de pormenor».

⁸⁶ A. TEICHMANN, *cit.*, 43 ss..

⁸⁷ A. TEICHMANN, *cit.*, 97 ss..

⁸⁸ A. TEICHMANN, *cit.*, 100 ss..

⁸⁹ A. TEICHMANN, *cit.*, 102 ss..

⁹⁰ A. TEICHMANN, *cit.*, 107 ss.. A realização da função formal do contrato de sociedade consiste na possibilidade de realização de fins do próprio sócio, através da execução do contrato de sociedade, e

argumentos de natureza *material* para fundamentar as restrições à liberdade negocial. Cremos, contudo, que nem todos os exemplos de motivos surgem como razões explicativas de um processo de institucionalização já finalizado; muitas vezes, aquelas razões servem de causa de um desenvolvimento de uma alteração da ordem existente, no sentido de um novo processo de institucionalização. Ora, o reconhecimento de que a mobilidade e a abertura do sistema hão-de permitir a fundamentação de novas restrições à liberdade negocial ou de conformação de situações jurídicas, em especial, no âmbito do direito judicial, ainda antes de tal restrição assumir a forma de uma prática social. Os «motivos justificantes» apontados por Teichmann devem, antes, valer como argumentos numa teoria da interpretação jurídica, que veja no acto de interpretação o momento reconstituente do sentido de validade da norma, já pré-fornecido pelo problema. O problema da tipicidade esconde um problema de colisão de princípios, entre a liberdade de negociar, por um lado, e os princípios de tutela do tráfego, de interesses dos credores, de interesses dos sócios e da protecção da própria liberdade do sócio, por outro. A resolução do conflito deveria, pois, seguir as regras gerais. De todo o modo, sublinhe-se que a transmissão do direito de voto não colide com o princípio da tipicidade das formas societárias: com ou sem cessão do direito de voto, é irrealista supor-se que o sócio se move, a todo o momento, sob o desígnio da realização de um escopo comum. No contexto motivacional subjacente ao exercício do direito de voto, o sócio age com a intenção de realização de fins próprios e, não raras vezes, de um terceiro. Por outro lado, o interesse público no sentido do conhecimento dos entes actuantes no seio da sociedade não pode ir a ponto de justificar, por si, a inalienabilidade do direito de voto. Desde logo, por tal interesse não ter vigência geral no direito das sociedades português (pense-se, por hipótese, no caso das sociedades com acções ao portador). Acresce que, mesmo que se pudesse dizer existir um direito do público em geral ao conhecimento da estrutura accionista de qualquer sociedade, não se poderia, ainda assim, dizer que a cessão do direito de voto constituiria uma violação de tal pretensão, porquanto não existiria, naquela situação, qualquer alteração na titularidade das participações sociais representativas do capital social, mas, apenas, da identidade dos titu-

sem a causação de perturbações desproporcionais. A função material, por seu turno, acentua a relevância social do contrato de sociedade e as restrições impostas às partes resultantes da consideração necessária de princípios éticos fundamentais vigentes na relação entre o Estado e os cidadãos, de que se destacam: o dever de separação entre poder e controlo, 177 ss.; a proibição de transmissão a um terceiro não sócio do direito de participar no «processo de formação da vontade» da pessoa colectiva, 189 ss.; a participação de cada sócio no processo de formação da vontade da sociedade, 202 ss..

lares do direito de votar na assembleia geral. Mas, mais importante, o resultado da proibição da transmissão do direito de voto não deixaria de surgir como uma restrição da liberdade de agir desproporcionada em face do interesse que se pretenderia ser por ela tutelado: bastaria, para tal, dotar a transmissibilidade do direito de voto de um regime análogo ao da transmissão das participações sociais no que respeita à respectiva publicidade. De igual modo, o argumento de que a protecção dos interesses dos credores implicaria a invalidade de um acordo de transmissão do direito de voto não parece convencer. Além de tudo quanto foi dito anteriormente, cumpre fazer notar que os direitos dos credores só poderiam ser postos em causa se a transmissão do direito de voto pudesse atingir a participação do sócio de tal modo que a aproximasse de uma *res extra commercium*. Na verdade, não é assim: a participação social preserva a sua transmissibilidade, adquirindo o terceiro, de acordo com as regras gerais, a posição anteriormente detida pelo alienante, i.e., desprovida do direito de voto⁹¹; e nem por isso se pode dizer que a posição do sócio estaria, então, despida de qualquer valor, pois o terceiro adquiriria, por exemplo, o direito a quinhão nos lucros da sociedade.

Já nos parece ser merecedor de atenção especial o argumento de que a transmissão do direito de voto poderia ser uma compressão excessiva dos direitos do sócio, a ponto de comprometer, no futuro, a sua efectiva liberdade de conformação, o seu verdadeiro *domínio* sobre a participação social. O sócio que aceite a transmissão daquele direito aceitará com isso uma «degradação» do seu estado de sócio com efeitos definitivos, passando a ser um mero participante em ganhos e perdas da sociedade a quem não deixa de ser reconhecido o direito de administração e de gestão da sua propriedade. Ora, esta espécie de participação social reduzida a uma natureza estritamente patrimonial consentiria toda a espécie de desequilíbrios em favor do cessionário do voto: no limite, poderia este decidir do sentido da gestão dos negócios da sociedade durante todo o período de execução do contrato. Parece, assim, que o sentido último do artigo 21.º/1, al. b), do Cód. das Sociedades Comerciais, ao reconhecer a todo o sócio o direito a participar nas deliberações da assembleia geral é o de estabelecer este direito como um direito exclusivo do sócio, e não tanto como pretensão inerente à participação social. Assim se compreende o juízo do legislador ao considerar como admissíveis as acções preferenciais sem voto. A admissibilidade da criação de acções desta categoria depende, como se sabe, do preenchimento de diversos requisitos: autorização no contrato de sociedade (artigo 341.º/1 e 344.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais); observância do procedimento

⁹¹ C. WEBER, *cit.*, 233.

imposto para a eliminação de direitos especiais (artigos 344.º/1 e 24.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais) e, sobretudo, atribuição legal de um direito ao dividendo prioritário (artigo 342.º do Cód. das Sociedades Comerciais). O último dos requisitos enumerados vem estabelecer uma contrapartida à exclusão do direito de voto na sociedade, numa lógica de corresponsabilidade legalmente imposta ao sócio⁹². Percebe-se, agora, porquê: a atribuição ao sócio de uma concreta e significativa vantagem patrimonial titular de uma acção preferencial sem voto vem assegurar-lhe a obtenção de uma vantagem mínima e evitar que a «perigosidade abstracta» do acto de aceitação da exclusão do voto⁹³ se concretize, afinal, num resultado «auto-incapacitante» (*Selbstentmündigung*) do próprio sócio. Uma efectiva desfuncionalização da autonomia societária não chega, por isso, a ocorrer, garantida que esteja, à partida, a observância de determinados limites materiais ao conteúdo dos deveres e dos direitos associados ao estado do sócio.

Este modelo de justificação parece assim confirmar a veracidade de três proposições: (i) a ideia da incindibilidade da participação social (*Abspaltungsverbote*) não corresponde a um dogma, mas antes a uma norma vigente no direito das sociedades portuguêsas; (ii) a razão da proibição de transmissão autónoma do direito de voto funda-se numa ideia de protecção devida ao próprio sócio, a que corresponde o reconhecimento de limites imanentes ao exercício da sua autonomia; (iii) esses limites devem ser entendidos como uma instanciação do princípio da proibição da renúncia antecipada a direitos.

De acordo com a posição aqui sustentada, o sócio que alienasse a terceiro o seu direito de voto colocar-se-ia numa posição tal em que deixaria de ver garantida a possibilidade de fazer valer os seus direitos enquanto sócio perante

⁹² C. OSÓRIO DE CASTRO, «Acções preferenciais sem voto», *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, 281 ss., refere-se ao direito de voto «em estado de quiescência, aliás não absoluta» e A. Soveral Martins questiona se na realidade não se estará diante de acções que conferem um direito de voto que está suspenso (que só poderá ser exercido quando a sociedade não efectuou o pagamento do dividendo prioritário durante dois exercícios anuais) e não, em rigor, de acções desprovidas do direito de voto.

⁹³ Cumpre fazer notar que a «perigosidade abstracta» de uma «objectificação» da vontade do sócio nos fins do cessionário titular do direito de voto só se coloca, em rigor, na hipótese de conversão de acções ordinárias em acções especiais e preferenciais sem voto (artigo 344.º). Nas outras situações, a exclusão do direito de voto é originária, não podendo ser considerada como o resultado de um exercício formal da liberdade de conformação do sócio. A ressalva não afasta, pois, as conclusões a que se chega no texto, antes parece confirmá-las: se o sócio se limita a subscrever uma acção preferencial sem voto, não se coloca o problema da sujeição a vantagens excessivas atribuídas a outra parte no contrato ou aos restantes sócios.

a sociedade e os seus sócios, ficando, além disso, irremediavelmente exposto às consequências – de acordo com o pressuposto, lícitamente causadas – do voto livremente determinado pelo cessionário. A proibição da transmissão do direito de voto, reconhecida pela doutrina maioritária alemã⁹⁴, vale no direito português, por razões adicionais: na transmissão do direito de voto, podem verificar-se efeitos equivalentes aos da renúncia antecipada ao exercício do voto, e esta não deixa de ter-se por inadmissível, por um argumento de analogia com a princípio geral subjacente ao artigo 809.º do Cód. Civil⁹⁵. Naturalmente, a posição acabada de expor não será consensual. Contra esta extensão por analogia, cremos que dois principais tipos de argumento poderão ser apresentados. O primeiro tem a sua razão na diferente estrutura entre o acto de renúncia e a transmissão do direito do sócio. Ao contrário do que sucede na situação prevista no artigo 809.º do Cód. Civil, o sócio transmite o direito de voto através de um negócio jurídico, em princípio, um contrato, pelo que as razões para recusar a validade do acto translativo perderiam a sua razão de ser. Mas, é claro, sempre se poderá responder seguindo as inferências que as analogias com outras disposições que o nosso sistema de direito privado suporta: a proibição de doação de bens futuros (artigo 942.º/1 do Cód. Civil); a sujeição da doação de bens móveis a tradição ou, alternativamente, à forma escrita (artigo 947.º/2 do Cód. Civil); a entrega de certa coisa como elemento da formação do contrato (contratos reais *quoad constitutionem*, artigos 669.º/1, 1129.º, 1142.º e 1144.º e 1185.º do Cód. Civil); a proibição dos pactos leoninos (artigo 994.º). Todas as disposições citadas funcionam como base da descoberta de um princípio geral de irrenunciabilidade antecipada aos direitos⁹⁶. Não obstante a sua diferente

⁹⁴ Cf. A. TEICHMANN, *cit.*, 225–6; B. GRUNEWALD, *cit.*, 37–8; U. HÜFFER, *cit.*, § 133, Ndr. 17, 704.

⁹⁵ Naturalmente, o argumento formalista de que o princípio não valeria neste caso, porquanto o sócio já seria titular do direito de voto no momento em que consentisse na sua transmissão não é de considerar, pois as razões da proibição da renúncia visam ainda a possibilidade futura de exercício do direito de voto; o conteúdo de sindicância não pode esgotar-se no mero acto de transmissão do voto, que não corresponde efectivamente a uma renúncia, mas antes a uma transmissão, mas ao acto do cedente *enquanto sócio*, i.e., considerando a circunstância de se ter verificado uma exclusão de um direito de que era titular perante a sociedade e os demais sócios. Veja-se, aliás, a outra analogia que neste ponto existe relativamente à proibição dos pactos leoninos (artigos 994.º do Cód. Civil e 22.º/3 e, em particular, n.º 4, do Cód. das Sociedades Comerciais) e à proibição da renúncia do lucro não distribuído.

⁹⁶ No caso dos pactos leoninos, v., com numerosas referências, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, I, *cit.*, 529 ss.. É de salientar a correspondência estabelecida entre a proibição e as preocupações materiais profundas do Direito do ocidente: a passagem de Ulpiano («Aristo refere que Cassius deu um parecer segundo o qual uma sociedade não poderia ser combinada de modo a

estrutura, a transmissão a terceiro do direito de voto pode colocar o sócio numa situação reclamante de um grau de protecção idêntico àquele de que beneficia o sócio que renuncia antecipadamente ao direito de voto. A validade do acto de transmissão autónoma do direito de voto implicaria o reconhecimento de que o sócio deveria suportar a repercussão no seu estado dos efeitos emergentes da deliberação social em cuja formação o terceiro passasse a estar habilitado a participar, independentemente da matéria sobre que recaísse e da natureza e da extensão que a afectação dos direitos do sócio poderia assumir. Não faltam, aliás, exemplos noutros lugares do sistema de situações em que a doutrina e a jurisprudência vêm estabelecendo limites à constituição de obrigações cujo cumprimento seja idóneo a comprometer o resultado da norma limitativa da autonomia privada⁹⁷. Mais importante do que a protecção da confiança de ter-

que um receberia todo o lucro e o outro suportaria o prejuízo; uma tal sociedade é chamada, habitualmente, sociedade leonina. Nós concordamos que uma tal sociedade é nula, pois um recebe o lucro e o outro nenhum lucro, mas antes o dano; tal tipo de sociedade é iniquíssimo, pelo qual só se espera o dano e não também o lucro»; ULPIANUS, D. 17.2.29.2, tradução do Senhor Professor A. MENEZES CORDEIRO (cit., 531), a partir de *Corpus Juris Civilis/Text und Übersetzung*, trad. Behrends/Knüpel/Kupisch/Seiler, III, 1999, 409); e a fábula de Esopo, nas suas diversas formulações. Sobre o fundamento da regra, adianta A. MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, 536-7: «[...] o sócio que abdique de lucros vai sujeitar-se a eventuais prejuízos; o que aceite todos os prejuízos vai submeter-se, eventualmente, aos que ocorram. Em qualquer dos casos, ele está a dispor, para o futuro, das vantagens que poderia obter e está a conceder, também para o futuro, vantagens aos outros sócios./Os Direitos do Sul, atentas as características psicológicas dos seus patrícios, sabem que há uma permanente tentação de se dar o que (ainda) não se tem e o de assumir, para um futuro indeterminado, obrigações sem critério. [...] É nesta linha que se deve inscrever a proibição dos pactos leoninos: envolvem um misto de renúncia antecipada aos direitos e de doação do que (ainda) não se tem. Se alguém quiser dar lucros ou arcar com prejuízos, tudo bem: fã-lo-á, porém, na altura concreta em que ocorram e com eficácia limitada aos valores efectivos em jogo. Obrigar-se, para todo o tempo, a fazê-lo poderá ir ao encontro dos frígidos valores do Norte; não ao calor do Sul».

⁹⁷ É por estas razões que não é admitida, no direito civil português, a doação de bens futuros (artigo 942.º/1 do Cód. Civil). O contrato-promessa de doação também não pode dar origem a deveres principais de prestação: apesar da inexistência de norma expressa, a promessa obrigacional é incompatível com o espírito de liberalidade (necessariamente afirmado no momento da conclusão do contrato), com as regras de forma (artigo 947.º do Cód. Civil) e com o princípio geral da proibição de renúncia antecipada a direitos; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, II/II, Almedina, Coimbra, 2010, 325-6; a doutrina maioritária tende a aceitar a eficácia do contrato-promessa, embora negue a admissibilidade de recurso à execução específica da obrigação de contratar – v. P. LIMA/A. VARELA, *Código Civil Anotado*³, II, 1986, anot. artigo 940.º, 258; ALMEIDA COSTA, *Contrato-promessa – Uma síntese do regime vigente*¹², Almedina, Coimbra, 2007, 63; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*⁶, III, Almedina, Coimbra, 2009, pp.. Também o âmbito da proibição dos pactos leoninos deve ser produto de uma «avaliação material»,

como refere A. MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, I, *cit.*, 537, de modo a atingir «todos os dispositivos que, seja qual for a sua localização ou a sua configuração, conduzam à prévia e indeterminada disposição de lucros ou à também prévia e indeterminada assunção de prejuízos»; em particular, pode estar em causa uma norma de um acordo parassocial. Uma das manifestações *de lege stricta* mais claras no sentido da ineficácia do acto de renúncia antecipada a situações jurídicas é retirada do artigo 809.º do Cód. Civil, que comina com a nulidade a renúncia do credor a algum dos direitos «nos casos de não cumprimento ou mora do devedor». A proibição representa uma clara generalização da solução sugerida por A. VAZ SERRA no Anteprojecto, mantida, no essencial, no articulado respeitante ao Direito das Obrigações e na primeira Revisão Ministerial; previa-se, então, a nulidade das convenções de exclusão ou de limitação antecipada da *responsabilidade* do devedor *por dolo ou culpa grave* (Artigo 1.º [cláusulas de irresponsabilidade] – «As convenções que excluem ou limitam antecipadamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave são nulas, ainda que apenas estabeleçam o máximo a que pode ir a indemnização a pagar pelo mesmo devedor ou a inversão do encargo da prova»). De acordo com a opinião comum, seria de procurar o fundamento do artigo 809.º na natureza jurídica do vínculo obrigacional, o qual seria degradado numa mera obrigação natural se o credor viesse permitir a exclusão de alguma das facultades inerentes ao direito de crédito (assim, A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão da Responsabilidade Civil* (reimpressão de 1985), Almedina, Coimbra, 2003, 186 ss.). Terão sido essas, de resto, as razões que explicam as modificações introduzidas no projecto do Código Civil na 2.ª Revisão Ministerial: foi preocupação do legislador a possibilidade de o credor afectar o próprio sentido jurídico da obrigação e a exigibilidade do direito de crédito, deixando ao devedor a hipótese de deixar de cumprir sem sofrer a menor sanção (J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*¹⁰, I, *cit.*, 914-5). Esta tentativa de explicação não consegue, todavia, evitar um certo sentido de insatisfação, seja em virtude da sua aparente incapacidade para identificar a razão pela qual se verifica a mesma consequência da ineficácia do acto de renúncia que tenha por conteúdo pretensão distinta da faculdade de exigir o cumprimento da obrigação, seja pela vigência de tipos legais permissivos da exclusão da execução específica de certo tipo de obrigações (como sucede, por hipótese, no artigo 830.º/1 do Cód. Civil), seja ainda pela circunstância de a solução se impôr, por maioria de razão, no campo dos delitos, estranhos à vontade das partes (A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, AAFDL, Lisboa, 1980, 425-6). Mais importante, ao pensamento da proibição da convolução de uma obrigação civil numa obrigação natural, mesmo que se lhe reconheça a procedência das respectivas premissas, nos termos em que surgem tradicionalmente formuladas, sempre pareceria escapar o fundamento material da solução normativa imposta pelo artigo 809.º, i.e., o *porquê* de uma incapacidade da autonomia da vontade para retirar a juridicidade inerente ao direito de crédito. O objecto da tutela imposta pelo artigo 809.º não é a integridade do paradigma constitutivo da obrigação, mas certa concepção de autonomia privada, preocupada com a materialidade das condições em que o sujeito se dispõe a limitar a sua liberdade para alcançar os fins por si mesmo afirmados. Verdadeiramente inovadora para a época, a proposição presente no artigo 809.º tem a virtude de enunciar uma norma com capacidade regulativa muito genérica: o princípio da irrenunciabilidade antecipada aos direitos. Assim interpretado, o artigo 809.º anuncia evidentes avanços no tratamento jus-científico de fontes mais periféricas, onde o mesmo princípio ganha uma importância mais vincada. É claro que da norma em causa resultam efeitos específicos no campo

ceiros – a qual poderia não reclamar tutela por, por hipótese, não chegar a ser constituída qualquer situação de confiança – são, pois, razões de protecção do próprio sócio que depõem decisivamente contra a admissibilidade de uma transmissão autónoma do direito de voto. Ao manter a titularidade da participação social esvaziada da sua dimensão organizativa, o sócio coloca-se, de forma antecipada, numa situação de exposição a um conjunto indeterminado de possíveis interferências danosas provocadas pelo cessionário (o qual, não suportando o «risco de empresa», poderá não estar sujeito aos efeitos de nenhuma norma que constitua critério suficiente de ordenação de comportamentos, de modo a evitar uma lesão do dever de protecção dos interesses patrimoniais do sócio ou da sociedade). É especialmente relevante para determinar as consequências do acto de transmissão do direito de voto a circunstância de, no momento da conclusão do negócio transmissivo, serem rigorosamente imprevisíveis para o sócio as concretas consequências das deliberações sociais adoptadas em consequência da emissão do voto pelo cessionário. A forma extremada como ocorre a separação entre a titularidade da participação – e, com ela, os direitos representativos da «propriedade» da estrutura accionista – e o poder sobre a dimensão organizatória da participação social seriam susceptíveis de conduzir a um efeito de funcionalização do estado de sócio aos fins de um terceiro, com consequências insuportáveis: o cessionário poderia aceitar a modificação da regra da proporção entre o valor nominal da participação social e a

próprio da responsabilidade civil: o direito à indemnização não pode ser excluído antecipadamente. O nosso entendimento não colide, de resto, com a tese, hoje maioritariamente sustentada na doutrina nacional, segunda qual as cláusulas de irresponsabilidade do devedor serão válidas nos casos de culpa leve, estando a nulidade reservada aos casos de dolo ou culpa grave do devedor (A. PINTO MONTEIRO, *cit.*, 212 ss.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*⁹, *cit.*, 734-5; P. ROMANO MARTINEZ, *Cumprimento defeituoso, em especial na compra e venda e na empreitada* (reed. de 2000), Almedina, Coimbra, 1994, 449-451 e *Direito das Obrigações – Apontamentos*², AAFDL, Lisboa, 2004, 277; contra, v., porém, J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*¹⁰, *loc. cit.*; J. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, II, Almedina, Coimbra, 1987, 404; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*⁶, II, *cit.*, 286). Na verdade, em rigor, há ali não uma exclusão da responsabilidade por culpa leve, mas antes uma convenção sobre os pressupostos da responsabilidade (A. PINTO MONTEIRO, *cit.*, 229, opinião já anteriormente sustentada por A. VAZ SERRA), que não chega a colidir com os limites da autonomia privada porque o credor assume uma vinculação excessiva e contrária à ordem pública, ao contrário do que sucede nas convenções de irresponsabilidade em caso de dolo do devedor. Por fim, note-se que, no âmbito das cláusulas contratuais gerais, a exclusão da responsabilidade em caso de culpa leve é admitida, mesmo em contratos concluídos entre profissionais [artigo 18.º, al. c), da LCCG], pelo que, por maioria de razão, parece dever ser admitido em termos gerais. Manifestando dúvidas quanto à vigência de um princípio geral de irrenunciabilidade antecipada a direitos no Direito português, v. P. MOTA PINTO, *Interesse...*, I, *cit.*, 377-9, n. 1139.

respectiva participação no capital⁹⁸, a eliminação de um direito especial a ele atribuído, a aprovação de uma deliberação favorável a uma fusão, em condições objectivamente desfavoráveis para o sócio cedente ou, no limite, a dissolução da sociedade. Os efeitos de cada uma das deliberações a estes fins dirigida seriam repercutidos na esfera do sócio cedente, «preso» a uma participação social modificada na sua substância.

A procura pelo fundamento deste limite à autonomia não pode, entretanto, terminar na própria autonomia privada, como se de um puro limite imanente se tratasse. Qualquer justificação sistemática e teleologicamente satisfatória terá de fazer a «universalização» de todos os casos referidos depender da intervenção de um princípio externo à liberdade e justificante do critério de escolha dos limites ao seu exercício. Trata-se da boa fé, na sua função de controlo de validade de negócios jurídicos.

III – Num raciocínio coerente com os argumentos descritos, dir-se-ia que ao sócio poderia ser lícita a transmissão do direito de voto, desde que as razões de tutela da autonomia do sócio fossem acauteladas.

Na doutrina alemã, a tese da admissibilidade da cessão do direito de voto foi defendida por C. Weber, ainda que com restrições. Partindo do pressuposto (comum àquele por nós defendido) de que o problema não se centra no princípio da tipicidade (§ 137 do BGB), mas antes numa preocupação de tutela do sócio em face do produto do exercício da sua própria autonomia, reconduzível, no limite, à cláusula geral dos bons costumes (§ 138 do BGB), o A. considera ainda como válidos os actos de transmissão do direito de voto em termos idênticos àqueles em que se vem a admitir o exercício do direito de voto através de representação. Ora, subjacente à admissibilidade da outorga de uma procuração irrevogável para o exercício do direito de voto quando o representante tenha um interesse próprio no exercício de tal direito, está o reconhecimento da possibilidade de um terceiro intervir directamente na assembleia geral e de votar no sentido da realização dos seus interesses próprios, sem que o sócio

⁹⁸ A regra da proibição da atribuição da decisão sobre a divisão de lucros e perdas ao critério de terceiro é, de resto, bem expressiva da intenção de o legislador proibir a interferência de terceiros em determinado conjunto sensível de pretensões do sócio. A razão de ser da regra parece não se centrar na necessidade de tutela de terceiros ou do tráfego jurídico – a cláusula atributiva do direito de decidir da regra de divisão dos lucros e das perdas poderia constar do texto do contrato de sociedade, gozando, com isso, de publicidade. A justificação só pode residir na preocupação de tutela do sócio, na lógica da protecção material da sua liberdade e num caso, de resto, análogo àquele de que tratamos no texto.

possa *ad libitum* pôr fim à relação de representação. O reconhecimento da validade da *verdrängende Vollmacht*, em que o sócio aceita a exclusão da competência para votar com um âmbito coincidente com os poderes atribuídos ao representante⁹⁹, constituiria um argumento por identidade de razão em favor da transmissibilidade do direito de voto: se a esta procuração fosse acrescentada a característica da revogabilidade, estar-se-ia perante duas modalidades de exercício de influência externa sobre a sociedade igualmente eficazes e valorativamente idênticas. A cessão do direito de voto não colidiria, pois com a proibição de exercício jurídico contrário aos bons costumes se, tal como sucede com a procuração irrevogável, a cessão do voto não fosse abstracta, mas antes estivesse dependente de uma relação subjacente entre o sócio e o cessionário que permitisse justificar o interesse deste último na atribuição de direitos de natureza política na administração da sociedade. Por outro lado, a cessão do direito de voto com efeitos definitivos seria legalmente impossível: cessando a relação causal entre o sócio e o terceiro, cessariam também os efeitos do acordo translativo do direito de voto; além disso, assistiria ao sócio um direito de revogação da procuração com justa causa (objectiva)¹⁰⁰, em termos idênticos àqueles que vigoram para a procuração irrevogável. Além de causal e precária, a transmissão do direito de voto não poderia incidir sobre o círculo de matérias compreendidas no núcleo essencial da participação social¹⁰¹: tratar-se-ia de uma restrição adicional, igualmente dirigida à protecção do sócio cedente. A possibilidade de um terceiro poder contribuir para a formação da vontade da sociedade não conduziria, por seu turno, aos efeitos negativos relacionados com a exposição da sociedade e dos restantes sócios à possibilidade de causação de danos em virtude de deliberações sociais comprometedoras da prossecução do fim previsto no contrato de sociedade. Desde logo, a questão de saber se a transmissão do direito de voto pressuporia a obtenção do acordo dos sócios dependeria de uma verificação em função das regras vigentes para cada tipo legal de sociedade¹⁰²: nas sociedades de pessoas, por identidade de razão com o regime previsto para a representação no exercício do direito de voto, seria necessário o consentimento dos restantes sócios, expresso no contrato de sociedade ou tácito

⁹⁹ Sobre esta, v., *infra*, ponto seguinte.

¹⁰⁰ Duvidando, no entanto, da suficiência da mera atribuição de um direito de resolução por justa causa para evitar a equiparação da separação entre titularidade do capital social e o direito de voto no caso da procuração irrevogável para o exercício daquele direito, v. S. GRUNDMANN, *cit.*, § 134, Ndr. 99, 110; U. HÜFFER, *cit.*, § 134, Ndr. 21, 716.

¹⁰¹ Sobre a teoria do «núcleo essencial da participação social» v., também, o ponto seguinte.

¹⁰² *Idem, ibidem*, 257 ss..

através da permissão da (*rectius*, não oposição à) intervenção do terceiro na assembleia geral; nas sociedades de responsabilidade limitada, a regra seria a mesma¹⁰³, não obstante o legislador ter permitido a representação na assembleia geral independentemente do consentimento dos restantes sócios; nas sociedades por acções, por força do § 25(5) do AktG, a representação irrevogável e a cessão do direito de voto dependem de previsão directa nos estatutos ou, em alternativa, de deliberação social desde que a competência para tal esteja expressamente prevista no texto dos estatutos. Por outro lado, e ainda que o terceiro não se pudesse considerar sujeito ao dever de lealdade para com a sociedade e os restantes sócios¹⁰⁴, ele estaria vinculado a observar deveres de cuidado para com os restantes sócios. Tais deveres de cuidado não seriam explicados pela existência de um contrato com eficácia de protecção para terceiros, por não se verificarem os necessários pressupostos (designadamente, a coincidência entre o círculo de pessoas protegido pelo contrato e a titularidade dos interesses que se quereriam ver protegidos e pela inexistência da uma situação de necessidade de tutela do direito à indemnização do lesado), mas seriam imediatamente retirados da cláusula geral subjacente àquela figura, a boa fé. Para tal seria decisiva a circunstância de o cessionário adquirir a possibilidade de intervir no procedimento de formação da vontade da sociedade, uma posição adequada a causar danos à sociedade e, em casos contados, directamente aos sócios.

III – Acompanhamos o pensamento do A. quando reconduz o problema da (in)transmissibilidade do direito de voto, com autonomia perante a participação social, aos quadros gerais do direito privado e, bem assim, quando identifica a tutela do significado essencial da liberdade do sócio¹⁰⁵. Que o princípio

¹⁰³ A modificação qualitativa do processo de formação da vontade na sociedade com a transmissão do direito de voto ou com a representação irrevogável e «supressiva» exige, como correcção, que o acordo dos restantes sócios seja sempre prestado, ainda que de forma concludente: *cit.*, 262.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*, 267 ss.. Só através de uma ficção poderia pensar-se na vinculação do cessionário a um dever de prossecução de um fim comum aos restantes sócios. Não sendo parte no contrato de sociedade, o seu interesse na aquisição de um título de legitimação da intervenção no procedimento de formação da vontade do sócio só poderia traduzir-se em finalidades próprias, e não raras vezes incompatíveis com a dos restantes sócios. O sócio adquire o direito de voto para alcançar uma vantagem própria e individual: uma teoria que procure fundamentar a validade de tal acto não poderia distorcer aquela realidade.

¹⁰⁵ Embora sublinhemos que, no plano da terminologia, parece excessivo identificar o cerne do problema com a proibição de um resultado «auto-incapacitante» (*Selbstentmündigung*), sendo preferível falar na violação de limites à liberdade negocial do sócio ou de uma «negação da autonomia pelo seu próprio exercício».

geral da autonomia privada conduza a que uma renúncia ao exercício de direitos sociais de natureza política deva, em princípio, ser valorada como uma expressão daquela autonomia também não pode deixar de merecer o nosso acordo. Mas já discordamos quanto à possibilidade de reconhecer como vigentes os pressupostos que C. Weber enuncia como condições de validade dos actos transmissivos do direito de voto. Desde logo, não parece admissível reconhecer a atribuição ao cedente de um direito de resolução com justa causa com fonte legal. Quando se tenta retirar a fonte de tal direito a partir do regime da procuração irrevogável, está-se, na verdade, a construir um argumento com base numa «analogia forçada». Nem existe qualquer lacuna carecida de integração no plano do regime do acto translativo do direito de voto, nem se verifica uma razão de semelhança suficiente para justificar uma identidade de consequências. Acresce que a solução de considerar os efeitos da transmissão autónoma do direito de voto restringidos às situações em que não se verifica uma ingerência no núcleo da participação social seria inconsistente com os efeitos da transmissão do direito de voto, os quais serão, em regra, definitivos. Admitir o contrário significaria desprestigiar o princípio da autonomia da vontade (porquanto se traduziria na imposição às partes de efeitos distintos daqueles que decorreriam da sua «declaração de validade») e traria, além disso, uma problemática indeterminação do conteúdo do direito adquirido pelo cessionário que degeneraria em conflitos inevitáveis acerca da legitimidade para intervir em assembleias gerais. Mais importante: tal solução não tem qualquer apoio, nem na lei comercial, nem na lei civil¹⁰⁶.

Por fim, a relevância que entendemos ser devida ao consentimento dos demais sócios no momento de aferir da licitude de actos de abertura ao exercício de influência externa através da participação de terceiros na assembleia geral é diversa da apontada pelo A.. A simples permissão de um terceiro interferir com o direito de voto não é condição suficiente para se atribuir um juízo no sentido da violação dos deveres de lealdade. Regressaremos a este ponto a propósito dos limites à conclusão de acordos parassociais com terceiros.

¹⁰⁶ O resultado de permitir ao sócio o exercício do direito cedido deveria antes supor a cessação dos efeitos do acordo translativo do direito de voto (por hipótese, em virtude da verificação de uma condição resolutiva), sob pena de nos vermos conduzidos ao resultado absurdo de admitir que a *transmissão* do direito de voto daria lugar à existência de *dois* direitos de voto. O argumento da diferente extensão de ambas as situações jurídicas também não procede, uma vez que ainda se deveria ter como compreendida no âmbito de proibição do voto plural (artigo 384.º/5 do Cód. das Sociedades Comerciais).

Em suma, perante a inviabilidade de o direito objectivo intervir, introduzindo factores de correcção para os perigos de um consentimento antecipado à exposição dos prejuízos que o terceiro participante lhe pudesse causar, há que concluir pela inadmissibilidade de uma transmissão do direito de voto autonomizado da participação social respectiva¹⁰⁷.

3.2.5. *A representação no exercício do direito de voto*

3.2.5.1. Aspectos gerais

I – A procuração para o exercício do voto é expressamente admitida na lei portuguesa, ainda que com distinções em função do tipo legal de sociedade. Assim, nas sociedades em nome colectivo, o sócio só pode fazer-se representar pelo seu cônjuge, por ascendente ou descendente ou por outro sócio, bastando para o efeito uma carta dirigida à sociedade (artigo 189.º/4 do Cód. das Sociedades Comerciais). Nas sociedades por quotas, a abertura à intervenção de um terceiro no exercício do direito de voto do sócio é maior, ainda que seja feita depender da permissão expressa no contrato de sociedade¹⁰⁸ (artigo 249.º/5 do Cód. das Sociedades Comerciais). Já nas sociedades anónimas, perante a inexistência de restrições similares às descritas, a regra é a de que é permitido aos sócios a outorga de procuração para o exercício do direito de voto através de terceiro não sócio. Nas sociedades anónimas, o legislador foi, aliás, mais longe, determinando que o contrato de sociedade não pode proibir que um accionista se faça representar na assembleia geral (artigo 380.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais). Ao invés do que sucede nas sociedades civis, nas sociedades comerciais em nome colectivo e nas sociedades por quotas, não parecem ser válidas as cláusulas do contrato de sociedade através das quais se imponham

¹⁰⁷ Neste sentido, o artigo 55.º/3, al. b), do Cód. Valores Mobiliários, ao qualificar o direito de voto como «direito inerente», parece ter o propósito de traçar o objecto da legitimidade para o exercício de direitos relativos a valores mobiliários e não o de declarar a possibilidade de cindilos da participação social. À parte isto, há ainda que contar com a possibilidade de outros direitos permitirem a cindibilidade dos direitos de voto, a qual será de respeitar quando for essa a lei pessoal aplicável à sociedade comercial em causa. Em Portugal, pensamos, porém, que é a solução contrária a que vigora na lei comercial.

¹⁰⁸ Artigo 249.º/5: «[a] representação voluntária do sócio só pode ser conferida ao seu cônjuge, a um seu ascendente ou descendente ou a outro sócio, a não ser que o contrato de sociedade permita expressamente outros representantes». Nas deliberações por voto escrito não é permitida a representação voluntária (artigo 249.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais).

condições para o exercício do direito de voto através de representante (como sejam a condição de que o representante seja um sócio), bem como aquelas que sujeitem o exercício de poderes de representação à aprovação pelos restantes sócios nos casos em que tais condições não hajam sido observadas¹⁰⁹. Existem regras especiais para o caso de representação plural solicitada pelo próprio representante (artigo 381.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais)¹¹⁰: quando alguém

¹⁰⁹ Com efeito, parece ser esse o significado a retirar do disposto no artigo 380.º/1, coincidente com o que a Directiva (CE) n.º 2007/36/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho, sobre o exercício de determinados direitos pelos accionistas de sociedades abertas («Directiva dos direitos dos accionistas») pretendeu impor: v. nota seguinte. A doutrina anterior à transposição da Directiva dos direitos dos Accionistas para o Aktiengesetz sustentava que as cláusulas que impusessem restrições ao exercício do voto em nome de outrem já eram inválidas nos casos em que tornassem excessivamente difícil o recurso à participação na assembleia geral através de terceiro; U. HÜFFER, *cit.*, § 134, Ndr. 25, 717-8; K. SCHMIDT, *Scholz Kommentar zur GmbHG-Gesetz*⁷, *cit.*, § 47, Ndr. 96, 1755; H. WIEDEMANN, *cit.*, 350.

¹¹⁰ A questão tem acuidade particular no caso da outorga de procurações para o exercício do direito de voto por instituições de crédito, tendo merecido a atenção do legislador comunitário na Directiva dos direitos dos accionistas. Em geral, um sistema liberal de representação dos accionistas na assembleia geral permite a prossecução de três finalidades essenciais: maior investimento em acções também por investidores privados; uma participação mais intensa dos accionistas no processo de deliberação societária; uma abordagem mais realista de todos os problemas com fonte no fenómeno da apatia dos accionistas (S. GRUNDMANN, *cit.*, § 135, Ndr. 1, p. 130). Com efeito, o bom governo das sociedades impõe um procedimento de votação harmonioso, eficaz e que ofereça garantias de que o procurador respeite as instruções recebidas do sócio representado e não prossiga interesses distintos dos do sócio. O último aspecto é particularmente relevante nos casos em que do processo de formação da vontade do sócio façam parte intermediários financeiros, sendo necessário prevenir, aqui, causações de danos em situações de conflitos de interesses ou, simplesmente, a possibilidade de um exercício eficaz do direito de voto nos casos em que no elo da cadeia de tomem parte terceiros que não sejam titulares de um «interesse económico» nas acções em causa. Deste modo: (i) proíbe-se a imposição de condições para o exercício do direito de voto na assembleia geral (depósito, transmissão ou registo de acções em favor de um terceiro) – artigo 7.º/1, al. a); (ii) impõe-se a garantia da possibilidade de participar na assembleia geral (e de votar) através de meios de comunicação electrónicos – artigo 8.º; (iii) impõe-se a garantia do direito de nomear qualquer outra pessoa, singular ou colectiva, como procurador para exercer o direito de voto (as restrições à «elegibilidade» dos procuradores só podem estar relacionadas com a sua capacidade) – artigo 10.º/1; (iv) vem permitir-se a designação de vários procuradores, para o exercício de direitos de voto relativos a acções registadas em diferentes contas de valores mobiliários, sem prejuízo das regras prescritas na lei comercial dos Estados-membros quanto à unidade do voto – artigo 10.º/2; (v) são proibidas as proibições de designação de procuradores que tenham finalidade distinta da prevenção de situações de conflito de interesses e que não coincidam com as expressamente permitidas pelo legislador comunitário – artigo 10.º/3; (vi) impõe-se a permissão de designação de procuradores por meios electrónicos, bem como a notificação à sociedade de tal designação pelo mesmo meio; (vii) a nomeação dos pro-

curadores e respectiva notificação à sociedade deve ser feita por escrito, mas não podem valer regras de forma mais exigentes para outra finalidade que não seja garantir a identificação do accionista e do procurador e provar o conteúdo de uma instrução de voto – artigo 11.º; (viii) vigora uma garantia da permissão do exercício do voto por correspondência, sem sujeição a condições ou formalidades desproporcionadas – artigo 12.º; (ix) prescrevem-se determinadas regras destinadas a eliminar o exercício efectivo de direitos de voto, designadamente, a imposição sobre um accionista da sociedade de um dever de informação sobre a titularidade de acções e o exercício dos respectivos direitos de voto por conta de um terceiro, seu cliente (identidade do cliente e número de acções votadas por sua conta), sendo proibida a imposição de requisitos formais para a autorização do exercício de direitos de voto além do necessário para verificar a identidade do cliente ou o conteúdo concreto das respectivas instruções de voto, no respeito pelo princípio da proporcionalidade – artigo 14.º/3. As situações de conflitos de interesse contempladas no texto da Directiva (cf. artigo 10.º/3, 2.º pará.) são, naturalmente, meros exemplos de situações de conflito feitas derivar a partir da cláusula geral de boa fé, parecendo, por isso, dispensável ou mesmo frívola a tentativa de enumerar os conjuntos de situações relevantes. Pensa-se também que teria sido desejável que não houvesse sido fixada a imposição, em todos os casos, de emissão de uma instrução concreta para o exercício do direito de voto [aproveitando, assim, a liberdade concedida aos Estados-membros de não excluir ou restringir tal possibilidade, por via da al. b) do n.º 3 do artigo 10.º], por não haver razões para não se seguir o regime geral do mandato comercial, o qual pode compreender uma categoria indeterminada, desde que determinável, de actos no interesse e por conta do mandante. Quanto à proibição de limites à instituição de terceiros como procuradores, parecia correcto o entendimento da CMVM (cf. processo de consulta pública n.º 10/2008, sobre o «Anteprojecto de Transposição da Directiva dos Direitos dos Accionistas e Alterações ao Código das Sociedades Comerciais»), segundo o qual o significado da versão do n.º 1 do artigo 380.º na redacção que antecedeu a transposição da Directiva n.º 200/36/CE (após as modificações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006), associada a uma interpretação conforme com a própria Directiva, já permitiria retirar a inadmissibilidade de uma restrição convencional do círculo de pessoas que possam ser designadas como representantes do sócio. Faz-se notar que, não obstante a lei comercial portuguesa já permitir um juízo de conformidade com algumas das soluções constantes da directiva (assim sucede, por exemplo, quanto ao prazo previsto para a divulgação da convocatória de assembleia geral ou o prazo máximo para efeitos de «data de registo», i.e., momento relevante para a determinação dos direitos de os accionistas participarem e votarem em assembleias gerais), a transposição da Directiva, operada através do Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de Maio, implicou diversas modificações ao Código das Sociedades Comerciais e ao Código de Valores Mobiliários. Desde logo, cabe referir que o citado diploma não se limitou a transpor a Directiva dos direitos dos accionistas para a ordem jurídica interna, procedendo a uma modificação de vulto no regime do capital social das sociedades comerciais, abrindo a porta à criação de verdadeiras acções desprovidas de valor nominal. No que respeita ao essencial das modificações em matéria de direitos dos accionistas, e, em particular, quanto ao exercício do direito de voto: (i) passa a falar-se numa proibição expressa de exclusão ou de *limitação* do exercício do direito de voto através de representante (artigo 380.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais); (ii) há a possibilidade de nomeação de diferentes representantes relativamente a acções registadas em diversas contas de valores mobiliários (artigo 23.º/1 do Cód.

solicitar representações a mais de cinco accionistas para votar em assembleia geral, a representação deve ser concedida apenas para uma assembleia especificada, deverá conter determinados elementos¹¹¹ e será revogável¹¹²⁻¹¹³. Como pode verificar-se, a permissão da intervenção de terceiros, como representantes dos sócios no exercício do direito de voto é tanto maior quanto maior for, no tipo legal considerado, o predomínio do elemento capitalístico sobre o pessoal.

II – De acordo como as regras gerais, a procuração para o exercício do voto é livremente revogável pelo sócio, salvo se for conferida no interesse do procurador ou do terceiro, caso em que a procuração apenas poderá cessar por revogação bilateral ou por justa causa (artigo 265.º/3 do Cód. Civil). A procuração para o exercício do direito de voto é frequentemente utilizada como meio de atender à necessidade de acautelar um interesse próprio do representante¹¹⁴.

dos Valores Mobiliários); (iii) no caso de pedido de representação no exercício do direito de voto relativo a acções de sociedades abertas, é necessário indicar os direitos de voto que são imputáveis ao solicitante e o fundamento do sentido do voto a exercer por este (artigo 23.º/3 do Cód. dos Valores Mobiliários); (iv) veio ainda estabelecer-se a faculdade de o accionista que detenha a título profissional acções de terceiros registadas em diferentes contas de valores mobiliários exercer os direitos de voto respectivos em sentido divergente (artigo 23.º-C/6 do Cód. dos Valores Mobiliários).

¹¹¹ Designadamente: a especificação da assembleia, pela indicação do lugar, dia, hora da reunião e ordem do dia; indicações de consultas de documentos por accionistas; indicação precisa da pessoa ou pessoas que são oferecidas como representantes; o sentido em que o representante exercerá o voto na falta de instruções do representado; a menção de que, caso surjam circunstâncias imprevistas, o representante votará no sentido que satisfazer melhor os interesses do representado (al. c)).

¹¹² A presença do representado na assembleia importará a revogação tácita da procuração (al. b)).

¹¹³ No domínio das sociedades abertas, há que ter em conta o disposto no artigo 23.º do Cód. Dos Valores Mobiliários. O pedido de outorga de procuração para representação em assembleia geral feito a mais de cinco accionistas em que sejam utilizadas comunicações padronizadas ou que seja precedida ou acompanhada de prospecção ou recolha de intenções junto de destinatários indeterminados ou de promoção publicitária deve ainda incluir os elementos indicados no número 2: «os direitos de voto que são imputáveis ao solicitante nos termos do artigo 20.º/1» e «o fundamento do sentido de voto a exercer pelo solicitante».

¹¹⁴ Naturalmente, nestes casos, assim como nos casos visados a seguir, no texto, a procuração surgirá frequentemente associada a um contrato de mandato, podendo, assim, falar-se de um mandato representativo para o exercício do direito de voto. Faz-se, porém, notar que esta não é a única situação pensável, pois, dependendo da relação subjacente entre o sócio e o representante, a obrigação de actuar *contemplatione domini* poderá existir ou não, ou seja, o representante pode ser habilitado a exercer certa competência, podendo escolher exercê-lo no seu interesse, no interesse do sócio representado ou não o exercer de todo. Sobre a procuração irrevogável, v. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A procuração irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2002, *passim*.

Assim sucede, por exemplo, quando tiver sido celebrado um acordo parassocial sobre o exercício do direito de voto, ganhando a procuração importância acrescida no cenário em que tal acordo seja plurilateral (o chamado «sindicato de voto»). Nestes casos de convenções sobre o exercício do direito de voto, a procuração funciona como uma forma de garantir o cumprimento da obrigação de votar no sentido pré-estabelecido no contrato. Dentro deste conjunto de casos, a investidura de um terceiro para o exercício do direito de voto em nome do accionista serve como meio idóneo à satisfação das finalidades das partes presentes nos casos de assunção de vinculações de voto perante terceiros, tais como as anteriormente enunciadas. Exemplos sociais típicos de procurações para o exercício do direito de voto irrevogáveis encontram-se igualmente no contexto de relações de usufruto, de penhor e de transmissão fiduciária (*Treuhand*) de participações sociais¹¹⁵.

A procuração irrevogável para o exercício do direito de voto é admissível em todos os tipos legais de sociedades comerciais: mesmo nas sociedades em nome colectivo, a sua validade não depende de pressupostos mais exigentes do que aqueles que vigoram, em geral, para o exercício do direito de voto por terceiro em nome do sócio¹¹⁶.

III – Os problemas conhecidos a propósito da irrevogabilidade da procuração não deixam de colocar-se também quanto à procuração para o exercício do direito de voto. Como é sabido, os pressupostos estabelecidos no n.º 3 do artigo 265.º do Cód. Civil são explicáveis por uma razão de tutela do próprio representado, que não pode ficar eternamente vinculado pela autorização con-

¹¹⁵ No caso da transmissão fiduciária, que compreende a alienação afecta a fins de garantia, o voto pertence, em princípio, ao cessionário; T. BECKERHOFF, *cit.*, 126 ss.. A emissão de um voto desconforme com as instruções do cedente não afecta, também em regra, a eficácia do voto, ficando ressalvados os casos de conluio entre a sociedade e o cessionário, de modo a prejudicar o primeiro, S. GRUNDMANN, *cit.*, § 134, Ndr. 85, 105.

¹¹⁶ Aparentemente a citada regra constante da al. b) do n.º 1 do artigo 381.º do Cód. das Sociedades Comerciais estaria em contradição com o que se acaba de dizer. Conforme nota C. WEBER, *cit.*, 244, não é assim: nos casos de representação plural de accionistas, a pedido do procurador (na maior parte das situações, estarão em causa cláusulas contratuais que permitem às instituições de crédito intervirem nas assembleias gerais em representação dos clientes titulares de acções naquelas depositadas), não se estará verdadeiramente perante um caso de outorga de poderes de representação no interesse do procurador (exclusivo ou concorrente com o do *dominus*); nestes casos, o único «interesse» relevante é o do sócio representado. É, antes, o reconhecimento de que, na prática, existe, por vezes, um aproveitamento pelo representante para exercer o direito de voto no seu interesse que motivou a intervenção do legislador, no sentido de conceder uma protecção da situação do accionista.

cedida ao terceiro para agir em seu nome. O primeiro deles consiste na titularidade de um interesse próprio do procurador ou do terceiro¹¹⁷. O representante tem uma situação jurídica própria que, no limite, pode fazer valer contra o «interesse» do sócio representado¹¹⁸. Além disso, é de sufragar o entendimento de que, pelo menos em regra, a procuração caducará com a cessação da relação subjacente e justificante do interesse do terceiro¹¹⁹.

3.2.5.2. Os limites ao objecto de uma procuração para o exercício do direito de voto

I – Coloca-se, porém, o problema de saber se, perante a inadmissibilidade de uma procuração irrevogável com âmbito geral, a procuração para o exercício do direito de voto não deve ter o seu âmbito objectivo previamente delimitado. A nosso ver, a resposta deve ser negativa, por não existir qualquer analogia entre ambas as situações: na representação para o exercício de voto não existe o risco de subordinação da competência jurídica do representado ao arbítrio do *procurator*, estando somente em causa a liberdade de acção no domínio dos assuntos da sociedade¹²⁰. Assim, serão válidas as procurações gerais e irrevogáveis para o exercício do direito de voto, desde que o pressuposto da relação causal, fundamentadora do interesse do procurador, subsista. No entanto, o

¹¹⁷ Com a maioria da doutrina, retiramos deste ponto a natureza causal da procuração irrevogável. Para o que nos interessa, tal significa que não pode ser outorgada uma procuração irrevogável para o exercício do direito de voto sem uma justificação reconduzível a uma outra relação de que seja emergente certo interesse do procurador ou de um terceiro (i.e., certa relação potencialmente vantajosa entre o procurador / terceiro e o poder de exercer o direito de voto, em nome do sócio).

¹¹⁸ Diferentemente, A. SOVERAL MARTINS, *cit.*, 596-7, defende a possibilidade de a procuração irrevogável (em especial, aquela que não em vigência temporal definida) ser nula, por violação dos bons costumes (artigo 281.º do Cód. Civil), quando a representação tiver como única finalidade a de legitimar o representante para o exercício do direito de voto, no interesse deste e sem subordinação às instruções do representado, desde que a transmissão das acções a favor deste representante estivesse abrangida pela cláusula de limitação da transmissibilidade das participações sociais (não sendo de afastar a intervenção de outros institutos, como a simulação).

¹¹⁹ O BGH já considerou que a atribuição de poderes de representação de forma duradoura e irrevogável para votar numa sociedade de pessoas seria inadmissível, por consistir num quase-cessão do direito de voto: BGHZ 20, 363 ss.. A decisão tem sido criticada pelo recurso que nela se fez ao «argumento da natureza» da «*Gesamthandsgemeinschaft*» como razão para a nulidade de uma procuração para o exercício do direito do voto.

¹²⁰ H. P. WESTERMANN, *cit.*, 415 e C. WEBER, *cit.*, 245.

que acaba de dizer-se não equivale a aceitar a tese da inexistência de matérias sobre as quais possa incidir o direito de voto. Rumando a uma interessante zona de confluência de princípios basilares do direito civil e do direito comercial, cabe perguntar se a possibilidade da outorga de uma procuração irrevogável que tenha como conteúdo matérias tão importantes que se considerem parte integrante do núcleo essencial da participação social, não conduzirá à necessidade de reconhecimento de uma tutela acrescida do sócio representado. Estão em causa as situações jurídicas irrenunciáveis, i.e., aquelas que nem no contrato de sociedade, nem com o consentimento dos sócios interessados são disponíveis¹²¹ e, além destas, as situações jurídicas inderrogáveis, i.e., aquelas que só com o consentimento do sócio interessado podem ser afectadas¹²². Dir-se-á que, a inexistir uma espécie de «disponibilidade agravada» de um certo conjunto de situações do sócio, sob a aparência da afirmação da autonomia do sócio, teríamos, ao invés, uma negação daquela autonomia pelo seu próprio exercício. Por outro lado, segundo C. Weber, teria pouco sentido que o sócio não pudesse dispor de certos direitos inerentes à participação social ou que o legislador tivesse estabelecido como pressuposto de eficácia de certos actos a prestação do consentimento do sócio interessado e, simultaneamente, o representante daquele sócio pudesse intervir livremente nas deliberações respeitantes a estas matérias. Por idêntica razão, não pode o sócio outorgar poderes de representação para o exercício do voto sobre questões susceptíveis de poderem modificar a intervenção do próprio sócio dos assuntos societários¹²³. Em causa

¹²¹ Assim, o direito a quinhão nos lucros, a participar nas assembleias gerais, o direito legal à informação, o direito a ser designado para os órgãos de administração e de fiscalização da sociedade, o direito à impugnação de deliberações sociais, o direito à exoneração, etc..

¹²² Por exemplo, o direito ao lucro distribuído. Concordamos com a doutrina maioritária alemã, que, não obstante a possibilidade de enumerar exemplos de direitos compreendidos no «núcleo da participação social», aponta a necessidade de concretização perante o tipo (legal e real) de sociedade em causa; v. K. SCHMIDT, *cit.*, 478 ss.. Relativamente às situações ditas irrevogáveis, de que os direitos especiais são exemplo, pode(m) o(s) sócio(s) prestar, no próprio contrato de sociedade, o consentimento para a exclusão de certa situação jurídica, desde que o sentido, a matéria e a extensão da exclusão se encontrem previamente determinados.

¹²³ Como hipóteses: a proporção da sua participação no valor nominal total do capital social; a alteração da proporção nos lucros; em geral, qualquer modificação do texto dos estatutos com relevância, directa ou indirecta, para os direitos e deveres do sócio. Sobre a teoria, v. M. WINKLER, «Die Kernbereichslehre im Personenhandelsgesellschaftsrecht», *Der Gesellschafter (GesRZ)*, 2005, 125 ss. e H. P. WESTERMANN, *cit.*, 351 ss.. Para uma visão crítica, v. L. FASTRICH, *Funktionales Rechtsdenken am Beispiel des Gesellschaftsrechts*, de Gruyter, Berlin/New York, 2001, 12 ss.: não se trata de uma verdadeira «teoria», na medida em que lhe falta uma suficiente fundamentação teórica e uma unidade sistémica, apta a fornecer com uma clareza satisfatória restrições e conse-

na chamada «teoria do núcleo essencial da participação social» (*Kernbereichslehre*) está, sempre, a necessidade de protecção da própria liberdade de vinculação do sócio¹²⁴, através de um limite que pode, ainda, dizer-se interno ou imamente à própria autonomia privada¹²⁵.

II – No direito alemão, este constrangimento à liberdade de conformação do sócio é tido como uma concretização do princípio da proibição da ofensa aos bons costumes que, em geral, constitui um limite à validade do negócio jurídico, em função do seu conteúdo¹²⁶. Esta restrição à autonomia do sócio não pode, todavia, ser enquadrada na mesma categoria dogmática do direito civil português: a afirmar-se, ela gravitará na órbita da irrenunciabilidade antecipada aos direitos, como norma não escrita de limitação à liberdade de agir juridicamente¹²⁷.

III – Por outro lado, pode contrapor-se a este argumento que se o sócio pode prestar pessoalmente o consentimento para a limitação ou exclusão de

quências; tratar-se-ia de um conjunto de casos com acolhimento positivo diverso que, fora dos casos solucionados *lege stricta*, deveriam antes ser explicados por um «princípio da incidibilidade da participação social», que encontraria razão, por sua vez, na ideia de que a sociedade não deveria colocar em perigo a «garantia de correcção» do processo de formação da vontade e do controlo da própria sociedade, salvaguardando a possibilidade da autogestão dos seus interesses.

¹²⁴ Neste ponto, não está em causa o princípio da protecção dos direitos da minoria em face da maioria, na medida em que o sócio intervém na deliberação social através do representante, podendo dizer-se que, por esta via aceita, pelo menos num plano formal, a exclusão de certo direito compreendido na sua participação social. Parecem ir neste sentido, aliás, B. GRUNEWÄLD, *cit.*, Ndr. 85 e P. ULMER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁴, *cit.*, § 709, Ndr. 90-3., 253-5 (a teoria do núcleo da participação social seria de rejeitar enquanto alegado limite à aplicação da regra da maioria, mas são de exigir, em contrapartida, especiais cautelas à declaração de vontade do sócio no sentido da permissão da interferência nesta categoria de direitos: ainda que concedida previamente, o consentimento para a interferência no conteúdo do direito deve ser fornecido pelo sócio de forma *inequívoca*; deve ser indicado o tipo e a medida da interferência autorizada [podendo ser concretamente impostas determinadas concretizações, como seja a da indicação dos montantes máximos nas cláusulas respeitantes a prestações acessórias ou suprimentos]; as cláusulas do contrato de sociedade autorizativas da interferência da maioria no conteúdo de direitos desta natureza devem ser suficientemente claras).

¹²⁵ No direito alemão, fala-se, a este respeito, de um princípio de proibição da «auto-incapacitação» («*Verbot des Selbstentmündigung*») do sócio; C. WEBER, *cit.*, 238 ss..

¹²⁶ Nos termos do § 138 (I) do BGB: «o negócio que atente contra os bons costumes é nulo».

¹²⁷ O tema será retomado aquando da assimilação das consequências que se retirarem da analogia entre os limites ao objecto de uma procuração para votar e uma obrigação de votar assumida diante de um terceiro não sócio, como terceira espécie de limitações à autodeterminação do sócio no exercício do voto: *infra*, § 4., 4.3..

direitos enquadráveis na categoria que designámos por «inderrogáveis», também há-de poder fazê-lo através de representante, desde que se trate de uma procuração com conteúdo específico, i.e., que autorize especificamente o representante a exercer o voto em nome do sócio quanto a matérias associadas ao referido «núcleo da participação social». De facto, quando o sócio outorga poderes de representação a um terceiro para votar sobre determinada matéria para a qual o seu consentimento sempre seria pressuposto de eficácia, não está a renunciar antecipadamente, e mediante um acto de conteúdo indeterminado, à possibilidade de recusar a prestação de tal consentimento. É apenas nos restantes casos, em que a procuração irrevogável tem um conteúdo indeterminado, quer em função do âmbito temporal, quer em função do âmbito material de vigência, que se pode dizer existir uma renúncia antecipada e intolerável ao exercício do direito de voto quanto a questões de natureza fundamental para o sócio¹²⁸.

3.2.5.3. A possibilidade de um representante com competência exclusiva para votar. A «procuração supressiva», uma figura de direito privado geral?

I – O alcance prático de uma procuração para o exercício do direito de voto, posto que irrevogável, pode ser posto em causa. Na verdade, ao sócio representado continua a ser possível comparecer na assembleia geral a fim de exercer pessoalmente o voto, *esvaziando*, assim, de efeito útil a procuração anteriormente outorgada¹²⁹. Por estas razões, certa doutrina germânica procura colmatar as insuficiências práticas do regime legal da procuração através da admissibilidade de uma «procuração supressiva»¹³⁰ do direito de voto do sócio representado¹³¹⁻¹³². Através dela, o *dominus* confere ao representante a compe-

¹²⁸ As consequências serão, então, a ineficácia do voto oferecido pelo representante e, em consequência disso, a inoponibilidade ao sócio de uma eventual deliberação social. V. K. SCHMIDT, *Scholz Kommentar zur GmbH-Gesetz*⁷, cit., §47, Ndr. 53, 1734-4.

¹²⁹ O comportamento do sócio produz, neste caso, uma frustração da finalidade da procuração e do interesse do representado. Se os poderes de representação do sócio se limitavam ao exercício de voto numa assembleia geral, a procuração extingue-se por caducidade. Já nas restantes situações, a procuração mantém-se eficaz, podendo o representante exercer o direito de voto nas assembleias de accionistas seguintes (se entretanto o *dominus* não revogar a procuração com base em algum fundamento que, entretanto, houver surgido).

¹³⁰ Na falta de melhor alternativa, visa-se com a expressão empregue uma tentativa, porventura não inteiramente feliz, de traduzir a *verdrängende Vollmacht* alemã.

¹³¹ Admitem a figura: W. MÜLLER-FREIENFELS, *Die Vertretung beim Rechtsgeschäft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1955, 129 ss., que, apoiado em certa interpretação do *bürgerliche Recht* de DERNBURG,

salienta o carácter limitado da proibição do § 137 do BGB (que obstaría apenas à convalidação de um bem disponível num bem indisponível, mas já não a uma modificação quanto ao regime de disposição); J. GERNHUBER, «Die verdrängende Vollmacht», *JZ*, 1995, 381 ss.; C. WEBER, *cit.*, defende uma distinção em função do conteúdo da procuração, recusando a procuração «supressiva» para disposição de direito e ainda a procuração «supressiva» de vinculações obrigacionais (p. 228), mas admitindo a procuração para o exercício do direito de voto e a própria transmissão do direito de voto (229 ss.); ARMBRÜSTER, *Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften*, Heymanns Verlag GmbH, Köln, 2001, aceita, a título excepcional a procuração «supressiva» no quadro das relações fiduciárias. A grande maioria da doutrina pronuncia-se, no entanto, pela inadmissibilidade: W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II – Das Rechtsgeschäft*⁴, Springer, Berlin, 884 ss., considerando a figura como híbrida e não lhe encontrando correspondência no *numerus clausus* de formas de atribuição de bens jurídicos; K. LARENZ/M. WOLF, *cit.*, 872: por se tratar de uma limitação da possibilidade de agir negocialmente, a procuração «supressiva» seria contrária ao § 137 do BGB MAYER-MALY/ARMBRÜSTER, *Münchener Kommentar*⁴, I, §137, Ndr. 17, 1344, além do princípio da tipicidade, a procuração, pensada caso do exercício do direito de voto, seria, *em princípio*, inadmissível por força do princípio da incidibilidade da participação social (*Abspaltungsverbot*) (e admitindo apenas uma obrigação de não votar com eficácia meramente obrigacional; Ndr. 25, 1346); no mesmo sentido, v. H. P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit...*, *cit.*, 431; H. WIEDEMANN, *cit.*, 283 ss.; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB. Ein Lehrbuch*⁹, C. F. Müller, Heidelberg, 2006, 372-3, aponta, antes, como fundamento da proibição da «procuração supressiva» uma razão de protecção da própria parte (proibição da «auto-incapacitação»), o que não deixa de suscitar dúvidas, porquanto o argumento dificilmente pode ser feito valer para a procuração «supressiva» revogável e, em certo sentido, para a procuração com conteúdo específico; B. GRUNEWALD, *cit.*, 37-8, parecendo conceber a *verdrängende Vollmacht* com a outorga de uma procuração acompanhada de uma renúncia ao exercício pessoal de certa faculdade, nega, no âmbito do direito das sociedades de pessoas, a validade de uma cláusula que a procure fixar, não com fundamento num chamado princípio da proibição da divisão da participação social, mas já em três argumentos de diferente natureza: (i) uma preocupação de protecção dos sócios (a quem seria imposta a presença de uma pessoa com quem não concluíram o contrato de sociedade); (ii) uma preocupação de tutela do próprio sócio representado, a quem não seria exigível que suportasse, de forma perene, as consequências do comportamento do terceiro perante a regra de responsabilidade subsidiária do sócio pelas dívidas sociais (embora pareça reconhecer que o problema será, então, da temporalidade da vinculação, valendo o argumento para qualquer outro caso de actuação em nome do sócio); (iii) o argumento de que a influência externa não pode ser imposta aos sócios; esta tese não teria validade geral, mas apenas proibiria os actos de transmissão de competência a terceiros que, pela sua concreta configuração, impedissem que se tomasse em consideração determinados interesses concretos («não é de modo algum claro que o sócio que concluiu tal acordo não conhecesse melhor do que ninguém o que era melhor para si e para sua sociedade»).

¹³² Considerando, aparentemente, tal cláusula como inadmissível, v. RAÚL VENTURA, *Estudos vários...*, *cit.*, 91 (por ser limite à admissibilidade da procuração irrevogável para votar a conservação na esfera do sócio da faculdade de praticar o acto para que constituiu mandatário-representante; só há afastamento total do direito de voto quando o mandato for acompanhado «de convenção expressa ou tácita, pela qual o accionista se obrigue a não votar pessoalmente»).

tência para a realização de actos jurídicos em nome do representado¹³³, deixando este de poder exercer pessoalmente aquela competência. Associada à procuração não se deixa ver qualquer poder de disposição autónomo, mas apenas a atribuição ao representante da uma situação de legitimidade para o exercício de uma competência jurígena excludente da do *dominus*¹³⁴. A procuração «supressiva», neste ponto, como a procuração «concorrente», não deve ser confundida nem com a transmissão de pretensões cindidas de certa situação jurídica nem tão-pouco pode descobrir-se nela uma equiparação funcional à transmissão de situações indisponíveis. A solução contrária parece partir de certa aproximação conceptual com a lógica da cessão que, pelo menos no que aos direitos subjectivos implicados pela actuação *contemplatione domini*, não ocorre; na procuração há somente transmissão de uma legitimidade para agir em nome de outrem¹³⁵. A especificidade de uma procuração «supressiva» não está nem na natureza – derivada – da aquisição dos poderes do representante; nem tão-pouco na sua forma de cessação, pois a procuração «supressiva» pode, em teoria, ser revogável ou irrevogável, ainda que se deva reconhecer que, a ser válida, tal procuração tenderá a ser outorgada no interesse (pelo menos, concorrente) do representante, pelo que a regra seria a aplicação da necessidade de consentimento do *procurator* ou de justa causa para se proceder à competente revogação. O aspecto distintivo desta alegada modalidade de procuração reside, ao invés, na *natureza exclusiva* da competência transmitida ao representante. Na vigência da procuração «supressiva», o representado não pode exercer o seu direito senão através do representante. Antes de ser discutida a sua validade à luz das normas de direito das sociedades, deve perguntar-se da sua admissibilidade geral em face do direito civil, em particular, das regras vigentes para a representação voluntária e para a capacidade jurídica.

II – Contra a admissibilidade da procuração «supressiva» são invocados vários argumentos.

¹³³ De acordo com a visão dominante, o representante não adquire um direito, mas apenas uma competência ou título de legitimação para actuar na esfera jurídica alheia; MÜLLER-FREIENFELLS, *cit.*, 44-5 (criticando visão de ENECCERUS/NIPPERDEY, assente na atribuição de um direito potestativo ao representante e falando antes numa possibilidade ou habilitação para a fundamentação de direitos subjectivos em esfera alheia); J. GERNHUBER, *cit.*, 383.

¹³⁴ E, conforme nota GERNHUBER, *loc. cit.*, desde que não se esteja disposto a ver já na mera legitimidade para agir em nome alheio um poder de disposição.

¹³⁵ J. GERNHUBER, *loc. cit.*.

Seguindo a exposição de Gernhuber, podemos distinguir entre fundamentações assentes numa disposição específica e outras orientações que procuram sublinhar a contradição que a figura representa com as finalidades confiadas ao direito positivo. A procuração «supressiva» não colide com o princípio da proibição dos actos restritivos dos poderes de disposição (cf., de novo, o § 137 do BGB, a que fizemos já referência ao longo deste trabalho), porquanto o representado não é expurgado dos seus poderes de disposição. Pelo contrário, o representado exerce-os através de um terceiro, independentemente de este ter ou não também interesse no negócio a celebrar. O exercício em nome do representado não pode deixar de ter como pressuposto de eficácia a manutenção de poderes de disposição (e da titularidade do próprio direito) na esfera do *dominus*, sob pena de caducidade da procuração. De acordo com o A., seria forçoso reconhecer por isso que esta modalidade de procuração não teria lugar nem na letra nem no sentido veiculado pelo § 137 do BGB¹³⁶. Só caberia discutir-se a possibilidade de aplicação por analogia daquela disposição e, ainda assim, só no caso de procurações para a realização de actos de disposição (nos restantes casos, em que estaria compreendida a procuração irrevogável para o exercício do direito de voto, a questão não chegava a colocar-se); contudo, a extensão da proibição aos casos de transmissão de legitimidade para dispor não seria reclamada pelo sentido da norma e um difuso apelo à segurança jurídica seria insuficiente para sustentar uma limitação da liberdade negocial neste domínio. Contra os AA. que sustentam que o § 137 do BGB representa uma concretização de um princípio mais geral, no sentido de que seriam nulos todos os actos que determinassem uma compressão da liberdade de praticar actos jurídicos na sua própria esfera, em virtude de se tratar de da norma fundamental no quadro do Cód. Civil alemão, que tem como conteúdo um inalienável atributo da pessoa humana ou como norma apta a prevenir formas modernas de escravatura¹³⁷,

¹³⁶ Afirma GERNHUBER (*loc. cit.*) que o representante não carece de mais e não adquire mais do que legitimidade para agir em nome de outrem. A procuração «supressiva» não atinge a susceptibilidade de os direitos subjectivos serem objecto de disposição; a questão daquilo que pode ser disposto é pressuposta na outorga de uma procuração enquadrável nesta modalidade, visando ela apenas dar resposta ao problema de saber *quem* é que pode dispor.

¹³⁷ V. F. BAUR, *JZ*, 1961, 334 ss., que considera que a livre disposição do património é um indisponível atributo da pessoa, inserido no escopo de tutela do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade; neste sentido, a inadmissibilidade das limitações à disposição de direitos reais integraria o núcleo dos valores do direito civil liberal, estando para o direito das coisas como está o princípio da liberdade contratual para o direito das obrigações; v. também H. WEITNAUER, «Die unverzichtbare Handlungsfreiheit», *Festschrift für F. Weber zum 70. Geburtstag*, de Gruyter, 1975, 429 ss.. A restrição da disponibilidade de

alega que as finalidades da procuração supressiva não colidem com tão importantes finalidades¹³⁸. A violação de direitos fundamentais inalienáveis e invioláveis só poderia ser motivada por uma procuração «supressiva» com carácter geral, i.e., atributiva de uma competência exclusiva e genérica para a conclusão de negócios jurídicos, e, mesmo então, não porque se tratasse de um resultado auto-incapacitante do sócio, mas antes porque seria contrária às concepções de autonomia consagradas na Constituição e na lei civil¹³⁹.

Houve também quem salientasse a contraditoriedade que a admissão da figura implicaria com o sistema de direito privado, por estar reservada ao direito objectivo a regulação da capacidade e a competência para constituir obrigações negociais e, bem assim, os limites e as condições de exercício de tal competência¹⁴⁰. Outros, numa argumentação semelhante, apelam a um *numerus clausus* de permissões de actuação na esfera jurídica alheia e à falha de competência da pessoa para determinar os limites do seu campo de actuação negocial possível. Mas não chega a haver violação das regras definidoras das condições de exercício da autonomia privada, se a própria ordem jurídica vier permitir uma relativa modificação de algumas das «condições de satisfação» do prometer contratual (cf. as regras sobre a forma voluntária ou o próprio regime da procuração «concorrente», a qual admitindo por acto de autonomia de outrem [o representado] a permissão de actuação na sua esfera, acaba por eliminar uma condição por outra forma necessária – a legitimidade). O significado da permissão genérica de agir negocialmente ainda consente um certo grau de disponibilidade de alguns dos «pressupostos» do respectivo exercício¹⁴¹. De resto, ninguém perde, através de uma procuração supressiva, a competência para constituir obrigações na medida do conteúdo da procuração: simplesmente, agirá através do procurador. A competên-

um bem através da técnica da obrigação representa uma intromissão menos grave na liberdade do titular, R. LIEBS, «Die unbeschränkte Verfügungsbefugnis», *AcP*, 175 (1975), 39 ss.; D. MEDICUS, *cit.*, 264.

¹³⁸ Além de que, a ser essa teleologia do preceito, o § 137 (1) pareceria ser dificilmente compatível com o (2), que admite a assunção de obrigações de não disposição.

¹³⁹ J. GERNHUBER, *cit.*, 384.

¹⁴⁰ Assim, por exemplo, K.-H. SCHRAMM, *Münchener Kommentar^A*, *cit.*, anot. § 167, Ndr. 114, 1723.

¹⁴¹ Em rigor, não serão então verdadeiras condições ou pressupostos do exercício da liberdade negocial, mas regras «prima facie» sobre a validade da promessa; poder-se-ia procurar estabelecer um paralelismo com a distinção, operante num sistema de linguagem, entre regras constitutivas do discurso e postulados de comunicação. O ponto não pode ser desenvolvido aqui; apenas procuramos sustentar que é duvidosa a vigência de uma regra de coincidência entre a titularidade de um direito ou de um espaço objectivamente considerado de actuação de uma liberdade genérica e a regra de legitimidade para o respectivo exercício além dos casos estabelecidos na lei.

cia do representante não supõe a perda da competência do representante, antes pressupõe-na; é, por assim dizer, uma competência «secundária» ou «derivada»¹⁴².

Além disso, a procuração não violaria regras injuntivas do direito registal, do direito da insolvência ou da tutela da confiança. Interessa-nos, sobretudo, este último ponto. Na verdade, poderia soar sistematicamente inadequada a solução de não prestar qualquer protecção ao terceiro que contratasse com o representado. O BGB não visaria proteger o tráfego jurídico de forma abstracta e geral, quando faltasse a criação concreta de uma situação de confiança e os demais pressupostos desenvolvidos pela doutrina. Mas não deveria dizer-se que o terceiro se encontrasse sempre numa situação de desprotecção perante a exclusão de legitimidade para agir negocialmente. Desde logo, o representado que, não obstante, se visse envolvido na formação de um contrato com um terceiro estaria sujeito ao dever de tornar conhecida a inexistência de legitimidade para a conclusão do negócio, sob pena de, agindo de má fé, responder nos termos da cic. Em casos mais excepcionais, poderia o terceiro merecer uma protecção positiva da confiança: seria um caminho a trilhar pelo direito judiciário, em termos análogos ao percorrido a propósito da representação aparente¹⁴³.

A própria lei conheceria alguns casos de procuração «supressiva», como sucederia com a regra que determina a legitimidade exclusiva de um representante comum para o exercício de direitos relacionados com a contitularidade de participações sociais (§ 69 [1] do AktG) ou a atribuição de poderes de representação exclusivos a alguns dos sócios na sociedade civil (§§ 710 e 714 do BGB). Outras situações deveriam também assim ser qualificadas, como sucederia com alguns negócios jurídicos processuais (por hipótese, as procurações judiciais outorgadas em processos de representação de uma pluralidade de lesados nos chamados «processos de massas») ou com a procuração outorgada a um notário no acto da escritura pública de compra e venda de um imóvel atribuindo poderes para a inscrição no registo da aquisição do direito real do comprador (em regra, após o pagamento do preço)¹⁴⁴. Também não constituiria argumento contra a admissibilidade da figura a possibilidade de ser possível obter efeitos equivalentes aos de uma procuração «supressiva» por outros meios, como seja a transmissão fiduciária ou, no caso da procuração para o exercício do direito de voto, a constituição de acções preferenciais sem voto. Aqui, a

¹⁴² J. GERNHUBER, *cit.*, 385.

¹⁴³ *Idem, ibidem, loc. cit.*

¹⁴⁴ A procuração «supressiva» pode, deste modo, servir para garantir uma tutela acrescida dos interesses do comprador, atenta a importância que o negócio real de transmissão (no caso, o *Eintragung*) assume nas ordens jurídicas em que vigora o sistema do modo.

preocupação seria a de garantir a coerência de soluções: as construções alternativas só seriam argumento para afastar a admissibilidade da procuração «supressiva» quando esta se revelasse contrária ao sistema de direito privado geral e, por outro lado, aquelas fossem com ela compatíveis. E a verdade é que, respeitados os limites à validade da procuração «supressiva», esta revelar-se-ia um «mal menor» para o representado; a este assistiria, sempre, o direito à revogação por justa causa¹⁴⁵. O que interessava era saber se a atribuição de poderes através de procurações deste tipo significaria ultrapassar os limites da tolerância de um exercício de auto-limitação da liberdade negocial.

A propósito da procuração «supressiva» poder-se-ia falar de limites gerais e limites institucionais. Dentro do primeiro conjunto, haveria que ter em conta o § 138 do BGB: da concretização daquela cláusula geral resultaria o conhecimento do conjunto de casos em que a outorga de uma procuração deste tipo representaria já uma restrição inadmissível da autonomia privada. No entanto, a fenomenologia da procuração «supressiva» deixava-se organizar de acordo com três constelações típicas de casos, nenhum deles contrário aos bons costumes: (i) a atribuição, por via de testamento, de poderes representativos a um terceiro para a administração de bens da herança; (ii) a institucionalização de uma forma de organização de um património comum ou do exercício de direitos tendo em vista determinados fins e (iii) a atribuição de poderes de representação quando um representante exclusivo esteja tipicamente em melhor posição do que o representado para o exercício de certos direitos. Por outro lado, haveria que contar com as regras imperativas de cada instituto: o regime da procuração «supressiva» é sensível, por exemplo, à natureza particular das sociedades de pessoas, sendo exigido o consentimento dos restantes sócios¹⁴⁶.

III – No essencial, os argumentos de Gernhuber são convincentes, merecendo a nossa adesão. A validade de uma procuração renunciativa da possibilidade de um uso concreto da liberdade de agir deve, em geral, ser considerada admissível (artigo 405.º do Cód. Civil). A ampla possibilidade da renúncia abdicativa (com efeitos dispositivos e definitivos) de direito substantivo¹⁴⁷, bem

¹⁴⁵ J. GERNHUBER, *cit.*, 389. O A. critica uma decisão do BGH em que o tribunal considerou inválida uma procuração «supressiva» outorgada por um sócio comanditado (por violação do princípio da incidibilidade da participação social) e, aplicando o regime da conversão, entendeu deverem produzir-se os efeitos de uma participação social desprovida do direito de voto (JZ, 1956, 449).

¹⁴⁶ *Idem, ibidem, loc. cit.*

¹⁴⁷ F. PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, 63 ss. e, anteriormente, A. VAZ SERRA, «Remissão, reconhecimento negativo de dívida e contrato extintivo de relação obrigacional bilateral», BMJ, 43, 1984, 5 ss..

como a renúncia ao direito de acção, parecem confirmar a sua validade. Há apenas que ter em atenção as restrições impostas por valorações retiradas de proposições gerais e institucionais, em termos porventura mais restritivos do que os propostos por aquele A.. Desde logo, não é admissível uma procuração «supressiva» para actos de disposição de direitos reais, por imposição do princípio da tipicidade dos direitos reais (artigo 1306.º do Cód. Civil). Além disso, o artigo 809.º do Cód. Civil, sem paralelo no direito germânico, impõe limitações adicionais; em rigor, está afastada uma procuração «supressiva»: (i) com efeitos gerais; (ii) para o exercício de situações jurídicas ainda não adquiridas ou (iii) para o exercício de pretensões sem que os pressupostos – objectivos e temporais – para esse exercício se encontrem minimamente determinados. A analogia com a proibição da renúncia antecipada a direitos (e, bem assim, a pretensões jurídicas) reclama a imposição destes constrangimentos. Fora deste quadro, já não pode descrever-se o comportamento do representante como exercício da sua liberdade negocial através de um terceiro, mas uma verdadeira funcionalização da liberdade de agir aos fins do outro. Por outro lado, servindo a finalidade do instituto a protecção do representante (pelo menos, simultânea com a vontade do representado) e considerando que os seus efeitos são mais graves do que os da procuração irrevogável, são de considerar aplicáveis, por analogia, as restrições constantes do artigo 265.º/3: a existência de um *interesse* próprio do representante ou de terceiro (justificado através de uma relação jurídica subjacente com o representante) e a possibilidade de revogação da procuração havendo justa causa. Os aspectos descritos relevam, por sua vez, para garantir a observância da principal limitação de natureza «institucional» no que interessa ao problema especificamente tratado no presente estudo: se não fosse assim, a procuração irrevogável e «supressiva» para o exercício do direito de voto seria equiparada à transmissão autónoma do direito de voto e, logo, nula, pelas razões apontadas. Além disso, há que observar as regras do contrato de sociedade em matéria de representação, nos termos já descritos.

IV – O reconhecimento da «procuração supressiva» joga-se no contexto mais geral da validade das restrições negociais das faculdades de disposição de bens¹⁴⁸. Neste ponto, é de reconhecer uma distinção fundamental no direito

¹⁴⁸ O termo «disposição» é aqui empregue com o significado muito amplo de abranger qualquer caso de extinção de uma faculdade jurídica resultante de um acto de vontade do respectivo titular (compreendendo além da *alienatio*, a renúncia e a oneração de direitos; v. já B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, Düsseldorf, 1862, 146-7; G. F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*⁹, Leipzig, 1863, 72.

das situações patrimoniais, qual seja aquela que opõe os direitos reais aos direitos estruturalmente relativos como os direitos de crédito¹⁴⁹. A questão da admissibilidade e dos efeitos do acordo de proibição de cessão de um crédito é objecto de larga discussão. No direito alemão, a doutrina inclina-se para a eficácia absoluta do *pactum de non cedendo*, ao contrário do que resulta das regras gerais sobre a exclusão ou restrição negociais da disposição de bens alienáveis (§ 137 do BGB)¹⁵⁰. Discute-se, entretanto, qual a extensão dos efeitos de tal acordo, surgindo defensores de três teses distintas¹⁵¹: (i) a teoria da ineficácia absoluta da cessão proibida¹⁵²; (ii) a teoria da ineficácia relativa da cessão proi-

¹⁴⁹ V. C. BERGER, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, 2-5, sustentando uma divisão clara entre as duas categorias fundamentais de situações jurídicas integrantes da ordem jurídico-patrimonial («*Vermögensordnung*»), na qual os princípios mais gerais do direito privado – a autonomia privada e a tutela da confiança no tráfego – se comprimem em termos diversos, numa lógica integrada (e não vendo, por isso, qualquer contradição nos dados das fontes, entre as proposições permissivas dos actos de limitação da liberdade de disposição no campo dos direitos relativos, como o do § 399 do BGB e as [aparentemente] determinativas da nulidade de tais actos de disposição, como o da regra geral do § 137 BGB, que só valeria no campo dos direitos reais [e nem para todos os direitos reais: v. *op. cit.*, 351 ss.]. E já pode apelidar-se de clássica a controvérsia sobre o problema de saber se a proibição atinge apenas a pretensão de disposição do titular do direito, mas já não a própria «circularidade» do direito no tráfego, que deveria estar dependente do regime específico vigente para a natureza da situação jurídica em causa (sendo admitida no caso dos direitos de crédito, ao contrário dos direitos reais) ou se, pelo contrário, vigora uma proibição geral dos actos restritivos ou excludentes da transmissibilidade dos bens, que apenas consentiria em algumas excepções (como aquela que está presente no 399 [2] do BGB), o que releva, entre outros aspectos, para saber em que termos pode ser convencionada a exclusão do crédito com eficácia *erga omnes* entre o credor e terceiros; v. tb. W. FLUME, *cit.*, II, 363; MAYER-MALY/ARMBRÜSTER, *Münchener Kommentar*, § 137, *cit.*; E. WAGNER, *Vertragliche Abtretungsverbote im System zivilrechtlicher Verfügungshindernisse*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1994, 29 ss.; ID., *Rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit und § 137 S. 1 BGB (Zur Teleologie einer “Fundamentalnorm”)*, AcP 194 (1994), 451 ss.; R. LIEBS, «Die unbeschränkte Verfügungsbefugnis», *cit.*, 1 ss..

¹⁵⁰ Ainda assim, com restrições de natureza legal: no âmbito das relações entre comerciantes, a transmissão de créditos pecuniários contrária ao *pactum de non cedendo* é eficaz (§ 354a do HGB) – uma manifestação propósito de protecção das pequenas empresas perante os perigos de um abuso das restrições negociais à transmissibilidade na concessão de crédito; nos casos de exploração de situações monopolísticas, sob sindicância dos bons costumes ou do regime das cláusulas contratuais gerais; perante a violação da reserva de propriedade ou de cessões genéricas (como em alguns tipos de *factoring*).

¹⁵¹ Sobre as diversas teorias, v., com referências, L. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, Almedina, Coimbra, 2005, 305-310.

¹⁵² A proibição da cessão colocaria o crédito fora do comércio jurídico, impedindo a produção de quaisquer efeitos transmissivos; a ineficácia poderia ser arguida, nos termos gerais, por qualquer interessado; v. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*¹⁴, I, *cit.*, 681-2; W. FIKENTSCHER/A. HEINEMANN, *Schuldrecht*¹⁰, *cit.*, 354; H. ROTH, *Münchener Kommentar*, § 399, Ndr. 36, 2669 e 45,

bida¹⁵³; (iii) teorias intermédias, fazendo os efeitos da proibição da transmissão do crédito depender do alcance que as partes pretenderam atribuir à própria regra proibitiva¹⁵⁴. No direito português, a questão tem sido objecto de discussão, havendo quem sustente que a convenção teria eficácia absoluta, colocando o crédito fora do comércio jurídico¹⁵⁵, sendo a ineficácia sanável mediante ratificação pelo devedor¹⁵⁶, enquanto outros defendem o entendimento

2561; U. HUBER, «Gefahren des vertraglichen Abtretungsverbots für den Schuldner der abgetretenen Forderung», *NJW*, 1968, 1906 ss.; C. BERGER, *cit.*, 226 ss..

¹⁵³ A ineficácia absoluta seria uma consequência excessiva e desproporcionada; a ineficácia visava apenas proteger o devedor, não parecendo adequado permitir ao cedente lançar mão de meios de tutela do crédito, exigindo a restituição da coisa ou invocando em seu benefício as regras do não cumprimento; a ineficácia relativa seria a via dogmaticamente mais adequada a explicar a viabilidade da confirmação da cessão proibida; P. BÜLOW, «Zu den Vorstellung des historischen Gesetzgebers über absolute Wirkung rechtsgeschäftlicher Abtretungsverbot», *NJW*, 1993, 901 ss..

¹⁵⁴ A espécie e extensão da ineficácia depende da intenção das partes ao estipularem o acordo proibitivo da transmissão ou disposição do direito; no caso de a intenção das partes ter sido apenas a protecção do devedor, os efeitos seriam apenas os da inoponibilidade da cessão a esta parte; já se o *pactum* se dirigia ao afastamento da eficácia da cessão que viesse a operar-se também nas relações internas entre cedente e cessionário, dever-se-ia concluir pela ineficácia absoluta. V. E. WAGNER, «Rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit...», *cit.*, 478, admitindo que o *pactum de non cedendo* tanto pode aproximar-se num dever (relativo) de não transmissão do crédito (como sustentado pela «teoria da proibição», *Verbotstheorie*) quanto de uma exclusão negocial imediata do direito de disposição do mesmo (de acordo com a *Mitwirkungstheorie*), embora restrinja, ao mesmo tempo, a sua aplicação aos acordos sobre a transmissibilidade do crédito entre credor e devedor (e já não, p. ex., entre o credor e terceiros). Wagner sublinha, porém, que o § 399 (2) do BGB é uma excepção à proibição contida no § 137 do BGB. Nos direitos de crédito, a lei permite expressamente a exclusão da transmissibilidade; trata-se de uma modificação do conteúdo do direito que, por isso, se impõe a terceiros, pelo que a «teoria da proibição» não é correcta. Mas as teorias dominantes da «imanência» ou da «concordância» vão longe demais, ao determinarem sempre a ineficácia (definitiva e temporária) da cessão como consequência da violação do *pactum*. Na verdade, o modelo típico de inalienabilidade previsto na lei permite tanto efeitos mais gravosos (a ineficácia imanável pelo acordo do devedor, p. ex., se o *pactum* visava proteger interesses de terceiros), mas também menos «radicais» (por hipótese, as partes podem pretender adoptar uma restrição à negocialidade de menor alcance, prescrevendo a mera notificação do acordo de cessão ao devedor). Para o A., a solução correcta é, assim, a de uma «teoria do conteúdo do direito modificada»: E. WAGNER, *Vertragliche Abtretungsverbote...*, *cit.*, 403 ss..

¹⁵⁵ J. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*⁷, II, Almedina, Coimbra, 1997, 304-5; F. PEREIRA COELHO, *A renúncia abdicativa no direito civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime)*, Coimbra Ed., Coimbra, 1995, 66 ss., embora entendendo o *pactum de non cedendo* como uma renúncia à faculdade de ceder o crédito.

¹⁵⁶ L. CARVALHO FERNANDES, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Quid Juris, Lisboa, 1993, 868 (e n. 1), admitindo, ainda assim, a conversão numa situação de ineficácia relativa ou num mandato irrevogável de cobrança do crédito.

de que este acordo apenas gera uma obrigação para o credor de não o transmitir a outrem¹⁵⁷. Seguindo a sistematização de C. Berger, é de distinguir entre quatro conjuntos de problemas: (i) problemas relacionados com a natureza e extensão da ineficácia do acto de disposição contrário ao acordo; (ii) questões relativas à «superação» da ineficácia por negócio jurídico unilateral do interessado¹⁵⁸; (iii) questões conexas com a protecção de terceiros; (iv) consequências no plano da sujeição do bem objecto da *pactum de non cedendo* à responsabilidade patrimonial.

No que respeita ao primeiro conjunto de questões, crê-se ser de distinguir em função do sentido a atribuir ao texto negocial, se se trata de um acordo com eficácia excludente da faculdade de disposição do crédito ou, diferentemente, apenas de um acordo fundamentador de uma obrigação de não transmitir o crédito a terceiros. Com efeito, no artigo 577.º/2 do Cód. Civil não parece estar prescrita qualquer solução quanto à natureza da proibição ou restrição à cessão do crédito e não parecem vigorar obstáculos à exclusão com eficácia *erga omnes* do direito de transmitir o bem a terceiros¹⁵⁹. O principal destinatário do regime restritivo posto

¹⁵⁷ L. MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos, loc. cit.*: do pacto apenas resulta a excepção (de recusar o cumprimento ao cessionário e de se exonerar cumprindo junto do cedente), ainda que sujeita ao prévio conhecimento do acordo pelo cessionário (p. 310).

¹⁵⁸ De facto, o entendimento maioritário é o de que não é exigida a celebração de um contrato para a sanção da ineficácia da cessão proibida, bastando uma declaração unilateral do devedor, podendo esta ser tácita, nos termos gerais; p. ex., W. FIKENTSCHER/A. HEINEMANN, *Schuldrecht*¹⁰, *cit.*, 354. De resto, este entendimento é coerente com a aplicação analógica das regras da representação voluntária respeitantes à ratificação, no que se refere à eficácia retroactiva do consentimento e à convalidação das transmissões intercalares (H. ROTH, *Münchener Kommentar*, § 399, Rdr. 37).

¹⁵⁹ Reconhecemos que uma proposta de fundamentação cabal deste argumento obrigaria a ir muito além dos singelos propósitos deste trabalho. Designadamente, teria de se apurar, como questão prévia, o alcance do princípio da tipicidade dos direitos reais e do estatuto do artigo 1306.º do Cód. Civil (como norma fundamental do sistema de circulação de bens ou como regra definidora da estrutura de tipicidade dos direitos reais) negando a exclusão contratual da faculdade de alienar uma coisa, v. ALMEIDA COSTA, *Cláusulas de inalienabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, *passim*. Em qualquer caso, supomos que a restrição ou exclusão da transmissibilidade do direito de crédito, quando oponível ao cessionário ou a outros terceiros, não equivale, na estrutura ou na eficácia, a um direito real, não se colocando, deste modo, a questão da criação da “reificação” de situações jurídicas creditícias ou da violação da intenção do sistema em fixar tipicamente as formas de circulação de bens (W. DÄUBLER, «Rechtsgeschäftlicher Ausschluss der Veräußerlichkeit von Rechten?», *NJW*, 1968, 1119; E. WAGNER, «Rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit...», *cit*, 473 ss.). Desde logo, porque a convenção se limita a fixar o conteúdo do próprio direito, no âmbito da relação creditícia, coactando-lhe a circularidade, o que não pode confundir-se com a *oponibilidade* do direito a terceiros (em termos que legitimem o recurso aos meios de tutela reais, como a reivindicação ou o cumprimento de obrigações no âmbito das relações

em vigor pelo *pactum de non cedendo* é, em princípio, o próprio devedor, que pode ter interesse em saber com definitividade quem será o destinatário da prestação devida, garantindo que não haverá um aumento dos custos ou da onerosidade no cumprimento ou em prevenir uma situação de incerteza quanto à verdadeira identidade do credor no futuro. A confiança na continuação regular do comércio jurídico não parece ser merecedora de protecção além do que já resulta do regime de tutela da aparência que aproveita ao cessionário desconhecedor do *pactum*¹⁶⁰. A circunstância de o nosso sistema ser particularmente generoso na protecção concedida ao cessionário não constitui argumento em favor da tese da eficácia meramente obrigacional (nem tão-pouco em favor da tese contrária)¹⁶¹.

Na verdade, é forçoso distinguir entre a eficácia interna e a eficácia externa do *pactum de non cedendo* (e, de resto, de qualquer convenção de restrição de faculdades dispositivas): a vigência de uma proposição protectora da boa fé do cessionário é compatível com ambas as teses – no caso de uma proibição com eficácia obrigacional, apenas se retira dela a ininvocabilidade de uma excepção, enquanto que no caso de uma exclusão da credibilidade do crédito, o cessionário adquire o crédito *a non domino*, com fundamento num mecanismo de tutela positiva da confiança¹⁶². Por outro lado, nada impede que as partes concluem

jurídicas reais). De resto, a hipótese da oponibilidade do *pactum* ao cessionário não pode quedar-se pelo recurso ao abuso do direito ou à boa fé, na medida em que deixaria por explicar a razão pela qual os efeitos do acordo se produzem nos casos em que este seja conhecido pelo cessionário: não é porque não se verificam concretamente os pressupostos da tutela da confiança que o pacto *de non cedendo* é eficaz diante do terceiro. Isso é um *non sequitur*: a tutela da boa fé do cessionário é um limite à validade do *pactum de non cedendo*, ainda que a intenção das partes fosse a excluir imediatamente a faculdade de disposição do direito. Por isso mesmo, a doutrina alemã reserva ao argumento da tutela (aquisitiva) do direito do cessionário um lugar específico, afirmando que dele não podem ser retirados argumentos em favor da validade ou da invalidade dos acordos de exclusão da circularidade dos direitos de crédito.

¹⁶⁰ A regra da inoponibilidade do pacto a terceiros de boa fé vigora também no direito italiano (artigo 1260.º, 2, do *Codice Civile*), no direito suíço (artigo 164.º/2 do *OR* de 1911) e nos princípios de direito europeu dos contratos (11:301 dos PECL). A oponibilidade a terceiros do *pactum de non cedendo* é, em todos os casos, desconhecida do direito francês: W. MUMMENHOF, «Vertragliches Abtretungsverbot und Sicherungszession im deutschen, österreichischen und US-Amerikanischen Recht», *JZ*, 1979, 425 ss..

¹⁶¹ Em sentido aparentemente diverso, L. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, cit., 309. Mas reconhecemos evidentemente que a positivação de uma ampla regra geral de tutela de confiança do cessionário no Direito português restringe de forma significativa o alcance dos efeitos dispositivos do *pactum de non cedendo*.

¹⁶² Veja-se, aliás, que o predomínio da tese dos efeitos dispositivos da credibilidade do crédito no direito alemão não impede a sustentação da aplicação de disposições de protecção da confiança do cessionário (como o § 135 [1], 1.ª parte ou o § 892 [1] do BGB).

um acordo com efeitos estritamente obrigacionais, caso em que a cessão ilícita apenas permite ao devedor exonerar-se mediante a realização da prestação ao cedente, mas não impede que a titularidade do crédito se transmita para o cessionário; essa é a solução que resulta *ope legis* das restrições ao conteúdo de direitos reais legalmente atípicas, correspondendo, de resto, a uma simples manifestação do princípio da liberdade negocial¹⁶³.

Quando tal não suceda, i.e., quando o *pactum de non cedendo* atinja a eficácia da própria faculdade de disposição do direito, é ainda de traçar uma segunda distinção. Podemos ter:

- uma exclusão de cedibilidade «forte», em que a cessão proibida não produz quaisquer efeitos, nas relações internas (entre cedente e devedor) e nas relações externas (entre cedente e cessionário); e
- uma exclusão da cedibilidade «fraca», em que a cessão é relativamente ineficaz, sendo, porém oponible a terceiros.

A segunda aproxima-se muito da restrição obrigacional da cedibilidade: no plano das relações entre cedente e cessionário, o efeito translativo produz-se; no plano das relações internas, apenas se verifica uma diferença de estrutura da situação do devedor: em vez de uma excepção – que tem de ser invocada pelo devedor, nos termos gerais – a cessão ilícita não produz quaisquer efeitos em relação ao devedor enquanto este não proceder à confirmação, que consiste num acto jurídico unilateral autónomo¹⁶⁴⁻¹⁶⁵. Diferentemente, a exclusão da cedibilidade «forte» atinge o plano das relações externas, permitindo aos credores do cedente que demonstrem a conhecimento do pacto pelo cessionário a invocação da ineficácia da cessão¹⁶⁶; do mesmo modo, e ao contrário do que sucede nos dois casos anteriores, os terceiros não podem invocar os efeitos principais da cessão, pelo que só os credores do cedente poderão proceder à penhora ou arresto do crédito. De outra perspectiva, o devedor mantém a permissão de invocar as excepções respeitantes às relações com o cedente (incluindo a extinção da dívida por compensação com créditos que detenha

¹⁶³ Por isso, compreende-se com dificuldade que nos direitos em que se admita a viabilidade de uma exclusão «absoluta» da cedibilidade não se reconheça, de igual modo, esta espécie de restrições.

¹⁶⁴ Ainda que se reconheça que a invocabilidade de uma excepção possa suscitar algumas dúvidas, perante o aparente enquadramento da situação de perturbação da obrigação no incumprimento definitivo, dando possivelmente lugar ao direito de resolução do contrato ou a uma obrigação de indemnizar o devedor pelos danos sofridos em consequência da cessão.

¹⁶⁵ V. A. MENEZES CORDEIRO, *Da confirmação no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2008, 131-2.

¹⁶⁶ Assim, J. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, II, *cit.*, 512.

contra aquele). Nos casos de dupla cessão do mesmo crédito, é necessário distinguir em razão de diferentes critérios. O artigo 584.º vale, efectivamente, para todos as espécies de *pacta de non cedendo* desde que o mesmo seja desconhecido por todos os cessionários¹⁶⁷. Porém, na hipótese em que algum dos cessionários desconheça o acordo, é a este que deverá ser efectuada a prestação; como se sabe, é ao devedor que competirá demonstrar o conhecimento do cessionário: em caso de dúvida, poderá recorrer à consignação em depósito (artigos 841.º e ss. do Cód. Civil). Finalmente, no caso de os cessionários desconhecerem o acordo, mas nenhum deles ter ainda notificado o devedor da cessão nem este ter aceiteado ainda alguma delas, é que se deverá distinguir consoante a natureza do acordo restritivo da disposição do crédito: no *pactum de non cedendo* obrigacional (e, bem assim, na exclusão da disposição «fraca»), o devedor deverá realizar a prestação ao primeiro cessionário¹⁶⁸. Na exclusão da faculdade de disposição com efeitos «absolutos», contudo, o devedor poderá proceder livremente à confirmação da cessão que entender, por não haver aqui uma situação de confiança a tutelar do lado dos cessionários (que sabiam da exclusão da circulação do crédito), porque a confirmação é, dentro dos limites prescritos pelo abuso do direito, um acto livre, porque este tipo de restrições visa justamente conferir ao devedor uma maior segurança na modificação subjectiva da relação obrigacional e ainda porque os efeitos da confirmação retroagem ao momento da cessão não autorizada (e não ao da celebração do *pactum de non cedendo*).

Por fim, pensa-se que nenhuma das espécies de acordos de restrição à disposição do crédito afecta a possibilidade de proceder ao arresto ou à penhora do bem, valendo uma regra de autonomia das normas de protecção dos credores e da execução¹⁶⁹.

Naturalmente, a distinção entre as diferentes espécies de restrições à cedibilidade do crédito seguirá as regras gerais de interpretação. Reconhece-se que esta será uma tarefa, as mais das vezes, complexa, situação que é agravada pela escassez de proposições legais sobre o *pactum de non cedendo*, impeditiva de uma descrição de um regime típico supletivo. A dificuldade não justifica a descoberta de limites injustificados à liberdade negocial. Em caso de dúvida, parece

¹⁶⁷ L. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, cit., p. 309.

¹⁶⁸ Naturalmente, desde que este conheça a anterioridade da cessão; defendendo que nestes casos o primeiro cessionário pode considerar inoponível a aceitação da segunda cessão, demonstrando que o devedor conhecia a prioridade do negócio que celebrara (prova da *exceptio doli*), L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*⁶, II, Almedina, Coimbra, 2008, 33.

¹⁶⁹ L. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, cit., 310; C. BERGER, cit., 40 (o acordo afectará, no limite, a determinação do valor do crédito).

ser de acolher a regra da ineficácia relativa ou inoponibilidade da cessão ao devedor, uma vez que a vontade presumível das partes é a de proteger o interesse do devedor, protecção esta que deve assumir contornos firmes, sendo afastada mediante confirmação da cessão pelo devedor ou pela revogação do *pactum*.

V – A procuração «supressiva» não constitui um acto de disposição; como se tentou demonstrar, a sua estrutura consiste apenas no exercício em nome de outrem de uma competência jurídico-negocial derivada. A procuração «supressiva» nem tem logicamente de ser irrevogável, embora se tenha feito notar que a permissão de resolução unilateral discricionária seja dificilmente conciliável com a realização dos interesses do terceiro que motivaram a própria outorga da procuração na relação de valuta; mas a irrevogabilidade será então efeito da vontade do representado, tendo o «interesse do terceiro» na procuração como pressuposto. Contudo, o breve excuro pelos negócios de exclusão dos poderes de disposição de bens mostra que o sistema reconhece verdadeiras formas de exclusão negocial de faculdades de disposição: é o que sucede no caso da convenção de exclusão da credibilidade de um crédito. Isto mostra que o direito objectivo acolhe os motivos que, no âmbito de uma relação obrigacional, conduzem as partes a pretender afastar a possibilidade de exercício de certa faculdade pelo seu titular. O direito de disposição compreende, numa enunciação positiva, uma permissão de transmissão, extinção, modificação ou oneração de certa situação jurídica; mas, no mesmo nível significativo, é de admitir a estipulação de proibições de exercício de um direito e, mesmo, a sua extinção. Não se vê, assim, como negar a validade de uma procuração «supressiva», que não chega a atingir a faculdade de direito substantivo, mas apenas impõe certo modelo de exercício da competência jurígena. Para além disto, tal como na exclusão convencional da faculdade de disposição, a procuração «supressiva» exige uma relação subjacente; compreende-se porquê: o princípio da tutela da confiança no tráfego jurídico cede terreno à autonomia da vontade justamente porque o titular já age no domínio de certo programa e já se verifica ou um consentimento da outra parte (constitutivo do acto de exclusão ou posterior, através de uma ratificação, no caso do *pactum de non cedendo*) ou um interesse que justifique a aquisição de poderes de agir em nome de outrem em condições de exclusividade. A autodeterminação de ambas as partes, numa relação específica e negocial leva a que a tutela de terceiros se realize em termos individuais e subjectivos; isto em detrimento de um modelo de protecção abstracta do comércio jurídico, que vale para as exclusões, restrições e procurações «supressivas» de disposição de situações jurídicas reais.

3.2.5.4. Os deveres de lealdade no exercício do direito de voto em nome de outrem

I – Pergunta-se, ainda, se o reconhecimento de uma tão clara autonomia entre titularidade do capital social e poder de controlo efectivo através de uma procuração simultaneamente irrevogável e «supressiva» não implica, também, o reconhecimento de que o contexto em que o voto será tipicamente exercido é o de um *conflito de interesses*, para o que a sujeição ao respeito por deveres de lealdade¹⁷⁰ constituiria um factor de correcção. Alguma doutrina considera mesmo que a «quebra» do princípio da indivisibilidade da participação social teria como consequência a vinculação do terceiro, representante ou cessionário, a tais deveres, fazendo deslocar o critério de delimitação de vigência dos deveres de lealdade das partes do contrato de sociedade para o titular do direito de voto. De acordo com essa visão, o direito de voto e o dever de lealdade seriam realidades juridicamente indissociáveis¹⁷¹. Este entendimento não nos parece poder ser aceite: sujeitos passivos do dever de lealdade serão apenas os sócios, pois só entre eles vigora uma relação especial justificadora da intervenção da boa-fé¹⁷²⁻¹⁷³. É a pertença a uma relação obrigacional tipicamente dura-

¹⁷⁰ Em geral sobre o dever de lealdade no direito das sociedades, v., entre nós, A. MENEZES CORDEIRO, «A lealdade no direito das sociedades», *ROA*, III, Ano 66 (2006), 1042 ss.; M. CARNEIRO DA FRADA, «A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina, Coimbra, 2007, 61-102; J. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo*, Almedina, Coimbra, 2007, 126 ss.; ID., «Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os terceiros credores?», *RDS*, I (2009), 119 ss.; NUNO TRIGO DOS REIS, «Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais», *cit.*, 282 ss..

¹⁷¹ Parece ser essa a visão de FLECK, *cit.*, 118 ss..

¹⁷² Neste sentido, S. GRUNDMANN, *cit.*, § 136, Ndr. 54 (p. 208) e Ndr. 64 (212-213).

¹⁷³ No sentido da recondução do dever de lealdade à boa-fé e sublinhando a pertença do instituto do direito civil, A. MENEZES CORDEIRO, «Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades», *ROA*, 475; NUNO TRIGO DOS REIS, *cit.*, 412 ss.; J. HENNRICH, «Treupflichten im Aktienrecht», *AcP* 195 (1995), 241; no plano dos deveres de lealdade dos credores controladores, v. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «Os credores...», *cit.*, 129 ss. (mas justificando a recondução à boa fé a partir do poder de influência adquirido através do contrato de financiamento e não a partir de uma relação fundada na confiança, que se considera ser tipicamente inexistente nestes casos). Em sentido diverso, entendendo que o s deveres de lealdade não se confundem com a aplicação geral da cláusula da boa fé, na medida em que correspondem a exigências especiais do direito das sociedades, com legitimação implícita na estrutura do sistema societário, PAULO CÂMARA, *Parassocialidade e transmissibilidade de valores mobiliários*, Dissertação de Mestrado polico-piada, Univ. Lisboa, 1996, 285.

doura, que supõe a realização de um investimento comum e da confiança de um património especial à curadoria de terceiros para a realização de um fim por todos partilhado que explica uma situação de confiança digna de protecção e de especiais deveres de correcção¹⁷⁴. Assim, deve ser negada a sujeição dos representantes no exercício do direito de voto à observância de deveres de lealdade¹⁷⁵. De resto, a solução é coerente com a regra vigente para as situações de impedimento de voto (artigo 251.º do Cód. das Sociedades Comerciais): o voto exercido pelo representante do sócio impedido é ineficaz, podendo a deliberação social ser anulada, desde que tal voto haja sido determinante na concreta deliberação tomada. A procuração para o exercício do direito de voto tem um alcance limitado, não podendo o representante participar na assembleia geral em condições mais favoráveis do que aquelas em que o próprio sócio poderia fazê-lo¹⁷⁶. Em geral: o voto contrário aos deveres de lealdade é ineficaz¹⁷⁷, haja o sócio exercido pessoalmente o direito de voto ou através de representante, podendo a deliberação social daí resultante ser inválida, de acordo com a «prova de resistência» da al. b) do n.º 1 do artigo 58.º do Cód. das Sociedades Comerciais¹⁷⁸. Naturalmente, os danos causados em consequência da aprovação de uma deliberação social violadora de deveres de leal-

¹⁷⁴ Assim, C. WEBER, *cit.*, 268. Diferentemente, v., por exemplo W. TIMM, «Treuepflichten im Aktienrecht», *WM*, 488, no sentido de que o representante que tenha a competência para o exercício do direito de voto em condições análogas às de um accionista controlador deve ficar sujeito a idênticos constrangimentos no exercício daquela competência, respondendo pelos danos causados.

¹⁷⁵ Sustentam que o representante no exercício do direito de voto não é sujeito passivo do dever de lealdade, nem nos casos em que o voto seja exercido no sentido determinado pelo representado, nem na situação contrária: T. BECKERHOFF, *Treuepflichten bei der Stimmrechtsausübung und Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters*, P. Lang, Frankfurt am Main/New York, 1996, 158 ss.; MARSCH-BARNER, «Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsbündelung», *ZHR*, 157 (1993), 182 ss.; S. GRUNDMANN, *cit.*, § 136, Ndr. 54, 208.

¹⁷⁶ MARSCH-BARNER, *cit.*, 182, M. WINTER, *cit.*, 188.

¹⁷⁷ É o entendimento maioritário na doutrina: T. BECKERHOFF, *Treuepflichten bei der Stimmrechtsausübung und Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters*, Peter Lang, Frankfurt am Main/New York, 1996, 85; M. LUTTER, «Die Treuepflicht des Aktionärs», *ZHR* 153 (1989), 458; K. SCHMIDT, *Scholz Kommentar zur GmbH-Gesetz*⁷, *cit.*, § 47, Ndr. 32, 1722; MARSCH-BARNER, *cit.*, 189; C. WEBER, *cit.*, 268; M. HABERSACK, *cit.*, 9 ss.; B. GRUNEWALD, *cit.*, 38. A visão dominante entre nós é divergente: embora na perspectiva do abuso do direito, vem-se considerando que só os efeitos da deliberação podem ser afectados por um comportamento ilícito do sócio (L. BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 3.º, AAFDL, 1990, 341; J. PINTO FURTADO, «O voto nas deliberações de sociedades», *cit.*, 248 ss.).

¹⁷⁸ Acentuando a irrelevância da consciência do sócio da violação do dever de lealdade para a aplicação da regra da relevância ou causalidade do voto para a anulação da deliberação: S. GRUNDMANN, *cit.*, § 136, Ndr. 60, 210-211.

dade são imputados ao sócio, nos termos do artigo 800.º do Cód. Civil¹⁷⁹⁻¹⁸⁰. A posição que acaba de ser descrita não obsta, porém, a que se reconheça, em determinados casos, a necessidade de extensão de determinados deveres laterais de comportamento ao próprio representante (não sócio).

Neste ponto, há que começar por recusar a recondução do problema aos deveres de lealdade. Com efeito, o terceiro não se encontra vinculado a um escopo comum, não tendo concitado a expectativa dos restantes sócios no sentido de que o seu comportamento de voto seria orientado à destinação à sociedade dos efeitos patrimoniais positivos das deliberações tomadas. Pelo contrário, perante os casos de emissão de uma procuração irrevogável ou «supressiva», não sendo o procurador um sócio, não se pode deixar de esperar que o sentido de voto seja o adequado à satisfação dos seus próprios fins. O incumprimento dos deveres de correcção surge, ao invés, quando a realização dos fins próprios do terceiro implica a postergação do interesse de integridade da sociedade e existe, pelo menos, a consciência da possibilidade de causação de danos e a conformação com aquela possibilidade. Partindo da classificação tripartida das regras de conduta emanadas da boa fé dominante na doutrina, estar-se-á, pois, no campo dos deveres de protecção e não no dos deveres de lealdade. Mas quais serão as razões que concorrem para a construção, em casos deste tipo, de tais deveres?

As construções que assentam numa relação especial fundamentante de deveres de protecção para terceiros (sócios e sociedade) com fonte na própria relação de representação ou de mandato, através da figura do contrato com efi-

¹⁷⁹ V. MARSCH-BARNER, *cit.*, 191; S. GRUNDMANN, *cit.*, § 136, Ndr. 62, 211. Além disso, todos os sócios que tenham formado a maioria necessária respondem solidariamente (artigo 58.º/3 do Cód. das Sociedades Comerciais).

¹⁸⁰ Sem prejuízo, naturalmente, da pretensão indemnizatória de que o sócio possa ser titular em face do representante no exercício do direito de voto. Neste ponto, há que distinguir entre a situação em que o voto é exercido de acordo com as instruções do sócio representado daquela em que o sentido do voto resulta de uma decisão própria do representante. Na primeira situação, não existe qualquer comportamento ilícito do procurador (admitindo uma excepção para o caso em que o representante no exercício do direito de voto é um profissional e lhe é exigível, nos termos da tutela da confiança, o conhecimento da natureza ilícita da instrução de voto e a respectiva comunicação ao sócio, S. GRUNDMANN, *cit.*, § 136, Ndr. 63, 212). No segundo conjunto de casos, os danos resultantes de um surgimento na esfera do sócio de uma obrigação de indemnizar a sociedade e, eventualmente, os restantes sócios deverão ser imputados ao representante, por violação de deveres de lealdade que vinculam o representado (parece ir nesse sentido HENSSLER, *cit.*, 108). S. GRUNDMANN parece ainda admitir, no caso de decisão do sentido de voto pelo próprio representante, a atribuição da titularidade do direito à indemnização à sociedade, vendo no direito de participação na assembleia geral uma situação jurídica análoga àquelas que emergem de uma relação especial do tipo das previstas no § 311 (2) e (3) do BGB.

cácia de protecção de terceiros¹⁸¹ não nos parecem convincentes, na medida em que parecem faltar os necessários pressupostos. Tratar-se-ia, então, de reconhecer aos terceiros um direito de indemnização pela violação de um dever lateral de comportamento de fonte legal, mas em estrita conexão com um contrato concluído entre terceiros (ou de uma relação de natureza obrigacional vigente entre as mesmas partes, ainda que com outra fonte)¹⁸². O dever de protecção surge, assim, numa relação obrigacional sem deveres principais de prestação, com fundamento na boa fé. A sua violação importa o ressarcimento de todos os danos sofridos, compreendendo os danos primariamente patrimoniais ou danos patrimoniais puros. Ainda que se reconheça que a abertura ao exercício da influência de terceiros no processo de deliberação social seja potenciadora da possibilidade de assunção de decisões danosas para o património da sociedade e dos sócios, não pode pressupor-se, dispensando o recurso a ficções, o conhecimento pelo representante o conjunto dos terceiros que mantêm com o sócio uma relação especial justificante da necessidade de protecção. E nem tal conhecimento se pode ter por exigível para o representante, que, sendo estranho à sociedade, não disporá dos meios necessários ao conhecimento efectivo da composição da sua estrutura accionista, circunstância que se torna particularmente evidente no caso das grandes sociedades anónimas. Também o pressuposto da «necessidade de tutela», manifestado na impossibilidade de imputação dos danos sofridos pela sociedade ou pelos sócios ao próprio sócio, fundada na violação de um dever emergente da relação especial pré-existente à outorga da procuração para o exercício do direito de voto, parece inexistir. É do sócio, parte no contrato de sociedade, que se espera um comportamento coerente com a confiança na realização de um fim comum e, independentemente da possibilidade de intervenção do chamado «direito das relações especiais» no contexto do exercício do direito de voto através de terceiro, é inegável que a relação entre sócios se reveste de maior intensidade. Mas, mais importante, pode achar-se logo estranheza na afirmação de que o contrato de mandato ou, alternativamente, a procuração para o exercício do direito de voto implica a produção de uma eficácia protectora para terceiros, pela razão de que o primeiro dos pressupostos comumente apontados para que aquela eficácia tenha lugar – a

¹⁸¹ Nesse sentido v., por exemplo, T. BECKERHOFF, *cit.*, 163 ss. e C. WEBER, *cit.*, 272-3.

¹⁸² Em geral, sobre a figura, v. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *cit.*, 224 ss.. Sobre a figura, v. ainda C. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 420 ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, *cit.*, 620-5; J. SINDE MONTEIRO, *cit.*, 518 ss.; M. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra Ed., Coimbra, 1994, 43-44 e 72; L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, *cit.*, 362.

exposição de terceiros aos mesmos riscos contratuais, e com a mesma intensidade, do que o credor – parece faltar. Com efeito, na procuração para votar, em particular, na procuração irrevogável, a competência para o exercício do voto em nome do sócio está funcionalizada à satisfação de uma finalidade própria do representante (i.e., à realização de um interesse seu), sendo previsível para o sócio representado que o voto seja exercido pelo procurador em sentido distinto ou, no limite, contrário ao dos restantes sócios¹⁸³. Por essa razão se duvida, por fim, que exista uma coincidência entre a finalidade do dever lateral de protecção e o sentido de protecção subjacente ao próprio contrato ser compreendidos pela finalidade de sentido do contrato¹⁸⁴.

II – Esta extensão não deve ser dissociada do problema, com alcance geral, da *responsabilidade de «terceiros» no contexto de comportamentos negociais*¹⁸⁵. Em regra, pelos danos causados por representantes, voluntários ou legais, na esfera da contraparte no contexto do desenvolvimento de negociações dirigidas à conclusão de negócios jurídicos responderá apenas o representado¹⁸⁶. Não obstante ser este o «*Tatbestand* clássico da responsabilidade pré-contratual», é de reconhecer que «[...] no direito civil português a cláusula geral referente à *culpa in contrahendo* (artigo 227.º n.º 1) comporta algum espaço hermenêutico para o reconhecimento de uma eficácia do instituto em direcção a terceiros»¹⁸⁷. Na verdade, embora o pressuposto da autonomia na condução das negociações seja um atributo das partes no futuro contrato, a elas pertencendo o poder de direcção e de disposição, podem também surgir terceiros que, em razão de múltiplos factores ocupam uma posição de liberdade que lhes permite interferir com o processo de formação do negócio; como refere Carneiro da Frada, os terceiros podem, então surgir como «sujeitos autónomos da relação de negociações»¹⁸⁸.

¹⁸³ HENSSLER, *cit.*, 109.

¹⁸⁴ HENSSLER, *cit.*, 109.

¹⁸⁵ V., *supra*, § 3., 3.2.2..

¹⁸⁶ Afirmando ser esta a regra, mesmo perante dolo do representante, P. MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, Almedina, Coimbra, 2009, 1306, n. 3659.

¹⁸⁷ Cf. M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003, 154 (e v., já, do mesmo A., *Uma «Terceira» via no Direito da Responsabilidade civil?/O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Coimbra, 1997, 98 ss.). Também no sentido da aplicação do artigo 227.º ao problema da responsabilização de intervenientes na relação de negociação diversos das partes, C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, II, Almedina, Coimbra, 1992, 1007-8; ID., *Contratos. Conceito – Fontes – Formação*, Almedina, Coimbra, 2005, 203.

¹⁸⁸ M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *cit.*, 155. Perante a alternativa entre a recondução dos deveres do terceiro à teoria da confiança («os terceiros são criadores e destinatários

III – O direito alemão de fonte legal conheceu desenvolvimentos recentes no que respeita à responsabilidade própria de terceiros no âmbito da cic. Com a codificação do instituto operada pelo *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* de 2001, passou a ler-se, no § 311 (3):

Uma relação obrigacional com os deveres previstos no § 241 (2) pode também estender-se a pessoas que não devam ser elas próprias partes do contrato. Uma tal relação obrigacional estende-se, em particular, se o terceiro concitou em si, de um modo especial, a confiança e por essa forma influenciou significativamente a negociação ou a conclusão do contrato¹⁸⁹.

Como nota Emmerich, no preceito em causa não foram dados a conhecer os pressupostos sob os quais um terceiro pode ser sujeito passivo ou destinatário do escopo de tutela de um dever de protecção, tendo o legislador procedido, apenas, à enunciação de um princípio geral¹⁹⁰. O conjunto dos terceiros candidatos a serem sujeitos de uma relação obrigacional sem deveres primários de prestação não se limita aos compreendidos no *Tatbestand* da segunda parte do (3) do § 311 (como o advérbio «especialmente» já deixaria antever), sendo estendido aos titulares de um interesse económico próprio no sentido e nas circunstâncias dadas a conhecer pela vasta jurisprudência pré-modernização do

potenciais de confiança, havendo que tutelar as expectativas neles depositadas») e uma solução de cariz mais «objectivo» (a liberdade ou autoridade do terceiro carece de ser compensada «pela vinculação dos que dela usufruem a um conjunto de deveres no processo negocial em que estão envolvidos em nome de uma razoável e adequada salvaguarda dos interesses daqueles que facticamente estão expostos ao seu exercício»), o A. tende para a segunda alternativa, propondo o desmembramento «da culpa pré-negocial do pensamento da protecção das expectativas» (*cit.*, 159).

¹⁸⁹ Tradução nossa. O preceito surge, juntamente com o (2) do mesmo preceito, na sequência de uma proposta da segunda Comissão de Direito das Obrigações para o desenvolvimento do projecto em discussão; até lá, considerara-se dispensável a previsão específica de uma regra especial da responsabilidade de terceiros face ao estado de desenvolvimento da jurisprudência nesta matéria. Sobre as razões subjacentes à consagração legal da solução, v. C.-W. CANARIS, «Die Reform des Rechts des Leistungsstörungen», *JZ* (2001), 520 ss.. A intenção do legislador parece ter sido a de fazer incluir na primeira parte do (3) a extensão de deveres laterais de comportamento a representantes e a terceiros auxiliares na relação de negociação, sem, contudo, querer emitir um sinal contrário ao da possibilidade de desenvolvimento do instituto; v. V. EMMERICH, *Münchener Kommentar*³, § 311, Ndr. 198 ss., 1535-6. Já na segunda parte, visou-se, em especial, a destinação a terceiros «encarregados» ou «administradores de negócios» [*Sachwalter*] de deveres de protecção, quando do comportamento destes seja inferida uma aceitação de uma «garantia» da conclusão lícita do negócio; além disso, é necessário o próprio concitamento da confiança da outra parte haja contribuído decisivamente para a conclusão do negócio, fazendo o legislador, assim, apelo a um juízo de causalidade.

¹⁹⁰ *Idem, ibidem, loc. cit.*

direito das obrigações¹⁹¹. Um dos casos mais relevantes de responsabilidade de terceiro no âmbito do processo de formação do contrato por *culpa in contrahendo* é o do *procurator in rem suam*, caracterizado pela titularidade, pelo representante, de um interesse económico e próprio na conclusão do negócio, de tal modo relevante, que torna imposta a superação do formalismo da titularidade de posições assumidas na formação do contrato, aproximando a «realidade jurídica» da «substância económica» da pertença dos interesses em jogo no período pré-negocial¹⁹². Note-se, porém, que a função chamada a assumir pela ideia da titularidade de um interesse económico próprio não é mais do que a do estabelecimento de um índice da possibilidade da determinação autónoma do processo de formação negocial (o poder de influenciar decisivamente a negociação ou a conclusão do contrato), na qual encontra justificação a intervenção do direito, impondo exigências de correcção de comportamentos, independentemente, de resto, da autonomia e do poder de influência sobre a sorte do procedimento de formação do contrato serem acompanhados de uma concreta situação de confiança na outra parte da relação de negociação¹⁹³. É certo que o terceiro representante não age no contexto do cumprimento de uma obrigação assumida perante o sócio, mas antes no âmbito de uma *permissão* de prossecução de finalidades próprias e, no limite, desconhecidas pelo sócio representado. Mas não se parece que seja viável estabelecerem-se exigências de probidade e correcção de comportamentos menos graves do que aquelas que foram desenvolvidas *praeter legem* pela doutrina para o problema análogo da obrigação de indemnizar os danos causados a terceiro pelo não cumprimento (*lato sensu*) de uma obrigação assumida perante outrem¹⁹⁴. Em ambos os casos, o estabelecimento do dever não dispensa a verificação de determinadas circunstâncias no plano das relações entre o terceiro e o lesado: a proximidade do terceiro com respeito à prestação, a destinação da prestação à realização de fina-

¹⁹¹ C. HIRSCH, *Allgemeines Schuldrecht*⁶, Carl Heymanns, Köln-München, 2009, p. Ndr. 859, 268, apontando como exemplo o caso do mandatário titular de um interesse próprio no cumprimento do mandato.

¹⁹² Nesse sentido, C.-W. CANARIS, «Die Reform...», *cit.*, 520; V. EMMERICH, *cit.*, § 311, Ndr. 206, 1537.

¹⁹³ Cf. M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *cit.*, 124. Apesar da heterogeneidade de ambos os critérios permitir desconfiar da possibilidade de uma redução dogmática unitária, a concitação de uma situação de confiança pelo terceiro participante nas negociações movido por um interesse económico especial reforça o sentimento de justiça do discurso fundamentador de um dever próprio do terceiro.

¹⁹⁴ Sobre o problema, v., por todos, M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *cit.*, 146 ss. (n. 110).

lidades de terceiro, uma relação especial entre credor e terceiro, etc.¹⁹⁵. Uma vez verificadas, estas circunstâncias concorrem para o surgimento de uma relação específica fundamentadora de deveres de boa fé. No caso da representação do sócio no exercício do direito de voto, ganha relevo a especial posição que a sociedade não pode deixar de assumir no programa reservado pelo representante interessado para o exercício do direito de voto; pela sua natureza, a realização da faculdade atribuída ao sócio carrega a possibilidade de uma interferência danosa com o património da sociedade. O terceiro não pode exercer a competência atribuída pelo sócio de modo a dispensar a assunção de uma posição adequada a influenciar a formação da «vontade» imputável à sociedade e, daí, a causar-lhe prejuízos. E não custa, de resto, reconhecer que este aspecto – de que ninguém duvida ser *cognoscível* para o representante interessado – remonta à especialidade da relação vigente entre o representado e os restantes sócios e, bem assim, à obrigação de prossecução de um fim económico comum e aos deveres de lealdade (de fonte legal) que lhe andam associados. Este modo de ver é, por seu turno, consistente com o entendimento de que a correcta fundamentação dogmática da responsabilidade própria do representante titular de um interesse próprio no exercício do voto deverá ser procurada não no plano das relações entre o sócio e o procurador (ao contrário do que parecem supor os defensores da teoria assente na responsabilização do representante por via do contrato com eficácia de protecção contra terceiros), mas antes no das relações entre o representado e o próprio terceiro (no caso, a sociedade)¹⁹⁶. O fundamento para esta situação de responsabilidade parece residir, pois, no desenvolvimento da cic de acordo com uma razão de analogia com os casos de responsabilidade em que a titularidade do interesse coincide com a titularidade da qualidade de parte no negócio futuro, alicerçada no princípio geral da boa fé.

Mas cumpre indagar sobre a finalidade do dever lateral de comportamento relevante e, com isso, da natureza do interesse da sociedade que o representante tem que respeitar. Trata-se de vinculações que visam a protecção do *status quo* patrimonial da sociedade ou daquelas cujo acatamento permitirá proporcionar ou assegurar vantagens que ultrapassam o mero interesse na conservação patrimonial, i.e., «interesses que, não sendo deveres de prestar, se destinam a favorecer a realização da prestação ou a consecução das finalidades com ela prosseguidas pelo credor»¹⁹⁷? Cremos que a alternativa correcta é a primeira. Só o sócio representado está vinculado pelo dever de lealdade. O terceiro represen-

¹⁹⁵ *Idem, ibidem*, 152.

¹⁹⁶ V. EMMERICH, *loc. cit.*.

¹⁹⁷ M. CARNEIRO DA FRADA, *Têoria da confiança...*, 139 (n. 107).

tante encontra-se, apenas, sujeito a exercer o direito de voto de maneira a não comprometer a integridade patrimonial da sociedade, obstando, por hipótese à aprovação de uma deliberação social destinada a dar cobertura a uma operação de reforço de patrimónios próprios por via de um aumento de capital ou ao início da exploração de uma actividade potencialmente muito lucrativa (concorrente com a do terceiro representante) ou uma deliberação social tendente à aprovação de uma fusão em condições desfavoráveis para os sócios da sociedade incorporada. Não se visa, assim, a realização de um status *ad quem*, pela satisfação de deveres «positivos» que permitam a realização plena do interesse de cumprimento ao terceiro, mas apenas a de prevenir a produção de danos reflexos causados com a emissão de um voto determinante para a aprovação de certa deliberação social.

Chegados a este ponto, há que concretizar os *pressupostos* de uma obrigação de o representante no exercício do direito de voto indemnizar a sociedade pelos danos causados na emissão do voto. Como foi já afirmado, a regra geral é a de que cabe ao sócio a responsabilidade pelos danos provocados pelo voto emitido por procurador. Só assim não será ou, noutra perspectiva, só se deverá aceitar a responsabilidade própria do terceiro quando se verificarem os pressupostos seguintes¹⁹⁸: (i) o representante ter um interesse próprio na determinação do sentido de voto¹⁹⁹; (ii) o terceiro poder determinar com autonomia o sentido do voto²⁰⁰; (iii) o terceiro poder ter domínio sobre um número consi-

¹⁹⁸ Contra, sustentando que o titular do dever de lealdade é sempre o sócio e não o representante, que não é parte de qualquer relação obrigacional com os restantes sócios, M. DREHER, «Treupflichten zwischen Aktionären bei Stimmrechtsbündelung», *ZHR*, 157 (1993), 166; ao reconduzir a impossibilidade dogmática da atribuição de deveres de lealdade à estrutura da procuração e da natureza secundária ou «derivada» da competência para agir em nome de outrem – o que deixaria por explicar os casos de «enfeixamento» de direitos de voto («Stimmrechtsbündelung») em que cada accionista minoritário não estava, por si, obrigado à observância do concreto dever de lealdade violado (em princípio, em virtude da sua participação social pouco significativa). O A. parece, porém, desconsiderar a fonte legal dos deveres de lealdade (*rectius*, de protecção), sujeitando-os ao regime próprio dos deveres de prestação negociais.

¹⁹⁹ O que ocorrerá nas situações de outorga de uma procuração irrevogável ou «supressiva».

²⁰⁰ Pretende-se, com este pressuposto, afirmar que o representante deve estar colocado numa situação em que a liberdade de determinação do sentido de voto o coloca numa situação análoga à do próprio sócio, falando-se, então, de transmissão do «poder de voto» material ou de uma representação não apenas «na pessoa» mas também «na vontade» do sócio (R. MARSCH-BARNER, *cit.*, 185, que não deixa de reconhecer existirem situações de fronteira, em razão da [in]determinação das instruções emitidas pelo sócio representado, do reconhecimento ao representante da possibilidade de se afastar das instruções de voto e estas podem, em qualquer caso, respeitar a propostas de voto que o próprio representante decidir apresentar na assembleia, casos em que ainda

derável dos direitos de voto²⁰¹; (iv) a aquisição de poderes de representação ter resultado de um comportamento do próprio representante, designadamente, um pedido de atribuição de poderes de representação²⁰². A titularidade de uma relação sem deveres de prestação principais parece, assim, ter o seu raio de acção restringido às situações de assunção voluntária de uma posição adequada a exercer uma influência significativa no procedimento de decisão da sociedade²⁰³, acompanhada de uma liberdade de determinação do sentido de voto; de um ponto de vista dos pressupostos subjectivos da imputação de danos, parece ser de admitir uma imputação a título de negligência²⁰⁴⁻²⁰⁵. Um campo

parece ser justificado reconhecimento de um dever de lealdade próprio do representante). Pensamos que é essa a solução correcta para o caso em que, verificadas as restantes condições descritas no texto, o representante decida afastar-se das instruções vigentes no plano das relações internas entre sócio e representante.

²⁰¹ O pressuposto corresponde, ainda que numa formulação mais ampla, à exigência apresentada pela maioria da doutrina de que o terceiro seja titular de poderes de representação de um número elevado de sócios.

²⁰² Em sentido próximo, v. K. SCHMIDT, *loc. cit.*. Num sentido mais restritivo, em virtude da existência de diversos «mecanismos de correcção» dos efeitos do exercício do direito de voto pelo representante (inoponibilidade do voto emitido, anulação da deliberação social, possibilidade de recusa do voto pelo presidente da mesa da assembleia, permissão de recusa da execução da deliberação social danosa dos interesses da sociedade ou dos sócios pela administração, possibilidade de cessão ao terceiro lesado [sociedade ou restantes sócios] da pretensão indemnizatória dos sócios minoritários contra a instituição de crédito, oferente, em princípio, de maiores garantias de cumprimento, etc.), v. M. DREHER, *cit.*, 170-1.

²⁰³ Sendo o próprio representante o titular do dever de protecção, torna-se irrelevante a circunstância de nenhum dos representados se encontrar, por si, numa situação que lhe permita o exercício de tal influência.

²⁰⁴ Podendo aproveitar ao representante o artigo 494.º do Cód. Civil, nos termos gerais. Defendemos, deste modo, a autonomia de uma obrigação de indemnizar com fundamento na violação pelo representante de deveres de protecção, ficando, de todo o modo, ressalvada a possibilidade (sujeira a pressupostos mais fechados) de uma imputação dos danos causados à sociedade e aos próprios sócios por intenção de causação de danos, em violação dos bons costumes (artigo 334.º do Cód. Civil).

²⁰⁵ Revela-se, ainda assim, controversa a questão de saber se os sócios representados são solidariamente responsáveis pelo exercício do voto ilícito pelo representante, sobretudo porque em muitos casos ao sócio minoritário poderá não ser exigível a observância da conduta leal, seja porque desconhece as propostas de deliberação que concretamente são apresentadas em assembleia geral, seja, mesmo, porque a participação de que cada um é titular não permite falar de um «poder de influência» adequado à fundamentação de um dever de lealdade e, num segundo momento, à causação de danos à sociedade, não podendo, por outro lado, ver-se na simples outorga de poderes de representação a um terceiro a criação ilícita de um risco de lesão dos interesses patrimoniais da sociedade ou, sequer, um agravamento das exigências de comportamento que sobre si impendiam. Neste tipo de situações – em que, diferentemente do caso Girmes, não caiba falar-

privilegiado de actuação deste tipo de situações de responsabilidade é o exercício plural de direitos de voto através de instituições de crédito.

3.2.6. *O problema da transmissão autónoma da legitimidade para o exercício do direito de voto*

I – No direito alemão, é, ainda, reconhecida a validade da cessão da legitimidade (ou transferência de legitimação) para o exercício do direito de voto (*Legitimationsübertragung*)²⁰⁶. Diferentemente do que sucede no caso da representação, o terceiro exerce o direito de voto em nome próprio; a figura não se confunde, por outro lado, com a transmissão fiduciária, uma vez que o efeito translativo não atinge a participação social, mas tão-somente a legitimidade para o exercício de um direito integrante do estado de sócio. O terceiro é investido na situação de legitimidade para intervir na assembleia geral, mercê da entrega (no caso de acções ao portador) ou de endosso das acções (no caso de acções nominativas). A finalidade tipicamente visada pelas partes é a de permitir que a identidade do sócio se mantenha desconhecida dos restantes sócios e da sociedade. Justamente, tem-se entendido que o cessionário votante não se encontra

-se de uma coordenação de comportamentos de sócios minoritários orientada a um fim comum e ilícito – poderá, à primeira vista causar estranheza (desde logo, à solução geral consagrada no artigo 800.º do Cód. Civil) a atribuição ao representante de um dever que não se poderia dizer vigente para o representado. Não há, se bem vemos, qualquer incoerência neste ponto de vista: o dever de protecção do representante extrai-se do artigo 227.º do Cód. Civil e do princípio geral da boa fé. Quando aos sócios minoritários, a licitude do seu comportamento deve ser aferida de forma independente da do representante (naturalmente, quando este seja titular de poderes materiais de determinação do sentido de voto; se a ilicitude resulta das instruções fornecidas, o problema não chega a colocar-se): assim, se, por hipótese, existia um «dever positivo» de voto sobre os sócios minoritários, poderá haver imputação dos danos por violação de um dever de cuidado dos próprios sócios (na medida em que não se asseguraram que o representante não comprometeria a integridade do património da sociedade, restringindo a sua liberdade na medida do que seria exigido para evitar o dano), o mesmo sucedendo se houve violação da diligência devida na escolha do representante (se, por exemplo, era cognoscível a estratégia de voto que ulteriormente seria seguida pelo representante). No caso contrário, não parece haver ilicitude da conduta dos sócios, mas apenas do representante (não parecendo, aqui, ajustada a defesa da solução contrária, com fundamento numa garantia acrescida do cumprimento da obrigação de indemnizar em benefício da sociedade ou dos sócios lesados; v. M. DREHER, *cit.*, 169).

²⁰⁶ V. § 129 (3) do AktG (exceptua-se da regra da permissão a cessão da legitimidade a instituições de crédito – § 135 [9]). Tem sido, entretanto, admitido que os estatutos podem proibir esta forma específica de cessão da legitimidade, por se entender que o interesse dos sócios no segredo da sua identidade aquando do voto não justifica uma limitação à autonomia privada.

sujeito a qualquer dever de divulgar a identidade do sócio cedente, embora não possa manter em segredo a sua não qualidade de sócio²⁰⁷. Tecnicamente, a situação assemelha-se à ratificação no caso da realização de actos de disposição por terceiro não habilitado para tal²⁰⁸. Na falta de consagração do instituto na lei comercial portuguesa, parece não ser admissível esta forma de exercício do direito de voto por terceiro. Desde logo, a tradição ou o endosso implicará, *ipso iure*, a transmissão da titularidade da participação social, o que faz com que o problema não chegue a colocar-se. Mas, ainda que assim não fosse, a cessão da legitimidade parece ter de ocorrer no contexto de um contrato de mandato, desacompanhado da outorga de poderes de representação: o voto é exercido em nome próprio por um terceiro, ainda que este aja no interesse e por conta do sócio mandante. Se é certo que a o mandato civil compreende a realização no interesse e por conta do mandante de actos jurídicos, o que compreenderia *prima facie* o exercício do direito de voto, a técnica obrigacional do dever de transmitir as situações jurídicas resultantes da realização dos actos compreendidos no mandato parece ser incompatível com a lógica do processo de formação da deliberação societária, que supõe uma produção de efeitos automática dos efeitos do voto emitido na esfera societária, de modo a possibilitar-se, sem actos jurídicos ulteriores, a imputação das declarações de vontade dos sócios à sociedade. A legitimidade para o exercício do direito de voto em nome próprio não parece, pois, poder ser transmitida, nos quadros de um contrato de mandato sem representação, de modo independente da transmissão da participação social a que se refere o direito de voto.

II – Naturalmente, a transmissão da legitimidade não deverá ser confundida com a transmissão fiduciária das participações sociais. Neste caso, o cessionário apresenta-se a exercer legitimamente o direito de voto como sócio, ainda que possivelmente actue no interesse do cedente. Há, assim, um «excesso do meio relativamente ao fim pretendido» que usualmente é referido a propósito da descrição da transmissão fiduciária. É certo que o instituto pode ser utilizado para permitir o exercício camuflado do direito de voto pelo terceiro através de um intermediário («testa-de-ferro» ou «accionista pintado»)²⁰⁹: a violação indirecta de certas disposições imperativas (por hipótese, as respeitantes aos impedimentos de voto) deve ser acautelada, através de uma adequada interpretação do tipo proibitivo em

²⁰⁷ S. GRUNDMANN, *cit.*, § 134, Ndr. 94, 108.

²⁰⁸ V. § 185 do BGB.

²⁰⁹ E. VERA-CRUZ PINTO, *A Representação do Accionista para Exercício do Direito de Voto nas Assembleias Gerais das Sociedades Anónimas*, AAFDL, Lisboa, 1988, 31 ss..

causa. Note-se que, nestes casos de detenção de acções em nome próprio mas por conta de terceiro, que assumem configuração variada na intermediação financeira, há um afastamento do princípio da unidade de sentido do voto²¹⁰.

III – Diga-se, por fim, que tão-pouco é de cessão da legitimidade para votar que trata o artigo 381.º do Cód. das Sociedades Comerciais, a que já se fez referência ao longo do presente estudo: apenas está em causa a representação, a pedido, de uma pluralidade de accionistas, na qual o representante é tipicamente uma instituição de crédito. Neste tipo de casos, o não sócio age em nome alheio, podendo actuar no interesse exclusivo do sócio ou conjuntamente no seu interesse próprio e no do sócio. Já no exercício de direitos de voto relativos a participações sociais de sociedades abertas, o espaço permitido pelo legislador comunitário para a actuação no interesse do procurador é claramente menor, em virtude da obrigatoriedade de inclusão no pedido de representação do «fundamento do sentido de voto a exercer pelo solicitante»²¹¹, ao qual o sócio representado terá que conceder o seu acordo [artigo 23.º/3, al. b), do Cód. dos Valores Mobiliários, aditado em consequência da transposição da Directiva n.º 2007/36/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho, através do Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de Maio].

3.2.7. *Conclusões intermédias*

Do exposto resulta que, conquanto a liberdade do voto do sócio compreenda a possibilidade geral de deixar o critério para a concretização do sentido do voto nas mãos de terceiro, aquela liberdade não vale de forma ilimitada.

²¹⁰ Os accionistas de sociedades emittentes de acções admitidas à negociação em mercado regulamentado que, a título profissional, detenham as acções em nome próprio mas por conta de clientes, podem votar em sentido diverso com as suas acções, desde que determinados pressupostos estejam verificados: declaração tempestiva ao presidente da mesa da assembleia no sentido do exercício do direito de voto, do número de acções registadas, da identificação de cada cliente e do número de acções a votar por sua conta e das instruções de voto conferidas especificamente por cada cliente quanto a cada ponto da ordem de trabalhos (artigo 23.º-C/6 do Cód. dos Valores Mobiliários).

²¹¹ Apesar da expressão, pouco elegante, utilizada pelo legislador (e que já constava da Directiva) não ser absolutamente clara, pensa-se que se tem em vista o encargo de fornecer uma descrição sumária das razões que concorreram para o sentido do voto proposto. As finalidades subjacentes já foram apontadas: permitir um aumento de informação disponível para que o sócio possa tomar uma decisão esclarecida e racional sobre o exercício do direito de voto e, assim, incrementar a participação activa dos sócios das sociedades abertas, que passarão a dispor de meios mais eficazes para influenciar a gestão da sociedade e para evitar os conhecidos problemas da separação entre gestão e propriedade que frequentemente surgem no âmbito do exercício do direito de voto por terceiro.

No caso da transmissão autónoma do direito de voto, o problema reside num limite ao exercício da autonomia privada, reconduzível ao princípio de direito privado geral de proibição da renúncia antecipada de direitos, ainda que numa concretização periférica com paralelo em regras de direito das sociedades, como a proibição dos pactos leoninos. O princípio da «indivisibilidade» da participação social funda-se em razões de protecção do próprio sócio, designadamente, na rejeição dos efeitos de uma funcionalização da sua liberdade aos fins de terceiros ditada pela quebra definitiva entre a titularidade da participação social (e, com ela, a suportação dos efeitos jurídicos do exercício do voto) e a liberdade de determinação dos actos essenciais no plano da sua administração, modificação e extinção.

A procuração para o exercício do direito de voto é, em geral, admitida, havendo que observar os preceitos relevantes para o exercício do direito de voto constantes dos estatutos ou das regras supletivamente estabelecidas no Cód. das Sociedades Comerciais para cada tipo de sociedade. A procuração irrevogável para o exercício do direito de voto é admissível na observância dos limites do artigo 265.º/3 do Cód. Civil. Existem igualmente boas razões para a admitir a procuração «supressiva» para o exercício do direito de voto no direito português, desde que na mesma surja delimitado o âmbito temporal e objectivo da competência atribuída ao terceiro, além das restrições adicionais necessárias a evitar uma limitação inadmissível da autonomia do sócio equiparável à situação de alienação autónoma do direito de voto. Em princípio, pelos danos causados pelo exercício do direito de voto por representante (em regra, a emissão de um voto contrário ao dever de lealdade) só responderá o representante. Fora do enquadramento típico da responsabilidade pela violação do mínimo ético-jurídico próprio da violação dos bons costumes (e em que está em causa a violação de deveres de comportamento genéricos), o representante pode, em certos casos, responder pela violação de deveres de protecção no âmbito de uma relação obrigacional desprovida de deveres de prestação principais, quando for titular de um interesse próprio no exercício do voto e o exerça em circunstâncias objectivamente adequadas a influenciar decisivamente o conteúdo da deliberação social. Estes casos corresponderão a situações em que é o próprio representante que, no âmbito de uma procuração irrevogável ou «supressiva», chama a si os poderes de representação adequados à influência determinante no procedimento de formação da vontade da sociedade.

Cabe agora a analisar a forma como estas proposições influem no discurso sobre o problema da admissibilidade de vinculações parassociais perante terceiros no âmbito do exercício do direito de voto.

3.3. O chamado princípio da correlação entre domínio e responsabilidade

I – Os acordos parassociais de voto podem servir o objectivo de modificar a regra segundo a qual existe uma correlação entre o direito de decidir sobre a sorte da sociedade e uma ideia de «responsabilidade», aqui usada com significado muito amplo e impreciso de fazer destinar a alguém as consequências danosas dos seus comportamentos, quer estas se façam reflectir sobre o seu património próprio quer sobre o património de terceiros²¹². A manifestação mais fundamental e evidente de tal princípio seria a coincidência na esfera dos sócios da competência para imputar a um ente jurídico autónomo as determinações resultantes do agir colectivo (para decidir do preenchimento da previsão de certas normas dirigidas «colectivamente» aos sócios) e do «risco de empresa» (possibilidade de perda do investimento realizado na sociedade, com o cumprimento das obrigações de entrada ou prestações suplementares). Daqui se inferiria que, não havendo «domínio», não haveria lugar a «responsabilidade» – quem não tem direitos políticos para decidir dos negócios da sociedade não deve estar exposto a um risco de insolvência da sociedade superior àquele a que se sujeita um credor comum – e, bem assim, que sem «responsabilidade» não haveria justificação para a titularidade de «direitos de domínio» sociedade – quem não partilha do risco de empresa com os restantes sócios não deve beneficiar da possibilidade de interferir no «processo de formação da vontade» da sociedade²¹³. O sucesso das teorias que sustentam a vigência desta norma sob a forma de um princípio normativo de direito das sociedades deve-se, pensamos, de um lado, ao carácter sugestivo da respectiva formulação e, sobretudo, às suas amplitude e aptidão para tratar de forma sistemática proposições legais de localização muito distinta. Entre muitas outras, seriam explicadas pelo dito princípio as seguintes situações:

- a responsabilidade patrimonial dos sócios pelas dívidas da sociedade (cf. artigo 997.º do Cód. Civil para as sociedades civis simples; artigo 175.º, para as sociedades em nome colectivo; artigos 197.º e 198.º para as sociedades por quotas; artigo 271.º para sociedades anónimas; artigo 465.º/1 para as sociedades em comandita, todos do Cód. das Sociedades Comerciais);

²¹² E daí que ele seja usado quer na discussão de problemas pertencentes à responsabilidade patrimonial (ou «respondência») quer no tratamento de questões de responsabilidade civil.

²¹³ O argumento surge apontado, p. ex., por A. SOVERAL MARTINS, *cit.*, 103-4: «se assim não fosse, o titular da participação poderia exercer os direitos não patrimoniais sem correr os inerentes direitos patrimoniais, que já teria transmitido».

- a regra da participação nos lucros e nas perdas da sociedade segundo a proporção dos valores nominais das participações sociais (artigo 992.º/1 do Cód. Civil e artigo 22.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais);
- a regra da atribuição proporcional dos direitos de voto à participação no capital social (artigo 190.º/1 para as sociedades em nome colectivo, artigo 250.º/1 para as sociedades por quotas, artigo 384.º/1 para as sociedades anónimas e artigo 472.º para as sociedades em comandita, todos do Cód. das Sociedades Comerciais);
- a legitimidade para a eleição para os corpos sociais – «todo o sócio tem direito a ser designado para os órgãos de administração e de fiscalização da sociedade, nos termos da lei e do contrato» [artigo 21.º/1, al. d), do Cód. das Sociedades Comerciais e artigo 985.º/1 do Cód. Civil]; o grau de severidade das condições exigidas para a designação de pessoas estranhas à sociedade para o exercício de cargos de administração varia na razão directa do cariz mais personalista da sociedade e da extensão da respondência dos sócios por dívidas da sociedade (artigo 191.º/2 para as sociedades em nome colectivo, artigo 252.º/1 para as sociedades por quotas, artigo 390.º/3 para as sociedades anónimas e artigos 470.º/1 e 2 para as sociedades em comandita, todos do Cód. das Sociedades Comerciais)²¹⁴;

²¹⁴ A questão conexa com a validade de cláusulas estatutárias atributivas a terceiros de um direito à administração é controvertida. A situação merece atenção específica no direito das sociedades por quotas e no direito das sociedades anónimas (v. artigos 252.º/2 e 391.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais, respectivamente, não se distinguindo em nenhum dos casos em função da qualidade de sócio do administrador designado), mas não assim nas sociedades em nome colectivo (note-se que o n.º 2 do artigo 191.º do Cód. das Sociedades Comerciais apenas se refere à designação de terceiros por deliberação unânime de todos os sócios e a permissão de designar terceiros como gerentes no contrato de sociedade não pode bastar-se com uma inferência *a contrario sensu* do n.º 1 da disposição citada) e das sociedades em comandita (cf. artigo 470.º, que apenas parece admitir a atribuição de um direito à gerência a sócios comanditários, por disposição do contrato de sociedade). Em nossa opinião, uma regra que obstasse a que, por vontade dos sócios fosse atribuído a terceiro o direito a exercer um cargo de administração significaria um injustificado afastamento do princípio da autonomia da vontade: não há razão para que se não veja aqui a regra de que os sócios são, em princípio, os melhores juízes dos seus próprios interesses. Por outro lado, ainda que se supusesse a vigência de tal regra, não se poderia ver nela a preocupação de tutelar os interesses de credores sociais e outros terceiros (cujos interesses poderiam ser servidos de forma mais eficiente por uma gestão profissionalizada, mesmo no âmbito das sociedades mais familiares); a sua introdução superveniente no contrato de sociedade só poderia conduzir, pois, à anulabilidade, a qual não poderia ser invocada por nenhum dos sócios que tivesse votado no sentido da sua aprovação. Outra questão é da eficácia da designação do terceiro feita no con-

- o regime vigente para a destituição de titulares de órgãos de administração da sociedade – nas sociedades mais pessoalizadas, a destituição de administradores não sócios encontra-se sujeita a requisitos relativamente menos exigentes (cf. artigo 191.º/6 para as sociedades em nome colectivo e artigo 257.º/3, para o sócio titular de um direito especial à gerência nas sociedades por quotas; vigora uma regra de maioria qualificada e complexa para a destituição de sócio comanditado-gerente sem haver justa – artigo 471.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais);
- a responsabilidade solidária do sócio pelo exercício de influência na designação, eleição ou destituição dos membros dos órgãos de administração que haja praticado o facto ou omissão ilícitos (artigo 83.º do Cód. das Sociedades Comerciais);
- a nulidade de acordos de voto através dos quais os sócios se obrigassem a votar seguindo sempre as instruções da sociedade ou de um dos seus órgãos ou aprovando sempre as propostas feitas por estes [artigo 17.º/3, als. a) e b), do Cód. das Sociedades Comerciais];

trato de sociedade. Segundo parece, o direito terá de ser qualificado como um direito comum ou um direito não especial, pelo que não será necessário o consentimento do terceiro para a supressão ou coarctação do direito (artigo 24.º/5 do Cód. das Sociedades Comerciais) ou a demonstração de justa causa para a cessação do vínculo de administração. O que caracteriza os direitos especiais é a sujeição do regime de certas situações jurídicas a um regime específico: analisando o escopo das normas que prescrevem tal regime, verifica-se que é pressuposto comum a todas a pertença a «algum sócio» (artigo 24.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais); a transposição para as situações de atribuição a terceiros está excluída, por se estar fora do estado-qualidade de sócio destinatário das normas em questão. Sobre os direitos especiais, v. RAÚL VENTURA, «Direitos especiais dos sócios», *O Direito*, 121 (1989), 207 ss.; K. SCHMIDT, *cit.*, 555 ss.. Por outro lado, as regras do contrato a favor de terceiro não parecem ter aplicação (em particular, a que se extrai do artigo 448.º/1, 1.ª parte, do Cód. Civil), atentas as especificidades do regime da destituição dos administradores presente na lei comercial. Nem teria sentido o terceiro investido num cargo de administrador através do texto contratual beneficiar de um tratamento mais favorável do que o sócio colocado perante situação análoga (na medida em que passava a ser considerado titular de um direito que não poderia ser afectado por terceiros sem o seu consentimento e sem se passar pelo crivo da «especialidade» da sua situação, além de o princípio da livre destituição por justa causa não poder deixar de valer (pelo menos, por identidade de razão) para o terceiro designado como administrador no contrato de sociedade. Assim, o direito do terceiro a exercer o cargo de administrador é sempre comum e «societário», no sentido de se encontrar sujeito aos preceitos gerais vigentes para a destituição de administradores (livre destituição a todo o tempo; possibilidade de estabelecimento de uma maioria qualificada ou outros requisitos, mantendo-se a possibilidade de destituição por maioria simples quando se verifique um motivo de justa causa; obrigação de indemnizar o administrador destituído sem justa causa pelos danos por ele suportados, verificados os pressupostos legais – artigos 257.º/7 e 304.º/5 do Cód. das Sociedades Comerciais).

- a responsabilidade solidária (imperfeita) da sociedade dominante ou directora pelas dívidas da sociedade dominada ou subordinada – artigos 491.º e 501.º do Cód. das Sociedades Comerciais.

II – Note-se, porém, que a maioria das situações enumeradas constituem proposições supletivas. Salvo quando esteja em causa a protecção de terceiros ou de interesses da comunidade (como sucede nos casos da responsabilidade solidária do sócio por via do artigo 83.º ou da solidariedade imperfeita das dívidas da sociedade dominada ou subordinada), os sócios podem licitamente determinar a descontinuidade ou a desproporcionalidade entre a titularidade e a gestão do capital social ou, mais genericamente, entre o domínio sobre a direcção da sociedade e a responsabilidade pelo exercício dessa direcção.

A vigência de inúmeros casos de verificação dessa «descontinuidade» demonstra que não se trata de qualquer ofensa ao princípio da tipicidade societária: os estatutos podem determinar que a detenção de certo número de acções como condição de participação numa assembleia geral, bem como a limitação do número de votos à titularidade de certa percentagem do capital social ou, simplesmente, uma regra distinta da da proporcionalidade em face do capital representado pelas participações sociais detidas; a investidura de um terceiro num órgão de administração ou, mesmo, como «representante orgânico» nas sociedades civis simples; os sócios comanditados podem ter intervenção na administração da sociedade; a regra da participação nos lucros e nas perdas pode ser diferente da proporção do capital representado pelas participações sociais detidas. Às hipóteses enumeradas – de forma assumidamente exemplificativa – correspondem situações em que há «domínio sem responsabilidade» e «responsabilidade sem domínio». Fora dos casos de normas destinadas à protecção de interesses de credores (e outros terceiros) e do âmbito normativo do princípio da tipicidade, não existe uma norma não escrita que obste à constituição de situações jurídico-societárias que escapem à lógica da correspondência²¹⁵. Estar-se-á, somente, perante uma ideia-síntese, um mecanismo de controlo da economia de concorrência, dirigido a um «efeito geral de prevenção jurídico-económica»²¹⁶.

²¹⁵ Encontram-se, neste sentido, diversas vezes na doutrina críticas quanto à vigência de um princípio não escrito de direito das sociedades assente na correlação entre domínio e responsabilidade: A. TEICHMANN, *cit.*, 125 ss.; H. P. WESTERMANN, *cit.*, 274 ss. e H. WIEDEMANN, *cit.*, 327 ss..

²¹⁶ K. SCHMIDT, *cit. apud* C. WEBER, *cit.*, 182.

III – A autonomia privada consente, em regra, na interposição de um terceiro no exercício de pretensões de natureza societária, sejam estas conexas com o exercício de funções de administração, ou com o exercício do direito de voto do sócio. Da simples detenção de um poder de interferir no procedimento de formação da vontade, desacompanhado de uma responsabilidade patrimonial típica do sócio, não se retira, entretanto, qualquer argumento normativo para fundamentar um dever próprio do terceiro conformador do seu comportamento de ou uma obrigação de indemnizar pelos danos causados pelo resultado deliberativo ofensivo do património da sociedade. A aferição de um dever de voto positivo ou da imposição de abstenção de votar é realizada caso a caso: em regra, o terceiro não se encontra sujeito a deveres acessórios de comportamento para com a sociedade, seja representante, seja titular de um direito a emitir instruções de voto, como se verá. A construção de um dever específico e acessório de comportamento protector do interesse de integridade no património societário justificar-se-á em casos contados de exercício do direito de voto mediante procuração outorgada no interesse (concorrente) do terceiro representante. Isto dito, a detenção de uma permissão de interferir no exercício do direito de voto fora dos quadros da participação social pode constituir um argumento adicional para fundamentar a intervenção de institutos gerais, como o levantamento da personalidade colectiva ou a imputação de danos com fundamento no abuso do direito (funcionando como alargamento do tipo delitual objectivo do artigo 483.º/1 do Cód. Civil): numa interpretação integrada das normas em causa e sem dispensar a verificação dos demais pressupostos típicos.

§ 4. **A eficácia das obrigações de votar segundo as instruções de terceiros**

4.1. **Generalidades**

Como se fez já notar, a doutrina dominante aceita a possibilidade, em geral, da conclusão de acordos parassociais de voto atributivos de um direito de determinação do sentido do voto a terceiro. A alienação da possibilidade de decidir do sentido do voto é já uma manifestação da autonomia do sócio.

Por outro lado, um acordo parassocial de voto não seria susceptível de afectar o princípio da indivisibilidade da participação social, em face da separação estrita entre a dimensão societária e a dimensão parassocietária das obri-

gações impostas ao sócio. Por fim, a visão favorável à validade dos acordos parassociais concluídos com terceiros é compatível com a aceitação de soluções protectoras da situação dos restantes sócios nos casos de conflito entre a obrigação de emissão do voto no sentido determinado pelo terceiro e o dever de lealdade perante a sociedade e os restantes sócios. Enquanto alguns AA. falam de um primado das obrigações societárias sobre as restantes vinculações do sócio fundamentador de um juízo de invalidade do contrato, outros sustentam a inexistência de uma obrigação de votar no sentido indicado pelo terceiro, seja por se entender que o acordo de voto é ineficaz, seja por se concordar que o sócio pode, nestes casos, recusar-se licitamente a cumprir a sua obrigação de voto.

4.2. *Recusa do princípio da soberania societária como critério de sindicância da validade de vinculações de voto assumidas perante terceiros*

I – Partindo de um entendimento material do princípio da «indivisibilidade» da participação social, alguns autores encontram na falta de identidade de interesses entre todos os sócios causada pela vinculação de um ou alguns deles perante um não-sócio a razão da desconfiança perante este tipo de acordos parassociais. Perante a obrigação assumida diante do terceiro, ao sócio ver-se-ia negado, no futuro, o seu direito à «autodeterminação societária»²¹⁷, em resultado de uma exclusão da sua competência para decidir sobre os seus próprios investimentos. Embora não estritamente relacionado com a estrutura societária, o direito de voto é um importante instrumento do procedimento de formação da vontade imputável à sociedade, de modo que se joga também nele o aspecto de auto-organização que justifica o reconhecimento de um modo institucionalizado específico do exercício jurídico colectivo²¹⁸. A remissão da competência para uma órbita extra-societária obrigaria a deixar de encontrar na assembleia geral o lugar próprio da tomada das decisões fundamentais sobre o modo de agir dos sócios e no processo de deliberação social o procedimento adequado ao exercício dos seus interesses. Por outro lado, invoca-se a natureza funcional do próprio voto face ao esquema colectivo e de interesse comum da atribuição de razões para a acção da sociedade: a imposição de deveres de lealdade seria o desdobramento normativo da natureza funcional do direito de

²¹⁷ De um «mitgliedschaftliche Selbstbestimmung» fala PRIESTER, *cit.*, 664.

²¹⁸ V. W. FLUME, *cit.*, 242.

voto²¹⁹. O princípio da soberania societária imporia, então, duas consequências²²⁰: (i) que a vontade de participação do sócio no processo de formação da vontade da sociedade não ficasse definitivamente tolhida e (ii) que a integridade da liberdade de decisão da sociedade através do funcionamento da assembleia geral pudesse ainda dizer-se intocada pelo acordo parassocial concluído com o não-sócio.

II – Por encontrar aqui os vectores gerais de um pensamento que leva a impor limitações à admissibilidade deste tipo de acordos parassociais, talvez seja útil ver mais de perto a tese de A. Herfs.

O A. começa por rejeitar a ideia de um primado dos deveres societários, como o dever de lealdade, sobre os direitos emergentes de acordos parassociais de voto, o qual seria incompatível com o princípios gerais do direito privado comum²²¹. Em contrapartida, presta a sua adesão à tese, sustentada pela jurisprudência, da equiparação, no plano dos efeitos, de um acordo parassocial em que hajam intervindo todos os sócios a uma cláusula estatutária, admitindo a possibilidade de anulação de uma deliberação contrária ao texto do acordo parassocial ou ao sentido de voto determinado de acordo com o procedimento por ele instituído²²². Reconhecendo que, na prática, a liberdade de voto do sócio deve ser relativizada perante os diferentes meios de coerção ao cumprimento da obrigação de voto (em particular a possibilidade de execução específica habilitante da repercussão dos efeitos da obrigação de voto no plano da socialidade), os acordos parassociais permitem a obtenção de uma influência no processo de formação da vontade de forma opaca e imperceptível aos sócios não abrangidos pelo contrato²²³. Em contrapartida à amplíssima possibilidade de afectação da sorte da sociedade, o terceiro determinante do sentido do voto não suporta, porém, qualquer risco empresarial, contrariando, deste modo, o chamado «princípio da soberania societária»²²⁴. Daí se retiraria a necessidade de submissão do acordo parassocial a acrescidos requisitos de validade.

A eficácia do acordo parassocial deve depender da medida em que os sócios possam exigir que o sócio não permita a intervenção de um estranho no pro-

²¹⁹ V. A. TEICHMANN, *cit.*, 227, quanto à relevância do argumento centrado nos deveres de lealdade.

²²⁰ Como nota C. WEBER, *cit.*, 105 ss..

²²¹ A. HERFS, *cit.*, 317.

²²² A. HERFS, *cit.*, 317-8.

²²³ A. HERFS, *loc. cit.*.

²²⁴ A. HERFS, *cit.*, 320 e 322.

cesso de formação da vontade de votar²²⁵. Assim, ainda que a competência para a conformação das situações societárias compreenda já a liberdade da sua transmissão a terceiro, esta liberdade não poderia valer sem limites: o sócio não poderia deixar a sorte da sociedade nas mãos de terceiro²²⁶. Herfs encontra a razão das restrições à celebração de acordos conformadores da liberdade de voto em argumentos de natureza especificamente jurídico-societária: o âmbito da liberdade de voto e, com ela, da liberdade de subordinação à uma vontade alheia, será sempre sujeita ao âmbito de conformação permitido pelo princípio da soberania societária ou pelo dever de lealdade. A liberdade de votar no interesse do próprio sócio só poderia, então, existir na medida em que não seja colocado em crise a prossecução do fim lucrativo da sociedade; como as consequências de natureza patrimonial da deliberação tomada são frequentemente imprevisíveis, seria apenas de perguntar se, observando a diligência devida considerando todas as circunstâncias conhecidas no momento da deliberação social, o sócio conhecia ou teria podido conhecer a ilicitude da deliberação²²⁷. Já a existência de uma vontade de votar no «interesse da sociedade» (i.e., de emitir um voto funcionalmente adequado) não seria necessária: a estatuição de tal dever teria sido dispensada pelo legislador, porquanto o risco de perda do capital investido na sociedade já constituiria motivo suficiente para o sócio, movido por interesses próprios, optar pela alternativa mais favorável para o património da sociedade²²⁸. Como o terceiro chamado a decidir o sentido do voto não suporta qualquer «risco financeiro», e não existe, por essa razão, garantia de que no seu contexto de motivação haja lugar à ponderação da finalidade lucrativa da sociedade, a admissibilidade de acordos parassociais com não sócios dependeria da medida em que o exercício do direito de voto estivesse vinculado à prossecução do «interesse da sociedade»²²⁹. Quando o voto é exercido pelo sócio, a incerteza sobre o acolhimento da sua vontade pela maioria (e, bem assim, a incerteza sobre uma eventual impugnação da deliberação com fundamento na violação do dever de lealdade) constitui uma motivação adicional para o voto leal. Ora, segundo o A., o problema da influência de terceiros na deliberação social deveria, de igual modo, depender da possibilidade de os restantes sócios não vinculados poderem exigir a emissão de um voto conforme

225 A. HERFS, *cit.*, 319.

226 A. HERFS, *cit.*, 322.

227 A. HERFS, *cit.*, 328.

228 A. HERFS, *cit.*, 328-9.

229 A. HERFS, *cit.*, 329.

com o escopo do contrato de sociedade ou, pelo menos, de encontrarem um eficaz meio de protecção contra o voto desleal. Só no caso de não existir tal «possibilidade de prevenção» e de ser real o risco de o terceiro se encontrar numa situação de conflito entre o seu próprio interesse e o da sociedade é que a vinculação de voto seria inadmissível²³⁰.

O problema das obrigações parassociais de voto deveria ser aproximado daquela atribuição a terceiro, no texto dos estatutos, de um direito de decisão em determinadas matérias, como a destituição de um membro de um órgão de administração, a definição da esfera de competências de determinado órgão através da introdução de modificações no texto dos estatutos, o controlo sobre os meios de responsabilizar o órgão de administração, etc.. Sucede, porém, que a atribuição de um direito estatutário deste tipo a terceiro estaria sujeita a um regime específico, protector dos interesses dos restantes sócios: a sua inclusão no texto dos estatutos exigiria uma deliberação social aprovada por maioria qualificada e à sociedade seria sempre permitida a revogação daquela atribuição. Nada disto sucederia no caso do acordo parassocial, cuja conclusão estaria ao alcance de qualquer sócio ou grupo de sócios²³¹.

De acordo com Herfs, a colisão entre o dever de lealdade e a obrigação emergente de acordo parassocial suscita especificidades relativamente à situação comum de vinculação a dois deveres de cumprimento simultâneo impossível. Com efeito, neste ponto não se coloca a alternativa entre o cumprimento da obrigação de voto e a satisfação de uma pretensão indemnizatória, na medida em que à sociedade é concedida tutela efectiva contra a emissão de qualquer voto desleal; o sócio que exorbite do seu âmbito de liberdade de decisão (*Ermessensspielraum*) emite um voto ineficaz, que não deve ser aceite pelo presidente da mesa da assembleia. O reconhecimento da especificidade do contrato de sociedade como contrato de pluralidade de partes e o próprio princípio da soberania societária exigiriam mecanismos eficazes de exclusão de uma influência externa não dominável. *No entanto*, nem é esperável que o sócio colocado perante o conflito se determine pelo comportamento conforme com os deveres societários, nem pode deixar de reconhecer-se que os meios de controlo da licitude do exercício do direito de voto são frágeis, em muitos casos, em virtude da inexistência de um padrão aferidor da sua legalidade suficientemente preciso²³².

²³⁰ A. HERFS, *cit.*, 329.

²³¹ A. HERFS, *cit.*, 346.

²³² A. HERFS, *cit.*, 349.

A admissibilidade de acordos parassociais de voto com terceiros, incidentes sobre conjuntos de matérias previamente identificados, como modificações dos estatutos, designação de gerentes ou deliberações vinculativas para a administração, dependerá decisivamente da possibilidade de prevenir uma influência externa danosa através do controlo da própria deliberação social. Por outras palavras, só serão de considerar como admissíveis os acordos parassociais cujo cumprimento conduza à aprovação de deliberações sociais sujeitas a um efectivo controlo de validade. Quando da aplicação das regras sobre a validade da deliberação social não resulte uma garantia da autonomia da sociedade, o défice de protecção dos interesses dos restantes sócios imporá a nulidade do acordo parassocial. Um desses casos seria a da vinculação de voto em caso de modificação dos estatutos; como a possibilidade de obter a anulação da deliberação social é nestes casos remota, a recusa da obrigação de voto perante o terceiro é a única forma de garantir a tutela da confiança dos restantes sócios em que o voto corresponda ao produto de uma decisão livre de uma influência de um terceiro juridicamente devida. Deveria abrir-se uma excepção para as obrigações de votar contra uma modificação dos estatutos. Na impossibilidade de dispor de um mecanismo eficaz para se obter a ineficácia da deliberação tomada em sequência da emissão do voto do sócio obrigado, a única forma de se atingir uma protecção satisfatória dos interesses dos restantes sócios e de fazer respeitar o princípio da soberania societária passaria por uma deliberação social autorizadora da influência mediata do terceiro na deliberação social. Como a existência de tal deliberação não será possível, já porque o acordo parassocial terá uma eficácia obrigacional tendencialmente restrita às respectivas partes contratantes, já porque tais acordos serão, na maior parte dos casos, desconhecidos dos restantes sócios, a única conclusão admissível seria a invalidade deste tipo de contratos.

Além disso, quando existam razões para supor que o terceiro não empreenderá acções danosas para a sociedade, não há também qualquer razão para sustentar a inadmissibilidade do acordo de voto. Esta premissa permite justificar a validade do acordo de voto (mesmo de duração indeterminada) em favor do adquirente de uma participação social.

É pressuposto da construção de Herfs a inexistência de uma separação entre a parassociedade e a socialidade²³³. Daqui é feita derivar uma outra conclusão:

²³³ A. HERFS, *cit.*, 322, falando de um fenómeno de institucionalização da influência de terceiro através de acordos parassociais de voto de efeitos não menos fracos do que os de contrato de sociedade.

a vinculação de todos os sócios não é coisa qualitativamente distinta da vinculação da própria sociedade e devem, por isso, estar sujeitos a limites idênticos àqueles que se impõem naquele tipo de casos.

III – A tese de Herfs, promissora de um resultado satisfatório de garantir um espaço de convergência entre a validade dos acordos parassociais e o âmbito de licitude no exercício do direito de voto reservado ao sócio, encontra no caminho dúvidas ponderosas. No confronto com as insuficiências de uma construção que no plano da abertura ao exercício de uma influência de não sócios nas decisões fundamentais da sociedade se mantenha presa ao dogma da separação estrita entre o plano societário e o plano parassocietário, Herfs vê a admissibilidade das vinculações de voto assumidas perante terceiros dependente da possibilidade de fazer transportar para o campo dos quadros gerais da liberdade negocial argumentos de natureza societária. Fá-lo em virtude da gravidade dos efeitos que a ampla liberdade de assumir obrigações de voto perante não sócios (susceptíveis, aliás, de execução específica) traria no plano intra-societário, com a possibilidade de lesão de deveres de lealdade e de causação de danos à sociedade. Porém, ao proceder a tal transposição, Herfs está a abrir a possibilidade de submissão a críticas semelhantes àquelas que pelo próprio A. são aduzidas contra o alegado princípio da primazia das vinculações societárias sobre as restantes obrigações do sócio. Na atribuição a um terceiro do direito de decidir o sentido do voto, o sócio já se encontra no exercício pleno da sua autonomia. Por outro lado, se o segundo exercício da autonomia privada é tão legítimo quanto o primeiro, cabe perguntar pela razão que leva o A. a submeter o âmbito de validade dos acordos parassociais ao espaço de permissão suportado pelo contrato de sociedade e pela boa fé e não o inverso, i.e., exigindo que o sócio parte do contrato parassocial só se encontre obrigado a votar de acordo com o dever de lealdade se e na medida em que aquela exigência não colida com a instrução de voto emitida pelo terceiro. De facto, à construção de Herfs parece continuar a faltar uma conexão de sentido com as proposições gerais relativas à autonomia privada e, assim, o fundamento racional das limitações à liberdade de agir do sócio no âmbito da parassocialidade. Na falta de possibilidade técnica de construção de uma norma que possibilite uma restrição da liberdade de agir que atinja todos os acordos parassociais com terceiros visados pelo A. a partir de estritas regras e princípios de direito comercial, haveria que retirar todas as conclusões das premissas (de resto, aceitas por Herfs) de que ambas as obrigações a que o sócio se encontra sujeito são válidas e eficazes, ficando exposto a idênticas consequências em caso de não cumprimento de qualquer uma delas. A superação da estanquidade entre os dois planos em o

sócio se move obrigaria, antes, a perguntar pela adequada concretização nesta zona dos limites gerais à autonomia privada. É ali que se descobrem as restrições à validade dos acordos (indeterminados) de vinculação de votos perante terceiros. Mas o seu sentido é no da protecção do sócio e não dos restantes sócios ou da sociedade, como se procurará demonstrar²³⁴.

De resto, um princípio da soberania societária é demasiado vago para se poder extrair dele regras de comportamento ou regras sobre a validade de actos jurídicos. Para tal, basta pensar, com Zöllner, que a realidade accionista típica das economias modernas é dificilmente compatível, até, com a determinação da titularidade concreta do poder de voto nos casos em que o sócio é, ele próprio, uma sociedade²³⁵.

Por outro lado, o argumento da dificuldade de estabelecer um critério seguro para a aferição da validade das deliberações tomadas na sequência do cumprimento da obrigação de voto também não convence: os conceitos constantes das regras sobre a validade das deliberações sociais (no direito português, artigos 56.º e ss., em particular, as als. *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 58.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais), estão apoiados numa jurisprudência e num desenvolvimento doutrinário vastos. Em vez de dificuldade de concretização, estaremos, nalguns casos, perante conceitos indeterminados e normas incompletas que permitirão construir com arrimo no sistema a correcta norma do caso. Retirar da dificuldade de concretização destas proposições a limitação da liberdade negocial constitui um resultado manifestamente desproporcionado.

4.3. A analogia com as outras constelações típicas de atribuição a um terceiro de poderes de determinação do voto. A limitação dos efeitos das obrigações de votar de conteúdo não determinado assumidas diante de terceiros

I – O principal problema subjacente às vinculações de voto assumidas perante terceiros restringe-se ao universo dos acordos de voto de conteúdo indeterminado. Nos restantes casos, pode, na verdade, dizer-se que o sócio já exerce a sua liberdade de voto quando deixa ao terceiro o critério para decidir sobre determinada questão ou conjunto de questões. Cumpre notar que o pro-

²³⁴ Cf. *infra*, § 4, 4.3..

²³⁵ Com efeito, seria suficiente pensar na existência de uma relação de grupo (que, aliás, poderia ser superveniente à constituição como sócio) para concluir pelo irrealismo extremo de supor que a formação do sentido do voto ocorre na assembleia geral, na discussão com os demais sócios.

blema parece também restringido ao universo de situações em que a indeterminação respeita ao conteúdo, não compreendendo também as situações em que o âmbito temporal de vigência do acordo parassocial é indeterminado. Com efeito, neste segundo conjunto de situações, o direito de denúncia reconhecido a ambas as partes permite garantir a tutela material da liberdade do sócio, possibilitando a cessação do contrato por declaração unilateral *ad libitum* emanada do sócio obrigado.

Por outro lado, e à semelhança do que se viu quanto à razão para a invalidade dos actos translativos do direito de voto ou para as restrições à validade da procuração «supressiva» para o exercício do voto, o problema fundamental reside em saber até que ponto se pode aceitar como um válido exercício de autonomia a constituição de uma obrigação de votar, para o futuro, a respeito de quaisquer matérias e, em certa medida de modo independente das circunstâncias que hajam motivado o surgimento da necessidade de deliberação social. O aspecto mais crítico coloca-se quando, perante uma situação de não cumprimento, o terceiro possa lograr obter a produção dos efeitos correspondentes à vinculação de voto na esfera social, mesmo quando tais efeitos conduzam à modificação dos estatutos ou à afectação do «núcleo essencial» do estado do sócio.

II – Na doutrina germânica, pertence a C. Weber a principal tentativa de procurar estabelecer as restrições às influências de terceiros através de acordos parassociais de voto com conteúdo indeterminado na medida adequada à protecção do sócio.

No essencial, o problema da constituição de obrigações de votar segundo determinação de terceiros gravita em torno da possível violação da proibição de «auto-incapacitação». As premissas relevantes para a descoberta da solução do problema devem ser encontradas no regime da representação no exercício do direito de voto e da cessão do direito de voto, havendo, ainda, que partir da distinção entre os acordos parassociais de que façam parte todos os sócios dos outros em que tal não sucede. Na primeira situação, os efeitos do acordo devem ser equiparáveis à assunção de obrigações pela própria sociedade. Na segunda, as restrições dever-se-iam à necessidade de tutela do próprio sócio, por um lado, e à protecção dos restantes sócios, por outro.

Não se pode atribuir um juízo negativo à conclusão, em geral, de acordos parassociais de voto com terceiros, partindo da proibição da transmissão do direito de voto. Desde logo, como já foi referido, não existe para Weber um princípio geral de indivisibilidade da participação social²³⁶, além de que a trans-

²³⁶ C. WEBER, *cit.*, 238 ss..

missão do direito de voto e na procuração irrevogável para o exercício do direito de voto, não comprometendo o núcleo essencial da autonomia do sócio, devem ter-se por admissíveis. Contudo, são de recusar «contradições valorativas» entre os três conjuntos de situações: o princípio da proibição da «auto-incapacitação» deve justificar nos acordos parassociais fundamentadores de vinculações de voto perante terceiros restrições análogas àquelas que impõe à procuração para o exercício do voto ou à transmissão do direito de voto. É que aqui o problema da limitação da liberdade de agir imposta pela promessa não dispensa valorações específicas: a «proximidade estrutural» entre a vinculação de voto e o caso particular da procuração irrevogável e «supressiva» para o exercício do direito de voto postula a adopção de cautelas acrescidas²³⁷. Nas vinculações de voto, assim como na procuração «supressiva», autoriza-se um terceiro a tomar decisões de acordo com critérios por si definidos que afectam a esfera do obrigado, sem que este goze da possibilidade de livre desvinculação²³⁸. Naturalmente, a construção que possibilita ambas as formas de abertura ao exercício por conta própria de uma competência sobre interesses de outrem é distinta: no acordo parassocial, há coincidência entre a titularidade e o exercício do direito de voto. Contudo, nos seus efeitos, são ambas as situações equiparáveis, porquanto o voto não é verdadeiramente emitido de acordo com a vontade do sócio, mas no respeito pela decisão da contraparte. Weber nota que isto sucede apenas nos casos em que o contrato tenha um conteúdo indeterminado ou limitado a determinado conjunto de matérias; só nesta situação se pode discutir se o sócio não renuncia antecipada e inadmissivelmente à livre participação no processo de formação da vontade da sociedade. Já no caso de uma vinculação de voto determinada, existe apenas uma antecipação da formação da vontade quanto ao sentido do voto, que assim coincide com o momento da conclusão do acordo parassocial. Weber afasta-se, deste modo, da opinião formulada por Hueck²³⁹ de que as analogias entre a obrigação de voto e a procuração para votar seriam afastadas pela circunstância de o sócio ser, na primeira situação, sempre livre de incumprir a obrigação, votando em cada momento segundo a sua vontade. O argumento demonstraria apenas a não identificação entre obrigação de votar e a emissão do próprio voto numa deliberação geral.

²³⁷ C. WEBER, *cit.*, 340.

²³⁸ Este paralelismo é acentuado também por B. GRUNEWALD, *cit.*, p. 37.

²³⁹ A. HUECK, *cit.*, 409.

Na verdade, a tese da separação estrita entre ambos os planos não poderia, sem mais, continuar a ser sustentada perante o reconhecimento da execução específica da obrigação de voto²⁴⁰. Nem se poderia alegar que, carecendo a tutela eficaz do direito do credor de uma tutela provisória (*einstweilige Rechtsschutz*), as obrigações de voto não poderiam considerar-se como mais do que «obrigações imperfeitas», na medida em que se vem admitindo o recurso a todos os meios processuais de tutela previstos na lei de processo, o que inclui o a acção de cumprimento e a execução específica²⁴¹. A isto haveria que acrescentar os efeitos coercivos e compulsórios de uma cláusula penal²⁴².

Por força das diferenças dogmáticas apontadas entre os acordos parassociais, a representação «supressiva» para o exercício do voto e a cessão do direito de voto conduzem, porém, a diferenças no plano dos limites à eficácia dos primeiros relativamente aos restantes. A exigência de uma relação principal, subjacente à relação obrigacional fundada no acordo parassocial seria, de facto, uma limitação à validade de uma procuração irrevogável e «supressiva» ao exercício do direito de voto; o § 168 (2) do BGB seria um mecanismo de correcção devido pelo afastamento do tipo geral de procuração que, servindo os interesses do *dominus*, é revogável a todo o tempo. Pelo contrário, o acordo parassocial pode servir as mais diferentes finalidades, não sendo necessário perguntar pela existência de um interesse do credor da obrigação de votar para saber do regime aplicável à cessação do contrato²⁴³. Não seria, assim, pressuposto da validade ou da eficácia do acordo parassocial concluído com o terceiro a existência de uma outra relação entre aquele e o sócio obrigado. Contudo, tomando já em linha de conta a possibilidade de a obrigação duradoura e de conteúdo indeterminado produzir uma limitação das competências políticas do sócio semelhante àquela que se impõe através de uma procuração irrevogável para o exercício do direito de voto, conclui o A. pela necessidade de atribuição ao sócio de um direito de revogação por justa causa objectiva (*außerordentliche Kündigung*). Ao sócio há-de, assim, ser possível a desvinculação sem declaração à contraparte se tal se revelar necessário para acautelar a prossecução dos interesses da sociedade. Outra das limitações impostas à procuração irrevogável

²⁴⁰ C. WEBER, *cit.*, 341-2.

²⁴¹ V. Tb A. HERFS, *cit.*, 172 ss.; K. SCHIMDT, *Scholz Kommentar zur GmbH-Gesetz*⁷, *cit.*, § 47, Ndr. 55-6, 1736-7; J. ZUTT, *cit.*, 199 ss..

²⁴² Sem prejuízo destes argumentos, o A. não deixa de notar que não deixaria de ser estranho que a procedência da tese da admissibilidade das vinculações de voto perante terceiros estivesse feita depender da desnecessidade de tutela do direito do credor.

²⁴³ C. WEBER, *cit.*, 342.

e «supressiva» que deveria considerar-se «comunicável» ao acordo parassocial – esta, já de natureza jurídico-societária – seria a da restrição dos efeitos nos casos de direitos sociais «irrevogáveis» e «irrenunciáveis». A «teoria do núcleo da participação social» valeria neste conjunto de casos, porquanto também aqui se poderia dar o caso de, por via indirecta, se admitir uma renúncia antecipada a um direito que a lei societária procurou evitar. Seriam, pois, razões de tutela da situação do sócio (e não o princípio da «soberania societária») que imporiam uma interpretação restritiva do acordo, no sentido de que este não poderia produzir qualquer efeito nos casos em que a deliberação social pudesse incidir sobre um aspecto em relação ao qual o legislador tivesse imposto restrições à disponibilidade, e no âmbito de tal indisponibilidade²⁴⁴. C. Weber faz notar que não é suficiente que se considere que o sócio possa incumprir o acordo neste tipo de casos, invocando o direito atribuído nos termos do contrato de sociedade, mas afirma que antes se deverá dizer que a obrigação de voto indeterminada não há-de valer nestes casos, de onde conclui estarem excluídas pretensões indemnizatórias ou quaisquer prestações previstas em cláusulas penais²⁴⁵.

Orientada à necessidade de protecção dos restantes sócios não obrigados está a principal condição que o A. estabelece à eficácia de acordos de voto com terceiros. Sendo o contrato de sociedade caracterizado pela pluralidade de partes, pela obrigação de desenvolvimento de uma actividade de acordo com um interesse comum e por um período indeterminado, tornando mais gravosos os ditames da boa fé, e tendo em consideração os riscos que a intromissão de um terceiro no funcionamento da assembleia geral representa, os acordos parassociais do tipo em causa só poderiam valer quando houvesse sido obtida uma manifestação, expressa ou tácita, dos restantes sócios nesse sentido²⁴⁶. Os sócios dispõem, deste modo, de uma verdadeira pretensão dirigida à prevenção de uma indesejada influência de um terceiro. Apesar de entre as proposições desenvolvidas pela jurisprudência e pela doutrina em torno dos limites à validade dos acordos parassociais por razões de protecção dos interesses dos sócios não se encontrar, em regra, previsão específica relativa ao problema da influência externa, a mesma eficácia de protecção (*Schutzwirkung*) deveria valer nestas situações, por força das regras de restrição à transmissibilidade de participações

²⁴⁴ Se se dever concluir que apenas é «proibida» a renúncia ou, mais amplamente, a disposição antecipada de certa situação jurídica, nesse caso, já seriam de concluir como eficazes as obrigações de voto determinadas, ainda que incidentes sobre matérias compreendidas no «núcleo» da participação social.

²⁴⁵ C. WEBER, *cit.*, 344.

²⁴⁶ C. WEBER, *cit.*.

sociais e ao dever de lealdade. Em consequência, os acordos de voto seriam ineficazes quando contrários àquelas regras ou, pelo menos, não seriam de considerar como vinculativas as concretas determinações de voto que com elas colidiram. A novidade da construção do A. consiste em considerar que as razões descritas não são suficientes para sustentar a invalidade do acordo parassocial, mas tão só a necessidade de uma deliberação societária como forma de legitimação da emissão de voto determinada por terceiro. A perda de autonomia decorrente de um acordo parassocial de voto concluído com um terceiro pode ser merecedora de uma concordância dos restantes sócios²⁴⁷. Neste ponto, deveriam ser observadas para os acordos de voto de conteúdo indeterminado²⁴⁸ as mesmas regras que se impõem à emissão de procurações irrevogáveis e «supressivas» e à cessão do direito de voto: independentemente do tipo legal de sociedade, estaria sempre nas mãos da maioria a aceitação legitimadora da «institucionalização da influência externa» associada à parassocialidade. O consentimento dos restantes sócios pode constar do texto dos estatutos ou de uma deliberação social autorizadora da conclusão de acordos parassociais com o terceiro, sujeita à regra da maioria simples. O consentimento não colocaria, de resto, os sócios não obrigados numa situação equiparável àquela que ocupam as partes do acordo parassocial, sendo-lhe lícito a *revogação* do consentimento, através de uma alteração dos estatutos ou de uma nova deliberação social.

4.3.1. *O limite à liberdade do sócio na determinação do sentido do voto: a irrenunciabilidade antecipada e a cláusula da ordem pública*

I – No geral, as soluções apontadas por C. Weber são de reter. A liberdade de conclusão de acordos parassociais de voto com terceiros deve ser reconhecida, devendo tal reconhecimento ser feito por forma a dispensar a existência de um interesse próprio do terceiro no exercício do direito de voto ou de uma relação subjacente entre este e o sócio obrigado.

Não é, contudo, de pensar que um acordo parassocial de conteúdo indeterminado constitua fundamento, em todos os casos, de uma obrigação de o

²⁴⁷ Não havendo, aparentemente, razão para a limitar a determinados conjuntos de casos, como o da titularidade fiduciária de participações sociais; *cit.*, 345. Já H. P. OVERRATH, *cit.*, 84, falara da relevância do acordo dos restantes sócios, apesar de se referir apenas ao caso particular de um parassocial de voto de que todos os sócios fossem partes.

²⁴⁸ Neste caso, e com a maioria da doutrina, o consentimento dos restantes sócios é dispensável; A. HERFS, *cit.*, 361; PRIESTER, *cit.*, 675; K. SCHMIDT, *cit.*, 620; W. ZÖLLNER, *cit.*, 180.

sócio respeitar a determinação do terceiro. O sócio que aceita a obrigação de votar no sentido determinado pelo terceiro, regulando de forma antecipada as consequências do não cumprimento, mesmo quando não sejam por ele previsíveis os assuntos sobre que vão recair tais deliberações, não pode considerar-se sempre vinculado, nomeadamente quando o exercício do direito do terceiro se manifeste, *in concreto*, na emissão de uma instrução para o exercício do voto dirigido a algum dos direitos «inderrogáveis» ou «irrenunciáveis» do sócio.

II – No direito germânico, os acordos de voto de conteúdo indeterminado são considerados como parcialmente nulos, se e na medida em que dele sejam emanadas instruções de voto concretamente incidentes sobre matérias compreendidas no «núcleo da participação social»; a fonte da nulidade, como se viu, encontra-se, além-Reno, no § 138 (I) do BGB. Dir-se-á que, não obstante se chegar a idêntica conclusão quanto à ineficácia das *instruções* de voto respeitantes ao núcleo da participação social, as razões que conduzam a esse resultado parecem ser distintas no direito civil português. Contesta-se não apenas a recondução do problema à cláusula geral dos bons costumes mas o próprio tratamento do problema como um problema de invalidade do acordo de voto.

Na doutrina tradicional, via-se nos bons costumes «alemães» uma forma de interferência «negativa» da moral no jurídico²⁴⁹. Como nota A. Menezes Cordeiro, esta linha de pensamento, em que se insere ainda a tentativa de desdobramento, pela jurisprudência, dos bons costumes na fórmula «sentimento de decência de todos os que pensam équa e justamente», deu lugar a uma oscilação entre concepções generalizantes e concepções particularísticas, com predomínio destas últimas nos tempos mais recentes²⁵⁰. As tendências mais recentes vão, contudo, no sentido de fazer incluir na cláusula geral a ordem jurídica existente numa sociedade, com conjunto de princípios emergentes da lei, da jurisprudência e de normas constitucionais. A ordem pública vai, como se vê, consumida por uma descrição tão compreensiva. Entre as vastas constelações de casos genericamente tratadas pela doutrina no quadro dos bons costumes, contam-se as limitações da liberdade de extensão intolerável e os casos de aproveitamento excessivo da liberdade do devedor.

²⁴⁹ Assim, por exemplo, P. LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht*, Leipzig, 1896, 105: a invalidade do contrato imoral seria uma exigência tanto da moral quanto do direito, pelo menos de um direito, como o romano, consciente da unidade da tarefa que o liga à moral.

²⁵⁰ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *cit.*, 699, com muitas referências.

III – No direito português, o conceito de bons costumes não tem uma extensão tão vasta, perante a recepção da cláusula de ordem pública e dos desenvolvimentos dogmáticos da boa fé. Nos artigos 280.º e 281.º do Cód. Civil encontramos a contrariedade à ordem pública como um dos fundamentos de nulidade do negócio jurídico ao lado dos bons costumes. A estes últimos é, de acordo com a visão mais difundida²⁵¹, reservada a função de controlo de certas normas de comportamento de carácter sexual e familiar e de uma deontologia profissional ou comercialística de sensibilidade superior.

Na ordem pública estão compreendidos os princípios imperativos da ordem jurídica, incidentes seja sobre matérias de alcance geral, como certas restrições não eficazes a direitos de personalidade (artigo 81.º/1 do Cód. Civil), ou a proibição de contratos que impliquem a imposição ao devedor de sacrifícios excessivamente onerosos ou ainda os actos de limitação não autorizada de direitos fundamentais ou outros direitos análogos (por não surgirem como restrições proporcionais de outros bens constitucionalmente protegidos – artigo 18.º/2 da Constituição da República Portuguesa), seja sobre matérias de relevância sectorial. Com especial interesse para o problema dos limites à assunção de obrigações de voto, deve referir-se a jurisprudência sobre a constituição de garantias indeterminadas. Sobre a fiança *omnibus*, constitui jurisprudência uniformizada pelo Supremo Tribunal de Justiça que «é nula, por indeterminabilidade do seu objecto, a fiança relativa a obrigações futuras, quando o fiador se constitua garante de todas as responsabilidades provenientes de qualquer operação em direito consentida, sem menção da sua origem ou natureza e independentemente da natureza em que o afiançado intervenha»²⁵², por haver que

²⁵¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé...*, cit., 1208 ss.; ID., *Tratado...*, I, cit., 709.

²⁵² Ac. STJ 21-Jan.-2001 (Ac. n.º 4/2001). Sobre o tema, v. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, «O mandamento da determinabilidade da fiança omnibus e o AUJ n.º 4/2001», *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, II, Almedina, Coimbra, 2002 e *Estudos de Direito das Garantias*, I, Almedina, Coimbra, 2004, 109 ss.. A questão discutida naquele aresto é, porém, estruturalmente distinta, pois se coloca no plano da determinabilidade do objecto do negócio como requisito de validade (artigos 280.º/1 e 400.º/1 do Cód. Civil), mais especificamente se o recurso à concretização do dever de prestação por uma das partes ou por terceiro segundo juízos de equidade depende de a prestação já ser determinável com base no artigo 280.º/1 do Cód. Civil, o que supõe uma prévia estipulação pelas partes de um critério concretizador. Em qualquer caso, não pode deixar de ver-se alguma semelhança entre o princípio da livre disposição do património de outrem (sobre a *Verbot der Fremddisposition* v. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., p. 678) fundamentalmente da recusa de uma fiança com uma extensão e montante imprevisíveis e a *inexigibilidade* de cumprimento de uma obrigação de voto de extensão ilimitada.

«proteger o devedor/obrigado contra a sua própria leviandade ou precipitação» e «do «excesso de voluntarismo na assunção de responsabilidades», em virtude de uma vinculação de duração indeterminada «de carácter ruinoso ou suicidário por facto (aleatório) de terceiro»²⁵³.

É importante notar, entretanto, que a ordem pública não está tanto orientada ao fornecimento de princípios ou regras de comportamento quanto a permitir critérios de qualificação de certas normas de modo a dotá-las de um regime específico, que as subtraia ao domínio da liberdade de disposição privada. Neste contexto, a ordem pública surge como norma de segunda ordem – «um limite acoplado, uma reserva do método jurídico, uma *ultima ratio* no processo de realização do direito»²⁵⁴ – operante sempre sobre outras proposições que, com maior ou menor generalidade, são verdadeiras para certa ordem jurídica. Este princípio seria, para os casos que nos interessam, o princípio da proibição da renúncia antecipada aos direitos. O sócio que autoriza um terceiro a determinar o sentido de voto sob pena de aplicação de sanções independentemente dos casos sobre as quais incidam estaria a colocar-se na plena disponibilidade do credor que assim poderia impor decisões ruinosas para a sociedade e para a situação do sócio: a liberdade de voto do sócio seria posta em causa pelo seu próprio exercício. Poder-se-ia, então, dizer que o princípio da irrenunciabilidade antecipada aos direitos, que integra o núcleo de normas cogentes recebidas pela ordem pública e se revela útil na procura de uma argumentação consistente para a defesa da incidibilidade do direito de voto da participação social, como se procurou demonstrar, excluiria ainda outros actos que conduzissem a resultados daquele tipo. De entre eles, conta-se, justamente, o exemplo dos acordos de voto incidentes sobre o conjunto de situações sociais que constituem o núcleo da participação social. Não existe nenhuma razão específica do direito das sociedades a justificar uma restrição da liberdade negocial: todos os argumentos se retiram com suficiência do princípio geral de direito civil construído a partir do artigo 809.º do Cód. Civil e da cláusula da ordem pública.

IV – A proposta de justificação construída em torno das limitações reconhecidas à disponibilidade antecipada de situações jurídicas não deixa, ainda assim, de suscitar algumas dúvidas. Com efeito, se o «curto-circuito» da liber-

²⁵³ Ac. STJ 22-Jan.-2004 (FERREIRA DE ALMEIDA), proc. n.º 04B266, disponível em www.dgsi.pt.

²⁵⁴ M. CARNEIRO DA FRADA, «A ordem pública no domínio dos contratos», *Ars Iudicandi – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, II, Coimbra Ed., Coimbra, 2010, 260. O A. parece retirar a proibição de desfigurar o exercício da autonomia privada ou de debilitar a força vinculativa dos pactos celebrados directamente da cláusula da ordem pública (p. 267).

dade negocial se devesse ao momento em que a disposição é firmada, ter-se-ia, em coerência, de sujeitar à mesma consequência da ineficácia a vinculação de voto que afectasse um dos direitos «nucleares» à participação social (como aqueles que estariam em discussão numa proposta de deliberação de supressão do direito de preferência em caso de aumento de capital ou de transformação da sociedade), desde que a mesma surgisse como uma *obrigação de voto com conteúdo determinado*. Por «conteúdo determinado» não se pretende significar a inclusão do concreto sentido do voto devido no texto negocial, mas tão-somente a *determinação* ou *determinabilidade do conjunto de matérias* sobre que pode incidir o dever de prestação do sócio obrigado. As preocupações de tutela da autodeterminação do sócio perdem justificação nas situações em que o sócio se obriga, logo, a votar favoravelmente uma deliberação de fusão ou de transformação da sociedade ou, bem assim, de supressão do direito de preferência num aumento de capital. Mas a resposta para o problema deve ser a mesma perante acordos de voto que, não obstante terem um conteúdo indeterminado, permitem identificar as matérias sobre as quais poderão ser emitidas instruções vinculantes seja directamente, em consequência de uma delimitação do dever de prestação em função das matérias, seja indirectamente, através da delimitação temporal da vinculação do sócio (supondo-se, neste último caso, por hipótese, que o sócio pudesse conhecer as situações sociais «sensíveis» potencialmente afectadas pelas instruções de voto, em virtude de tal afectação se encontrar dependente de deliberação a tomar sobre pontos de uma ordem de trabalhos de uma assembleia, já divulgada). Em todos estes casos, a liberdade do sócio não é comprometida pela obrigação assumida diante do terceiro, pois, podendo ser conhecido o sentido possível da instrução de voto, o devedor ainda faz seu o resultado da atribuição devida, mesmo que objectivamente desvantajosa para o seu património. Este modo de ver as coisas sugere, pois, uma deslocação do problema a partir validade do acordo ou mesmo da instrução de voto com base nos limites à liberdade negocial do sócio para a perspectiva da interpretação do contrato e a consequente conformação do conteúdo dos deveres de prestação do sócio: é do que se procurará tratar no ponto seguinte.

V – Antes de prosseguir, valerá, ainda, esclarecer um aspecto relativamente à autonomia da questão ainda em análise e às fronteiras entre o problema da validade das obrigações de voto para com terceiros e a autonomia privada na parassocialidade em geral. O leitor mais atento alegrará que, residindo o limite da eficácia às vinculações de voto apontado em preocupações associadas a uma tutela material-efectiva da liberdade do sócio, o *punctum crucis* deveria em coerência deixar de recair na titularidade do direito de determinação do sentido

do voto para passar para a órbita do sujeito da obrigação correspondente, obrigando a reconhecer não ser este um problema específico dos acordos de voto concluídos com terceiros, mas um limite à admissibilidade de acordos de voto de conteúdo não determinado *tout court*, i.e., independentemente da pertença ou não do credor do direito de determinação do sentido de voto ao grémio societário. Com efeito, pensamos que não pode deixar de ser assim: a partir do momento em que seja de considerar estarem em jogo situações jurídicas essenciais ao conteúdo fundamental do estado do sócio ou a uma modificação do pacto societário, é de exigir como pressuposto da constituição de uma obrigação de votar no sentido indicado pelo credor que o acordo parassocial haja visado disciplinar especificamente o uso concreto do voto pelo sócio ou, pelo menos, a categoria de assuntos em que a matéria conexcionada com o voto se poderia dizer compreendida. Uma vez chegados a este ponto, há que reconhecer, então, que a par da admissibilidade geral da conclusão de acordos parassociais com terceiros, nos damos conta de um limite aos efeitos obrigacionais de um acordo parassocial de voto indeterminado de vigência geral, desligada da qualidade de sócio do credor da vinculação de voto. E nisto encontramos o suficiente para afirmar que as vinculações de voto que aproveitam a terceiros não encontram, até este ponto, razão para a desconfiança que noutros direitos lhe vem sendo dirigida. Esta convicção sai reforçada com a consideração do problema do conflito entre as instruções de voto e a lógica dos deveres de lealdade, como adiante se verá²⁵⁵.

4.3.2. *As insuficiências da «teoria do núcleo da participação social» e a «interpretação integradora» do acordo de voto de conteúdo indeterminado*

I – De acordo com o entendimento de C. Weber, a obrigação de votar ofensiva proibição de afectação dos direitos sociais inderrogáveis ou insupríveis conduziria à nulidade (dir-se-ia, *parcial*) do acordo de voto de conteúdo indeterminado. Mas já se viu que esta opinião não pode deixar de ser recebida com relativa estranheza quando se aceita a eficácia plena de instruções de voto com fonte em obrigações de conteúdo indeterminado, mesmo que incidentes sobre as mesmas matérias e funcionalmente também «antecipatórias» da formação da vontade de voto do sócio. Parece, então, que não é já, em rigor, um efeito irradiante da irrenunciabilidade antecipada do direito de voto que justifica a inefi-

²⁵⁵ V. *infra*, § 4., 4.5..

cácia de uma vinculação do sócio que, associada à gravidade das consequências para o seu incumprimento, viesse coarctar decisivamente o núcleo essencial da sua liberdade quanto às decisões sobre as matérias fundamentais do *status socii*. Reconhece-se, em qualquer caso, a evidente analogia existente entre ambos os casos: também aqui parecerá inadequado retirar do acordo de voto um resultado interpretativo que conduza à conclusão de considerar o sócio obrigado a votar de acordo com a vontade do credor.

II – Pergunta-se, então, qual é fundamento da ineficácia da instrução de voto neste caso. Não se trata de um problema de invalidade do contrato, como se acaba de ver. Nem tão-pouco de intervenção de deveres acessórios de comportamento (artigo 762.º/2 do Cód. Civil), pois não se trata de extrair da boa fé normas de conduta, mas, num momento prévio a este, aferir do significado das regras de comportamento resultantes do contrato. Não se trata, também, de uma alteração de circunstâncias (artigos 437.º e ss. do Cód. Civil), por não existir uma perturbação anormal e imprevisível, modificadora das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar. O que se verifica é, antes, a existência de uma lacuna negocial, conquanto «oculta»: ao acordarem que o sócio votaria (sempre) no sentido que viesse a ser indicado pelo credor, as partes puseram em vigor um preceito que, em si mesmo considerado, contraria o escopo do programa negocial ou o «fim do contrato». A descoberta de uma lacuna é já um momento do *continuum* interpretativo: aqui como em qualquer problema de interpretação. Seguindo Larenz/Wolf²⁵⁶, a chamada «interpretação integradora» é chamada a intervir quando:

- os preceitos legais para ela remetam, por constituírem «auxílios interpretativos de último recurso»;
- os concretos interesses em jogo exigirem um afastamento das normas supletivas previstas para os tipos negociais em presença: a vontade hipotética das partes revela uma valoração distanciada daquela subjacente à solução legal;
- perante um contrato legalmente atípico, onde a interpretação «integradora» assume expressão superior, oferecendo as soluções supletivas para casos semelhantes uma boa base para um pensamento por analogia com os casos omissos.

²⁵⁶ *Cit.*, 541 ss.

Em traços gerais, há lacuna quando o negócio evidencia aspectos em aberto carecidos de resolução à luz do *plano regulativo* das partes, o que compreende naturalmente os casos em que a solução acordada não é compatível com o escopo pretendido pelos próprios contraentes. Fala-se de uma «incompletude contrária ao plano»²⁵⁷ ou de uma regulação objectiva imposta pela «economia do contrato»²⁵⁸. Trata-se, em qualquer caso, de um «pensar até ao fim» do contrato²⁵⁹, já não susceptível, porém, de ser satisfeito com o recurso à autonomia privada.

Não são, naturalmente, de descurar os limites à viabilidade da interpretação «integradora»: ela não poderá conduzir à aceitação de uma ficcionada declaração de vontade²⁶⁰, assim como não será admissível uma sobreposição à conclusão de um negócio (ou justificar um contrato inexistente)²⁶¹.

O critério orientador da interpretação integradora é claramente objectivo: o sentido normativo oferece-se como adequado e «justo», tanto a partir dos concretos interesses das partes como da ponderação valorativa das circunstâncias em jogo. A integração do negócio funciona como instrumento de superação de um contrato imperfeito, permitindo proceder, por via heterónoma, à reposição do seu *fim*. A «vontade hipotética das partes», a que atende o artigo 239.º do Cód. Civil, obriga a ter presente as concepções de uma parte contratante leal e correcta, pontos de referência orientados normativos ancorados na boa fé, ainda que orientados à realização do sentido *do* contrato em causa²⁶². Não se tem em vista a descoberta de uma subjectiva vontade das partes, nem a solução eficiente e adequada de uma perspectiva de análise económica do di-

²⁵⁷ *Id, ibidem*, 542.

²⁵⁸ Sobre a relevância do conceito na interpretação integradora, tal como vem a ser entendida pela jurisprudência dos tribunais superiores, v. J. DE SOUSA RIBEIRO, «A economia do contrato», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, IV, Coimbra Ed., Coimbra, 2010.

²⁵⁹ MAYER-MALY/BUSCHE, *Münchener Kommentar*, § 157, Ndr. 26, 1558.

²⁶⁰ P. MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, 103-4 (e n. 83).

²⁶¹ K. LARENZ/M. WOLF, *cit.*, 544-5.

²⁶² Neste sentido, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, *cit.*, 775-8. No direito alemão, além dos AA. já citados, v. D. MEDICUS, *cit.*, 135-6 e J. OECHSLER, *Gerechtigkeits im modernen Austauschvertrag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, 235 ss. (este último, porém, parecendo atribuir uma relevância menor do que aquela que nos parece devida às valorações próprias das partes; não parece chegar a existir contradição entre as exigências do direito objectivo e a «conexão de sentido» do contrato, nem esta parece culminar numa fórmula vazia: os fins das partes, como a destinação da prestação pelo credor ou os custos da prestação para o devedor, conquanto possivelmente colidentes, são auxílios a ter em conta na concretização da regulamentação objectiva vigente).

reito, mas uma vontade normativa conforme o pensamento da lealdade. A consideração de aspectos subjectivos, contudo, está longe de ser irrelevante: a determinação do «escopo» do contrato apela também às expectativas das partes; simplesmente, fá-lo através do princípio da tutela da confiança.

III – Compreendem-se, assim, as limitações com que se depara a *Kernbereichslehre* na procura de uma fundamentação da ineficácia das instruções de voto. Desde logo, não parece estar em causa, afinal, uma teoria unitária da indisponibilidade antecipada de certo conjunto de situações jus-societárias, pois a verdadeira razão para a irrenunciabilidade de certos direitos, bem como a proibição de outros negócios excessivamente lesivos para o sócio, como a cessão autónoma do direito de voto, tem lugar em pleno coração do direito civil. De resto, à mera exclusão pela autonomia da vontade de um direito inerente à participação social não se segue imediatamente a sua ineficácia, porquanto sempre será necessário demonstrar a correspondência ao modelo de perigosidade para a autonomia do sócio análogo ao do tipo do artigo 809.º do Cód. Civil, a aferir de acordo com uma lógica de *ponderação de interesses* própria da colisão de princípios. Mas é forçoso reconhecer que muitos dos casos frequentemente associados ao desvalor da ineficácia a partir das premissas da teoria se mostram, afinal, como casos de inexistência de indícios suficientemente seguros, a ponto de permitir retirar-se da declaração do sócio uma vontade de renúncia ao direito ou de constituição de um dever de não exercício de uma pretensão. Nesta hipótese, como bem refere P. Ulmer²⁶³, a «teoria do núcleo da participação social» não tem mais a oferecer do que um critério de resolução para a objectividade da dúvida na interpretação da declaração do sócio, revelando uma preocupação – justificada, reconheça-se – com a equivocidade do acto de permissão de interferência de terceiros no conteúdo de direitos inerentes à participação social. O que se verifica, neste caso, é que, na falta de indícios minimamente seguros no sentido da vinculação do sócio nas matérias pertencentes ao «núcleo» do estado de sócio, retirar-se tal conclusão do acordo de voto de conteúdo indeterminado seria admitir um resultado frontalmente «contrário ao plano». A interpretação «integradora» garante a continuidade do resultado interpretativo com os dados centrais do sistema, não devendo causar estranheza que o fundamento de validade da determinação negocial se localize fora da autonomia das partes, quando se sabe que o princípio da confiança intervém lado a lado com o princípio da autonomia da vontade na composi-

²⁶³ V., *supra*, n. 122.

ção do conteúdo da promessa²⁶⁴. As razões para a identificação de uma lacuna «oculta» no texto negocial surgem reforçadas, de resto, pela natureza duradoura da obrigação de voto do sócio.

A contribuir para a justeza da conclusão não podem deixar de ser invocados os textos hoje vigentes no nosso direito em que se atribui à cláusula geral de boa fé uma inegável função de controlo do conteúdo do negócio jurídico²⁶⁵, prevenindo a assunção de vinculações em manifesto desequilíbrio

²⁶⁴ J. OECHSLER, *cit.*, 239–240.

²⁶⁵ Cf. Artigos 15.º e 16.º do Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro (Lei das cláusulas contratuais gerais), em particular a al. a) do artigo 16.º, e, ainda os artigos 17.º ss.. O princípio da boa fé surge aqui na sua feição objectiva, fornecedora ao julgador de uma proposta de disciplina que exige a sua mediação concretizadora e possibilita «atingir todas as situações carecidas de uma intervenção postulada por exigências fundamentais de justiça» (ALMEIDA COSTA/MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas Contratuais Gerais – Anotação ao Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro*, Almedina, Coimbra, 1987, 39; cf. também A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *cit.*, 630–2). Aceitando igualmente que a boa fé assume neste ponto uma função de correcção e controlo, impondo uma obrigação de atendimento, na elaboração dos termos contratuais, dos interesses do prospectivo aderente, funcionando simultaneamente como critério de valoração da sua observância, J. DE SOUSA RIBEIRO, *O Problema do Contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 2003, 542 ss. (para o A., os casos de utilização de cláusulas contratuais gerais abusivas correspondem a situações de abuso institucional da liberdade contratual, 500 ss.). Naturalmente, a necessidade de um controlo do conteúdo do exercício da autonomia privada não se coloca de igual forma nos casos de recurso à utilização de cláusulas contratuais gerais e nas situações em que é seguido o modelo tradicional de contratação negociada. Com efeito, o horizonte de valoração que está em causa quando se questiona da validade de normas inseridas em contratos de adesão não é tanto o antagonismo de interesses entre o proponente e a sua contraparte no quadro de cada contrato, «mas antes a posição que aquele assume em face da regulamentação legal» (J. DE SOUSA RIBEIRO, *cit.*, 456). A inclusão de preceitos em esferas negociais de enorme amplitude é frequentemente assimilada à generalizada imposição de um programa normativo estabelecido por uma parte interessada, com uma função e um âmbito de aplicação semelhantes ao das normas legais, mas com diferentes títulos de legitimação. A doutrina e jurisprudência maioritárias tendem, assim, a ver o proponente de cláusulas contratuais gerais como um titular de um verdadeiro poder normativo concorrente do direito estadual, i.e., com dimensão regulativa geral justificante de uma sujeição à mesma ideia regulativa de justiça contratual que encontramos do direito heteronomamente imposto, desde logo, na lei. Partindo desta ideia, os tribunais passam a tratar a forma como os proponentes planificam a distribuição de vantagens, riscos e encargos emergentes do contrato como uma matéria de *public policy*, merecedora da atenção e intervenção das entidades reguladoras garantísticas de uma adequada e estabilizada vivência da colectividade (citamos J. DE SOUSA RIBEIRO, *op. cit.*). Apesar de o problema que nos ocupa não estar relacionado com o das cláusulas contratuais gerais, a descrita evolução do paradigma da autonomia privada já nos interessa, por contribuir para esclarecer sobre a adequação das teorias combinatórias do negócio jurídico, que recusam a visão do negócio jurídico como o produto de

e proscrevendo, no limite, a instrumentalização do outro à realização de finalidades próprias, através de um exercício da autonomia privada puramente formal²⁶⁶.

Nesses casos, o acordo parassocial não produzirá efeitos: ao contrário do que parece supor certa doutrina, este não será um caso de nulidade (parcial) do acordo parassocial, mas apenas um problema de delimitação normativa do dever de prestação. O direito a exigir o cumprimento da prestação não se precipita na determinação de situações jurídicas de conteúdo imutável e de modo insensível dos princípios gerais informadores do sistema, como o artigo 762.º/2 do Cód. Civil já deixa, noutra lugar, perceber. Na sua função de princípio condutor no plano do modo de cumprimento da atribuição jurídica, a boa fé intervém estabelecendo a *inexigibilidade* do cumprimento da obrigação de voto quando esta seja adequada a produzir efeitos *equiparáveis* aos da disposição antecipada de situações jurídicas analíticas que formam o núcleo fundamental da participação social. É que na delimitação do significado dos deveres de prestação que os sócios, fora do plano jussocietário, assumem – plano em que os princípios gerais fundamentantes dos limites à liberdade de agir negocialmente não gozam de título de intervenção diminuído – consistiria grave entorse à unidade de sentido do direito objectivo admitir, a dado passo, a constituição de um dever de votar em conformidade com as instruções de um terceiro, seja em que matéria for e seja em que sentido for, sob pena de sujeição às pesadas consequências do não cumprimento do acordo parassocial, enquanto se tolhe ao mesmo sócio a possibilidade de renunciar – em igualdade de circunstâncias, ou seja, *antecipadamente* – às concretas situações jurídicas atingidas, ou atingíveis, pelo exercício do direito de voto. Pela mesma ordem de razões, este tipo de limitações aos efeitos do acordo parassocial não pertencem ao direito societário, mas antes ao direito privado geral.

uma liberdade contratual abstracta e pré-existente ao próprio negócio em favor de um «sistema móvel» em que se conjugam, com diferente força expansiva em função dos interesses em jogo, o princípio da autonomia da vontade e os princípios, reguladores do conteúdo do negócio, da confiança e da boa fé (v., p. ex., F. BYDLINSKY, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, Springer, Wien, 1967, 174 ss.). Nos casos em que não haja intervenção de ccg, apenas se altera o caso modelar e, correspondentemente, a diferente concretização daqueles princípios.

²⁶⁶ Apesar de enquadrar os casos do tipo dos do texto na cláusula geral dos bons costumes, K. LARENZ/M. WOLF, *Allgemeiner Teil...*⁹, cit., 733-4, não deixam de salientar a função de complementariedade que o § 138 (I) exerce relativamente ao § 242 do BGB no que respeita à sindicância da validade de actos jurídicos em função do respectivo conteúdo (por exemplo, na protecção de interesses de ambas as partes do contrato, de terceiros ou da comunidade).

Poder-se-ia pensar que este caso não seria valorativamente distinto de qualquer outro em que a parte aceitando livremente obrigar-se sob determinadas condições – i.e., atribuindo um direito potestativo de determinação do conteúdo do dever de prestação principal ao credor – se coloca sob a autoridade do credor no âmbito de uma verdadeira *heteronomia evitável*²⁶⁷, sendo os efeitos da determinação concreta do credor, conquanto gravosos para o próprio estado do sócio, realidade, no essencial, não distinta da afirmação de um acto de auto-determinação. E este modo de ver as coisas pode até apoiar-se na atribuição ao sócio, frequente neste tipo de casos, de contrapartidas patrimonialmente relevantes para o exercício do direito de voto. Pensamos, contudo, não ser assim. Independentemente da finalidade prosseguida pelas partes na abertura da influência ao terceiro da possibilidade de influir na concretização da disciplina da sociedade consentir em algumas diferenciações²⁶⁸, é de supor que no programa obrigacional posto em vigor pelas partes não cabia a atribuição ao não sócio do direito de prejudicar ou, sequer, de modificar as situações jurídicas do sócio que, não estando directamente conexas com o direito de voto, viessem a constituir destino de efeitos exorbitantes da própria vinculação de voto, não tanto num plano temporal, quanto no plano do seu fim ou sentido de validade: por detrás do enquadramento formal do cumprimento de uma obrigação de voto, estaria, afinal, em jogo o próprio interesse na integridade da participação social, cuja titularidade pelo sócio constitui a própria situação-fundamento da obrigação de votar²⁶⁹.

²⁶⁷ Em sentido próximo ao conferido à expressão por J. BAPTISTA MACHADO, *Obra dispersa*, I, Scientia Juridica, Braga, 1991, 546.

²⁶⁸ Desde logo, é tarefa da interpretação das cláusulas do acordo parassocial de voto a de determinar o âmbito da obrigação de votar. Mesmo quando as partes não hajam aceitado, de modo expreso, a indiferenciação do assunto sobre que incida a deliberação social como critério delimitador do dever de respeitar as instruções do terceiro, não está, à partida, afastada a possibilidade de excluir do dever de prestação certas matérias (por exemplo, a nomeação ou destituição de administradores ou a concretização da política comercial da empresa). Isto resultará sempre de uma interpretação do texto negocial no seu todo, podendo não ser irrelevante considerar a relação eventualmente existente entre o terceiro e o sócio justificante da conclusão do acordo parassocial.

²⁶⁹ Não deixa de ocorrer, neste aspecto, um argumento de analogia com a situação do usufrutário, a quem é permitido o gozo temporário e pleno de uma coisa ou direito alheio, *sem alterar a sua forma ou substância* (artigo 1439.º do Cód. Civil). De resto, a situação do usufrutuário da participação social, decalcada da do usufrutuário dos títulos de participação (artigos 23.º/2 do Cód. das Sociedades Comerciais e artigo 1467.º do Cód. Civil) segue consistentemente aquele princípio, ao limitar o direito de voto na assembleia geral às deliberações que não impliquem uma alteração dos estatutos ou a dissolução da sociedade [artigo 1467.º/1, al. b), do Cód. Civil],

Crê-se que ser transpostas para este ponto as considerações atrás expostas acerca das limitações à representação voluntária no exercício do direito do voto, que considerámos serem, aliás, o resultado de uma interpretação sistematicamente adequada do problema, porque consistente com as restrições impostas, noutros lugares, pelo regime da proibição da renúncia antecipada a direitos, à inadmissibilidade de uma procuração com efeitos de disposição com alcance geral ou, no contexto do direito das sociedades, à proscrição dos pactos leoninos²⁷⁰. Ponto é que, no nosso entendimento, tais restrições devam ser limitadas na medida do essencial à prevenção de um resultado incompatível com o estatuto reconhecido pelo legislador à vontade actual do sócio como pressuposto de eficácia extintiva de certos direitos inerentes ao *status socii*. Nem parece que, em rigor, a ressalva resulte de normas juridico-societárias, por haver uma tendencial sobreposição entre o feixe de situações enquadráveis na teoria do núcleo da participação social e aquelas que não poderiam deixar de se ter por irrenunciáveis de forma antecipada em resultado de uma correcta concretização das previsões das proposições jus-civis mais gerais: é neste ponto que reside o limiar do perigo de uma objectificação não permitida da liberdade negocial do sócio pelo exercício ilícito da autonomia do terceiro.

IV – Da tese de C. Weber sobra um ponto que merece atenção especial, qual seja o da relevância que deve ser conferida ao consentimento dos restantes sócios ocupa na demarcação do espaço da permissão para a conclusão de acordos parassociais com terceiros e, consequentemente, quais as consequências, no plano da socialidade que uma heteronomia extrassocietária indesejada pode trazer, à luz das próprias regras jussocietárias.

determinando para estes casos uma titularidade conjunta do direito de voto (cf. n.º 2 do mesmo preceito). Sem pretender discutir a natureza supletiva ou delimitadora do tipo objectivo do direito [não real] do usufruto sobre participações sociais, pensamos, em todo o caso, que é de extrair destas regras o reconhecimento da receptividade pelo nosso direito a uma linha de pensamento que veja a necessidade, como princípio, de distinguir entre a natureza e o alcance dos efeitos compreendidos na atribuição de direitos, directa ou indirectamente, respeitantes a situações jurídicas da participação do sócio.

²⁷⁰ Não obstante se ter por não preenchida, pelo menos, regra geral, o respectivo *Tatbestand*, caberia ainda referir o instituto geral da usura (artigo 282.º do Cód. Civil), como exemplo demonstrativo de que a intervenção do direito objectivo como correcção da «justiça comutativa» do contrato fora dos quadros dos vícios da vontade não se basta com um mero desequilíbrio económico no plano das atribuições feitas através do contrato, mas antes uma promessa ou concessão de benefícios *excessivos* ou *injustificados*.

4.4. Relevância do consentimento dos restantes sócios para a conclusão de acordos parassociais com terceiros. Em particular, as obrigações de voto contrárias a cláusulas de restrição à transmissibilidade de participações sociais

I – Alguma doutrina alega que a obtenção do consentimento dos restantes sócios é condição de licitude da abertura da esfera societária ao exercício de influência externa sob a forma de uma obrigação de votar. Na falta de regras de direito societário que regulem directamente o problema dos limites ou dos pressupostos de admissibilidade de uma institucionalização da influência externa com esta natureza, as necessidades de protecção dos sócios não abrangidos pelo acordo parassocial justificariam a exigência de prestação do seu consentimento.

No direito português (assim como, de resto, no direito alemão), não vemos razão para a sustentação desta tese. Pelo contrário, ela parece enfrentar logo um poderoso argumento de direito positivo no n.º 1 do artigo 17.º do Cód. das Sociedades Comerciais, que consagra o princípio da separação entre os efeitos do acordo de voto no plano societário e no plano parassocietário, obviando a que uma deliberação social possa, em princípio ser anulada com razão no não cumprimento da obrigação de voto ou que a validade de uma deliberação social possa ser posta em questão em virtude de os votos terem sido emitidos em cumprimento de uma obrigação parassocietária²⁷¹. Do reconhecimento expresso da validade de princípio dos acordos parassociais, de um lado, e da inexistência de uma norma de direito objectivo que limite o exercício da autonomia privada, há que reconhecer a validade da celebração de acordos parassociais deste tipo.

Questiona-se, entretanto, se o juízo quanto à licitude do acto de abertura ao exercício de influência externa deve ser, do mesmo modo, positivo. Argumenta-se, por vezes, que o modo de exercício jurídico colectivo próprio da organização societária pressupõe uma relação de confiança dificilmente con-

²⁷¹ Sobre o princípio da separação entre a esfera societária e a esfera parassocietária, v. RAÚL VENTURA, *Estudos...*, cit., 14-5; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, cit., 148-9; ANA FILIPA LEAL, «Algumas notas sobre a parassocialidade no direito português», *RDS*, Ano I, I (2009), Almedina, Coimbra, 2009, 174-8. Uma importante restrição à doutrina da separação é apontada por M. CARNEIRO DA FRADA, «Acordos parassociais omnilaterais», *Direito das Sociedades em Revista*, Ano I, Vol. II, 97 ss., para o caso em que todos os sócios são partes do acordo parassocial e o mesmo não coloca em crise situações jurídicas de terceiros (sem deixar de notar que a regra é a do «princípio de separação» ou até da «insensibilidade da sociedade aos acordos parassociais», 110); regressaremos ao seu pensamento mais adiante, no texto.

sentânea com a alienação em benefício de um terceiro do poder de decidir, a par dos restantes sócios, das questões de soberania quanto à sociedade. Esse dever de prossecução de um escopo comum, emergente do pacto social, só encontraria suporte numa relação de confiança que postulasse uma coincidência entre a titularidade da propriedade accionista (e, com ela, do risco de empresa comum a todos os membros do grémio societário) e o efectivo e material poder de decisão na assembleia geral. Com graduação diversa, o princípio da recusa da interferência de terceiros no procedimento de formação da vontade da sociedade teria validade transversal para todos os tipos legais de sociedade. Nesta perspectiva, a inexistência de uma permissão eficaz para a quebra da lógica da coerência entre propriedade e controlo provinda de todos os sócios daria lugar, *ipso iure*, a um acto de deslealdade e, conseqüentemente, a um não cumprimento de normas jurídico-societárias²⁷². Esta solução deveria valer, por maioria de razão, para os casos em que no pacto social estivessem consagradas restrições à transmissibilidade de participações sociais. Ainda que haja lugar para algumas diferenciações²⁷³, a doutrina germânica pronuncia-se, em geral, pela ilicitude (pelo menos, no plano societário) de um acordo que permita atribuir a um não sócio um poder de emissão de instruções ao sócio quanto ao sentido em que este deveria exercer o seu direito de voto. Se os sócios acordaram na proibição de transmitirem as respectivas participações sem a prestação do consentimento pela sociedade, é de presumir que a sua vontade seja igualmente contrária à atribuição de um acordo parassocial que possibilitasse a um terceiro uma forma de controlo equivalente, nos efeitos, àquela que se procurou evitar com a inserção nos estatutos da própria cláusula de restrição à transmissibilidade da participação social, sob pena de se franquear a porta a saídas “fraudulentas”²⁷⁴. De acordo com esta visão, as normas que determinam restrições à

²⁷² No sentido da necessidade do consentimento de todos os sócios como pressuposto da licitude, *no próprio plano societário*, do acordo de voto com o terceiro, v. C. WEBER, *cit.*, 348; A. HERFS, *cit.*, 335. Para K. SCHIMDT, *Scholz Kommentar zur GmbH-Gesetz*⁷, *cit.*, Ndr. 46, 1731, as proibições estatutárias de celebração de acordos de voto podem ser interpretadas como concretizações do dever de lealdade, sendo duvidoso que a sua violação dê lugar à invalidade do voto emitido no seu cumprimento.

²⁷³ Assim, A. HERFS, *op. cit.*, distinguindo entre as diversas funções do regime das «participações sociais vinculadas», e cerceando o campo da licitude aos acordos de voto entre cedente e cessionário, nos termos do qual o primeiro se obrigava a votar no sentido da prestação do consentimento à cessão.

²⁷⁴ Discute-se, também, se é de exigir um *animus defraudandi* (p. ex., H. WIEDEMANN, *cit.*, 119) ou se releva a mera contrariedade objectiva com os preceitos estatutários (M. LUTTER/B. GRÜNEWALD, *cit.*, 110).

transmissão de participações sociais no âmbito do contrato de sociedade devem atingir também a liberdade negocial do próprio sócio: segundo uns, o acordo parassocial seria nulo, por ser contrário aos bons costumes²⁷⁵; de acordo com a generalidade dos AA., porém, o acordo parassocial seria apenas temporariamente ineficaz, até a transmissão da participação social ser aprovada por deliberação social²⁷⁶. No caso contrário, ficaria desprovida de efeito útil a vinculação das cláusulas restritivas das participações sociais²⁷⁷.

II – Crê-se que esta visão do problema, que parece ter os seus fundamentos assentes numa concepção do direito de voto do sócio radicalmente funcionalizada à prossecução de um interesse comum, além de ser irrealista no plano dos factos, chega mesmo a ser contrariada pelo sentido de dever-ser de várias normas de direito societário e de direito privado geral. Com efeito, excepto se se seguir uma concepção de interesse social estritamente institucionalista, vendo, a cada passo, o interesse da sociedade como algo diferenciado dos interesses da colectividade dos sócios ou dos interesses dos sócios exercidos de modo colectivo, segundo as regras da instituição específica do contrato de sociedade, e, *além disso*, se vir a autonomia do sócio subordinada nos seus efeitos às situações jurídicas do sócio enquanto tal, a parassocialidade deve ser considerada como uma forma perfeitamente lícita de administração da propriedade societária do sócio. Nem existem razões para se ver na influência indirecta do

²⁷⁵ Assim, H. P. OVERRATH, *cit.*, 48; A. TEICHMANN, *cit.*, 227; entre nós, A. SOVERAL MARTINS, *cit.*, 595 (e n. 112), entendendo que os acordos de voto de conteúdo indeterminado contrários às cláusulas contratuais de intransmissibilidade podem ser nulos, por violação dos bons costumes, não obstante «a dificuldade de prova dos factos que permitem invocar o disposto no artigo 281.º do Código Civil».

²⁷⁶ É a opinião de M. LUTTER/B. GRÜNEWALD, *cit.*, 111 ss.; A. HERFS, *cit.*, 337 ss.; U. NOACK, *cit.*, 137 ss.; K. SCHMIDT, *Scholz Kommentar zur GmbH-Gesetz*⁷, *cit.*, § 47, Ndr. 48, 1732; K. SCHMIDT, *cit.*, § 21, II, 619.

²⁷⁷ A. SOVERAL MARTINS, *cit.*, 594: «[o]s acordos de voto pelos quais as partes se obrigam a votar segundo opinião de outrem merecem especial atenção quando por eles se alcança resultado semelhante ao que se pretendia alcançar com a transmissão das participações que estava abrangida pela cláusula limitativa da transmissibilidade das acções. Isso será sobretudo possível quando os acordos referidos não têm limite de tempo e de assunto, deles resultando com clareza que o accionista tinha a atenção de se sujeitar à vontade da outra parte em tudo o que dissesse respeito à sociedade, obrigando-se a votar sempre de acordo com os interesses e instruções de alguém que, se quisesse adquirir as acções, estaria sujeito ao que resultasse das cláusulas do contrato de sociedade que limitassem a transmissibilidade das acções. Daí poderia resultar a alteração da relação de forças entre os sócios ou, se se admitir que o acordo seja celebrado com quem não seja sócio, a sujeição da sociedade à influência de quem não é sócio».

terceiro, de natureza parassocietária, uma acto fundador de um «perigo presumido» que bastasse para fundar um modelo de perigosidade geral adequado a uma recusa, com uma finalidade preventiva, da eficácia deste tipo de acordos parassociais. É que o acordo de voto, além de servir os fins próprios do sócio obrigado – que naturalmente preserva a sua autonomia: a promessa só gera a proibição de realizar os actos que obstem ao resultado prometido ou que com ele sejam contrários! – pode servir a prossecução de interesses de terceiro perfeitamente compatíveis com o escopo lucrativo ou, mais latamente, com a protecção dos interesses patrimoniais da própria sociedade. É o que sucede, por hipótese, com a vinculação de voto assumida em benefício de um credor pignoratício da participação social, a quem poderá interessar uma protecção eficaz contra a disponibilidade esperada pelo sócio no sentido de uma descapitalização da sociedade contrária à sua garantia e a quem não convirá o acolhimento de uma política de voto perturbadora do funcionamento da sociedade, que poderia acabar por conduzir a uma diminuição da sua garantia²⁷⁸. No limite, pode até o acordo de voto servir de instrumento à reposição da congruência entre a propriedade «material» da participação social e o titular do direito de voto, como sucederá no caso da titularidade fiduciária de participações sociais, em que o fiduciário fique obrigado a respeitar as instruções do transmitente, principal interessado na preservação do seu investimento, no longo prazo²⁷⁹⁻²⁸⁰.

²⁷⁸ Ao contrário do que sucede quanto à situação do usufrutuário da participação social, o credor pignoratício não é, regra geral, titular do direito de voto, sem embargo de às partes ser admitida convenção em contrário (artigo 23.º/4 do Cód. das Sociedades Comerciais); mas se é admitida a atribuição do direito de voto ao credor pignoratício com fins de garantia, não estará naturalmente vedada uma menos extensa compressão dos direitos não patrimoniais do sócio, através da assunção de uma obrigação de votar, em determinado conjunto de matérias, no sentido determinado pelo credor. No direito germânico, além de ser unanimemente reconhecida a possibilidade de concluir um acordo de voto com este recorte, certa doutrina, indo mais longe, aponta, até, para um dever lateral de conduta no sentido de considerar o interesse do credor pignoratício no exercício do direito de voto e, nos casos em que o objecto da deliberação apenas interesse ao credor pignoratício, um dever lateral de votar de acordo com as instruções que aquele houver emitido; v. C. RODEMANN, *cit.*, 19; a mesma orientação vem sendo proposta para a situação do usufrutuário.

²⁷⁹ É a possibilidade de fazer coincidir a «titularidade formal» com a «titularidade material» da participação social que leva K. SCHMIDT, *cit.*, § 21 II, 619, a admitir validade deste tipo de acordos, abrindo uma excepção (juntamente com os casos de vinculações de voto constituídas perante o usufrutuário ou o subparticipante nos casos da *Unterbeteiligung*) à regra da inadmissibilidade dos acordos de voto duradouros concluídos com terceiros. Num sentido próximo, P. ULMER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁴, C. H. Bech, München, 2004, § 717, Ndr. 25 e 26, 325-7, sustenta, no âmbito das sociedades de pessoas, que os acordos parassociais com ter-

4.5. Efeitos de um acordo fundamentante de uma obrigação de voto contrária ao dever de lealdade

I – Tem sido objecto de larga discussão o problema da compatibilidade dos acordos parassociais com as exigências do dever de lealdade imposto ao sócio obrigado. Este problema de âmbito geral nos quadros do direito da parassocialidade assume, mais uma vez, uma coloração especial no contexto de vinculações especificamente assumidas em benefício de não sócios, os quais poderiam procurar aproveitar-se da não extensão, de princípio, dos deveres de lealdade para além das fronteiras da estrutura accionista, para colherem os benefícios de uma deliberação danosa para a sociedade ou para todos ou alguns dos sócios, ficando, em contrapartida, sujeitos aos pressupostos, muito fechados, de uma responsabilidade por abuso de direito²⁸¹.

II – O primeiro passo obriga a distinguir, novamente, em função da determinação do conteúdo do acordo de voto. Sendo a vinculação de voto específica, a intenção de ambas as partes no sentido da emissão de um voto contrário ao dever de lealdade e, nessa medida, lesivo, conduzirá, naturalmente à nulidade do acordo, de acordo com a regra geral do artigo 281.º do Cód. Civil²⁸². Daqui decorre que nem todas as obrigações de votar num sentido

ceiros só valerão na medida em que o terceiro ocupe uma posição economicamente equivalente à de um accionista ou detenha um interesse próprio e juridicamente atendível na sociedade ou numa participação social; no caso contrário, além de, em razão do seu concreto conteúdo, podem pôr em questão o «princípio auto-organizativo» ou a competência exclusiva de decisão em matéria de modificações aos estatutos, a vinculação de voto em benefício de terceiro seria funcionalmente equivalente à divisão da participação social.

²⁸⁰ No nosso direito, dir-se-á, ainda caberá neste conjunto de situações as restrições convencionais ao âmbito da liberdade de voto do usufrutuário, ficando este obrigado a respeitar as instruções do sócio relativamente a determinado conjunto de matérias (que vão além das situações relacionadas com direitos indisponíveis ou irrenunciáveis do sócio ou com modificações do contrato de sociedade, as quais já estarão, no silêncio das partes, subtraídas ao campo de determinação do usufrutuário, por força de uma interpretação do contrato conforme com o princípio da proibição de renúncia antecipada dos direitos favorecedora de uma protecção do sócio.

²⁸¹ O problema da vigência de uma específica situação de responsabilidade «por violação do mínimo ético-jurídico» suportável em certa comunidade, num desenvolvimento do direito consentâneo com a construção de uma regra análoga à do § 826 do BGB e, bem assim, da necessidade desse desenvolvimento perante o *Tatbestand* especial do artigo 334.º do Cód. Civil não pode, aqui, ser desenvolvida; v., ainda assim, cf. M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...*, *cit.*, 167, n. 121.

²⁸² Naturalmente, os acordos de voto que conduzam à emissão de instruções de voto contrárias a regras legais injuntivas (por hipótese, regras de protecção de minorias ou a regra da livre des-

contrário ao dever de lealdade serão nulas por contrariedade aos bons costumes²⁸³. Naturalmente, a possibilidade de colisão entre a obrigação de votar e a obrigação de exercício de uma actividade dirigida à obtenção de um fim comum, será cognoscível ao terceiro de boa fé. Porém, não se poderia considerar existir um encargo para o terceiro de saber se o cumprimento do acordo parassocial implicaria um cumprimento ou um incumprimento do contrato de sociedade. Convém não esquecer que, na falta de uma finalidade de protecção de interesses distintos dos dos próprios sócios, a lealdade (bem como a própria confiança que, a par do dever de correcção, lhe está na base como princípio jurídico de abstracção superior) é disponível: obtido o consentimento dos restantes sócios, o resultado da vinculação de voto é livremente integrado no programa de colaboração societária.

III – Já no que respeita aos acordos de voto de conteúdo indeterminado, dificilmente se atingirá o limite da invalidade por violação dos bons costumes. Aqui, caberá discutir, regra geral, a validade e eficácia da concreta instrução de determinação do sentido de voto²⁸⁴. Na situação mais frequente de ilicitude da instrução para o exercício do direito de voto, estará em causa a colisão entre o dever de cumprimento daquela instrução e as vinculações especificamente jus-societárias, em princípio, aquelas que emergem dos deveres de lealdade.

4.5.1. *De novo, o princípio da separação entre a socialidade e a parassocialidade*

I – Parece resultar do elemento literal do n.º 1 do artigo 17.º do Cód. das Sociedades Comerciais um princípio de estrita separação no plano dos efeitos, entre os acordos parassociais e a esfera jussocietária, em termos tais que seria de admitir uma liberdade de conformação dos comportamentos extrassocie-tários com a mesma amplitude com que, em geral, é reconhecida a liberdade de

tituição de administradores) são igualmente nulos. Dentro deste conjunto de casos, têm especial importância os casos de impedimento de voto. Além de ser nulo o caso em que se permite a um sócio a determinação do sentido de um outro num caso de impedimento legal, invoca-se também a ineficácia de uma vinculação de voto em que o credor, sendo um terceiro, se deveria considerar como legalmente impedido caso fizesse parte do grémio societário; nesse sentido, C. RODEMANN, *op. cit.*... Crê-se, entretanto, que não é necessário ir tão longe: a proibição geral de exercício do voto contra a promessa ou recebimento de uma contrapartida é medida bastante para evitar uma situação de conflito de interesses potencialmente danosa.

²⁸³ A. HERFS, *cit.*, 331; (ZÖLLNER, *cit.*, 176).

²⁸⁴ V. MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais...*, *cit.*, 111 ss. e 190 ss..

constituição de obrigações, mesmo quando o não cumprimento simultâneo de todas elas não esteja ao alcance das disponibilidades do devedor. A legitimidade genérica para a constituição de obrigações, corolário da autonomia privada do sócio, conduziria a que uma instrução para o exercício do voto, posto que contrária ao dever de lealdade para com a sociedade²⁸⁵, fosse de considerar tão válida e exigível quanto qualquer outra. A emissão do voto pelo sócio vinculado constituiria, pois, um acto lícito no que se refere ao programa parasocietário conquanto que ilícito na perspectiva das relações jurídicas vigentes com a sociedade.

II – Esta não corresponde, todavia, à posição (ainda) maioritária no direito alemão, que tradicionalmente se mostrou preocupada com o problema da colisão entre as constelações de deveres, tendência agravada pelo desenvolvimento do pensamento da lealdade para além dos quadros das sociedades de pessoas²⁸⁶.

A maioria da doutrina, no direito português como no direito alemão, defende a não vinculatividade das obrigações de voto contrárias ao dever de lealdade. Quanto a este aspecto em particular, acentua-se não tanto a necessidade de protecção perante uma influência externa imposta, muitas vezes, de forma desconhecida aos sócios, mas antes a proibição de se impor a qualquer sócio a emissão de um voto contrário ao dever de lealdade²⁸⁷. Todos os resultados contrários ao dever de lealdade seriam inidóneos a servir de conteúdo do dever de voto emergente de um acordo parassocial, chegando-se, assim, a uma

²⁸⁵ O exemplo tipicamente posto pela doutrina é o da instrução oriunda de um sindicato de voto no sentido da escolha para titular de um órgão de administração de uma pessoa com competência ou qualificação inadequada para o desempenho do cargo; cf. H. LÜBBERT, *Abstimmungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Grossbritannien*, Nomos, Baden/Baden, 1971, 166; H. P. OVERRATH, *cit.*, 72 ss.; MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais, cit.*, 111. No Anteprojecto de VAZ SERRA, cominava-se com a invalidade os acordos de voto que pudessem prejudicar o interesse da sociedade. Entre nós, sustentaram a inexigibilidade do cumprimento da obrigação de voto que colida com o interesse da sociedade, V. LOBO XAVIER, «A validade dos sindicatos de voto no direito português constituído e constituendo», *ROA*, 45 (1985), 653, M. LEITE SANTOS, *Contratos parassociais e acordos de voto nas sociedades anónimas*, Cosmos, Lisboa, 1996, 215 e M. DA GRAÇA TRIGO, *Os acordos parassociais, cit.* (os dois últimos configurando a situação como um problema de conflito de deveres justificante, a resolver através da regra da hierarquia entre os deveres em conflito ou da sua ponderação possível).

²⁸⁶ W. ZÖLLNER, «Zu Schranken...», *cit.*, 171.

²⁸⁷ Defendendo a ineficácia da concreta determinação do voto pelo terceiro: A. HUECK, *cit.*, 406; FLECK, *cit.*, 115 ss.; PRIESTER, *cit.*, 670; K. SCHMIDT, *cit.*, 620; U. NOACK, *cit.*, 148 ss.; C. RODEMANN, *cit.*, 34 ss..

coincidência entre as esferas de autonomia societária e parassocietária²⁸⁸. Não se vê, contudo, razão para sustentar uma prevalência das situações jurídico-societárias sobre as restantes obrigações constituídas ao abrigo da vontade do sócio, nem em termos de determinar a ineficácia da concreta instrução de voto emitida pelo credor²⁸⁹, nem tão-pouco em termos de servir de causa de justificação para o não cumprimento do dever vigente na relação obrigacional, legal ou negocial, para com a sociedade, a ponto de se falar numa inexigibilidade da observância da atribuição parassocietária²⁹⁰. Afinal, o fundamento de validade do acordo de voto é comum ao da obrigação (negocial) de prossecução de uma actividade económica comum no contrato de sociedade; a consequência de negar ao credor – sócio ou terceiro – o direito a exigir o cumprimento da obrigação de votar no sentido indicado (sem sequer permitir-lhe fazer uso das regras do não cumprimento ou da responsabilidade civil!) significaria uma injustificada desconsideração do princípio do contrato e uma violação insuportável da liberdade negocial do credor²⁹¹.

III – Uma «terceira estratégia» dirigida à prevenção de conflitos deste tipo encontrou-a Zöllner na sua crítica à «teoria da complementaridade entre a vinculação de voto e a vinculação social». Sendo o ponto de partida a validade e eficácia, de princípio, dos acordos de voto, o reconhecimento de deveres de comportamento laterais justificados pela prévia aceitação da integração num contrato de escopo comum, conduziria a aceitar que as obrigações extrassocie-

²⁸⁸ U. NOACK, *cit.*, 147, fala, neste ponto, de «uma ordem societária unitária» (*einheitlichen Verbandsordnung*) que deve valer não só no plano societário interno mas também na parassociedade.

²⁸⁹ Relembramos que são aqui visados os acordos de voto de conteúdo indeterminado; quanto aos demais, a questão da contrariedade da obrigação de voto com o dever de lealdade obriga à averiguação do conhecimento e, pelo menos, da adesão do credor à hipótese de emissão de um voto ilícito, em termos de que se deu já conta.

²⁹⁰ Neste sentido, ANA FILIPA LEAL, *cit.*, 171; M. CARNEIRO DA FRADA, «Acordos parassociais omnilaterais», *cit.*, 123 e ss e, na doutrina alemã, A. HERFS, *cit.*, 317 ss. e C. WEBER, *cit.*, 348.

²⁹¹ Sem podermos aprofundar o ponto, parece, de igual modo, estar afastada uma situação de «impossibilidade moral de cumprimento», por não estarem em jogo valores fundamentais do sistema jurídico expressos pela ideia de boa fé; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, I, *cit.*, 687 ss.; IDEM, *Da modernização do direito civil I: Aspectos gerais*, Almedina, Coimbra, 2004, 111; cf. MARIA DE LURDES PEREIRA, *O conceito de prestação e o destino da contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2002, 79 ss. (notando que a expressão «impossibilidade» não é aqui usada em termos técnicos, mas antes uma situação de saber se o credor pode exigir o cumprimento em casos de conflito de consciência ou em situação de constrangimento do devedor por motivos não económicos, constituindo um caso de abuso de direito, *cit.*, 83, n. 202; P. MOTA PINTO, *Interesse...*, II, *cit.*, 1234-5, n. 3447, fazendo referência ao novo § 275 [3] do BGB.

tárias seriam admissíveis se e na medida em que com estas não colidissem. Aceitar que a eficácia das obrigações de voto se limitava à liberdade de voto atribuída ao próprio sócio obrigado significaria uma aparente contradição com as regras gerais do direito privado, exigindo, por isso, uma fundamentação qualificada²⁹². O A. apresenta o exemplo de um sócio G, titular de uma participação que lhe atribui 51% dos direitos de voto, que se obriga perante um cliente K a votar, na assembleia geral, em sentido favorável ao da conclusão de um contrato envolvendo quantias avultadas entre a sociedade e o terceiro K; as condições oferecidas por K seriam, por sua vez, francamente menos favoráveis para a sociedade do que as praticadas pelo seu concorrente K². Antes de se perguntar pela eficácia do acordo de voto, e, assim, da vinculatividade da instrução de K, há que ponderar as consequências da emissão de um voto concordante de G no plano jussocietário. Ainda que K, usando de prudência exigida pelo caso e demonstrando ter interesse processual, houvesse obtido uma decisão judicial no sentido da condenação de G a votar favoravelmente à celebração do contrato, tal voto não deixaria de ser contrário ao dever de lealdade e, como tal, ineficaz perante a sociedade²⁹³. Perante um eventual preceito estatutário atributivo de um poder-dever de apreciação da validade das deliberações, o presidente da mesa da assembleia não consideraria o voto emitido para a formação da deliberação e recusaria a formação de uma decisão no sentido da conclusão do contrato²⁹⁴. No caso de não exercício desta competência pelo presidente da mesa da assembleia, os sócios minoritários poderiam ainda recorrer à acção de anulação da deliberação social. Além disto, nos casos em que este controlo interno e preventivo da licitude dos votos não existisse (como seria o caso nas sociedades de responsabilidade limitada), poder-se-ia lançar mão de uma acção de simples apreciação do resultado deliberativo (*Beschlußergebnis*), no âmbito da qual não seria, sequer, invocável uma excepção de caso julgado por falta de identidade de partes. De acordo com este entendimento, a tutela eficaz dos interesses societários dispensaria um juízo de ineficácia do acordo parassocial; *de facto*, na medida em que o válido exercício jurídico do sócio colidisse com a lealdade para com a sociedade, a vinculação societária acabaria por beneficiar,

²⁹² *Idem, ibidem*, 172 ss..

²⁹³ *Idem, ibidem*, 174.

²⁹⁴ No direito português, considerando que o presidente deve recusar os votos ilícitos ou indevidos (como sucederá com os votos que violem proibições legais, contundam com a unidade do voto ou provenham de representantes não autorizados) e negando mesmo a possibilidade de recurso para a assembleia, A. MENEZES CORDEIRO, *SA: Assembleia Geral e Deliberações Sociais*, Almedina, Coimbra, 2009 (reimp. de 2006), 77.

em última análise, de uma valoração superior, manifestada pela disponibilidade de um meio de tutela mais eficaz da atribuição devida²⁹⁵. Daqui conclui Zöllner estar-se perante um caso de impossibilidade subjectiva do cumprimento da obrigação, pela qual o devedor deverá responder se tiver agido com culpa²⁹⁶. Não seria apropriado falar-se aqui de impossibilidade objectiva, porquanto o sócio poderia ultrapassar a ineficácia do voto resultante da contrariedade ao dever de lealdade ou ao princípio do tratamento igualitário entre todos os sócios através da obtenção do consentimento dos restantes sócios não obrigados ou do sócio prejudicado, respectivamente: a causação do resultado devido seria objectivamente possível, nomeadamente através do consentimento de outros sócios. O acordo de voto só seria nulo se a emissão dos votos impostos conduzisse à violação de regras injuntivas. Já não se trataria de impossibilidade, quer objectiva, quer subjectiva, a situação em que o dever de prestação principal do sócio consistisse na mera emissão do voto no sentido determinado pelo credor, independentemente de se vir a considerar o voto como eficaz perante a sociedade²⁹⁷; só dificilmente a configuração do conteúdo da prestação devida surgiria expressamente no contrato, e a questão dependeria sempre da interpretação do texto negocial, sendo mais verosímil supor-se que as partes tivessem querido uma obrigação de votar assim definida nos casos em que se estivesse em dúvida sobre se a mesma ainda se via compreendida no espaço de liberdade de conformação do voto pelo sócio. Em caso de dúvida, a obrigação devida é a de emitir um voto eficaz. Ainda que conducentes, regra geral, a situações satisfatórias, as anteriores tentativas de tornar compatíveis a liberdade de voto e o sentido prescrito da pertença à assembleia geral fundavam-se, afinal, em argumentos reconhecidamente tidos por improcedentes para a situação geral de assunção de obrigações incompatíveis (*Doppelverpflichtung*), de que a particular situação do sócio seria apenas mais um caso. Há que reconhecer que ambos os deveres, os societários e os parassociais, são válidos: só a particularidade de a eficácia do voto se ver condicionada à não violação de regras ou princípios de direito

²⁹⁵ *Idem, ibidem*, 175.

²⁹⁶ Não faltando quem, mesmo antes da lei de modernização do direito das obrigações já afirmasse a existência de uma obrigação de indemnizar mesmo nos casos em que o devedor não houvesse agido culposamente (cf., por ex., K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*¹⁴, I, C.H. Beck, 1987, 101: quem assume uma obrigação deve certificar-se de que pode garantir o respectivo cumprimento, impendendo sobre si uma espécie de «dever de garante» pela possibilidade subjectiva de cumprimento (W. ZÖLLNER, *loc. cit.*).

²⁹⁷ W. ZÖLLNER fala de um exercício de um voto «de facto», embora se pareça antes dever falar de uma obrigação de meios ou de uma «obrigação de tentar votar».

societário – entre o que se conta o dever de lealdade – justifica um afastamento relativamente às regras civis gerais²⁹⁸⁻²⁹⁹.

4.5.2. *O exercício do voto em violação do dever de lealdade: um limite ao princípio da separação*

I – Tomando posição no debate, o primeiro ponto a ser assinalado é a da destrinça, de princípio, entre a eficácia civil e a eficácia corporativa ou jusso-cietária dos acordos de voto³⁰⁰, feita derivar a partir do artigo 17.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais. É, pois, pensável um acordo de voto (ou uma instrução de voto, no caso de um acordo de voto de conteúdo indeterminado) simultaneamente lícito na órbita dos efeitos externos ou parassocietários e ilícito no plano interno ou corporativo³⁰¹. O contrato de sociedade é tão instru-

²⁹⁸ A jurisprudência dos tribunais superiores parece, contudo, seguir outra orientação. Já se considerou ser de afastar a cláusula penal num caso em que o sócio, em incumprimento de um acordo de voto, decidira votar no sentido da destituição de um administrador. Considerou-se, então, que o «manifesto desinteresse e desleixo do administrador no que tange os destinos da empresa» excluiria a culpa do sócio inadimplente: Ac. STJ 11-Mar.-1999 (Garcia Marques), *BMJ*, 485 (1999), 432. Noutro caso, entendeu-se que seria inexigível ao sócio eleger para a administração pessoa «que não reúna as condições mínimas para exercer o cargo e cuja prestação pode afectar negativamente os interesses societários», em virtude da sua escassa disponibilidade para acompanhar a vida da empresa, Ac. TRCr. 26-Jan.-2010, Proc. n.º 1782/08.7TBRD.C1: o seu comportamento não seria culposo e, ainda que assim não se considerasse, sempre que o pactuado se manifestasse prejudicial aos interesses da sociedade, poderia o obrigado furta-se a emitir o voto, fosse com base na interpretação ou integração adequadas do contrato, fosse com base na ideia do abuso do direito.

²⁹⁹ Para M. HABERSACK, *cit.*, 9 e B. GRUNEWALD, *cit.*, 38 ss., a posição de ZÖLLNER acaba por coincidir, no resultado, com a teoria tradicional, na medida em que a «complementariedade» entre ambas as obrigações deveria ser procurada por via da interpretação do acordo de voto. Para os últimos AA. citados, a vontade presumível das partes não será a manter o sócio obrigado a emitir um voto ilícito, sabendo-se que a partir dele não poderão ser obtidos os efeitos na esfera societária que representam o próprio conteúdo da atribuição do sócio. Não parece, contudo, nem que esta seja uma correcta interpretação do entendimento de ZÖLLNER, nem que esta seja uma proposta satisfatória: interpretar o acordo de voto de acordo com a relação obrigacional de sociedade parece supor uma ideia de prevalência das vinculações societárias sobre as extra-societárias – que recusamos, pelas razões que descrevemos no texto – e conduziria ao resultado potencialmente atentatório da autonomia privada de impor às partes um determinado significado para a instrução de voto emitida, ainda que a vontade de ambas as partes haja sido a da constituição de uma obrigação de emitir um voto contrário ao dever de lealdade.

³⁰⁰ M. CARNEIRO DA FRADA, «Acordos parassociais omnilaterais», *cit.*, 109 ss..

³⁰¹ Que os deveres de lealdade relevam apenas no plano societário, notou-o também C. WEBER, *cit.*, 349 ss.: esta é, aliás, a solução que para este problema decorre dos princípios gerais do Direito

mental para a realização dos fins do sócio quanto o acordo parassocial e ambas as manifestações da competência jurígena do sócio, são igualmente dignas de reconhecimento pela ordem jurídica.

Deste ponto não deve, porém, seguir-se a aceitação de um princípio de separação estrita entre ambos os negócios jurídicos. Como nota Carneiro da Frada, «o posicionamento recíproco das regras societárias e dos acordos parassociais é móvel. [...] O dogma da acessoriedade é, portanto, relativo»³⁰². O A. tem em vista a situação particular dos «acordos omnilaterais», nos quais a vinculação conjunta de todos os sócios permitiria ultrapassar o princípio da insensibilidade da esfera societária aos acordos parassociais³⁰³ e mesmo permitir invocar uma tutela jussocietária daquele tipo de acordos, argumentando igualmente com a relação de união de contratos que frequentemente caracteriza a relação entre o contrato de sociedade e o acordo de voto, a relevância do segundo como instrumento relevante na interpretação do primeiro ou na valoração específica de certos comportamentos entre os sócios (em termos de justificarem, também, deveres laterais de comportamento). Independentemente da força de convencimento deste entendimento – que nos atinge – crê-se ser esta apenas uma das constelações típicas de situações de complementaridade ou de interacção entre a socialidade e a parassocialidade, em termos que permitem falar de um afastamento do princípio da separação entre ambos os planos. Desde logo, pode suceder – e, como se verá, deve mesmo assumir-se ser esta a regra geral – que o acatamento de instruções de voto contrárias a regras de direito societário, a deveres principais de prestação ou a deveres laterais de comportamento não obsta à invocação de regras de direito societário adequadas a afastar os efeitos de um acto jurídico lesivo de bens jurídicos societários.

É neste ponto que a tese principal de Zöllner merece ser seguida: o voto contrário ao dever de lealdade é, em princípio, inoponível à sociedade. Este resultado não é, de resto, um produto de regras institucionais específicas do direito das sociedades. De entre as várias analogias entre o negócio jurídico e o direito da perturbação das obrigações pairam aqueles casos em que a ilicitude não pode ser desacompanhada de um juízo de ineficácia. Em particular, é isso que tende a suceder nos casos em que o cumprimento do dever (seja de prestação, seja de comportamento acessório) tenha por conteúdo a realização de

privado. De acordo com o «direito das perturbações da obrigação», perante a assunção de duas obrigações de cumprimento simultâneo impossível, o devedor permanece vinculado ao cumprimento de ambas.

³⁰² M. CARNEIRO DA FRADA, «Acordos parassociais omnilaterais», *cit.*, 121.

³⁰³ Cf. ponto seguinte.

um acto jurídico³⁰⁴. Saber se estes casos pertencem ainda à ineficácia em sentido estrito é uma questão que não poderíamos ver tratada aqui, pois que ela sempre teria de ser precedida de uma cuidada investigação histórico-cultural e dogmática do direito da invalidade³⁰⁵. Ainda assim, parece ser possível identi-

³⁰⁴ Vale bem a pena reproduzir as palavras de M. CARNEIRO DA FRADA, «Acordos parassociais omnilaterais», *cit.*, 123: «[e]m geral, perante um inadimplemento contratual, a ordem jurídica reage procurando apagar, na medida do possível, todas as consequências desse incumprimento, e dota para isso a parte fiel dos meios adequados para tal efeito. Deste modo, se o incumprimento se traduziu na prática de um acto jurídico (desencadeador de consequências jurídicas), esse acto não vale (ao menos enquanto tudo se passar inter partes). Ele não surte portanto, os efeitos a que tendia ou que poderia produzir na esfera do contraente inocente, visto que consubstancia um inadimplemento que o Direito reprova e a que, nesse medida, se opõe./A ilicitude está assim, via de regra, coligada à ineficácia. Essa ineficácia é originária porque impeditiva, ab initio, da produção de efeitos».

³⁰⁵ Como é sabido, as categorias gerais da «invalidade» ou de «ineficácia» não eram conhecidas do direito romano, surgindo o termo *nullum* (e, bem assim, muitos outros com significado semelhante, como *non valere*, *effectum non habere*, *inefficax*, *inutilis*, *non licere*, etc.) associado à inexistência ou à propriedade de «não produzir efeitos» ; v. A. MENEZES CORDEIRO, *Da confirmação...*, *cit.*, 72 e A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano*³, I, Coimbra Ed., Coimbra, 2006, 219 (salientando, porém, que a inexistência de uma teoria da ineficácia ou a infixidez terminológica não impediu o surgimento no direito romano da ideia nuclear de diferentes modalidades de negócios inexistentes, inválidos e ineficazes em sentido estrito). A autonomia de um regime específico e menos grave de ineficácia para certo tipo de negócios parece ser proveniente do *ius honorarium*, em que o pretor podia usar de vários expedientes para impedir a produção de certos efeitos associados a negócios que não poderiam ser considerados como nulos à luz do *ius civile*, com base numa *exceptio*, na *actio doli*, na *actio quod metus causa*, na *denegatio actionis* ou nas amplas possibilidades conferidas pela *in integrum restitutio* (não reconhecimento, a título extraordinário e por motivos de equidade, dos efeitos de um facto ou acto válido perante o direito civil). Com efeito, esta última cobria casos excessivamente heterogêneos para se manterem dogmaticamente integrados ao longo da evolução conceptualizante do direito da ineficácia dos negócios. Seguindo A. SANTOS JUSTO, os pressupostos da *in integrum restitutio* seriam, no período clássico: (i) a causação de um prejuízo, em virtude da aplicação estrita do *ius civile*; (ii) a existência de uma causa justificativa para a não produção de efeitos (de natureza muito diversificada, podendo consistir *ob aetatem*, *ob absentiam*, *ob capitis deminutionem*, *ob errorem*, *ob metum*, *ob dolum*, *ob fraudem creditoris*: ULPIANUS, D. 4,1,1: *Utilitas huius tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive absentia inciderunt in captionem*; ID., D. 4,1,2: [...] *sive per status mutationem aut iustum errorem*); (iii) em princípio, a inexistência de formas de tutela que permitam a reparação do prejuízo sofrido. Ao contrário do que viria a proceder no movimento de «substancialização» de figuras processuais, a partir período pós-clássico, o procedimento supunha uma *postulatio*, um pedido de protecção dirigido ao pretor de modo a evitar a suportação de um dano (funcionando, em certo sentido, como o contrário da *stipulatio praetoria* – SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, I, Coimbra, 1984, 311); uma vez decretada a providência, repunha-se a situação jurídica que pré-existia à conclusão do negócio injusto, o qual passava a considerar-se inexistente (SEBASTIÃO CRUZ, *cit.*, 313). Mais tarde passa a falar-se num *bene-*

ficium restitutionis, susceptível de ser obtido directamente pelo magistrado. Com Justiniano, estes casos passam a ser entendidos, com os de *exceptio doli*, como casos de anulabilidade, embora se entenda que mesmo então, não se havia superado plenamente a ineficácia civil e a ineficácia pretoriana (HONSELL/MAYER-MALY/SELB, *Römisches Recht*, Springer, Wien, 1987, 115). É de notar que, no direito romano, a *ineficácia relativa*, como forma de ineficácia que atinge o negócio desde a sua conclusão e opera a favor de determinadas pessoas não parece ter sido conhecida pelo direito romano (M. KÄSER, *loc. cit.*). O A. que mais influenciou a moderna teoria da ineficácia – SAVIGNY – distinguia entre: uma invalidade plena (*vollständig*), em que o facto não produzia qualquer efeito; uma invalidade não plena (*unvollständig*), que compreendia um conjunto alargado de casos (existência de acções, de excepções, de obrigações contrárias à eficácia do acto, toda a fenomenologia da *restitutio in integrum* e a *possessio contra tabulas* (A. MENEZES CORDEIRO, *Da confirmação...*, *cit.*, 77, citando F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, IV, Berlin, 1841, 537). A invalidade não-plena estava dependente da vontade de uma pessoa, que poderia paralisar uma pretensão alegadamente fundada num negócio jurídico quando se tivesse verificado uma postergação das margens de liberdade de conformação da liberdade negocial; nestas compreendiam-se também situações hoje remetidas para a categoria da ilicitude dos actos jurídicos. Tudo isto ocorria com flutuações: por ex., se o cumprimento de obrigações poderia, para alguns caber no conceito de invalidade (F. C. VON SAVIGNY, *System...*, IV, *cit.*, 542), para outros o problema pertence sempre aos efeitos obrigacionais do negócio nunca tocando a sua fonte produtiva (B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁶, I, Frankfurt am Main, 1887, 246, nota [1]). Com a pandectística está, de facto, adquirida a contraposição esclarecida entre «invalidade» e «ineficácia em sentido estrito»: na primeira, a não produção de efeitos ocorre por força de vícios ocorridos no próprio plano do negócio jurídico (desconformidade «interna» do negócio com a ordem jurídica); já na segunda, a não produção de efeitos não se deve à falta de um requisito ou pressuposto de existência ou validade do negócio, mas antes à ocorrência de razões que lhe são exteriores (*id.*, *ibidem*, 79; v. tb V. SCALISI, «Inefficacia», *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1958, 322 ss., especialmente 333 a 338). Já em GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito Civil Português*, I, Coimbra, 1907, 508 se lê que «o conceito de nullidade é portanto mais restricto do que o de inefficacia, pois que um negocio juridico póde deixar de produzir effeitos, embora na sua constituição se tenham verificado todos os requisitos exigidos por lei. É o que succede nos actos juridicos condicionaes e nos que pressuppõem um determinado estado de facto. Nestes casos, a efficacia do negocio juridico fica dependente de se realizarem ou subsistirem certos factos em virtude da vontade das partes declarada ou presumida, e não porque haja no negocio juridico qualquer vicio, quer em relação á determinação da vontade, quer ao objecto, quer ao modo por que a vontade se manifestou». Também MANUEL DE ANDRADE fala, quanto à distinção entre ineficácia *latu sensu* e ineficácia *stricto sensu* de «falta ou irregularidade quanto aos elementos internos do negócio» a propósito da nulidade e de «uma falta ou irregularidade de outra natureza», quanto à irregularidade (*Teoria Geral da Relação Jurídica* [9.^a Reimp], II, Almedina, Coimbra, 2003, 411); posição semelhante é a sustentada por I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos*³, Almedina, Coimbra, 2003, 357. Assim, parece ser pelo menos possível afirmar a existência de boas razões para acreditar que as categorias abertas que estão na base das ineficácias modernas permitiram acomodar os casos de formação de negócios claramente ilícitos, porque contrários à força normativa privada de preceitos negociais. A ordem jurídica não pode tolerar que os efeitos desse negócio não possam ser expurgados da relação jurídica mediante o exercício de uma pretensão

do interessado, assim evitando que ele viesse a sofrer um «dano» (tomando a noção num sentido não coincidente com o respectivo significado actual). É certo que as hipóteses de ineficácia em sentido estrito apontadas pela doutrina resultam de proposições especificamente previstas na lei: (i) os negócios concluídos pelo insolvente após a declaração de insolvência (artigo 81.º do CIRE); (ii) os negócios sujeitos à impugnação pauliana (artigos 610.º ss. do Cód. Civil); (iii) a inibição dos direitos de voto e do direito a dividendos no caso de não cumprimento da obrigação de lançamento de uma oferta pública de aquisição (artigo 192.º do Cód. dos Valores Mobiliários). E reconhece-se que daqui se tem feito derivar o entendimento de que só nestes casos se poderia ver uma ineficácia deste tipo, reservando-lhe, assim, o lugar de uma categoria residual. Mas crê-se que a este modo de ver as coisas se pode contrapor que o sistema das invalidades vive de «um movimento de oscilação», entre «as diversidades de origem» e «as tendências diversificadoras ligadas ao casuismo de certas intervenções legislativas», que assume «feição de uma certa multiplicação das manifestações de ineficácia» (A. MENEZES CORDEIRO, *Da confirmação...*, cit., 78). A integração dos casos de restrição dos efeitos por violação de deveres pré-existentes na categoria da ineficácia em sentido estrito não parece chegar a romper os quadros clássicos da teoria da ineficácia fornecidos pela pandectística, com as adaptações reclamadas pelo surgimento de certas figuras periféricas. Basta entender que ainda é de ineficácia do que se trata quando as razões fundamentais da recusa da oponibilidade de certos efeitos de um negócio a um terceiro se cifram na violação de deveres de comportamento impostas, heteronomamente, pelo ordenamento e que seria infligir grave a lesão à consistência do sistema aceitar a vigência de limites à autonomia privada com base em disposições específicas de fonte legal e recusá-las *em todos os casos* em que esse exercício significasse uma evidente perturbação de uma atribuição previamente acordada. Fala-se em «em todos os casos» uma vez que é evidente que nem todos os negócios contrários a uma obrigação pré-existente serão ineficazes: isso sucede no caso de uma resolução sem fundamento ou de um voto ilícito, mas já não no de um acordo com um terceiro originador de um dever de prestação principal de cumprimento incompatível com um outro anteriormente constituído, por força da regra da legitimidade genérica para a constituição de obrigações. O que explica a inoponibilidade dos efeitos a determinado sujeito no primeiro conjunto de casos é o não preenchimento de determinadas condições de eficácia dos efeitos estruturalmente associados ao conteúdo do acto. Se esses requisitos já resultam do regime específico da resolução (seja legal ou convencional), outros derivarão da concretização de princípios gerais dotados de jurídica-positividade como o princípio do cumprimento da obrigação de acordo com o princípio da boa fé. Nos casos em que se preveja a celebração de actos jurídicos no contexto da execução do contrato entre determinadas partes, os parâmetros funcionais da competência jurígena não se aferem, então, com indiferença pelos deveres vigentes na relação que a antecede e a justifica: a relação obrigacional surge como que uma relação-quadro, concorrente na definição dos quadros de licitude dos exercícios de autodeterminação posteriores. Como a violação daqueles deveres só pode afectar as restantes partes da relação-quadro, as restrições à produção de efeitos só encontram justificação na necessidade de lhes garantir uma protecção satisfatória: daí que, à semelhança da chamada «invalidade relativa», ela só respeite a determinadas relações obrigacionais, não afectando os efeitos produzidos na esfera de terceiros. Ao contrário da «invalidade relativa», porém, tais restrições operam automaticamente e *ab initio*, não se exigindo o exercício de um direito a fazer valer o regime da invalidade. Há, quanto a nós, analogia com os casos comunmente enquadrados pela doutrina germânica na «ineficácia relativa» (*relative Unwirksamkeit*), os quais compreendem a *Vor-*

car diversos interstícios entre o direito do negócio jurídico (e, em particular, no regime da invalidade) e o «direito da obrigação» cujo preenchimento, de forma sistematicamente integrada, só pode ser realizado por um desenvolvimento imanente ao direito de institutos civis gerais, como a boa fé, o direito do não cumprimento, a responsabilidade civil ou a tutela antecipatória. Em muitos casos, tal desenvolvimento conduz à criação, no caso, de uma norma que evidência, nos efeitos, uma aproximação da situação de proibição de uma regra de comportamento aos casos de não observância dos pressupostos e requisitos de validade e eficácia *stricto sensu*. De novo: a abordagem destes casos de conexão de sentido entre o direito da invalidade, de um lado, e do direito do não cumprimento ou da responsabilidade civil, por outro, exige a tarefa monumental do estudo da dogmática de cada um dos institutos, da identificação de analogias entre casos a eles ainda pertencentes e, por fim, da descoberta, por indução, de princípios jurídicos ou de proposições jurídicas intermédias. Em qualquer caso, pode afirmar-se que o exercício válido da autonomia privada pode, em situações como as visadas neste ponto do trabalho, conduzir à inoponibilidade a

merkung (§ 883 [II] e § 888 do BGB) e a violação de proibições legais de alienação (§ 135 e § 136 do BGB); D. MEDICUS, *cit.*, 196; K. LARENZ/M. WOLF, *Allgemeiner Teil...*⁹, *cit.*, 809-813. Discute-se se este tipo de situações de ineficácia relativa podem encontrar apoio teórico na chamada «teoria dos efeitos duplos» (*Doppelwirkungen*), da autoria de T. KIPP («Über Doppelwirkungen im Recht», *Festschrift für Martitz*, 1911, 211 ss.): nada haveria a opor a uma dupla fundamentação do mesmo efeito jurídico, sendo possível que se constituam várias obrigações de realizar uma mesma prestação (dois títulos de uma mesma prestação) considerando-a merecedora de acolhimento nos seus aspectos globais, v. B. OELLERS, «Doppelwirkungen im Recht?», *AcP*, 169 (1969), 67 ss.; M. TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação*, Almedina, Coimbra, 1988, 303, com indicações; K. ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*¹⁰ (trad. de *Einführung in das juristische Denken*⁸ da autoria de J. Baptista Machado), F. C. Gulbenkian, Lisboa, 2008, 65 ss. e K. LARENZ/M. WOLF, *loc. cit.*. Duvidando da justeza da teoria ou da sua inadequação como fundamento dogmático da ineficácia relativa, v. V. SCALISI, *cit.*, 351 ss.. Importa, em qualquer caso, não confundir o problema dos efeitos duplos na metodologia jurídica com a teoria moral dos efeitos duplos, que se entende ter sido formulada primeiramente por S. TOMÁS DE AQUINO (na sua fundamentação da legítima defesa, em *Summa Theologica*, II, Q. 64, art. 7), e que, não obstante toda a discussão em torno do seu significado, tem a sua proposição fundamental na ideia de que um acto causador de um mal pode ser considerado como permitido, desde que o mal causado tenha sido provocado como um efeito lateral da acção (e não como um meio de obter ou causar um resultado *per se* tido por positivo), desde que a acção se tenha como moralmente boa ou, pelo menos, indiferente, que o efeito do bem tenha sido querido pelo agente e não o mal, que o mal não seja o meio prosseguido para a obtenção do bem e um argumento de proporcionalidade (que exija uma razão proporcionalmente relevante para a causação do efeito maligno): A. MCINTYRE, «Doctrine of double effect», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, in <http://plato.stanford.edu/entries/double-effect/>.

outrem dos efeitos associados ao acto de autovinculação. É evidente que, numa perspectiva conceptual, a solução apontada está longe de implicar uma confusão ou a necessidade de superação das categorias gerais da validade e da licitude, muito pelo contrário: para a previsão de muitas normas de direito privado, interessará apenas o carácter antijurídico ou contrário ao direito, enquanto que para outras estará apenas em questão a susceptibilidade de preenchimento das condições de satisfação do agir jurídico-negocial.

II – A partir de uma perspectiva centrada na teoria da norma, pode questionar-se se a validade e a eficácia não serão juízos associados à aplicação de diferentes categorias de normas.

As valorações relacionadas com a validade de actos jurídicos dependeriam do não preenchimento de normas constitutivas, enquanto os juízos do segundo tipo resultariam do preenchimento da previsão de normas regulativas. A distinção de origem anglo-saxónica tem origem, como se sabe, na distinção posta por John Rawls entre as *rules of thumb* («regras *prima facie*») e as *rules of practice* («regras institucionais») ³⁰⁶ ainda que se possa ver nela um desenvolvimento da distinção wittgensteiniana entre seguir uma regra e comportar-se de acordo com uma regra. A existência de regras *prima facie* prendia-se com a impossibilidade de fazer aplicar, eficazmente e sem falhas, o princípio utilitarista a todos os casos, consistindo numa generalização de soluções prévias, testadas pela experiência, a casos concretos semelhantes ao decidendo; a acção a que a norma se refere pré-existe à própria norma e dispensa o recurso a uma prática. Já as *rules of practice* definem uma prática segundo por princípios especificamente utilitaristas; quando alguém realiza uma acção observando determinada prática só se pode descrevê-la adequadamente por referência à própria prática. Em coerência com o pensamento utilitarista, as primeiras poderiam ser afastadas quando o «todo» fosse favorecido pelo afastamento da regra, ao contrário do que sucederia com as regras que fundam uma prática (como as regras convencionais de um jogo,

³⁰⁶ JOHN RAWLS, «Two concept of rules», *The Philosophical Review*, Vol. 64, 1, 1955. Sobre a distinção destes dois tipos de regras e a teoria dos actos de linguagem que lhe seguiu, v. C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1992, 127 ss., para quem o negócio jurídico é «o acto de direito privado dotado de performatividade, reflexibilidade e auto-suficiência estrutural». Para uma crítica à tese da possibilidade de estipulação de um sistema de regras ou instituições linguisticamente pressupostas apto a definir a constitutividade de actos de natureza não linguística ou não estritamente linguística, ainda que com expressão linguística – como é o caso do direito – v. A. CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra, 2003, 239 ss..

da linguagem ou da promessa). Esta distinção desenvolvida e aprofundada pela ideia de performatividade de J. L. Austin³⁰⁷: através do uso de certos enunciados (os performativos), o enunciante não se limita a dizer alguma coisa, mas está logo, através do uso da linguagem, a fazer certa coisa. Os enunciados performativos podem ser válidos ou inválidos, dependendo da satisfação de diversos requisitos: a vigência de um convenção que permita a obtenção de determinado efeito; que as pessoas e as circunstâncias em que o enunciado é proferido sejam as apropriadas segundo aquela convenção; que o processo seja seguido de forma correcta e completa. Perante a dificuldade de distinção concreta entre os enunciados constativos e os performativos da verificação que alguns dos actos performativos tinham como condição de satisfação a veracidade de certas alegações de facto, Austin reformulou a sua tese inicial acerca da performatividade, tendo num segundo momento do seu pensamento ensaiado uma teoria geral dos actos de linguagem, defendendo a possibilidade de analisar, perante qualquer acto de linguagem, os seus aspectos locutório, ilocutório e perlocutório³⁰⁸. O acto locutório tem um significado; o ilocutório tem certa força ao ser proferido e o perlocutório constitui o modo de alcançar certo resultado proferindo o enunciado³⁰⁹. Este caminho veio a ser percorrido até às últimas conseqüências pelo principal seguidor de Austin, John Searle, que, no essencial, veio a contestar a autonomia dos actos locutórios, no sentido de que se tratava em relação aos actos ilocutórios apenas de um diferente rótulo para o mesmo acto de linguagem, passando a propor a tese da possibilidade de análise do «conteúdo» (*content*) e da «força» (*force*) de qualquer acto de linguagem³¹⁰. Seguindo a proposta inicial de Rawls, Searle apresenta, então, a distinção entre normas constitutivas e normas regulativas: as primeiras instituem práticas e criam novas formas de comportamento que apenas podem ser descritos por referência à própria prática, enquanto as segundas teriam em vista comportamentos com

³⁰⁷ *How to do things with words*, Clarendon University Press, Oxford, 1962.

³⁰⁸ J.L.AUSTIN, "Performative utterances", in *Philosophical papers*, 3.ª ed., Oxford, 1979, 247 ss..

³⁰⁹ Segundo Austin, a não verificação das condições de satisfação de um acto ilocutório poderia conduzir a «*misfires*» (casos em que não se chega a ter um acto de linguagem mas um mero uso da linguagem – é caso da cerimónia de casamento conduzida por quem não tem poderes para tal) ou a «*abuses*» (casos em que ao acto de linguagem falta o requisito da sinceridade).

³¹⁰ J. SEARLE, *Speech acts – An essay in the philosophy of language*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 1969. Em J. SEARLE/VANDERKEVEN, *Foundations of illocutionary logic*, Cambridge Univ. Press, 1986, sustenta-se a caracterização da força ilocutória de um acto de linguagem em função de sete critérios: o fim ilocutório; a força do fim ilocutório; a forma de se atingir o fim ilocutório; as condições de conteúdo proposicional; as condições preparatórias; as condições de sinceridade; o grau de força de sinceridade das condições.

existência independente da regra. Para o A., a distinção não se esgotaria numa diferente estrutura da proposição normativa associada a cada uma das normas: ambas as regras poderiam, de facto, ser descritas da forma «praticar X, no contexto Y, equivale a Z»; ponto essencial é que «Y» não seja aqui uma mera especificação da própria norma.

Este modo de estabelecer as modalidades de normas foi posto em causa por Joseph Raz, para quem a distinção é, no essencial, uma questão de perspectiva, correspondendo mais a diferentes descrições da mesma regra do que a distintos pares de regras. Raz dá como exemplo os pares de descrições: (a) «entregar € 50 ao Senhor João» (b) «pagar impostos»; (a') dizer «eu prometo» e (b') «prometer». Segundo o A., (a) e (a') seriam descrições que especificam comportamentos que sempre poderiam ser descritos independentemente da existência de quaisquer regras; corresponderiam, na classificação de Searle, a actos regulativos. Já as descrições (b) e (b') especificam acções que não poderiam ser descritas enquanto tal sem apelo à regra a que se referem; tratar-se-ia, então, de uma regra constitutiva. Dado que semelhante par de descrições se encontra disponível para qualquer regra, não seria possível continuar a falar de diferentes tipos de regras, mas de diferentes tipos de descrições da mesma regra. Contra o argumento de que para a assunção voluntária da promessa através da realização do acto performativo sempre seria necessário uma regra sobre a constituição da promessa, Raz alega que a mera possibilidade da descrição normativa é possível quando exista a crença do enunciante quanto à vigência de semelhante regra e, mais importante, porque não poderiam ser confundidas as acções normativas e acções naturais e as suas descrições: a descrição dos actos normativos, para ser completa, pressupõe, sempre, a referência a uma regra, ou seja, quando haja uma regra que regula ou constitua um comportamento, a descrição desse comportamento, para ser normativa terá de referir-se a uma regra³¹¹. Além disto, não havia sido explicitada a força normativa das regras constitutivas, com a conseqüente recondução a regras de obrigação («mandatory rules»), de permissão («permissive rules») ou de competência («power-conferring rules»). A qualificação das regras constitutivas – de entre as quais se conta, logo, a autonomia privada – como regra de competência acaba por não esclarecer, porém,

³¹¹ Frisando a possibilidade de uma formulação estruturalmente idêntica para todos os tipos de normas (primárias e secundárias), o que não justifica a superação da distinção entre as modalidades essenciais de normas, mas apenas a de a procedência da tese da admissibilidade de descrição de normas pertencentes a diferentes categorias através de enunciados com a mesma estrutura, v. também O. WEINBERGER, «Prima Facie Ought. A Logical and Methodological Enquiry», *Ratio Juris*, 12 (1999), 87.

qual o preciso modo deôntico que lhe corresponde, de onde resultaria a incompletude da análise de Searle. Nesse sentido, também David Duarte salienta que as regras secundárias, como a regra de competência, não deixam de ter um modo deôntico, pois os «modos de permissão, imposição e proibição esgotam os sentidos de dever ser e são comuns a normas primárias a secundárias»³¹². Na visão do último A. citado, a norma de competência, tal como as normas pertencentes a diferentes tipos, teria também uma previsão, um operador deôntico e uma estatuição, residindo a sua especificidade no conteúdo de cada um desses elementos: a previsão é o elemento da norma que estabelece o recorte temático que delimita o alcance do efeito contido na estatuição; o operador deôntico é o elemento que estabelece o sentido de dever ser quanto ao exercício da competência e a estatuição o elemento definidor do efeito da disposição, ou seja o efeito de criar normas ou decisões. No que tange à autonomia privada, temos, pois, uma permissão (o comportamento a que a norma se refere pode ou não ser adoptado – a competência pode ou não ser exercida) jurígena (os efeitos estatuídos consistem na criação de efeitos jurídicos–negociais inovadores) de âmbito genérico (porque aqueles efeitos não são previstos por normas anteriores)³¹³. É por isso que também Jaap Hage afirma que tanto as regras constitutivas quanto as restantes (que o A. denomina por «directivas») possuem um *world-to-word direction of fit*, ainda que estabelecido em termos diversos³¹⁴: enquanto as normas constitutivas teriam um *world-to-word direction of fit directo*,

³¹² DAVID DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa – a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*, Almedina, Coimbra, 2006, 108, n. 25 e 123 ss..

³¹³ É também por isso que as normas de competência, não obstante fornecerem meios para a realização de desejos das pessoas, possibilitando a criação de estruturas de direitos e deveres reconhecidos pelo aparelho coercivo do Estado (H. HART, *The Concept of Law*, Oxford Univ. Press, 1961, 27), não deixam de constituir razões para a acção, pois a mera atribuição de poderes de estipulação de fins já se apresenta como um argumento válido e adequado à realização de infâncias práticas (J. RAZ, *loc. cit.*). Só aparentemente a sua força normativa se pode distinguir da de uma obrigação ou proibição; a sua negação implicaria, em coerência, a negação de juridicidade às normas permissivas, dando lugar a uma concepção imperativista do Direito. São, pois, de recusar, as teses que insistem em ver nas proposições atributivas de competência meros fragmentos de normas impositivas, a partir de um aparente paralelismo vigente entre elas e as regras técnicas (T. SPAAK, «Norms that Confer Competence», *Ratio Juris*, 16 [2003], 99 ss.; ao não dar suficiente importância ao facto de que as regras de competência atribuem e regulam uma permissão, ao passo que as regras técnicas não fornecem nenhuma posição especial a uma pessoa, apenas habilitam a descoberta de uma relação de implicação entre meios e fins, o A. parece não considerar o essencial do problema).

³¹⁴ Ao contrário do que supusera Searle, para quem os «actos constitutivos» teriam uma «relação de correspondência entre o mundo e a linguagem» bilateral («world-to-word» e «word-to-

na medida, em que, verificados os pressupostos para o exercício válido de uma competência, a ordem jurídica ver-se-ia *ipso jure* modificada, no caso das simples ordens, aquela relação de ajustamento entre o mundo exterior e o acto de linguagem seria, antes, *indirecto* na medida em que careceria ainda da interposição de aspectos empíricos, quais sejam a observância da regra de comportamento pelo respectivo destinatário³¹⁵. Coisa diferente se passa, contudo, com as regras de competência: através do seu exercício, a conduta tornada permitida, proibida ou imposta constitui, por si, um padrão de conformidade dos comportamentos a serem observados no mundo exterior.

Pode questionar-se se as normas que regulam o conteúdo das normas a criar ou estabelecem limites a tal conteúdo são, ainda, normas (ou parcelas de normas) de competência³¹⁶ ou se, ao invés, resultam já de normas primárias³¹⁷. Não obstante confessarmos a nossa inclinação para a aceitação da segunda alternativa, cremos que, ao afirmá-lo, estamos, tão-somente, a apontar para o problema de saber qual seja a regra de concurso que decide da relação entre a autonomia privada e a regra que proíbe a conclusão de negócios com determinado conteúdo ou que sirvam a prossecução de determinado fim ilícito.

III – É, de facto, em casos como o visado neste texto, em que não está em causa a violação de qualquer regra imperativa de protecção de interesses públicos ou de cláusulas gerais do sistema delimitadoras, por via externa, da liberdade de agir, mas tão-somente o conflito entre interesses privados, manifestado

world direction of fit»), na medida em que a ordem exterior é modificada por força de um acto cujo conteúdo proposicional é descrito precisamente através da modificação operada. J. HAGE, *Studies in Legal Logic*, Springer, 2005, 166 ss.

³¹⁵ Como o A. tem o cuidado de fazer notar, estas condições de satisfação específicas de certos actos não constitutivos (como sejam ordens) só podem aceitar-se como tal desde que o ponto de referência do «sucesso» do acto de linguagem seja a respectiva eficácia e já não, como sucede nos restantes casos, na validade ou mesmo na existência do acto constitutivo enquanto tal. Neste sentido, a distinção apontada perde relevância para quem parta de uma concepção não positivista do direito (ou, pelo menos, para quem recuse uma «teoria dos factos sociais» que faça de depender a validade de um conjunto de regras da sua eficácia) e veja, logo, a modificação da ordem jurídica na prestação de uma razão prática para agir de acordo com o sentido jurídico devido. Por estas razões, a distinção vale apenas nos quadros da teoria dos actos de linguagem e já não para a teoria da norma jurídica.

³¹⁶ Assim, R. GUASTINI, «Fragments of a Theory of Legal Sources», *Ratio Juris*, 9 (1996), 375.

³¹⁷ Neste sentido, DAVID DUARTE, *cit.*, 116: dizem o que o sujeito ou órgão, ao criar sentidos de dever ser, pode ou não fazer quanto aos conteúdos das normas ou decisões em causa, estabelecendo as condições da conduta desenvolvida sob a habilitação competencial.

pela impossibilidade de cumprimento simultâneo de duas obrigações livremente constituídas, que o problema adquire contornos de maior complexidade. Como ponto de partida, há que recusar a via da recondução acrítica e apriorística do problema à tradicional distinção entre as categorias da invalidade e da ilicitude, com a consequente aceitação da consequência da validade (e eficácia plena) do acto jurídico revelador de um frontal incumprimento de um dever de prestação vigente nas relações entre o declarante e um terceiro. Desde logo, porque o que se discute não é a distinção, no plano do direito positivo, entre as categorias da invalidade e da ilicitude, mas antes a questão, que lhe é antecedente, de saber da natureza do juízo de desvalor que o acto jurídico contrário a certo tipo de promessas merece. Pretender vê-la resolvida por um condicionamento imediato do acto de cumprimento (quando o mesmo constitua um acto jurídico) ao direito da invalidade, excluindo, à partida, que a ponderação das consequências da ilicitude no plano das relações com o credor possa interferir com a aptidão do acto para a produção dos seus efeitos jurídicos principais é, em nosso entender, não discutir o problema fundamental. Desde logo, porque as normas que regulam a produção de efeitos jurídicos como forma de repartição e afectação de bens não perdem a propriedade de servir de critério de orientação de comportamentos, e logo, o significado jurídico e social de permissões. A contrariedade perante regras de imposição ou de proibição, além de logicamente possível, dá corpo a diversos conjuntos de casos típicos, bem conhecidos. De entre eles, cabe, logo, referir, como exemplo, o instituto das inalegabilidades formais, como tipo dogmaticamente integrado no abuso do direito: o não preenchimento dos requisitos de validade do negócio não obsta a que se venha a considerar como inadmissível a arguição da nulidade, chegando-se ao resultado da produção dos efeitos jurídicos principais por via diversa da negocial³¹⁸. No terreno da invalidade do negócio por vícios na for-

³¹⁸ Haverá então heteronomia e não autonomia: no lugar do negócio jurídico, é a boa fé, como cláusula geral do direito objectivo a evitar a não produção dos efeitos do negócio inválido. Cf. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, IV, Almedina, Coimbra, 2007 (Reimp. de 2005), 299 ss., agrupando as principais propostas de enquadramento jurídico-científico na doutrina da confiança, nas «saídas negociais» e na natureza das normas formais e aproximando-se da primeira (descrevendo os pressupostos avançados por Canaris, de um investimento na confiança, na imputabilidade da situação de confiança à contraparte [embora não necessariamente a título de culpa], da não frustração do escopo da disposição legal, e da não exclusão, em concreto, da inalegabilidade por nenhuma disposição ou princípio legal, tudo numa lógica de sistema móvel) e do tipo do *venire contra factum proprium*, numa revisão do pensamento anteriormente sustentado (v. *Da boa fé...*, cit., 794-796) que não dispensa, contudo, a presença de «casos bem vindos», em que apenas estejam em jogo os interesses das partes envolvidas (nunca os de terceiros

mação da vontade, tem igualmente sido discutida a questão do concurso da pretensão à invalidação do negócio com pretensões indemnizatórias com fundamento na *culpa in contrahendo*³¹⁹. Inversamente, o não cumprimento voluntário de uma prestação de facto jurídico pode desencadear a possibilidade de recurso à execução específica, sendo este outro exemplo de disponibilização pela ordem jurídica de meios de tutela para a violação de normas de comportamento que possibilitem a constituição de deveres primários de prestação análogos aos de uma promessa. Por vezes sucede mesmo que a ordem jurídica possibilita um concurso de pretensões com fundamento na invalidade e na ilicitude

de boa fé), em que a imputação da confiança seja censuravelmente imputável à contraparte e em que o investimento da confiança se apresente particularmente sensível. Tendemos a aderir a este ponto de vista, considerando o caso enquadrável na «responsabilidade *positiva* pela confiança», com fundamento em necessidade ético-jurídica (e não meramente na tutela da aparência), que serve de título à atribuição, às partes, de deveres similares aos do contrato inválido, sendo aplicável por analogia, o regime estabelecido para o negócio jurídico em causa (C.-W. CANARIS, *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971, 452). Entre nós, v. também M. CARNEIRO DA FRADA, *Téoria da confiança...*, cit., 710 ss., considera a questão da invocação do vício de forma do negócio, campo paradigmático de ensaio da concepção da responsabilidade («pura») pela confiança: as regras de forma sofrem uma compressão ou derrogação («extrínseca») por virtude da simultânea intervenção de uma directriz que fal igualmente parte da ordem jurídica; JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, 496-7, parece defender também a consagração da validade do negócio (restauração do negócio, fora da lógica da responsabilidade civil); já P. MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, cit., II, 1253 ss., entende que os resultados intoleráveis a que se chegue «pela aplicação das regras relativas à validade ou eficácia devem relevar em primeira linha no próprio plano da validade ou eficácia do negócio, se necessário com recurso a mecanismos gerais que podem bloquear a possibilidade de invocação da invalidade», como o *venire contra factum proprium* ou, em geral, por, por exemplo, ter havido um *dolus praeteritus*, mas salienta a relevância da teleologia das normas que determinam a exigência de forma e a invalidade do negócio em caso de não preenchimento das primeiras, defendendo que a mera inalegabilidade da invalidade formal é insuficiente quando as «razões determinantes da forma» visarem a protecção de terceiros ou de interesses públicos, hipótese em que será desejável encontrar outras soluções, *de jure condendo* ou através da «constituição autónoma do direito» (nomeadamente, a validade do negócio inter partes ou a aceitação de um dever de proceder à formalização do negócio, de modo «a conciliar as posições das partes com os interesses que as transcendem», 1263-4). No caso de se aceitar a invalidade do negócio, coloca-se, então, a questão dos efeitos de uma situação de responsabilidade por violação de deveres pré-negociais ou de uma autónoma responsabilidade pela confiança, a qual deve consistir na protecção do interesse contratual negativo (por razões que aqui não podem ser desenvolvidas).

³¹⁹ A questão tem particular relevância no caso do «erro incidental», fundamentador, no limite, de uma invalidade parcial conducente à modificação; a invalidação total do negócio só poderá ocorrer, nessa hipótese, por via indemnizatória (nos quadros do interesse contratual negativo), P. MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, cit., 1293.

de um negócio jurídico³²⁰; noutras, o regime presente nas fontes fornece abertura à doutrina e à jurisprudência para a discussão sobre a natureza dos efeitos do acto jurídico contrário ao programa obrigacional instituído pela promessa³²¹. Nos chamados casos de conclusão de contratos indesejados, pode mesmo verificar-se a hipótese de concurso de pretensões entre um direito à anulação do negócio e uma pretensão indemnizatória conducente à reconstituição natural (artigo 562.º do Cód. Civil) como forma de reparação do dano real (a conclusão de um contrato em termos diferentes dos desejados como um dano *in re ipsa*). A distinção entre as duas categorias gerais de regras – constitutivas e regulativas – parece, assim, quadrar-se melhor na lógica dos actos de linguagem, deixando a descoberto as suas insuficiências explicativas no campo do direito. É na constitutividade normativa própria do direito que serão encontradas as razões que justifiquem as consequências da antijuridicidade do negócio jurídico concluído no respeito, pelo menos «formal», das regras que estabelecem os pressupostos e os requisitos de validade do próprio negócio. Saber se, perante certa hipótese concreta, deve prevalecer o efeito obrigacional, manifestação do princípio da autonomia (como sucede, em regra, por exemplo, com o exercício do direito de denúncia, ainda que ilícito) ou o princípio da responsabilidade é algo que só a perante os elementos relevantes para a causalidade justificante (sobretudo, nas razões fundamentantes de um juízo de ilicitude) e para a causalidade «preenchedora» da responsabilidade (atendendo, em particular, à finalidade da norma de comportamento violada) deverá ser aferido.

IV – No contexto do exercício do direito de voto, pensamos que a definição do enquadramento do exercício da autonomia do sócio através do contrato de sociedade não se coadunaria com a permissão de emissão de votos ilícitos, através dos quais o sócio votante procurasse, por hipótese, a causação de danos

³²⁰ É o que se passa em certos casos de conclusão de um contrato indesejado, em particular, quando se verifique a violação de um dever de informação ou lealdade e não deixem de estar reunidos os pressupostos de relevância do erro; sobre o problema v., com muitas referências, P. MOTA PINTO, *Interesse contratual...*, II, *cit.*, 1362 ss..

³²¹ Disto parece ser um bom exemplo a discussão em torno da natureza do acto de despedimento sem justa causa que, segundo alguma doutrina constitui um acto jurídico inválido, ainda que sujeito a um especial regime de impugnação – a acção de impugnação do despedimento – para outros, o problema integra-se no direito das perturbações da obrigação, constituindo um acto ilícito indemnizável por via da reconstituição natural (o que supõe o reconhecimento de uma razão para o recebimento dos salários intercalares no campo da heteronomia – na responsabilidade civil – e de uma situação típica da *compensatio lucri cum damno* na regra de dedução dos rendimentos entretanto obtidos a partir do exercício pelo trabalhador de outra actividade remunerada); no segundo sentido, v. P. ROMANO MARTINEZ, *Cessação do contrato*², Almedina, Coimbra, 2006, 492 ss..

à sociedade ou a outros sócios, ou a obtenção de vantagens ilícitas. Por outro lado, a tutela disponibilizada pelo direito de impugnação de deliberações sociais está longe de permitir alcançar um sistema integrado e satisfatório nas consequências: basta, para tal, pensar no caso do voto minoritário desleal «de bloqueio», potencialmente danoso para a sociedade. O direito do não cumprimento, por via da dogmática da violação de deveres laterais de comportamento está dotado de meios para permitir uma tutela «preventiva», obstando à eficácia «plena» do voto; noutras palavras, o voto manifestamente violador de deveres de prestação ou de deveres laterais de comportamento há-de ser, logo, inoponível à sociedade. Não nos é possível traçar, aqui, todos os desenvolvimentos a partir destas proposições, nem este será o lugar adequado a tal empresa. Mas não deixamos de fazer duas notas adicionais. A primeira, relaciona-se com os *presupostos* de uma tal inoponibilidade do voto à sociedade. Estamos no plano do não cumprimento em sentido estrito: o sócio que emite um voto desconforme com o dever de lealdade interfere com expectativas ou exigências de correcção funcionalmente «próximas» da atribuição negocial de que é convededor. É exactamente por essa razão que caminhamos ainda no campo da tutela *primária* dos bens, uma vez que, não obstante a origem heterónoma, os deveres de lealdade estão funcionalmente associados ao desenvolvimento de uma relação específica entre sujeitos orientada à instituição de uma repartição de bens através de disposições de autonomia privada³²². O esquema negocial da formação

³²² Na falta de oportunidade para desenvolvimentos mais profundos, diga-se que o resultado parece adequado ao sistema, porque revela uma ordem de preferência por uma protecção eficaz da distribuição de bens e do programa obrigacional estipulado pelas partes, obstando a que, por razões conceitualistas, se viesse a impor a lógica de uma opção entre uma tutela cautelar dos interesses dos sócios (que, na verdade, dificilmente poderia ser obtida em tempo útil) e uma tutela *a posteriori* (que evidencia as suas insuficiências nos pressupostos estreitos da anulabilidade das deliberações ou numa tutela ressarcitória que forçosamente haveria de ser realizada através de uma indemnização em dinheiro, perante a exclusão da reconstituição da situação natural, que aqui parece ser impedida por razões adicionais ao escopo da norma de responsabilidade e próprias do direito das sociedades – o acto de manifestação de autonomia dos sócios já se consolidou na deliberação social, o que pode, aliás, revestir relevância externa à própria sociedade). Ao invés, o resultado que se sustenta quadra bem num sistema em que vigora a regra da prioridade, *rectius*, da preferência, por um meio de tutela que conceda primazia à tutela da integridade dos bens em detrimento de uma tutela do interesse no valor dos bens (ou por equivalente). A deslealdade, ainda que resultante da violação de regras de direito objectivo, ameaçaria a prossecução efectiva do escopo comum aos sócios. O reconhecimento de uma lacuna de protecção é neste ponto ainda reclamado pelo direito do cumprimento, porquanto a sua não integração arriscaria inviabilizar o resultado da prestação devida por todos os sócios e tornaria meramente formal a conformidade do comportamento do sócio com as regras que o habilitam a participar livremente no

da deliberação social parece ser adequado a evitar que o evento lesivo se precipite na causação de um dano, actuando numa lógica da prevenção de eventos lesivos³²³. Assim se explica que a inoponibilidade do voto contrário ao dever surja dissociado de um juízo subjectivo de censura próprio da culpa. É suficiente a mera perturbação de uma atribuição ou de um espaço de permissão especialmente reconhecido a certo conjunto de pessoas. Tudo visto, não caberá, falar-se, aqui, de responsabilidade civil, mas de um desvalor específico de um acto jurídico praticado no contexto de uma relação obrigacional. Em segundo lugar, cabe observar que a ineficácia em sentido estrito e relativo do voto desleal não dispensa uma leitura integrada e consistente com o regime da invalidade das deliberações sociais. Quando o voto ilícito não for rejeitado pelo presidente da mesa da assembleia, será, ainda assim, inoponível à sociedade e, logo, aos restantes sócios. A respectiva ineficácia pode ser judicialmente reconhecida, a pedido de qualquer interessado, ainda que contra a demonstração do necessário interesse em agir. Nos casos mais frequentes, haverá cruzamento entre o plano da inoponibilidade do voto ilícito e o da invalidade da deliberação: se esta

procedimento de formação da deliberação social. Além disto, valem aqui os argumentos que habilitam certa doutrina a defender o recurso à acção de cumprimento como forma de tutela de deveres laterais de comportamento, recusando o ponto de vista de que os mesmos apenas podem ser protegidos através da responsabilidade civil.

³²³ Neste ponto regista-se, pois, uma aproximação funcional perante as figuras da tutela antecipatória, da cautelar ou da inibitória, as quais podem servir não só a prevenção de um dano mas igualmente o evento lesivo fonte de danos ulteriores ou mesmo a assunção de comportamentos ilícitos. Actuando igualmente antes da ocorrência de uma perturbação efectiva do programa de distribuição de bens compreende-se a aproximação registada no plano das condições de procedência das pretensões, parecendo ser suficiente a tipicidade (*Tatbeständigkeit*, aferida pela causação de um resultado desvalioso) e a ilicitude (enquanto juízo de desconformidade entre o comportamento e a ordem jurídica de concretude superior, porque dependente da violação de um dever de cuidado objectivo e subjectivo, ainda que indiciado pela antijuridicidade do resultado); o pressuposto da culpa parece, pois, ser dispensado. Seguimos, aqui, o entendimento tripartido de aferição de um comportamento ilícito e culposo sugerido por K. LARENZ/C.-W. CANARIS, *Lehrbuch des Schuldrecht*¹³, II/2, C. H. Beck, München, 1994, § 75, II, 360 ss. e secundado, entre outros, por H. KOZIOL (cf. «Gedanken zum Privatrechtlichen System des Rechtsgüterschutzes», *Festschrift für C.-W. Canaris*, C. H. Beck, München, 2007, 634). Entre nós, v. A. VAZ SERRA, «Obrigações de indemnização (colocação fontes, dano, nexos casual, extensão, espécies de indemnização): Direito da abstenção e de remoção», Sep. BMJ, Coimbra, 1959, 263 ss. (esp. 277-8). Não obstante, há evidentemente distinções essenciais: nas tutelas cautelar, antecipatória e negatória está em causa o cumprimento de deveres obrigacionais (ou, pelo menos, a tutela de atribuições negociais), ao passo que na segunda está a recusa liminar da oponibilidade de certo acto jurídico contrário ao programa obrigacional pressuposto; numa perspectiva processual, na primeira, a tutela é condenatória; na segunda, meramente declaratória.

só pôde ser aprovada a expensas da lealdade, não haverá, em rigor, exercício válido do direito de voto, chegando-se à anulabilidade da deliberação social³²⁴. Neste caso, a inoponibilidade do voto desleal servirá para atingir a validade da deliberação que a partir dele se formou. Todavia, mesmo no caso em que os votos ilícitos não hajam sido determinantes para a aprovação da deliberação social e esta não seja, por essa razão, anulável a figura não perde, mesmo numa leitura pragmática, autonomia, porquanto são perfeitamente pensáveis diversas consequências de um voto desleal e inoponível à sociedade. Como a jurisprudência alemã recente deixa notar, o voto desleal pode constituir razão para a constituição de uma obrigação de indemnizar³²⁵⁻³²⁶. Poderia argumentar-se

³²⁴ Naturalmente, a anulação da deliberação social não deixa de exigir a verificação dos pressupostos objectivos, subjectivos e temporais gerais, não se verificando, neste plano, uma consunção pela ineficácia em sentido estrito dos votos desleais. A solução contrária deixaria, de resto, a descoberto uma evidente contradição valorativa com o regime da invalidade das deliberações. Não sendo possível a impugnação da deliberação, subiste, todavia a pretensão indemnizatória, sujeita aos prazos gerais de prescrição. O tipo fundamentante da anulação não será, apenas, o da al. b) do artigo 58.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais; a violação do dever de lealdade, fora dos casos de perseguição de vantagens especiais em prejuízo da sociedade ou dos sócios surge, logo, como violação de um dever lateral de comportamento de fonte legal [artigo 58.º/1, al. a), do Cód das Sociedades Comerciais]; no direito alemão, v. U. HÜFFER, *cit.*, § 243, Ndr. 22-28, 1184-7: limitar os parâmetros de controlo material das deliberações ao «abuso institucional» seria solução excessivamente estrita e favorecedora de um abandono dos avanços na concretização do dever de lealdade societário; em seu lugar, impõe-se a adopção de um critério assente na necessidade de prossecução das vantagens para a maioria e na proporcionalidade («ponderação normativa») da interferência que aquela implica com os direitos das minorias.

³²⁵ Pode suscitar-se a questão de saber se, além disso, mesmo no plano deliberativo, a rejeição de uma proposta de deliberação mediante um bloqueio contrário aos deveres de comportamento exigíveis ao sócio poderá merecer um juízo de ineficácia, conduzindo a que se considere a deliberação como aprovada. Crê-se que esta via não é admissível, por que o dissenso deliberativo é, em qualquer caso, uma manifestação da autonomia societária (ainda que, sob certo prisma, se traduza num resultado desvalioso para a ordem jurídica). Por outro lado, a prevalência da maioria dos sócios não poderia ser levada a cabo sem uma desconsideração do direito de participação de todos os sócios no processo de votação. O resultado, coincidente nos efeitos, só pode, pois, ser obtido através da via da execução específica da obrigação de voto do sócio minoritário nos casos em que existe um dever de voto (em sentido positivo) determinado pelo dever de lealdade, o que parece traduzir-se numa exigência agravada relativamente ao dever de mera abstenção da emissão de votos desleais (e que, sobretudo, no que respeita aos deveres de lealdade dos sócios minoritários, tenderá a surgir mais frequentemente nas «sociedades de pessoais» do que nas «sociedades de capitais»; sobre isto, cf. W. TIMM, *cit.*, 486; R. MARSCH-BARNER, *cit.*, 179-181, salientando que a questão central ao dever de lealdade da especial influência se manifesta com maior acuidade não na simples minoria que se revela num caso concreto como minoria de bloqueio, mas nas situações de actuação coordenada entre sócios minoritários ou de um terceiro que

que a construção acabada de descrever é desmentida pela própria solução legal presente na al. *b*) do n.º 1 do artigo 58.º do Cód. das Sociedades Comerciais, na medida em que, cominando as deliberações contrárias ao dever de lealdade com a anulabilidade, suporiam a eficácia plena do «voto abusivo», individualmente considerado. Não vemos, porém, que exista contradição entre a consequência da anulabilidade da deliberação e a ineficácia do voto desleal, na medida em que, como se procurou demonstrar, a ineficácia de que aqui se fala é uma ineficácia em sentido estrito, reclamada pelo escopo da norma de proibição violada e que visa a protecção de um círculo determinado de destinatários; mal se compreenderia que, podendo o voto *prima facie* ilícito ser objecto de acordo ou aceitação pelo sócio (que assim renuncia à tutela da confiança), a deliberação resultante dos «votos abusivos» viesse a ser objecto de um juízo de desvalor próprio da nulidade e assim impusesse a inidoneidade para a produção dos seus efeitos típicos independentemente da vontade dos sócios³²⁷.

reúna a legitimidade para o exercício do direito de voto de diferentes sócios com a finalidade de exercer uma oposição eficaz). Sem uma obrigação de votar de conteúdo determinado (ou determinável), não poderá haver execução específica e, com isso, tutela directa dos interesses dos lesados. Já uma obrigação de indemnizar pelo interesse contratual positivo está, *em princípio*, ao alcance dos sócios eventualmente lesados, desde que se mostre que o dano não teria provavelmente ocorrido se a deliberação houvesse sido aprovada (estando, à partida, demonstrada, perante a existência de uma maioria de votos, que o voto emitido conforme com o dever teria conduzido à aprovação da deliberação, o problema subsistente seria, então, o de saber do nexo de causalidade entre esta e a obtenção da vantagem frustrada ou da diminuição patrimonial, experimentada pelos sócios). A reconstituição da situação natural, a partir do disposto no artigo 562.º do Cód. Civil não parece poder ser obtida (artigo 566.º/1 do Cód. Civil), uma vez que tal suporia a superação da manifestação de vontade, ainda que ilícita, do(s) sócio(s) minoritário(s). O direito de participação na assembleia deliberativa, inerente ao estado de sócio, apenas parece consentir na atribuição de uma indemnização em dinheiro.

³²⁶ Ao contrário do que já foi defendido por certa doutrina (para o direito das sociedades de responsabilidade limitada, v. WINTER, *Mitgliedschaftliche Treuebindungen...*, *cit.*, 320), não parece que a anulabilidade da deliberação seja pressuposto da obrigação de indemnizar, na medida em que nada colide com o valor da segurança jurídica tal qual surge protegido através das regras que estipulam prazos para a anulação das deliberações viciadas. O não exercício do direito de anulação pelo sócio releva, antes, no plano da culpa do lesado, mais especificamente, como encargo do lesado no sentido da mitigação (ou mesmo da prevenção) dos danos resultantes da emissão do voto ilícito (assim, v. M. LUTTER, «Treupflichen...», *cit.*, 468; R. MARSCH-BARNER, *cit.*, 191).

³²⁷ Também no direito alemão, já se procurou sustentar a irrelevância do dever de lealdade no exercício do direito de voto do accionista, com fundamento na expressamente consagrada liberdade no exercício do direito de voto (§ 117 [1]) do *AktG*), sendo a única consequência do voto orientado à obtenção de vantagens especiais a anulabilidade da deliberação social (§ 242 [2] do *AktG*); assim, por exemplo, K.-P. MARTENS, «Die Treupflicht des Aktionärs», *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik* (Hrsg. K. SCHMIDT), Duncker & Humblot, 1990, 260 ss.). A doutrina maioritária vai,

Pensamos, assim, que o entendimento maioritariamente seguido no direito alemão deve também ser reconhecido como válido entre nós, permitindo assegurar os resultados materialmente mais adequados e consistentes, permitindo ainda um tratamento equivalente do comportamento desleal do sócio quer este consista na emissão de um voto ilícito, quer numa omissão do voto devido.

V – Quanto à caracterização da situação de não cumprimento resultante de uma instrução de voto desleal, já não acompanhamos a doutrina maioritária no direito germânico, que vem considerando estarmos perante uma situação de impossibilidade subjectiva de cumprimento da obrigação de voto, uma vez que o voto emitido contra o dever seria de considerar inoponível à sociedade (*unwirksam*)³²⁸. A impossibilidade subjectiva não obstará à constituição de

no entanto, no sentido de restringir o alcance do § 117 (1) do *AktG*, seja no sentido de que o mesmo só vale para os casos de exercício lícito do voto (sendo a questão da conformidade com o dever de lealdade uma questão metodologicamente antecedente da aferição da preenchimento da previsão do preceito citado; M. DREHER, *cit.*, 154), seja através da restrição do campo de aplicação da solução aos casos (excepcionais) em que a assembleia geral de uma sociedade anónima se possa pronunciar sobre matérias relacionadas com a administração (e onde teria de valer um princípio de liberdade e de tendencial «isenção de responsabilidade» semelhante àquele que beneficia os membros dos órgãos de administração e de fiscalização; assim, R. MARSCH-BARNER, *cit.*, 190. Quanto à previsão da anulabilidade da deliberação: trata-se de uma manifestação positivada na lei do dever de lealdade; a solução só pode ser compreendida (lógica e dogmaticamente) à luz da vigência de um critério normativo condicionante do exercício do voto (M. DREHER, *loc. cit.*).³²⁸ Cf., além da formulação original desta tese por ZÖLLNER, a que já aludimos, C. WEBER, *cit.*, 348 ss.. Considerações análogas são expendidas a propósito do acordo fundamador de uma vinculação de voto. Para C. WEBER, contudo, o reconhecimento de deveres societários de lealdade não implica uma restrição da liberdade de o sócio celebrar acordos de voto com o terceiro: é de recusar uma primazia das vinculações societárias sobre as vinculações parassociais (discordando, assim, de U. NOACK, *cit.*, 157 ou de BAUMANN/REISS, *cit.*, 214). Assim, embora aceite uma proibição societária de âmbito geral de conclusão de acordos parassociais com terceiros sem assentimento dos restantes sócios (como o parecem fazer também A. HERFS, *cit.*, 335 e K. SCHMIDT, *loc. cit.*), defende o A. que daí não decorre a ineficácia dos acordos que venham a ser celebrados nem tão pouco das respectivos deveres de prestação. Os deveres de lealdade relevam apenas no plano societário: Sem prejuízo da nulidade do acordo parassocial no caso em que o contrato é concluído com a intenção de obrigar o sócio a emitir um voto que, pelo seu conteúdo concreto, é danoso para a sociedade, ambas as obrigações serão válidas e eficazes. A especificidade residiria na circunstância de, perante a ineficácia do voto emitido em violação dos deveres de lealdade, não poder ser exigido o cumprimento da obrigação de voto ilícita. Coloca-se então a questão de saber qual o resultado relevante para a atribuição de um juízo de ilicitude. Para WEBER, a violação do dever de lealdade consiste na emissão de um voto que corresponda ao cumprimento de um acordo parassocial de voto. Rejeita, assim, o argumento das dificuldades na formulação de um juízo no sentido da violação do dever de lealdade. A ilicitude reside logo

um dever de indemnizar do devedor, independentemente de culpa (falando-se de uma «responsabilidade de garantia»). O nosso entendimento é, no entanto, outro. O sócio que, tendo concluído um acordo de voto com um terceiro, se depare com uma instrução de emitir um voto ilícito, continua, ainda assim, obrigado ao cumprimento, não obstante se saber que tal voto será inoponível à sociedade. Esta é a conclusão a que se chega se se atentar em argumentos de duas ordens de razões. Observa-se, por um lado, que o resultado a cuja realização o sócio se encontra adstrito não se esgota na mera acção de votar, mas antes na obtenção dos *efeitos* emergentes da emissão de um voto em determinado sentido³²⁹. Quando o sentido da instrução de voto for incompatível com o

na emissão do voto dada a existência de um acordo parassocial a cuja conclusão os restantes sócios não prestaram o seu consentimento, *independentemente do concreto sentido do voto*. Esta solução vale para as diferentes constelações típicas de casos: assunção de vinculações de voto nos casos de restrições estatutárias à transmissibilidade de participações sociais; assunção de vinculações de voto em incumprimento de uma expressa cláusula constante dos estatutos; assunção de vinculações de voto contrárias ao dever de lealdade. Em todos os casos, o sócio não se encontraria em situação de cumprir a obrigação assumida no acordo parassocial se não obtiver para tal o acordo dos restantes sócios. Tratar-se-ia de um caso de impossibilidade subjectiva (*cit.*, 349-50); perante o não cumprimento da obrigação de voto, o sócio ficaria exposto aos efeitos estabelecidos nas regras gerais sobre o não cumprimento das obrigações e nas cláusulas penais eventualmente acordadas. E esta seria a solução adequada aos diferentes valores em jogo: não faria sentido sujeitar o terceiro ao encargo de investigar, a cada momento, os deveres («estritos» e de lealdade) que impendem sobre o sócio, de modo a evitar a constituição de obrigações cujas garantias de cumprimento estivessem, à partida, excluídas. Por outro lado, os interesses dos sócios estariam suficientemente protegidos através da recusa do voto (no caso em que o acordo parassocial seja conhecido pelos restantes sócios no momento da realização da assembleia geral) ou, em qualquer caso, da atribuição do desvalor da ineficácia ao voto emitido pelo sócio. Para C. WEBER é igualmente inadmissível a vinculação indeterminada de todos os sócios perante um terceiro (*cit.*, 351 ss.). Apesar de, à primeira vista, se estar perante uma situação equivalente à de assunção de diferentes obrigações de votar em benefício de um mesmo terceiro constituídas ao abrigo de outros tantos acordos parassociais (também H. P. OVERRATH, *cit.*, p. 83), estando, nessa medida, a conclusão de cada um daqueles contratos à observância dos pressupostos já descritos, na verdade, o sócio estaria neste caso a exorbitar dos limites admissíveis para a renúncia ao livre exercício do voto.

³²⁹ Neste sentido, pode, pois falar-se numa obrigação de resultado e não numa obrigação de meios, uma vez que a situação comum (a confirmar ou infirmar pela interpretação do texto do negócio jurídico, de acordo com as regras gerais) é a de as partes pretenderem a constituição de um dever de causar o resultado definidor do cumprimento, sendo este a obtenção de um voto no sentido determinado pelo credor ou terceiro: P. MÚRIAS/M.^a LURDES PEREIRA, «Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação», *Estudos em Memória do Professor Doutor C. Ferreira de Almeida*, no prelo (disponível em <http://muriassjuridico.no.sapo.pt/eMeiosResultado.pdf>). Há, apenas, a salientar a curiosidade de obrigação devida não se deixar descrever através de um verbo causativo, podendo ainda dizer-se que o resultado relevante para aferir o cum-

dever de lealdade, nem por isso se pode falar em impossibilidade (jurídica), antes num acréscimo de onerosidade dos actos adequados a realizar o cumprimento que, salvo casos excepcionais, deverá, de resto, ser suportado pelo sócio devedor. Nessa hipótese, só a superação dos obstáculos à eficácia plena do voto permitirá falar-se no cumprimento da obrigação: na maior parte dos casos, a oponibilidade do voto *prima facie* tido como desleal implica a obtenção do consentimento dos restantes sócios, a qual pode revestir a forma de uma modificação dos estatutos ou, mais simplesmente, a aprovação (ou rejeição) da proposta de deliberação por unanimidade³³⁰.

VI – Outra questão relevante é o da identificação do *momento relevante* para a formulação de um juízo de ilicitude na conclusão de acordos de voto com terceiros. Não parece existir uma proibição geral de constituição de obrigações de voto em benefício de terceiros, ainda que se entenda, de uma forma ampla, por «terceiro» aquele que nem é sócio nem é titular de qualquer interesse relevante na sociedade. Não há razões para se encontrar logo na acção permissiva de uma interferência de um terceiro na «formação da vontade» da pessoa colectiva um evento perturbador da obrigação (entendida aqui também em sentido amplo). A obrigação de prosseguir um escopo comum não consome a autonomia dos sócios, mesmo no plano dos chamados direitos sociais funcionais, como sucede no caso do direito de voto. A subordinação da vontade do sócio às instruções do seu credor não constitui necessariamente uma lesão do dever de lealdade – a instrução do terceiro pode conduzir à adopção de uma deliberação social útil para todos os sócios – e decerto não constitui uma condição suficiente de um juízo de ilicitude: na conclusão do contrato de sociedade, as partes não prometem reciprocamente que os únicos motivos relevantes para a decisão de voto serão apenas os que digam respeito aos sócios. Além de se poder questionar se uma prestação com tal conteúdo poderia ser merecedora de tutela jurídica, a exclusão da ponderação da vontade de terceiros será, quando muito,

primário é ainda a adopção do comportamento devido, correctamente interpretado: não se deve apenas a acção de emitir o voto no sentido indicado pelo credor, mas o exercício (eficaz) do direito de voto naquele sentido. A descrição adequada do comportamento devido obriga a atender à sua natureza enquanto acto jurídico.

³³⁰ Ressalvadas as normas imperativas dirigidas à protecção de terceiros (em particular, trabalhadores e credores sociais), não se vêem razões para deixar de considerar como lícito (e, assim, oponível à sociedade) o voto potencialmente danoso para o património que se mostre conforme com a vontade de todos os sócios – falando-se, deste modo, numa disponibilidade da tutela potenciada pelos deveres de lealdade – uma vez que lhes pertence a competência para a definição do que deva ser compreendido como a prossecução dos seus fins comuns.

um *resultado exterior* ao comportamento devido de acordo com a lealdade³³¹. De resto, o regime vigente para o problema do voto ilícito logra proporcionar as soluções reclamadas pela tutela dos restantes sócios, como vimos. Um modelo de «protecção abstracta» da lealdade, obstando à conclusão deste tipo de contratos ou fazendo incidir sobre eles uma «presunção de ilicitude», além das dificuldades probatórias que teria contra si, seria claramente desconforme com o princípio da autonomia e com a concepção de que a constituição de obrigações de voto é já uma manifestação da liberdade de votar pertencente ao sócio³³². Enquanto o exercício do voto não se concretizar na lesão da confiança, do dever de correcção de comportamentos ou do interesse na integridade no património dos restantes sócios, o direito objectivo não tem por que intervir.

Problema próximo deste é o do alcance das disposições estatutárias proibitivas da conclusão de acordos de voto com terceiros. Estando fora de discussão a validade de tais disposições do contrato de sociedade e, bem assim, dos acordos de voto que vierem a ser concluídos em violação do preceito, alguns defendem a inoponibilidade do voto emitido de por razões semelhantes às apontadas anteriormente. Sem prejuízo das consequências obrigacionalmente estabelecidas para este tipo de situações de não cumprimento (como seja, por exemplo, uma cláusula penal em sentido próprio), sublinha-se de novo a preferência do sistema por um modelo de «tutela concreta» dos deveres laterais de comportamento que estabelece os limites ao exercício do direito de voto no plano da compatibilidade dos seus efeitos com a *prestação principal* – a prossecução de uma actividade económica comum com intuito lucrativo – e os deveres funcionalmente dirigidos à protecção do enquadramento geral em que ocorre o cumprimento e à integridade patrimonial das diversas partes. Por outras palavras, os mecanismos específicos de protecção dos interesses dos sócios na assembleia geral revela uma relativa insensibilidade à proibição convencional de conclusão de acordos de voto com terceiros³³³.

³³¹ E, por isso, inidóneo a fundar por si um juízo no sentido do não cumprimento, podendo alcançar, no limite, o estatuto de «indício» de ilicitude, a ser confirmado por outros argumentos.

³³² Afastamo-nos, por esta razão, de certa doutrina germânica, como HUECK, SCHOLZ/SCHMIDT, HERFS e C. WEBER, que exige um consentimento dos restantes sócios para a conclusão de acordos parassociais (ainda que inferida a partir das regras permissivas da representação no exercício do direito de voto).

³³³ Contra a posição defendida no texto, não parece poder ser alegado que esta cláusula proibitiva constitui uma positivização do dever de lealdade – antes se trata de um dever de prestação autónomo formalmente inserido nos estatutos – nem se pode procurar sustentar que deste modo se confere à protecção de deveres laterais de comportamento uma tutela mais intensa do que a despendida ao exercício de direitos de crédito emergentes de um acordo autónomo inserido nos

O que acaba de ser sustentado deve valer, em princípio, para os diferentes casos de intransmissibilidade convencional de participações sociais. Mesmo fora dos casos de obrigação assumida diante do cessionário de votar no sentido da prestação do consentimento da sociedade para a transmissão da participação social³³⁴, crê-se que o voto não deve ser considerado desleal e, assim, inoponível à sociedade com fundamento único na circunstância de ter haver sido emitido no seguimento das instruções do terceiro. Uma primeira razão reside, logo, na recusa da possibilidade de se inferir, de forma apriorística, a partir de cláusulas de limitação à transmissibilidade de participações sociais, a vigência um dever de não concluir acordos de voto com terceiros. As cláusulas de restrição à transmissibilidade de participações sociais permitem seguir as finalidades mais variadas, como a contribuição para a formação de um núcleo de sócios estável e forte, a prevenção da dispersão da titularidade de participações sociais, a manutenção da garantia geral de cumprimento de obrigações suplementares ou acessórias através do patrimônio daqueles que integravam a estrutura societária no momento em que as cláusulas de restrição à cessão das participações foram inseridas no contrato de sociedade, etc.³³⁵. E mesmo nos casos em que haja boas razões para crer que a cláusula restritiva da transmissão das participações sociais servia o fim de evitar a interferência de terceiros na administração dos negócios da sociedade³³⁶, é de manter, como solução-regra, a autonomia entre a socialidade e a parassocialidade³³⁷, uma vez que não tem cabimento na fina-

estatutos, pois o que está em causa é a natureza da relação entre este acordo, que se pode dizer consagrado em cláusulas só formalmente estatutárias, e as obrigações emergentes do contrato de sociedade, a qual deve ser firmada, pelo menos em regra, em termos de uma autonomia recíproca. No sentido da oponibilidade à sociedade do voto, por se tratar de uma situação de menor necessidade de protecção dos restantes sócios, v. C. RODEMANN, *cit.*, 70-1.

³³⁴ Em que se sustenta comumente a vigência de um dever acessório de lealdade no sentido do voto, justificável a partir do contrato que faz operar a cessão.

³³⁵ A doutrina vem afirmando que os acordos de inalienabilidade das participações não podem proibir de forma “absoluta” a transmissão, estando, pelo contrário, sujeitos a uma ideia de proporcionalidade em termos do prazo de vigência; RAÚL VENTURA, *Estudos vários...*, *cit.*, 100; P. CÂMARA, *Parassocialidade...*, *cit.*, 329; A. SOVERAL MARTINS, *cit.*, 342.

³³⁶ No sentido da necessidade de distinguir entre esta finalidade e as anteriormente apontadas e considerando que só a presença da primeira permite gerar a ineficácia relativa do acordo de voto, v., porém, M. LUTTER/B. GRUNEWALD, *cit.*, 112; A. HERFS, *cit.*, 334 ss..

³³⁷ Reconhece-se ser outra a posição da doutrina alemã maioritária, que sustenta a ineficácia temporária do acordo de voto até à obtenção do consentimento da sociedade para a conclusão do contrato (v., *supra*, n. 196 e, em particular, U. NOACK, *cit.*, 138, referindo-se a uma integração das normas restritivas da transmissibilidade de participações sociais numa ordem jussocietária directamente aplicável a acordos parassociais de voto; C. RODEMANN, *cit.*, 74 chega mesmo a sustentar esta solução para o caso da constituição de um sindicato de voto com competência para

lidade da norma que restringe a transmissibilidade das participações a *imposição* de determinadas razões para o exercício do direito de voto – designadamente, que o voto seja exercido sempre no sentido da solução maximizadora das chances de lucro da sociedade – nem tão-pouco a *exclusão* de outras – repita-se que, dentro dos limites impostos pelos deveres vigentes entre os sócios, a liberdade de voto consente na transmissão do direito de determinação do voto em favor de um terceiro. De resto, este ponto de vista parece ser o mais consentâneo com a visão, praticamente unânime, de que a violação deste tipo de regras jus-societárias não conduz à invalidade da cessão, mas apenas à inoponibilidade dos seus efeitos à sociedade. Se nas relações entre cedente e cessionário, os efeitos da transmissão já são operantes, seria estranho que se negasse à autonomia das partes a possibilidade de estabelecerem os termos em que a intervenção na assembleia geral deve ser exercida. A admissibilidade da conclusão deste tipo de contratos mesmo na situação em que própria cláusula do contrato de sociedade é directamente violada, demonstra que não é a sua vigência que determina a inadmissibilidade de interferência de terceiros na emissão do voto; bem pelo contrário, parece ficar exposta por exemplos como este a sua irrelevância para o problema dos efeitos do estabelecimento de acordos de voto com terceiros. Em suma: só a valoração concreta do voto emitido de acordo com a instrução do terceiro pelo prisma dos deveres obrigacionais vigentes sobre os sócios pode conduzir a um juízo de inoponibilidade do mesmo à sociedade.

4.5.3. *O caso particular dos acordos parassociais «omnilaterais»*

I – Uma tendência recente no domínio da parassociedade é o de, verificados certos pressupostos, considerar como aplicáveis aos contratos parassociais regras jussocietárias. De facto, quando todos os sócios surgem como partes de um acordo parassocial e os efeitos emergentes do contrato não visem terceiros, existem boas razões para sustentar que certas normas orientadas à disciplina do funcionamento da sociedade comercial não deixam de lhes ser aplicáveis, justificando a imputação à sociedade de situações jurídicas obrigacionais na titularidade dos sócios. Os problemas levantados pela hipótese são muitos e de localização dogmática controversa, parecendo descabido pretender tratar, aqui,

decidir da transmissão de quaisquer participações sociais, quando uma das partes possa impor a sua vontade à maioria mediante as regras de decisão acordadas). Parecendo chegar a resultado diverso, por partir da inidoneidade do texto dos estatutos para a fixação de limites à liberdade de negociação individual dos sócios, v., porém, W. ZÖLLNER, *cit.*, 184.

de todos eles³³⁸. A proposta metodológica que justifica o merecimento de um ponto autónomo neste estudo parte de um problema concreto: os acordos de voto concluídos entre todos os sócios que fundem uma obrigação de respeitar as instruções provenientes de um terceiro são válidos?

II – Dir-se-ia, desde logo, que os acordos deste tipo se poderiam conceber como uma coligação de acordos de voto concluídos entre cada um dos sócios e o terceiro, a qual não seria de encarar com desconfiança maior do que aquela que merece qualquer acordo de voto³³⁹. Contra esta visão tem-se procurado sustentar que, diferentemente do que sucede com a conclusão de um acordo de voto por um único sócio, em que o consentimento – livremente revogável – dos restantes sócios para a admissão à influência de terceiros no procedimento decisório permite conciliar a integridade dos interesses dos primeiros com a liberdade de autodeterminação do sócio, se chegaria a uma inadmissível alienação em benefício de um terceiro da autodeterminação pertencente à própria

³³⁸ Apesar de se tratar de um processo de imputação de situações jurídicas que segue um caminho formalmente inverso do do levantamento da personalidade colectiva (em que se trata, em regra, de imputar à sociedade situações jurídicas do sócio que deixa de poder invocar a interposição entre si e o tráfego jurídico de um ente jurídico autónomo), não deixa de reconhecer-se uma evidente proximidade com a mesma ideia geral ou «conceito-quadro», justificada, desde logo, pela circunstância de ambos os conjuntos de casos assentarem na ideia de uma superação da distinção entre a esfera do sócio e o da sociedade como critério de destinação dos efeitos emergentes de actos praticados por um ou pela outra. Em qualquer caso, uma tentativa de descrição do fundamento dogmático da não aplicação de regras jussocietárias contrárias a acordos parassociais concluídos por todos os sócios deve ser antecedida da discussão da natureza própria da «teoria do levantamento da personalidade colectiva». J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, IV, Lisboa, 2000, 74 ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva (no direito civil e comercial)*, Almedina, Coimbra, 2000, 115 ss. e ID., *Manual de Direito das Sociedades Comerciais*, I, cit., 372 ss.; J. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, Coimbra, Almedina, 2002, 174 ss.; mais recentemente, M. DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores das Sociedades por Quotas e a «Desconsideração da Personalidade Jurídica»*, Almedina, Coimbra, 2008. Sobre o problema dos acordos concluídos por todos os sócios, entende M. CARNEIRO DA FRADA («Acordos parassociais omnilaterais», *cit.*, 130 ss.) que se trata de uma desconsideração da personalidade jurídica «entendida de forma ampla enquanto não aplicação das regras que regulam a actividade da pessoa jurídica societária», ainda que, estando limitada ao plano interno das relações entre os sócios subscritores do acordo, não se lhe deva reconhecer uma eficácia análoga à do pacto social (e não sendo, por isso, oponíveis a terceiros).

³³⁹ Além do direito de denúncia que permite evitar uma vinculação excessiva e contrária à própria liberdade negocial, acresce que estaria, à partida, assegurada uma manifestação unânime da vontade dos sócios quanto à abertura de influência do terceiro na administração dos negócios da sociedade, garantia da integridade dos interesses da comunidade societária (H. P. OVERRATH, *cit.*, 83).

colectividade societária³⁴⁰. Só o sócio individualmente considerado (e dentro dos limites do direito de revogação por justa causa) pode renunciar ao direito de se determinar no exercício do direito de voto, não sendo pensável uma forma institucionalizada de exercício jurídico colectivo que compreenda a própria possibilidade de disposição, com efeitos duradouros, da liberdade de decisão de todos os participantes. As vinculações de voto assumidas por todos os sócios que não se referissem a deliberações com conteúdo previamente indeterminado conduziriam à violação do princípio da proibição da auto-incapacitação³⁴¹. Semelhantes a estes estão os contratos pelos quais os sócios se obrigam *entre si* a conceder relevância à vontade de um terceiro no contexto do exercício do direito de voto, sem que a este seja atribuída uma pretensão à adopção de certo comportamento dos sócios na assembleia geral. Estes acordos podem ser funcional e formalmente autónomos do contrato de sociedade, mas podem igualmente surgir integrados no plano das regras de organização do próprio contrato de sociedade (por hipótese, através da constituição de um conselho consultivo com eficácia meramente obrigacional e não corporativa). Além do problema da extensão das regras de direito societário (de modo a permitir, por exemplo, a anulação de uma deliberação que permite a eleição de administradores distintos daqueles que haviam sido indicados pelo terceiro), discute-se igualmente o problema da compatibilidade entre este tipo de convenções e o princípio da autonomia societária, na medida em que se pode colocar o problema da falta de consentimento de todos os sócios para a celebração do acto habilitante do exercício da influência externa sobre os assuntos da sociedade, além de se poderem colocar dificuldades no plano da extinção do negócio e da consequente devolução aos sócios da liberdade de participação na assembleia, isenta da obrigação de considerar a vontade de terceiros³⁴².

³⁴⁰ Cf. PRIESTER, *cit.*, 676; A. HERFS, *cit.*, 374; C. WEBER, *cit.*, 351-2.

³⁴¹ C. WEBER acrescenta ainda um argumento retirado do problema da extensão da competência estatutária a terceiros: se todos os sócios se obrigassem perante um terceiro a votar de acordo com a sua vontade uma proposta de modificação dos estatutos ou a assunção de certa medida de gestão, chegar-se-ia a um resultado equiparável nos efeitos ao da atribuição de um direito especial ao terceiro, a qual, sendo admissível, deve poder ser revogada a todo o tempo mediante a introdução de uma modificação no texto dos estatutos (*cit.*, 311 ss. e 352). Por outro lado, no domínio da organização da sociedade, os sócios não podem esvaziar a sua liberdade de decisão, conclusão que o A. faz derivar da proibição de outorga de uma procuração irrevogável com alcance geral. O problema é igualmente discutido a propósito de contratos concluídos entre a própria sociedade e terceiros através dos quais é atribuído a uma sociedade terceira o poder de condução dos negócios da primeira.

³⁴² Enquanto a modificação ou extinção do acordo parassocial carece, em princípio do consentimento de todas as partes, de acordo com as regras gerais, já vigora para a modificação dos esta-

III – As teses negadoras da validade de acordos de voto omnilaterais fundamentadores de vinculações de voto em benefício de terceiros não merecem a nossa adesão. Desde logo, todas têm como pressuposto certa concepção do *princípio da separação* entre a esfera societária e a parassocialidade em que a autonomia funcional das obrigações com relevância organizativa (de entre as quais se contam as conexas com a designação dos administradores da sociedade) assume um carácter estrito³⁴³. Assim como sucede em qualquer negócio jurídico, as pessoas colectivas servem finalidades humanas e só se pode compreender o seu reconhecimento pelas regras institucionais próprias do direito se não se perder de vista que elas constituem formas orientadas a modelos de organização de bens e ao estabelecimento de esquemas gerais de comportamentos humanos, ainda que convocadores de normas jurídicas próprias e indirectamente dirigidas aos respectivos membros³⁴⁴. A própria ideia de parassocialidade convive mal com o dito princípio estrito da separação, sobretudo quando, como sucede na maioria dos casos, o acordo parassocial incida sobre situações colocadas no plano das relações entre o sócio e a sociedade. As tentativas de compreender as relações entre os preceitos do texto parassocial e os do contrato de sociedade partindo de uma razão pré-estabelecida de subordinação ou de acessoriedade dos primeiros estão condenadas ao fracasso, na medida em que a prática permite recolher exemplos de relações de dependência de sentido contrário. Por outro lado, quando haja coincidência entre a identidade das partes do acordo parassocial e do contrato de sociedade, a invocação das regras de direito societário, em particular os deveres de lealdade que vinculam os sócios entre si, com o fim de não cumprir os deveres emergentes do acordo parassocial surge, *no plano interno*, como abusiva, por violar o princípio da primazia da materialidade subjacente. Conforme Carneiro da Frada fez notar, no que respeita à simples relação entre os sujeitos que celebraram o contrato – na perspectiva da eficácia

tutos da sociedade (à excepção da sociedade civil simples e da sociedade comercial em nome colectivo, em que a regra supletiva é a da unanimidade) a regra da *maioria* (qualificada de três quartos ou de dois terços, de acordo com a regra supletivamente fixada para as sociedades de quotas e para as sociedades anónimas, respectivamente), donde seria possível a prescrição no contrato de sociedade de uma regra proibitiva da conclusão de acordos parassociais fundamentadores de uma influência externa superveniente à conclusão do próprio acordo parassocial, com a consequência de tornar inoponíveis à sociedade os votos emitidos, por ter havido violação do dever de lealdade (C. WEBER, *cit.*, 360-1, falando de quebra do princípio da liberdade de modificação, a todo o tempo, da ordem fundamental de organização da sociedade, por maioria qualificada).

³⁴³ V. H. P. WESTERMANN, *Das Verhältnis von Satzung und Nebenordnungen in der Kapitalgesellschaft*, Müller Jur. Ver., Heidelberg, 1994, 54 e C. RODEMANN, *loc. cit.*...

³⁴⁴ A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, I, *cit.*, 224 ss..

privada comum do acordo parassocial – não se infringe o teor do artigo 17.º/1, «dentro do entendimento de que esse princípio apenas visa proteger terceiros (face ao acordo) que poderiam ser prejudicados pela inobservância das regras societárias, e não atribuir-lhes um benefício que tais regras lhes não atribuem»³⁴⁵. A atribuição de um direito ao terceiro de determinar o sentido de voto de todos os sócios deve, assim, ser entendida como uma norma complementar do programa normativo de exercício jurídico colectivo, em concurso com as regras constantes do próprio contrato de sociedade³⁴⁶. Mesmo a tese que sustenta o consentimento dos restantes sócios como pressuposto da licitude da conclusão de acordos de voto como não sócios (e do voto ulteriormente emitido de acordo com a vontade deste último) – que reputamos por inadequada, como procurámos sustentar – deveria conduzir ao mesmo resultando «desconsiderante» da falta de permissão expressa no contrato de sociedade uma vez que o consenso dos sócios, conquanto prestado em acto autónomo, seria suficiente para negar o desvalor próprio do voto desleal. Por fim, pensamos que as dúvidas que legitimamente podem ser suscitadas quanto ao âmbito da liber-

³⁴⁵ M. CARNEIRO DA FRADA, «Acordos parassociais omnilaterais», *cit.*, 111-2.

³⁴⁶ A vigência de «vasos comunicantes» entre ambos os planos não se esgota no plano da interpretação dos textos dos contratos, antes obriga a justificar limites à aplicabilidade de regras de direito societário que não visem a tutela de interesses públicos ou de terceiros que não sejam partes do contrato parassocial. Como nota M. CARNEIRO DA FRADA, *cit.*, 130 ss. (n. 50), deve distinguir-se entre a «desconsideração» da personalidade colectiva, no plano interno dos sócios participantes no acordo parassocial e a teoria do reconhecimento de eficácia corporativa a preceitos negociais constantes de acordos parassociais omnilaterais (defendida, entre outros, por K. SCHMIDT, *cit.*, 93 ss.). Concordando com o resultado a que se chega o A. (trata-se de intervenção heterónoma de normas de direito objectivo e não concursos de regras postas pela autonomia privada), pensamos que este conjunto de casos de «levantamento da personalidade jurídica» se enquadra no conjunto de casos reconduzíveis à cláusula geral do abuso de direito (artigo 334.º do Cód. Civil), surgindo a aplicação das regras do contrato de sociedade ou da lei como contrárias ao sentido normativo transversal ao sistema do instituto da boa fé (pelo que não é pressuposto da inaplicabilidade dos preceitos parassocietários a modificação do texto dos estatutos, como foi já sustentado por ZÖLLNER, mas apenas que deixem de verificar-se os pressupostos do tipo objectivo do abuso do direito). Parece ser esta a via que melhor fundamenta a inaplicabilidade das regras de Direito societário, perante a amplitude da fenomenologia dos problemas que os acordos parassociais omnilaterais deixam a descoberto [e que compreende, entre outros efeitos, a imposição de «deveres de voto positivos» ou a o recurso à anulação de deliberações sociais, por via da cláusula geral da primeira parte da al. a) do n.º 1 do artigo 58.º do Cód. das Sociedades Comerciais] e, em contraponto, as virtualidades do abuso do direito para alcançar as soluções materialmente adequadas (e permitindo afastar os limites à inaplicabilidade de regras jussocietárias quando o conteúdo do parassocial ou o fim das respectivas partes fosse contrário a certas normas imperativas cuja *ratio* abrangesse ainda estes casos).

dade de autodeterminação do sócio perante instruções concretas de voto emergentes de acordos de voto de conteúdo indeterminado se limitam às situações integrantes do núcleo da participação social e só encontram justificação na tutela «material» da liberdade do próprio sócio³⁴⁷.

4.6. O problema das instruções de voto associadas à modificação do texto dos estatutos

I – É, por vezes, concedida menção especial à constituição de obrigações de voto associadas a alterações estatutárias, no sentido de a considerar como inadmissível quando o credor for um terceiro³⁴⁸. Em benefício desta posição, invoca-se a imperatividade do princípio de direito societário da autonomia estatutária dos sócios. A competência exclusiva para decidir sobre uma «modificação da estrutura» da sociedade (transformação, fusão, cisão, dissolução, integração num grupo de sociedades) ou, em termos mais gerais, de uma modificação do contrato de sociedade deveria pertencer exclusivamente aos sócios, estando excluída a possibilidade de atribuição a um terceiro de um direito de decisão ou mesmo a sujeição à obtenção de um acordo de um outro órgão como pressuposto de eficácia da modificação a operar. A par disto, invoca-se o argumento da natureza particular das pessoas colectivas de direito privado, que se apresentam como uma unidade fechada à qual o direito reconhece o estatuto de um centro autónomo de imputação de uma vontade e decisão, o que torna necessário que a sua organização geral seja definida pelos seus próprios membros³⁴⁹. A sujeição às consequências do não cumprimento de uma instrução de voto de um terceiro acabaria por torná-lo, na prática, interveniente no procedimento de decisão sobre a ordem fundamental da sociedade. As excepções a esta regra consistiriam nos casos de vinculações de voto assumidas em favor de cedente a título fiduciário, uma vez que é este que «materialmente» é titular dos riscos e benefícios inerentes ao estado de sócio. O nosso entendimento é, porém, outro. Se é de distinguir entre categorias de deliberações

³⁴⁷ Manifestamos, assim, as maiores dúvidas quanto à possibilidade de se pensar numa tutela «objectiva» da liberdade de autodeterminação da pessoa colectiva, considerada com autonomia da vontade dos seus membros.

³⁴⁸ Neste sentido, PRIESTER, *cit.*, 668 ss.; K. SCHIMDT, *Scholz Kommentar zur GmbH-Gesetz*⁷, *cit.*, § 47, Ndr. 42, 1728; H. WIEDEMANN, «Verbandssouveränität und Außeneinfluß – Gedanken zur Errichtung eines Beirats in einer Personengesellschaft», *Festschrift für W. Schilling*, de Gruyter, Berlin-New York, 1973, 115 ss.; LUTTER/GRUNEWALD, *cit.*, 111; M. HERMANN, *Unverzichtbare Mitverwaltungsrechte des Personengesellschafters*, Heymanns, 1993, 122 ss.; C. RODEMANN, *cit.*, 38 ss..

³⁴⁹ PRIESTER, *cit.*, 657.

sociais em função do respectivo objecto, só encontramos razões que conduzam a considerar a liberdade de voto mais ampla – e, conseqüentemente, os deveres de lealdade menos intensos – nos casos em que o voto possa incidir sobre uma questão essencial à estrutura da sociedade ou ao texto dos estatutos da sociedade do que nos restantes casos³⁵⁰. As situações de integração do sócio num grupo de sociedades e a posterior subordinação do exercício do voto a instruções da sociedade dominante ou directora não constituem uma situação excepcional e irrelevante para o sentido normativo do «princípio da autonomia estatutária dos sócios»³⁵¹. Pelo contrário, constitui exemplo da frequência social-típica da dissociação entre a titularidade do direito de voto e a titularidade do direito a exigir a emissão do voto com determinado conteúdo. De resto, o chamado «princípio da autonomia estatutária dos sócios» não goza, ele próprio, de *autonomia*: o problema é sempre o do exercício de uma competência genérica, que é justamente o que ocorre quando o sócio se obriga a votar no sentido indicado em matéria estatutária.

II – Questão diversa desta é, naturalmente, a de saber se é válida a atribuição através dos estatutos de um direito a um terceiro ou a um órgão distinto da assembleia geral (seja um órgão previsto para o tipo de sociedade, seja um órgão com competências especificamente relacionadas com a modificação do contrato de sociedade). A resposta parece dever ser negativa, por colidir com o princípio da tipicidade legal das sociedades comerciais, que parece impedir a expropriação de competências legalmente atribuídas aos órgãos previstos para cada tipo legal, possibilitando apenas a instituição de outros, com funções meramente consultivas ou, no limite, complementares das dos primeiros³⁵².

³⁵⁰ W. ZÖLLNER, *cit.*, 182 e A. HUECK, *cit.*, 401.

³⁵¹ C. RODEMANN, *cit.*, 40.

³⁵² Não podendo desenvolver aqui este ponto, pensamos que não é de recusar a validade de cláusulas atributivas de direitos a terceiros, embora seja de distinguir: (i) se se tratarem de situações jurídicas funcionalmente conexas com o exercício de competências orgânicas, a cláusula vale como materialmente estatutária, desde que não colida com regras imperativas de direito societário (por hipótese, a norma de permissão de destituição de qualquer membro do conselho de administração por deliberação da assembleia geral – artigo 403.º/1 do Cód. das Sociedades Comerciais – ou aquela que prevê a possibilidade de destituição da gerência por deliberação aprovada por maioria simples – artigo 257.º/2, 2.ª parte, do Cód. das Sociedades Comerciais; não constitui impedimento à constituição de direitos à gestão de sociedades – mesmo nas sociedades civis simples – o argumento da «auto-organização» («Selbstorganschaft») da pessoa colectiva – A. TEICHMANN, *cit.*, 116 ss.); (ii) se se tratar da atribuição pessoal de um direito ao terceiro, a cláusula não deverá ser considerada como «materialmente estatutária», na medida em que é estranha

4.7. O significado da proibição do exercício do voto em contrapartida de vantagens especiais no contexto das vinculações parassocietárias perante terceiros

I – Uma importante restrição à validade de acordos parassociais consiste na proibição do exercício do voto e, bem assim, da abstenção do exercício do voto em contrapartida de vantagens especiais, de acordo com a al. c) do n.º 3 do artigo 17.º do Cód. das Sociedades Comerciais. Esta regra tem, como se sabe, a sua fonte no § 405 (III), trechos 6 e 7 do AktG³⁵³⁻³⁵⁴.

A proibição em causa tem sido associada à proibição geral do tráfico ou do comércio do voto: embora não se trate da venda do próprio direito de voto, destacado da acção, a mera sujeição do comportamento do sócio participante na assembleia à possibilidade de obtenção de uma vantagem deveria ser considerada como condição suficiente para que se verificasse uma equiparação no plano dos efeitos proibidos³⁵⁵. Esta explicação parece, contudo, insatisfatória:

às funções associadas ao contrato de sociedade (estabelecimento do regime vigente para a pessoa colectiva e para as relações entre esta e os sócios), estando o regime respeitante à sua constituição, modificação e cessação fora do âmbito de vigência das regras jussocietárias e sujeito às regras gerais do direito do negócio jurídico (v. P. ULMER, «Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH?», *Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag: Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis*, de Gruyter, Berlin/New York, 1984, 930). Outro problema (estranho à parassocialidade) é ainda o da competência para a conclusão de tais contratos entre a sociedade e o terceiro: na medida em que respeitem a matérias inseridas na competência da assembleia geral, deve exigir-se o acordo dos sócios na forma de deliberação ou modificação dos estatutos como pressuposto de eficácia.

³⁵³ Pratica um ilícito contra-ordenacional aquele que: «6. exigir, consentir que lhe prometam, ou aceitar, vantagens especiais como recompensa para votar na assembleia geral ou numa assembleia especial, não votar ou votar em determinado sentido»; «7. Oferecer, prometer ou assegurar vantagens especiais para que alguém não vote ou vote em determinado sentido numa assembleia geral ou numa assembleia especial». A tradução é de RAÚL VENTURA, *cit.*, 76. No mesmo sentido vai o n.º 3 do artigo 440.º da *Loi n.º 66-537 sur les sociétés commerciales* de 24 de Julho; incorreriam numa contra-ordenação «aqueles que se façam conceder, garantir ou prometer vantagens para votar num certo sentido ou para não participar no voto, bem como aqueles que tenham concedido, garantido ou prometido essas vantagens».

³⁵⁴ A doutrina alemã maioritária sustenta, porém, idêntica solução no direito das sociedades de responsabilidade limitada, não obstante a inexistência de preceito análogo no GmbHG; a proibição deste tipo de acordos parassociais extrair-se-ia directamente da cláusula de proibição de violação dos bons costumes, por se considerar, então, pelo menos cognoscível ao credor a possibilidade de causar danos à sociedade através da influência do terceiro no exercício do voto, possibilidade à qual vem a aderir ou oferecer a sua concordância; C. RODEMANN, *loc. cit.*

³⁵⁵ RAÚL VENTURA, *loc. cit.* A questão de saber se a compra e venda dos votos é admitida no direito inglês é controvertida; o *leading case* – *Greenwell v. Porter* (1902) I Ch., 530 (*apud* C. RODEMANN, *cit.*, 339) no que respeita à admissibilidade de acordos de voto consistia justamente num

haveria que apontar as razões justificantes do próprio juízo de equiparação. De acordo com a interpretação mais difundida na doutrina, a finalidade da norma proibitiva centra-se no perigo de dano que adviria da conduta do sócio que

caso enquadrável nesta categoria: o vendedor de um conjunto de acções obrigara-se perante o comprador, e contra o pagamento de uma quantia adicional, a utilizar os direitos de voto referentes às acções que mantivesse na sua titularidade para procurar eleger um gestor de acordo com a escolha do segundo. Na doutrina, a questão é, porém, discutida: FARRAR, *cit.*, 141, parece sustentar a sua admissibilidade, alegando a sua não danosidade e a ampla pretensão do sócio usar o voto como instrumento de realização de finalidades próprias e sem ter em vista os interesses dos restantes sócios; já XUEREB parece sustentar posição contrária (v. C. RODEMANN, *loc. cit.*). No direito norte-americano, a posição clássica sustentada vai também no sentido da proibição da dissociação entre a titularidade da propriedade accionista e o direito de voto; nesse sentido, v., a título de exemplo: F. H. EASTERBROOK/D. R. FISCHER, *The economic structure of corporate law*, Harvard University Press, 1996, 74: «[i]t is not possible to separate the voting right from the equity interest. Someone who wants to buy a vote must buy the stock too. [...] Attaching the vote firmly to the residual equity interest ensures that an unnecessary agency cost will not occur. Separation of shares from votes introduces a disproportion between expenditure and reward». A lei societária do Estado de Nova Iorque proíbe também aos sócios a alienação ou troca das respectivas participações, ou a outorga de uma procuração para o exercício do voto contra o recebimento de dinheiro ou de qualquer outra vantagem patrimonial (Section 609 [e] do N.Y. Bus. Corp. Law). Já no Estado do Delaware tem prevalecido na jurisprudência o entendimento de que a compra e venda de votos (tomada num sentido amplo, i.e., abrangendo a constituição de obrigações de votar) deverá ser sujeita a um controlo material, em função da justeza (*fairness*) do conteúdo do próprio contrato atributivo do voto ou do poder de emitir instruções de voto: na decisão *Schreiber v. Carney*, considerou-se não ser inválido um acordo concluído entre uma sociedade (a Texas International Airlines) e o seu accionista maioritário, ao abrigo do qual a primeira mutuava ao segundo determinada quantia, contra a promessa do segundo votar, no futuro, em sentido favorável a uma operação de reestruturação; observando que, no caso concreto, a finalidade da vinculação de voto era adequada, na medida em que a reestruturação viria beneficiar igualmente todos os accionistas da Texas International Airlines. Note-se que esta decisão vai de encontro àquela que nos parece ser a correcta interpretação do artigo 17.º/3, al. c), do Cód. das Sociedades Comerciais português. É manifesto, porém, que, como notam HENRY T. C. HU/BERNARD BLACK, «The new vote buying: empty voting and hidden (morphable) ownership», *Southern California Law Review*, 79 (2006), 861 ss. (disponível em www.ssrn.com), que esta doutrina não poderá, sem mais, valer para os «novos casos» de compra e venda de votos, que não se deixam simplesmente descrever através de uma atribuição de voto tendo como contrapartida o recebimento de uma vantagem patrimonial para o sócio («a personal consideration» como se afirmou no caso *Schreiber*), os quais se caracterizam, por sua vez, por um «divórcio» entre os poderes discricionários de exercício do voto e a titularidade do próprio direito de voto; com efeito, no moderno mercado de capitais, a dissociação entre a propriedade accionista e o controlo através do voto ocorre de forma massificada, oculta e anónima, em que deixa de ser possível identificar-se o transmitente e o adquirente do direito de voto concretamente em jogo, podendo tal dissociação ocorrer por diversas vias (por exemplo, aquisição de derivados ou investimentos em *hedge funds*). Pelas suas especificidade e complexidade, trata-se de um problema que não pode ser aprofundado aqui.

consistisse na promessa do exercício do voto em determinado sentido, de modo a obter a garantir o recebimento de uma vantagem imediata. A ser admitida tal hipótese, o sócio colocar-se-ia numa típica situação de conflito de interesses, sendo de presumir que a vantagem prometida, provavelmente compensadora do efeito potencialmente lesivo para os interesses dos restantes sócios, viesse a funcionar como critério determinante para a conformação do comportamento do sócio³⁵⁶. Este resultado fica, contudo, muito aquém da letra e do próprio sentido do enunciado em questão, suscitando, logo, a questão de uma necessidade de uma redução teleológica do preceito. Suspenda-se esta linha de pensamento, até se precisar os contornos objectivos-típicos desta cláusula de limitação à validade de acordos de voto.

II – A natureza das «vantagens» relevantes no plano da al. c) do artigo 17.º deve ser aferida de modo amplo, compreendendo tanto as vantagens patrimoniais (obtenção de uma quantia em dinheiro; a obtenção de um dividendo especial para o sócio obrigado) quanto as não patrimoniais (no exemplo de Raúl Ventura, a designação para a presidência honorária de um órgão social³⁵⁷). A amplitude sugerida pelo âmbito literal do preceito análogo do *AktG*, bem como a indeterminação da expressão «vantagens especiais» sugerem uma delimitação do raio de actuação do preceito pela negativa, apontando conjuntos de casos insusceptíveis de serem qualificados como «vantagens especiais». O escopo do preceito parece supor e bastar-se com a relação de instrumentalidade da vantagem prometida perante o controlo do exercício do voto, pelo que não será de exigir uma natureza sinalagmática do nexo entre ambas as atribuições, mas tão-só a possibilidade de a vinculação de voto no âmbito de um contrato complexo influenciar, eventualmente, em concurso com outros critérios, a natureza e extensão da contraprestação. Pelo contrário, deve dispensar-se o recurso a uma ideia de causalidade entre a vinculação de voto e a obtenção de uma vantagem: o sócio que se constitui na obrigação de votar com a intenção de vir a obter uma vantagem futura do credor preenche o tipo da al. c) do artigo 17.^{o358}. A obrigação de o sócio cedente votar no sentido da prestação do consentimento necessário à oponibilidade da cessão à sociedade deve, também, ter-se

³⁵⁶ Cf. C. RODEMANN, *cit.*, 63.

³⁵⁷ RAÚL VENTURA, *cit.*, 81. Contra, defendendo a restrição do conceito de «vantagem» aos benefícios patrimoniais, perante a insegurança jurídica associada à dificuldade de aferição de uma influência causadora de um perigo de dano para o património da sociedade, C. RODEMANN, *cit.*, 65.

³⁵⁸ C. RODEMANN, *cit.*, 64.

por excluída desta regra, uma vez que este resultado já corresponderia a um dever lateral de comportamento relativamente ao adquirente da participação social³⁵⁹.

A restrição mais significativa que a doutrina sugere quanto a este preceito consiste na aceitação como pressuposto da «especialidade» da vantagem que esta não resulte já do próprio exercício do voto prometido, como sucederá nos casos de as diversas partes contratantes estarem obrigadas e eleger-se reciprocamente para um órgão social. Neste conjunto de casos, «o sócio não consegue mais do que conseguiria usando normalmente o voto»³⁶⁰. O mesmo se diga quanto à situação em que a própria sociedade ou os restantes sócios são beneficiados pela emissão do voto prometido, como sucederá quando a deliberação social beneficia não apenas o sócio credor, mas de forma idêntica todos os accionistas³⁶¹.

III – A razão da proibição não assentaria numa ideia de corrupção no exercício do voto, mas antes no resultado de valorações especificamente societárias: através da proibição da compra e venda do voto e, bem assim, da obrigação de votar contra o recebimento de uma vantagem especial, pretende-se garantir uma convergência mínima entre o interesse do sócio e o da sociedade. Segundo nota Herfs, a venda do voto coloca o sócio perante um perigo de colisão de interesses³⁶²; por outro lado, a obtenção de «vantagens especiais» permitiria compensar a, noutras circunstâncias, desejável ponderação das diferentes razões em torno de certa deliberação. Seria, de resto, esta combinação entre a «presunção de danosidade» e o «efeito de compensação» que explicaria, noutro lugar, o regime do impedimento do direito de voto do sócio em situação de conflito de interesses e a circunstância de, também ali, a possibilidade de exercício do voto se encontrar excluída à partida.

Quanto a nós, vemos na al. c) uma regra de limitação à autonomia privada dos sócios que transcende o plano especificamente jussocietário, estendendo ao acordo parassocial atributivo de vantagens associadas ao exercício do direito de

³⁵⁹ *Idem, ibidem*, 65.

³⁶⁰ RAÚL VENTURA, *cit.*, 81.

³⁶¹ *Idem, ibidem, loc. cit.*; A. HERFS, *cit.*, 332; K. SCHMIDT, *Scholz Kommentar zur GmbH-Gesetz*⁷, *cit.*, § 47, Ndr. 45, 1730-1. C. RODEMANN, *cit.*, 66, parece ir mais longe, admitindo que o acordo parassocial concluído entre sócios possa servir a finalidade de uma «compensação» concretizada numa prestação mais favorável para o sócio minoritário obrigado, desde que daí não resulte um perigo de dano para a sociedade ou os restantes sócios.

³⁶² A. HERFS, *cit.*, 332-3.

voto a consequência da nulidade. Tendo o seu fundamento na associação de um acordo parassocial com o conteúdo descrito a um certo modelo objectivo de perigosidade para o património da sociedade e dos restantes sócios, a regra da invalidade apresenta uma estrutura típica análoga à dos crimes de perigo abstracto³⁶³. Evidentemente, não pode sustentar-se a transposição para a discussão em torno da extensão de uma regra de limitação à validade do exercício jurídico-negocial dos argumentos que obrigam à interpretação do tipo penal de perigo abstracto no sentido do afastamento do preenchimento do tipo quando a construção da norma do caso obrigue a um afastamento do modelo de perigosidade subjacente ao juízo do legislador, por se estar, aqui, fora dos quadros do princípio da subsidiariedade e da culpa reclamantes de uma interpretação conforme com a Constituição. Mas nem por isso se deve chegar a resultado diferente. Nos casos em que da obrigação de respeitar as indicações do terceiro credor não emergja qualquer risco de violação de um dever, legal ou contratual, do sócio obrigado perante a sociedade, a regra da al. c) do artigo 17.º não encontrará aplicação: se para a eleição de um representante no conselho geral e de supervisão tivermos dois candidatos a e a', ambos igualmente qualificados e competentes e ambos oferentes de idênticas garantias de isenção e lealdade e, se perante isto, o sócio maioritário b se tiver obrigado perante a, contra o recebimento de uma qualquer contrapartida, a votar no sentido da eleição do segundo para aquele cargo, não existirá qualquer perigo de adopção de um comportamento ilícito nem de um comportamento danoso para com a sociedade. É assim que Lübbert conclui que, neste tipo de acordos, se está fora do âmbito de vigência da proibição da compra e venda de votos, por falta de uma possibilidade de causação de danos à sociedade no caso concreto, num resultado que o A. considera ser o de uma interpretação restritiva³⁶⁴. Apesar de vermos como fluida e apenas de grau a diferença entre a interpretação (extensiva ou restritiva) e a integração de lacunas («patentes» ou «ocultas») e por nos causar dúvidas o «sentido literal possível» como critério de distinção entre ambas as modalidades de interpretação em sentido amplo servido pela maioria da doutrina, pensa-se ser este um caso de redução teleológica. Com efeito, a regra proibitiva encontra aqui, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a sua

³⁶³ A consideração do argumento histórico obriga a que se deixe de ver aqui uma aproximação forçada à categoria penal dos crimes de perigo abstracto. Na doutrina germânica, é maioritária a visão do § 405 (III) n.ºs 6 e 7 como uma contra-ordenação assente num modelo de perigosidade abstracta; cf. C. RODEMANN, *loc. cit.*.

³⁶⁴ LÜBBERT, *cit.*, 152.

teleologia imanente à lei, uma restrição que não está contida no texto legal³⁶⁵. Não somos, por isso, convencidos pelo entendimento de que o al. c) do n.º 3 do artigo 17.º constituiria um «preceito formal de ordem», insusceptível de restrição, em função de um interesse de segurança jurídica³⁶⁶. A proibição não valerá mais do que aquilo que for exigido, em cada caso, pela segurança em evitar a criação de comportamentos danosos para a sociedade. E a prova da inadequação da posição contrária parece ser demonstrada pelos casos em que o sócio se encontra obrigado, mediante recebimento de uma contrapartida, a respeitar a instrução do credor favorecedora do interesse de todos os sócios. Nessa hipótese, seria um resultado conflituante com a própria finalidade da norma considerar o acordo parassocial como nulo, eliminando uma das razões para o sócio agir licitamente (no duplo plano societário e jurídico-obrigacional *stricto sensu*), com um prejuízo injustificado para o terceiro credor, escrupuloso na emissão da instrução de voto e confiante na licitude do seu comportamento.

Não é demais reafirmar que nos movemos no âmbito da autonomia privada e que o sentido do agir negocial do sócio só merece correcção quando tal seja necessário, de acordo com um juízo de ponderação de bens. A existência de uma vantagem é, por si, uma razão para se supor *prima facie* a colocação em perigo proibida do património da sociedade e dos demais sócios. Não sendo absoluta, ela só cederá perante a demonstração de que o perigo de dano não chega a surgir, atento o concreto assunto da deliberação e o direccionamento do voto do sócio pelo credor. Atentas as valorações em jogo, a proposição legal presuntivamente orientada à proibição e a situação de domínio pelo credor dos factos que justificam o perigo do evento lesivo, pertence ao credor o risco pela incerteza sobre a inocuidade subjectivo-concreta da instrução de voto³⁶⁷⁻³⁶⁸.

³⁶⁵ K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*³, Trad. José Lamego (da 6.ª Ed. da *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), Fund. Calouste Gulbenkian, 1997, 555–6. Curiosamente, o A. fornece como exemplo de redução teleológica a recusa de invalidade de acordo com o § 181 do BGB de um negócio celebrado consigo mesmo que, pela sua natureza, apenas possa trazer uma vantagem jurídica ao representado, como sucede com as doações celebradas entre o representante legal e o incapaz representado. Ainda que se reconheça ser esta uma situação-tipo diferente daquela tratada no texto, por que no exemplo de LARENZ a ausência de uma perigosidade de dano decorre logo a partir do *tipo* de acto em causa – ela é, por assim dizer, um argumento em favor da restrição favorável à permissão tão abstracto quanto o da própria proibição – a posição do A. só parece poder ser compreendida à luz de uma concepção de conflito de interesses que faça deslocar para o perigo de lesão de interesses de uma das partes a finalidade determinante do raio de acção proibitiva daquela regra.

³⁶⁶ Cf. K. LARENZ, *cit.*, 558, de novo, a propósito do § 181 do BGB.

³⁶⁷ Este será, de resto, um juízo análogo ao propugnado pela chamada «teoria das esferas de

IV – Em certa medida, as razões até agora feitas valer neste ponto poderiam, em rigor, ser generalizadas a todos os acordos parassociais, incluindo, pois, os acordos de voto de que apenas fizessem parte elementos do grémio societário. A questão ulterior é a de saber se algo do que se procurou sustentar se vê prejudicado pela circunstância de o credor da vinculação de voto ser um *terceiro*. Não será este um outro elemento da situação de facto para se considerar agravada a possibilidade de colocação em crise dos direitos patrimoniais de terceiros (sociedade e restantes sócios)? Não será, por sua vez, a possibilidade de influência externa um argumento relevante para reforçar a proibição de exercício do voto contra o recebimento de uma vantagem? Como por diversas vezes foi sendo feito notar no desenvolvimento deste estudo, a inexistência de um perigo de perda de um investimento por quem detém o poder de determinar o sentido do voto («domínio sem responsabilidade») conduz à inexistência de uma razão para agir em prol da realização do escopo societário, ao qual não está obrigado e do qual, em princípio, não retirará qualquer proveito. Tão-pouco se pode inferir da interferência mediata e de eficácia obrigacional de um terceiro razão para *agir em sentido contrário*, comprometendo a perseguição do lucro ou de outras finalidades societárias. Não se vê, assim, razão para se supor que a atribuição do direito de emitir instruções de voto represente uma elevação do nível de perigosidade abstracta associada ao acordo de voto envolvendo o terceiro *suficiente* para justificar solução diversa da proposta. Havendo um contrato aparentemente constitutivo de uma vinculação de voto contra o recebimento de vantagens especiais, sejam estas provenientes de um outro sócio ou de um terceiro, estar-se-á no âmbito da regra imperativa conducente à nulidade, salvo se se demonstrar a exclusão da possibilidade de causação de danos à sociedade. É precisamente esta última situação que tenderá a justificar-se nos casos em que o terceiro é parte de uma outra relação específica com a sociedade ou com os outros sócios³⁶⁹. Chega-se, deste modo, a um resultado coerente com o juízo de licitude sobre os acordos de voto concluídos com o usufrutuário, o credor pignoratício ou o transmitente a título fiduciário, acolhido mesmo

perigo», como pensamento alternativo às tradicionais doutrinas «rosenbergianas» quanto à distribuição do ónus da prova.

³⁶⁸ Não sendo suficiente a simples probabilidade de inexistência de um dano, exige-se uma convicção «próxima da certeza», adequada à produção de uma ilação típica da prova *stricto sensu* (enquanto grau de prova), residindo a questão essencial do *thema probandum* na concreta perigosidade da instrução de voto, e não tanto do próprio contrato parassocial (o que parece ter particular relevância no quadro dos acordos parassociais de conteúdo indeterminado).

³⁶⁹ W. ZÖLLNER, «Zu Schranken...», *cit.*, 178.

por aqueles que maior desconfiança e restrições vêm apontando à constituição de obrigações de votar em benefício de não sócios (como são os casos de Flume ou de K. Schmidt, conforme se viu). A inoperância de alguns dos argumentos apontados no sentido da restrição é confirmada pela exclusão de outros, em função do plano teleológico a eles subjacente, tudo concorrendo para a obtenção de resultados sistematicamente ajustados nas consequências e materialmente conformes com o sistema. No fim, e em coerência com as soluções expostas, o próprio critério força-se a uma extensão: todos os terceiros que não ofereçam vantagens especiais estão no pleno exercício da sua liberdade jurígena³⁷⁰.

Em suma: tudo considerado, o problema da constituição de obrigações de voto para com não sócios coloca em interacção elementos regulativos (princípios ou fundamentos justificativos) com significado e extensão distintos e que assumem uma estrutura variável ou elástica, típica de um «sistema móvel» semelhante ao desenvolvido por Wilburg para o sistema da responsabilidade civil³⁷¹. A regra é a da permissão e validade de celebração deste tipo de acordos de voto (regra de competência genérica ou autonomia privada), comprimida pela tutela do núcleo da participação social, indisponível de modo antecipado pelo próprio sócio (ainda reconduzível ao princípio de direito privado geral da proibição da renúncia antecipada a direitos) e com limite na colocação em perigo da esfera de integridade patrimonial da sociedade e dos sócios não obrigados (limite institucional à autonomia do sócio sob a forma de regra injuntiva de direito societário).

§ 5. Conclusões

Da presente investigação podem ser retiradas as seguintes conclusões principais:

1. As obrigações de voto constituídas em benefício de terceiros são válidas e representam já uma forma de exercício da liberdade de voto do sócio: nem

³⁷⁰ Assim, a par dos casos por todos admitidos como admissíveis estará, por hipótese, o do credor da sociedade a cujas instruções de voto o sócio maioritário fica adstrito. No plano da valoração das finalidades das partes em tal contrato, de resto, quase se poderia falar em maioria de razão: a vontade do terceiro garantir, a cada passo, a solvabilidade da sociedade, orientando o voto para a adopção de medidas de recapitalização é, à partida mais favorável à realização dos interesses de todos os sócios (em «modo colectivo») do que a vontade de um usufrutuário, autorizado por lei a exercer o voto em nome próprio!

³⁷¹ No clássico *Die Elemente des Schadensrechts*, 1941.

as limitações impostas pelo «interesse social», nem os princípios da indivisibilidade da participação social ou da «correlação entre influência e responsabilidade» justificam uma restrição à competência para assumir vinculações de voto perante não sócios.

2. A deliberação social constitui um negócio jurídico, formado a partir da imputação dos votos, declarações de vontade dos sócios, de acordo com uma regra de maioria. À deliberação são aplicáveis as regras gerais sobre a formação do negócio jurídico e, bem assim, as regras de invalidade em consequência da falta de requisitos quanto ao objecto e da falta ou vícios da vontade. Também as regras relativas à responsabilidade pré-negocial podem ter lugar em virtude da violação de deveres específicos de comportamento dos sócios na formação de uma deliberação social.

3. A ideia da indivisibilidade da participação social (*Abspaltungsverbot*) não corresponde a um dogma de direito das sociedades, mas antes a uma norma não escrita de direito das sociedades. O seu fundamento descobre-se não na «natureza» da participação social ou no princípio da tipicidade, mas numa ideia de protecção devida ao próprio sócio a que corresponde o reconhecimento de limites ao exercício da sua autonomia. Esses limites devem ser entendidos como uma instanciação do princípio irrenunciabilidade antecipada aos direitos.

4. Existem várias formas de autorização de um terceiro para o exercício do direito de voto no seu interesse. A irrevogabilidade da procuração para votar pode ser eficazmente convencionada se houver sido emitida no interesse do procurador ou de terceiro (artigo 265.º/3 do Cód. Civil), surgindo com frequência em acordos de voto plurilaterais. Além dos limites impostos pela estrutura de uma procuração outorgada com este escopo – impostos pelo princípio da causalidade entre a procuração e a relação subjacente entre o representante e o *dominus* – há que apontar a vigência de limites quanto ao *objecto* de uma procuração de voto irrevogável: uma procuração de voto de âmbito geral não compreenderá a competência para votar em matérias conexas com direitos irrenunciáveis ou inderrogáveis.

5. Além da procuração irrevogável, é de reconhecer a validade e eficácia, no direito privado geral (artigos 262.º/1 e 405.º do Cód. Civil), à «procuração supressiva», através da qual o *dominus* atribui ao representante a competência para a realização de actos jurídicos em nome do representante, deixando este de poder exercê-la pessoalmente durante a vigência da procuração. Através de uma «procuração supressiva» não se atribui ao representante qualquer poder de disposição autónomo, mas apenas a legitimidade para o exercício de uma competência jurídica *em exclusividade*. Há, contudo, que atender a restrições impostas por valorações gerais e institucionais: não é admissível uma «procura-

ção supressiva» incidente sobre actos de disposição de direitos reais (por força do princípio da tipicidade – artigo 1306.º do Cód. Civil) ou que possam viabilizar uma instrumentalização da vontade do representado aos fins do procurador, em violação do princípio geral da proibição da renúncia antecipada a direitos (como sucederia numa procuração de âmbito geral, para o exercício de situações jurídicas não adquiridas ou sem que os pressupostos para aquele exercício se encontrem minimamente determinados). A «procuração supressiva» parece, ainda, estar sujeita às restrições vigentes na procuração irrevogável: a sua admissibilidade e vigência estão dependentes de um interesse próprio do representante ou de terceiro, não podendo ser afastado o direito de resolução por justa causa. Ainda que não se trate de uma restrição negocial da faculdade de disposição de um bem, encontramos no regime de negócios com efeitos desta natureza argumentos que favorecem a admissibilidade da figura.

6. Os danos causados por um terceiro representante habilitado a exercer o direito de voto no seu interesse são, em regra, imputáveis ao sócio. Só parece ser de admitir uma obrigação de indemnizar própria do terceiro quando se puder dizer que sobre ele impendem deveres de protecção da integridade patrimonial da sociedade ou em caso de comportamentos abusivos (artigo 334.º do Cód. Civil). O primeiro conjunto de casos não deve ser dissociado da questão geral da responsabilidade de terceiros no contexto de comportamentos negociais.

7. Não existe qualquer restrição à conclusão de acordos de voto com base num alegado «princípio da autonomia societária», ao contrário do que pretende certa doutrina germânica. Na atribuição a um terceiro do direito de decidir o sentido do voto, o sócio já se encontra no exercício pleno da sua autonomia. No caso de assunção de obrigações de voto contrárias ao dever de lealdade, ambas as vinculações serão eficazes, expondo-se o sócio a consequências semelhantes em caso de não cumprimento de uma delas.

8. As obrigações de voto constituídas perante terceiros são válidas, mesmo quando o terceiro não seja titular de algum «interesse» próprio na sociedade, mantendo com o sócio uma relação subjacente que justifique uma «presunção de conformidade» do seu comportamento com o escopo comum aos sócios, como sucede nos casos em que o credor é usufrutuário, credor pignoratício ou titular fiduciário da participação social.

9. Ao invés, o principal problema subjacente às vinculações de voto assumidas perante terceiros consiste no perigo de, sob a forma de uma obrigação de, no futuro, votar de acordo com as instruções emitidas por um terceiro, susceptível, aliás, de execução específica, se permitir ao terceiro alcançar os efeitos correspondentes a tal vinculação de voto na esfera social, mesmo quando tais

efeitos conduzam à modificação dos estatutos ou à afectação do «núcleo essencial do estado do sócio». A razão da desconfiança com o acordo de voto com o terceiro já não se deixa, então, explicar pela preocupação de tutela da esfera patrimonial da sociedade ou dos restantes sócios, mas com a tutela material da autonomia privada do próprio sócio. Suscita-se, neste ponto, e à semelhança do que sucede na cessão autónoma do direito de voto ou das procurações irrevogáveis ou «supressivas» de conteúdo geral, o problema da analogia com a norma que determina a irrenunciabilidade antecipada aos direitos.

10. O problema restringe-se, assim, às obrigações de voto de conteúdo indeterminado: nos restantes, há como que uma simples determinação antecipada do sentido de voto. Mas, mesmo nas vinculações de conteúdo indeterminado, não são de aceitar as consequências ditadas pela doutrina do núcleo da participação social no sentido da invalidação das instruções de voto incidentes sobre direitos inderrogáveis ou irrenunciáveis do sócio. Salvo estipulação clara de uma permissão de interferência de não sócios – que, mesmo nestas situações jussocietárias é de admitir como válida – o dever de emitir um voto que colocasse em causa a substância da participação social (como poderia suceder numa deliberação de fusão, de cisão, de transformação ou de aumento de capital) seria contrária ao fim do acordo de voto: não é de aceitar que o devedor esteja obrigado a um resultado que possa comprometer a própria situação legitimante da obrigação de voto. O fundamento da inexigibilidade do cumprimento da instrução de voto não reside, porém, em nenhum princípio de direito das sociedades nem, em rigor, no princípio geral da proibição de renúncia antecipada a direitos. Na falta de indícios minimamente seguros de uma vontade de vinculação nestes casos, a inexistência de uma restrição no conteúdo do dever de prestar corresponde a uma lacuna, devendo a incompletude contrária ao plano ser integrada de acordo com o princípio geral da boa fé.

As normas do contrato de sociedade que prescrevem restrições à transmissibilidade de participações sociais não atingem a validade ou a eficácia de um acordo de voto. Além de servir os fins próprios do sócio obrigado, o acordo de voto pode servir a prossecução de interesses de terceiro plenamente compatíveis com a protecção do património da sociedade e o escopo comum dos sócios.

12. Mesmo quando tal não suceda, e o cumprimento da obrigação de votar de acordo com as instruções do credor colida com o dever de lealdade do sócio obrigado, não existe *fundamento*, nem tão-pouco *necessidade* para a protecção do património da sociedade, para a invalidade do contrato fundamentante da obrigação de voto. São de rejeitar tanto as ideias assentes numa primazia dos deveres societários sobre os parassocietários, bem como as de uma necessária com-

plementaridade entre ambas as esferas de autonomia. Do mesmo modo, carece de fundamento a ideia de uma inexigibilidade do cumprimento de uma obrigação de emitir um voto desleal, por não haver lugar a um conflito de deveres justificante. Por outro lado, vale entre nós a tese, muito difundida no direito alemão, segundo a qual o voto desleal é relativamente ineficaz, *rectius*, inoponível à sociedade. Este resultado não é produto de regras institucionais específicas do direito das sociedades e representa mais uma conexão de sentido entre o negócio jurídico e o direito da perturbação das obrigações. Um exercício válido da autonomia privada pode, em situações como as visadas, conduzir à inoponibilidade a um terceiro dos efeitos associados ao acto de autovinculação. O voto ilícito deve ser recusado pelo presidente da mesa da assembleia geral e pode ser declarado ineficaz, embora a validade da deliberação social só fique comprometida se se demonstrar que a mesma não teria sido aprovada sem os votos em causa.

13. São igualmente válidas as obrigações de votar de acordo com as instruções de um terceiro em matéria de modificações ao texto dos estatutos: a autonomia do sócio é, nestas matérias, ainda maior – e os correlativos deveres de lealdade menos intensos – pelo que não teria sentido negar a validade de uma obrigação de voto que surgisse, já, como manifestação daquela autonomia.

14. A proibição do exercício do direito de voto em contrapartida de vantagens especiais, constante da al. c) do n.º 3 do artigo 17.º do Cód. das Sociedades Comerciais deve ser objecto de uma redução teleológica, de modo a que a mesma não deva ter aplicação nos casos em que não haja lugar à «presunção de danosidade» e à necessidade de um «efeito de compensação», que constituem o escopo da norma. Estabelecendo um paralelismo com os tipos penais de perigo abstracto, reconhece-se que a existência de uma vantagem é, por si, uma razão para se supor *prima facie* a colocação em perigo do património da sociedade e dos demais sócios. Mas não é absoluta, cedendo perante a demonstração de que o perigo de dano não chega a surgir, atendendo ao concreto assunto da deliberação e ao direccionamento do voto do sócio pelo credor.

Lisboa, 23 de Junho de 2010