

MARÇO 2012, ANO 4, VOL. 7, SEMESTRAL

---

# DIREITO DAS SOCIEDADES

## *em Revista*

---

### DOUTRINA

The governance of corporate groups

*José Engrácia Antunes*

Inexistência e nulidade de deliberações sociais

*Filipe Cassiano dos Santos*

*Hugo Duarte Fonseca*

A exigência estatutária em sociedades anónimas (que não sejam «sociedades abertas») do prévio depósito das acções para o exercício do direito de voto

*M. Nogueira Serens*

Assembleias gerais de sociedades anónimas I: questões relativas à convocação, participação e funcionamento

*Paulo Olavo Cunha*

Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões

*Catarina Serra*

De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)

*Luís A. Carvalho Fernandes*

*João Labareda*

D&O Insurance e o projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro

*Maria Elisabete Ramos*

A tutela dos credores da sociedade por quotas unipessoal e a responsabilidade do sócio único

*Pedro Pidwell*



## ÍNDICE

### DOUTRINA

The governance of corporate groups  
*José Engrácia Antunes*

Inexistência e nulidade de deliberações sociais  
*Filipe Cassiano dos Santos*  
*Hugo Duarte Fonseca*

A exigência estatutária em sociedades anónimas (que não sejam «sociedades abertas»)  
do prévio depósito das acções para o exercício do direito de voto  
*M. Nogueira Serens*

Assembleias gerais de sociedades anónimas I: questões relativas à convocação,  
participação e funcionamento  
*Paulo Olavo Cunha*

Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões  
*Catarina Serra*

De volta à temática da apensação de processos de insolvência  
(em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)  
*Luis A. Carvalho Fernandes*  
*João Labareda*

D&O Insurance e o projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro  
*Maria Elisabete Ramos*

A tutela dos credores da sociedade por quotas unipessoal e a responsabilidade do sócio único  
*Pedro Pidwell*



## **EDITORIAL**

À primeira edição do prémio DSR/Almedina concorreram dezanove autores, sendo doze portugueses e sete brasileiros.

O júri, composto por todos os membros da Redação da DSR, deliberou atribuir o prémio *ex aequo* a textos apresentados por Fábio Loureiro e Inês Serrano de Matos intitulados, respetivamente, *Os Deveres Acessórios nos Contratos de Administração* e *Os Mecanismos de Tutela Coletiva dos Investidores em Sociedades Anónimas Cotadas na Bolsa de Valores – Da Ação Popular*.

No próximo número da DSR haverá mais ecos da primeira edição do prémio DSR/Almedina.



## ABREVIATURAS

AAVV/VVAA	Autores Vários / Vários Autores
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ac. / acs.	acórdão / acórdãos
ACE	Agrupamento(s) Complementar(es) de Empresas
AEIE	Agrupamento(s) Europeu(s) de Interesse Económico
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Lei alemã sobre as sociedades anónimas e em comandita por acções, de 6 de Setembro de 1965
al.	alínea
AnnDrComm	Annales de Droit Commercial
AnwBl	Anwaltsblatt
Ass.	Assicurazione. Rivista di Diritto, Economia e Finanze delle Assicurazioni Private
BankLJ	Banking Law Journal
BB	Betriebs-Berater
BFD	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BL	The Business Lawyer
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BulJS	Bulletin Joly des Sociétés
CA 2006	Companies Act, de 2006 (Inglaterra)
CadMVM	Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários
CC	Código Civil
CCit	Código civil italiano, de 16 de Março de 1942
CCom	Código Comercial
CComf	Novo código de comércio francês (aprovado pela Ordinance, de 18 de Setembro de 2000)
CEE	Comunidade Económica Europeia
CeImp	Contratto e Impresa
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
cfr.	confronte
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CJ-STJ	Colectânea de Jurisprudência Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

CLR	Columbia Law Review
CPC	Código de Processo Civil
CPen	Código Penal
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência
CMLRev.	Common Market Law Review
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CódMVM	Código do Mercado de Valores Mobiliários
CRCom	Código do Registo Comercial
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT/CTrab	Código do Trabalho
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DB	Der Betrieb
DEA	Diritto ed Economia dell'Assicurazione
DFiscB	Droit Fiscalité Belge
DJ	Revista Direito e Justiça
DJCL	Delaware Journal of Corporate Law
Dec.-Lei/DL	Decreto-Lei
DG	Diário do Governo
DR	Diário da República
DSR	Direito das Sociedades em Revista
ed.	edição
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
EIRL	Estabelecimento(s) Individual(ais) de Responsabilidade Limitada
ERPL	European Review of Private Law
EuZW	Europäische Zeischrift für Wirtschaftsrecht
ForI	Forum Iustitiae
ForLR	Fordham Law Review
GC	Giurisprudenza Commerciale
Giur.Comm.	Giurisprudenza Commerciale
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Alemanha)
GmbHG	Lei alemã sobre as sociedades de responsabilidade limitada, de 20 de Abril de 1892
GmbHR	GmbH-Rundschau
HarvLR	Harvard Law Review
id.	<i>idem</i>
InsO	Insolvenzordnung (lei alemã da insolvência)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JOCE	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia

L.	Lei
LAS	Lei da Actividade Seguradora
LGT	Lei Geral Tributária
LSGPS	Lei das Sociedades Gestoras de Participações Sociais
LSQ	Lei das Sociedades por Quotas
MLR	The Modern Law Review
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (Alemanha)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
n. / nn.	nota/notas
n.º	número
NYSE	New York Stock Exchange
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OPA	Oferta(s) Pública(s) de Aquisição
OPV	Oferta(s) Pública(s) de Venda
p. / pp.	página/páginas
p. ex.	por exemplo
PME	Pequenas e médias empresas
POC	Plano Oficial de Contabilidade
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB	Revista da Banca
RCEJ	Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas
RDE	Revista de Direito e Economia
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RDS	Revista de Direito das Sociedades
RC	Tribunal da Relação de Coimbra
RE	Tribunal da Relação de Évora
RES	Revista Española de Seguros
RevDBB	Revue de Droit Bancaire et de la Bourse
RevE	Revisores e Empresas
RevF	Revista Fisco
RevOD/O Direito	Revista O Direito
RevTOC	Revista dos Técnicos Oficiais de Contas
RG	Tribunal da Relação de Guimarães
RivDCom	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni
RJCS	Regime Jurídico do Contrato de Seguro
RJOIC	Regime Jurídico dos Organismos de Investimento Colectivo
RJUPort	Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique

RL	Tribunal da Relação de Lisboa
RMBCA	Revised Model Business Corporation Act (EUA)
RP	Tribunal da Relação do Porto
reimp.	reimpressão
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RNPC	Registo Nacional de Pessoas Colectivas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ROC	Revisor Oficial de Contas
RS	Rivista delle Società
s./ss.	seguinte/seguintes
SA	Sociedade(s) Anónima(s)
SARL	Sociedade de Responsabilidade Limitada (França)
SQ	Sociedade(s) por Quotas
SCE	Sociedade(s) Cooperativa(s) Europeia(s)
SE	Sociedade(s) Europeia(s)
SGPS	Sociedade(s) Gestora(s) de Participações Sociais
SPE	Sociedade(s) Privada(s) Europeia(s)
SRL	Sociedade de Responsabilidade Limitada (Itália)
SROC	Sociedade(s) de Revisores Oficiais de Contas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
t.	tomo
tb.	também
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
Themis	Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRLSA	Lei espanhola sobre as sociedades anónimas (texto refundido aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Dezembro)
UCP	Universidade Católica Portuguesa
v.	<i>vide</i>
VJud	Vida Judiciária
VLR	Vanderbilt Law Review
vol./vols.	volume/volumes
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

 **DOCTRINA**



**SUMÁRIO:** A governação das sociedades – espécie de “mantra” dos juristas na actualidade – tem sido tradicionalmente centrada no desenvolvimento e aperfeiçoamento das regras de administração e fiscalização da sociedade comercial individual. Todavia, desde há largas décadas, o grupo de sociedades – e não a sociedade isolada – constitui a forma jurídica privilegiada de organização da empresa moderna. O presente estudo tem por objecto a governação dos grupos de sociedades, procurando identificar os factores jurídicos e económicos determinantes para as estruturas de governo das empresas plurissocietárias (Capítulo I), bem assim como analisar os princípios e mecanismos fundamentais da *administração do grupo*, em especial o poder e o dever de direcção da sociedade-mãe (Capítulo II), e da *supervisão do grupo*, tendo em vista o controlo da sua actividade e resultados económicos globais (Capítulo III).

**ABSTRACT:** The governance of the corporation – a sort of “mantra” of today corporate lawyers – is one of the major and fashionable topics of the law of corporations of the beginning of the XXI century. While the corporate governance debate has been mainly focused at the level of the individual corporation, the fact remains that the corporate group – and not the single corporation – is, by and large, the prevailing form of the modern enterprise. The present paper addresses the issue of the *governance of corporate groups*, by analyzing the legal and economic key factors which are decisive for the shaping of the governance structure of corporate groups (Chapter I), as well as the fundamental principles and mechanisms for a good and sound *management of the group*, in particular the power of direction and duty of direction of the parent corporation (Chapter II), and *supervision of the group*, related to the control and auditing of its overall business activity and performance (Chapter III).

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

## The Governance of Corporate Groups\*

### Introduction

I. The *governance of the corporation* is one of the major and fashionable topics of the law of corporations of the beginning of the XXI century<sup>1</sup>. The worldwide diffusion of the corporate governance debate – a

\* Paper presented by the author at the «International Symposium of Company Law», held at the Universidad Complutense of Madrid in April of 2010.

<sup>1</sup> In fact, the governance of corporations is a ancient problem of corporation law, as old as the large corporation based on a separation of ownership and control: as Gaudencio

sort of «mantra» of today corporate lawyers – give rise to an exotic variety of national expressions and definitions («buen gobierno de sociedades», «Unternehmensverfassung» «gouvernement d'entreprise», «governo societario», «governo das sociedades», «bolagsstyrning»)<sup>2</sup>; in a very broad and general sense, one could define corporate governance as the set of rules, principles and factors relating to the management and the control of a business corporation.

The corporate governance debate has been mainly focused in the analysis and development of the principles and mechanisms for a good and sound management and supervision at the level of the individual corporation. As a matter of fact, the overwhelming majority of national corporate laws around the world are still concerned exclusively with ruling the governance of the single corporation, including its organizational decision-making structure (one-tier or two-tier systems), the composition, powers and duties of the board of directors, and the supervision of management and the treatment of agency problems. Similarly, the myriad of the existing corporate governance codes provide systematically arranged sets of standards, best practices and recommendations relating to the way that large and listed corporations are directed and controlled, covering topics such as the internal organization of executive and supervisory boards, the transparency of decision-making processes, the accountability to shareholders, and the improvement of corporate success and sustainable economic growth.

II. However, in modern times, the *corporate group – and not the single corporation – is the prevailing form of the modern enterprise*. Since the middle of the last century, enterprises have increasingly chosen to organize and to conduct their business activities in the form of a cluster of individual separate corporations rather than as a single corporate entity. As a result, the major enterprise has typically evolved as a complex large-scale business network, where the different parts of a unitary business are allocated to a set of affiliated corporations (subsidiary corporations) submitted to

ESTEBAN VELASCO put it, «the history of Corporation is the history of its reform, particularly in regard of its organic structure» (*El Gobierno de las Sociedades Cotizadas – La Experiencia Española*, 13, in: 35 «Cuadernos de Derecho y Comercio» (2001), 11-97). However, the topic became prominent in the United States of America by the 90's, with the publication of the «Principles of Corporate Governance» of the American Law Institute, followed suit by the spread of a myriad of corporate governance codes throughout Europe.

<sup>2</sup> As an author put it, there are as many notions of corporate governance as codes that aim to regulate it (FARRANDO MIGUEL, Ignacio, *Una Aproximación al «Buen Gobierno» de las Sociedades Anónimas Abiertas*, 158, in: 26 «Revista Derecho de Sociedades» (2006), 157-202).

a common economic strategy and management exercised by headquarters (parent corporation).<sup>3</sup>

As we all know, for decades, an odd contradiction persists between law and reality in the area of enterprise organization: whereas the corporate group is the leading player of modern economies, the single corporation is still the central actor in the most of national legal orders<sup>4</sup>. Despite some well-known exceptions (particularly, the German «Aktiengesetz») and the extraordinary attention of the doctrine all over the world, corporate groups have not a general and systematic law comparable to other enterprise forms: there is a law of corporations but not a law of corporate groups.<sup>5</sup>

III. This paper is addressed to the problems raised in the intersection of these two driving and apparently contradictory forces: the *governance of corporate groups*.

The corporate group is an economic, not a legal entity<sup>6</sup>. Therefore, from a strict legal point of view, the group has no governance structure on its own: it has neither a board of directors, nor a supervisory board. Only the affiliate corporations, as legal persons, are endowed with organs vested in powers of management and supervision of their own businesses.

<sup>3</sup> The *multinational enterprise*, or transnational corporate group, is the most impressive confirmation of this importance. According to a recent United Nations survey, the world economy has about 82.000 transnational enterprises controlling more than 800.000 affiliate corporations, which are responsible for one third of the total world exports and employing more than 77 million people (UNCTAD, *World Investment Report 2009*, 271, New York/ Geneva, 2009). Amongst the largest economic entities in the world, one has 50 States and 50 multinational enterprises: only the 100 largest transnational groups are responsible for 4% of the world GDP and some of them are stronger economically than many individual nations (e.g., the assets of General Electric rocket to almost \$800 billion, which is higher than the GDP of more than 150 countries, including my own one, Portugal, with \$245 billion).

<sup>4</sup> Speaking also of «a manifest contradiction, within Company Law, between the traditional regime of commercial companies and the phenomenon of corporate groups», see Fernandez SÁNCHEZ-CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 751, 28<sup>th</sup> ed., Thomson/ Aranzadi, 2005.

<sup>5</sup> As K. William WEDDERBURN put it: «We speak, teach, litigate and legislate about «company law». But the predominant reality is not today the company: it is the corporate group» (*Multinationals and the Antiquities of Company Law*, 92, in: 47 «Modern Law Review» (1984), 87-92).

<sup>6</sup> In the old but still up-dated formula of Kurt BALLERSTEDT, «the group portrays the paradoxical case of an enterprise which does not enjoys of a legal form on its own» (*Gesellschaftsrechts- und unternehmensrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration*, 631, in: Arndt, Helmut (Hrsg.), «Die Konzerntration in der Wirtschaft», Band II, 603-633, Duncker & Humblot, Berlin, 1971).

Yet, the corporate group is a legal reality<sup>7</sup>: the existence of General Electric and Microsoft, Volkswagen and Banco Santander, forbids any reasonable doubt about it; and it would be certainly absurd to qualify such a successful and vital form of enterprise organization as illegal – in fact, only lawyers can think like that. Now, the group (polycorporate enterprise) gives rise to the same type of questions as any single corporation (singlecorporate enterprise): a corporate group has to be formed, it must be managed and supervised, it must be financed and render account, it must rule the internal relations between its members and the external relations regarding third parties, and it has eventually to be dissolved.<sup>8</sup>

My aim is to focus the attention in one of the core dimensions of the life of this strange business creature of modern types: the governance of corporate groups, or, to more precise, *the management and supervision of polycorporate enterprises*. The importance of this dimension was already underlined by a European leading scholar almost thirty years ago: as Marcus Lutter put it, «questions of management and supervision of a group of companies are in the centre of the prevailing legal consideration about the group of companies».<sup>9</sup>

Firstly, I shall try to describe and analyze some of the *legal or economic key factors* which are decisive for the shaping of the governance structure of corporate groups: these include the legal concept of group, the form of the group members, the basis of the power of direction of the parent company, and the organizational type of the group (Chapter I). Secondly, I shall deal with the question of the *group management*. By being a polycorporate business network, the survival and success of a corporate group depend strictly on the subordination of the affiliated corporations to a unified management exercised by group headquarters: this unified management, responsible for a common economic strategy, implies the existence of a power of

<sup>7</sup> EMBID IRUJO, José, *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, 55, Comares, Valencia, 2003. Cf. also EMBID IRUJO, José, *Trends and Realities in the Law of Corporate Groups*, 67, in: 6 «European Business and Organizational Review» (2005), 65-91.

<sup>8</sup> LUTTER, Marcus, *The Law of Groups of Companies in Europe: A Challenge to Jurisprudence*, vol. I, 9, Forum Internationale, Kluwer, Deventer, 1983. In an opposite sense, see however MÖSLEIN, Florian, *Towards an Organizational Law of Polycorporate Enterprises? A Comparative Analysis*, in: 3 «Journal of Corporate Ownership and Control» (2005-06), 174-190.

<sup>9</sup> *The Law of Groups of Companies in Europe: A Challenge to Jurisprudence*, vol. I, 9, Forum Internationale, Kluwer, Deventer, 1983. Reaching a similar conclusion, though with a different perspective of analysis, see also Janet DINE: «Perhaps the most astonishing thing about this topic is the lack of an intense debate concerning the corporate governance of groups of companies. The topic is absent from or briefly treated in many of the company law textbooks and treatises on corporate governance» (*The Governance of Corporate Groups*, 37, Cambridge University Press, Cambridge, 2000).

direction and a duty of direction of the parent corporation (Chapter II). Finally, I shall refer to the question of *group supervision*. Though somewhat neglected, the control and auditing of the overall performance of groups is an increasingly important dimension of its governance organization: this involves an internal supervision, carried out by the board of directors of the parent corporation itself, but also an external supervision, entrusted to other entities or persons (namely, the supervisory organs of the parent corporation) (III).

## I. THE GOVERNANCE OF CORPORATE GROUPS: SOME KEY FACTORS

The governance of corporate groups is determined by a variety of *legal* or *economic factors* which are decisive in shaping the organization and scope of its management and supervision: those factors include the concept of group (1.), the form of the group members (2.), the basis of the power of direction of the parent company (3.), and the organizational type of the group (4.).

### 1. The Concept of Group

The first issue raised by the analysis of the governance of corporate groups («Konzern», «group of companies», «groupe de sociétés», «gruppo di società», «grupo de sociedades») relates to the very *legal concept* of group itself. As a matter of fact, the notion of «corporate group» is a sort of previous question on our topic: only after having defined «group», it would be possible and meaningful to address the question of its governance and decision-making structures. In a comparative perspective, there are two main competing concepts: the concepts of unified management and of control.

#### 1.1. Unified Management

One notion of group is based on the concept of *unified management* («einheitlicher Leitung», «direction économique unitaire», «unidad de dirección»): a group is said to exist whenever a set of legally independent companies (subsidiaries, «Tochtergesellschaften», «filiales», «filiali», «sociedad filial») is submitted to a unitary economic direction exercised by a parent corporation («Muttergesellschaft», «société-mère», «cappo-gruppo», «sociedad matriz»). This notion is adopted by those legal orders which

enacted a general law on corporate groups (§ 18 of German «Aktiengesetz», art. 503 of Portuguese CSC)<sup>10</sup>, but it is also the prevailing one in the majority of other countries, being adopted also by some sectorial legal norms (e.g., art. 42 of the Spanish «Código de Comercio»).<sup>11</sup>

## 1.2. Control

Another notion is based on the concept of *control* («contrôle», «controllo»): there is a group whenever a corporation controls another corporation or corporations. The notion of control is somewhat vague, given the diversity of its origins, forms and effects<sup>12</sup>: however, it is widely used both in company law (e.g. art. 1 of the EEC Seventh Directive on group consolidated accounts) and several other branches of law (e.g., competition law, securities law, banking law, etc.). In this later case, a broader concept of group emerges: since the decisive criterion or parameter relates to mere control, thereby considering unified management as irrelevant or unnecessary, a corporate group is deemed or presumed to exist by the simple fact that a corporation owns a stable majority voting in the annual meeting of another or any other relevant controlling instrument. This broader concept of group has been adopted by the Forum Europaeum on Group Law<sup>13</sup>, being also the prevailing one in English company law.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> EMMERICH, Volker/ HABERSACK, Matthias, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 65ff., 6<sup>th</sup> ed., Beck, München, 2010; ANTUNES, José, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 54ff., Almedina, Coimbra, 2002.

<sup>11</sup> ARRIBA FERNÁNDEZ, María, *Derecho de Grupo de Sociedades*, 84, Thomson/ Civitas, Madrid, 2004; EMBID IRUJO, José, *Introducción al Derecho de los Grupos de Sociedades*, 21ff., Comares, Valencia, 2003; FUENTES NAHARRO, Mónica, *Grupos de Sociedades y Protección de Acreedores (Una Perspectiva Societaria)*, 61ff., Thomson/Civitas, Madrid, 2007; GIRGADO PERANDONES, Pablo, *Legislative Situation of Corporate Groups in Spanish Law*, 366, in: 4 «European Company and Financial Law Review» (2006), 363-382. See also below II.

<sup>12</sup> As a matter of fact, control is a corporate phenomenon which can be created by a diversity of mechanisms, ranging from the legal ones (e.g., majority of the voting rights) to contractual ones (e.g., contract of domination), organizational ones (e.g., right to appoint or remove the majority of the members of the board of directors, articles of association, shareholders' agreements) or even factual ones (e.g., interpersonal unions, strategic market positions). On the notion and types of corporate control, see ANTUNES, José, *Liability of Corporate Groups – Autonomy and Control at Parent-Subsidiary Relationships. An International and Comparative Perspective*, 144ff., Kluwer, Deventer/ Boston, 1994.

<sup>13</sup> *Corporate Group Law for Europe*, in: «European Business Organization Law Review» (2000), 165-264.

<sup>14</sup> See Sections 1159 and 1162 of the «Companies Act» of 2006, defining parent-subsidiary relationships for the purposes of the rules on group accounts. Cf. DAVIES, Paul, *Principles of*

## 2. The Form of Group Components

Another important factor relates to the *legal form* of the members of the group: considering that the corporate group is an enterprise that has no organs on its own, its governance structure is likely to be largely influenced by the organizational structure of both parent and subsidiary corporations. The organizational and decision-making structure of the group components follows its legal type, namely joint stock corporation and limited liability companies.<sup>15</sup>

### 2.1. Stock Corporations

In the case of stock corporations («Aktiengesellschaft», «société anonyme», «società per azioni», «sociedad anónima»), the board of directors is usually vested in a broad, autonomous and sovereign power to manage the business of the corporation: this is clearly shown by legal rules from both sides of the Atlantic – sometimes described as «the keystone of corporate procedure» or «a central provision of traditional corporate statutes» (Melvin A. Eisenberg)<sup>16</sup> – according to which «the business and affairs of the corporation shall be managed by or under the direction, and subjected to oversight, of its board of directors» (§ 8.01(b) of the American «Model Business Corporation Act») or «the executive board has to manage the company under its own responsibility» (§ 76 of German «Aktiengesetz»). This also means that, on management issues, directors act autonomously and shareholders may not intervene except where provided so by the articles of association or upon request of the board of directors (e.g., § 119-1 of German «Aktiengesetz», art. 2364-5 and 2380-bis of Italian «Codice Civile», art. 373-3 of Portuguese CSC). As a result, within groups composed of corporations, the directors of each subsidiary are supposed to act autonomously in the pursuit of the business interest of subsidiary

*Modern Company Law*, 233, 8<sup>th</sup> edition, Thomson/ Sweet & Maxwell, London, 2008.

<sup>15</sup> It is well-known that the group or polycorporate enterprise, especially at its top, may be composed by a variety of other entities, including partnerships (HAAR, Brigitte, *Die Personengesellschaft im Konzern*, Mohr, Tübingen, 2006), cooperatives (REUL, Adolf, *Das Konzernrecht der Genossenschaften*, Nomos, Baden-Baden, 1997), associations (SPRENGEL, Heinrich, *Vereinskonzernrecht*, Peter Lang, Frankfurt, 1998), foundations (KÜNNEMANN, Ulf, *Die Stiftung im System des Unterordnungskonzerns*, Peter Lang, Frankfurt, 1996), or even by single individuals carrying out economic activities (SIEGELS, Jörg, *Die Privateperson als Konzernspitze*, Nomos, Baden-Baden, 1997).

<sup>16</sup> *The Structure of the Corporation – A Legal Analysis*, 139, Little and Brown, Boston, 1981.

itself and may not follow the instructions of the parent corporation, as its majority or dominant shareholder.<sup>17</sup>

## 2.2. Limited Liability Companies

In the case of the limited liability companies («GmbH», «société à responsabilité limitée», «società a responsabilità limitata», «sociedade de responsabilidade limitada»), the status of the members of the board of directors in management affairs is somewhat different. While being also entitled to manage and to represent the company, directors do not act autonomously in the sense that their management powers may be limited by the articles of association and they are obliged to follow the instructions given to them by shareholders on management affairs (e.g., § 37 of German «GmbH-Gesetz», art. 44 of Spanish «Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», art. 223-18-4 of French «Code de Commerce», art. 259 of Portuguese CSC)<sup>18</sup>. Consequently, whenever a corporation owns the majority of the capital or voting rights of a set of limited liability companies, the parent corporation may legally direct and conduct their management in the form of resolutions approved in the general meeting of subsidiaries.

<sup>17</sup> The legal form of group constituencies is important also at the *level of the parent corporation*. As a matter of fact, the said autonomy of the Board of Directors may be used as a way to circumvent the powers of General Meeting of the parent corporation. If directors of the parent decide to transfer a substantial part of the corporate assets or business to new wholly-owned subsidiaries, they succeed to increase their own powers at cost of minority shareholders, since they now control directly the general meetings of those subsidiaries. This pervasive effect of legal form of the parent corporation was illustrated in the famous German «Holzmüller» case of 1982: according to this jurisprudence, major corporate organizational or patrimonial changes of the group with a substantial interference on shareholders' membership require also the approval of the General Meeting of the parent corporation. On this extremely relevant and polemical doctrinal and jurisprudential train of thought, as well as its further developments («Gelatine» and «Macroton» cases), see Peter STUCKENBERG, *Ungeschriebene Holzmüller-Zuständigkeiten der Hauptversammlung im Lichte der Macrotron- und Gelatine-Entscheidungen des BGH*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007

<sup>18</sup> The doctrine speaks here of a principle of dependence from instructions («Weisungsabhängigkeit») or of a principle of obedience of directors («Folgepflicht») (BAUMBACH, Adolf/ HUECK, Alfred, *GmbH-Gesetz*, 541, Beck, München, 2000). See also URÍA, Rodrigo/ MENÉNDEZ, Aurelio/ PRADA, J. Iglesias, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada – Órganos Sociales: La Junta General*, 1109, in: AAVV, «Curso de Derecho Mercantil», 1109-1128, Civitas, Madrid, 1999.

### **3. The Legal Basis of the Power of Direction**

A third element determining the governance of corporate groups relates, of course, to the type and scope of the legal regulations on groups themselves. As is well-known, the overwhelming majority of national legal orders of the world do not have a general legal regime on corporate groups: the said element is thus relevant only for the specific case of those few countries, inside and outside Europe, which have a global and comprehensive law on corporate groups, such as Germany (1965), Brazil (1976), and Portugal (1986). Now, these legal systems provide for a general regulation of corporate groups based on a clear-cut distinction between two types of groups, to which correspond different governance structures: the so-called «contractual groups» and «de facto groups».

#### **3.1. Contractual Groups**

In the case of *contractual groups* («Vertragskonzern», «grupo de direito»), unified management and the power of direction of the parent corporation is legitimized by the conclusion a special contract of domination («Beherrschungsvertrag», «contrato de subordinação»: cf. § 291 of German «Aktiengesetz», art. 493 of Portuguese CSC) or act of integration («Eingliederung», «domínio total»: cf. § 319 of German «Aktiengesetz», art. 488 and 489 of Portuguese CSC) with the subsidiary corporations. In open deviation from the traditional canons of company law, the parent corporation is then given a broad legal power of direction over the business affairs of the subsidiary, including the right to issue instructions disadvantageous or contrary to the interests of the latter as long as such instructions may serve the interest of the parent corporation or other group affiliate, which is matched by a duty of compliance of subsidiary management in following those instructions (§ 308 of German «Aktiengesetz», art. 503 of Portuguese CSC). In return, the parent is bound to offer adequate compensation to minority shareholders of the subsidiary in the form of a purchase of shares or a settlement in cash (§§ 304-307 of German «Aktiengesetz») and to offer protection to the subsidiary corporation and its creditors through various mechanisms, in particular a duty to cover all subsidiary annual losses (§§ 300-303 of German «Aktiengesetz») or even a joint liability for the settlement of its debts (in the case of the so-called integration) (§ 322 of German «Aktiengesetz»).

The governance of contractual groups is thus likely to be very centralized, with strong parental control and lower levels of subsidiary autonomy.

This results directly from the circumstance that merely a domination contract or integration provides the only possible entrance ticket to the creation of a legally feasible and stable framework for the exercise of highly centralized unified management (by granting to parent corporations a unique unrestricted legal right of intrusion in subsidiary affairs matched by a general duty of compliance of subsidiary managers). But also comes indirectly from the centralization pressures originated by the heavier financial burdens to which the parent is subordinated in consequence of such contract or integration: since the default risk of the subsidiary corporation is totally shifted to the parent thanks to its duty to assume all net annual losses of the former or even to its exposure to a joint liability for its debts, it is likely that group top-management will exert a strict control and monitoring over all subsidiary affairs, granting local managers with little or no autonomy, in order to prevent unexpected financial burdens.<sup>19</sup>

### 3.2. Factual Groups

By contrast, in the case of *factual groups* («faktische Konzerne», «grupos de facto»), unified management and the power of direction of the parent corporation exist, at best, as a pure matter of fact and not as a legal power. Outside the celebration of a special contract of domination or integration, both parent and subsidiary directors are bound by the traditional canons of company law, namely the respect of the business autonomy and interests of each individual corporation: therefore, the parent corporation was not granted any legal right of instruction, being permitted to use its dominating influence only in the best interests of the subsidiary and being obliged to compensate every single damage suffered by the subsidiary in consequence of detrimental or disadvantageous measures which it had given rise to by using that influence (§ 311 of German «Aktiengesetz»). Furthermore, in order to guarantee the efficiency of this system of compensation, the law imposed to the board of directors of the subsidiary corporation a duty to present a «dependence report» on intercorporate transactions (§§ 312 to 316 of German «Aktiengesetz») and imposed a

<sup>19</sup> See LUTZ STROHN: «The contractual groups is the most desirable group form particularly in cases of strong organizational intertwining» (*Die Verfassung der AG im faktischen Konzern*, 20, C. Heymanns, Köln, 1977); also the German Federal Supreme Court, in the well-known «Autokran» case, expressly referred that under «the model of the enterprise contract» the subsidiary corporation is managed by the parent "as a branch"» (BGHZ 95, 330, also in: «Zeitschrift für Wirtschaftsrecht» (1985), 1263-1271, at 1269).

22 José Engrácia Antunes

direct liability on directors of both parent and subsidiary corporations for the breach of their listed duties on this regard (§§ 317 and 318 of German «Aktiengesetz»).

At least theoretically, factual groups portray, at best, a model for very decentralized groups where uniform management can only be exercised at arms' length with a low central control and higher levels of local autonomy. This results not only from the circumstance that the parent does not enjoy of any legal power of direction over the subsidiary so as to afford it a stable intrusion in the latter's affairs (no duty of subsidiary managers to follow or to comply with instructions), but especially because its «de facto» power can only be exercised within the limits set down by the preservation of the integrity of the subsidiary's own interests and patrimonial autonomy (or, if one prefers, because this factual power can only reach as far as the operability of the said compensatory legal system permits).<sup>20</sup>

In spite of its theoretical elegance, it is rather doubtful as to whether such dual regulatory framework has succeeded in practice. While this legal model approaches the group fauna on the basis of a rigid and artificial separation between two formal legal models, we know today it has been unable to *keep the waters separated in the real world*<sup>21</sup>. The reason for such failure seems plain: by neglecting the hybrid nature of the corporate group – as a revolutionary form of enterprise organization with very flexible networking governance structures based on a chameleonic blend between autonomy and control –, this regulatory approach is ultimately

<sup>20</sup> See Peter HOMMELHOFF: «Only the factual group with very decentralized management structures is compatible with the global regulation of corporation law, particularly with the compensatory regime of §§ 311-318» (*Die Konzernleistungspflicht*, 139, Carl Heymanns, Köln, 1982); Karsten SCHMIDT: «§§ 311ff. legalise the exercise of factual domination over a corporation only in case of very weak and non-centralized unified management» *Gesellschaftsrecht*, 960, 4<sup>th</sup> ed., Carl Heymanns, Köln, 2002).

<sup>21</sup> As Marcus LUTTER put it, «with §§ 311 et seq. AktG on the so-called factual groups, on the one side, and the §§ 291, 293 et seq. AktG on contractual groups, on the other side, one has believed to have founded an operative compromise for the legal consequences of decentralized and centralized groups, respectively. In practice, the very efficiency of this compromise is polemical since 25 years ago» (*Der qualifizierte faktische Konzern*, 179, in: 35 «Die Aktiengesellschaft» (1990), 179-185). Also Gunther TEUBNER: «With the sanctioned prohibition of the hybrid form of the factual group, one aimed to impose a clear separation between market and organization: either real market autonomy of the dependent company or absorption in the organizational unity of contractual or integrated group» (*Die «Politik des Gesetzes» im Recht der Konzernhaftung. Plädoyer für einen sektoralen Konzern-durchgriff*, 268, in: «Festschrift für Ernst Steindorff», 261-296, Walter de Gruyter, Berlin, 1990).

based on artificial oversimplifications of the specific nature of the regulated phenomenon.<sup>22</sup>

## 4. The Organizational Type of Group

A fourth and last element influencing the governance of corporate groups relates to the organizational structure of the group.

### 4.1. Centralized and Decentralized Groups

The enterprise is a center of business action and decision-making. As in the case of individual corporations (singlecorporate enterprises), also in a corporate group or polycorporate enterprise there are two fundamental patterns of allocation of decision-making power – autonomy and control – and two corresponding basic organizational models of governance – centralization and decentralization. *Centralization* and *decentralization* are thus the «two basic organizational principles»<sup>23</sup> or the «two general structures principles»<sup>24</sup> of the governance and decision-making system of corporate groups: if the parent corporation grants a high level of autonomy and self-determination to subsidiary managers, the corporate group will be said to constitute a decentralized group; if it exerts a tight control over the subsidiary management and business affairs, it will be said to be a centralized group.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Cf. ANTUNES, José, *Liability of Corporate Groups*, 327ff., Kluwer, Boston/ Deventer, 1994.

<sup>23</sup> SLONGO, Bruno, *Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs – Betriebswirtschaftliche Analyse und Folgerungen für einen Konzernbegriff de lege ferenda*, 75, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1980.

<sup>24</sup> BLEICHER, Knut, *Zentralisation und Dezentralisation*, 1804, in: Grochla, Erwin (ed.), «Handwortbuch der Organisation» (1972), 1802-1816, Poeshel, Stuttgart. See also DUET, Aurélie, *The Governance of Corporate Groups*, 3 (in: [http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00167840\\_v1/](http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00167840_v1/)).

<sup>25</sup> STARK, Wulf: «From the viewpoint of the organizational outlook of the group direction, centralization means concentration of decision-making rights at the group top-management, while decentralization indicates that the parent corporation delegates decision-making competencies on the individual subsidiaries or – in the case of the integration of previously independent corporations – leaves these competencies with them» (*Betriebswirtschaftliche und gesellschaftsrechtliche Probleme der einheitlichen Leitung im Konzern*, 90, München, 1970). See also WERDER, Alex von, *Organisationstruktur und Rechtsnorm*, 151ff., 174ff., 194ff., 240ff., Verlag Gabler, Wiesbaden, 1980.

<sup>24</sup> José Engrácia Antunes

## 4.2. The Balance Between Autonomy and Control

The choice of the organizational structure of the group is a task of group headquarters: it is up to the parent corporation to decide on the concrete balance between autonomy and control in parent-subsidiary relationships.<sup>26</sup>

One should notice, however, that centralization (control) and decentralization (autonomy) are just the *polar and rather theoretical organizational models* of governance and allocation of decision-making power within corporate groups. There is probably no group whose subsidiaries enjoy of a complete autonomy in conducting its business operations, or, inversely, that are under the full control of their parent corporation: totally centralized or fully decentralized groups is something that does not exist in real life<sup>27</sup>. A situation of total decentralization is simply unfeasible since unified management (the distinctive feature of any corporate group) will always entail, by definition, a minimum level of encroachment of the autonomy of each subsidiary of the group; likewise, a situation of full centralization is also unworkable given the limitations proceeding from the law of the individual corporation (for example, primacy of the subsidiary self-interest, directors' fiduciary duties, minority protection rules).<sup>28</sup>

What is more, the actual partition of decision-making power in complex business polycorporate networks cannot be determined or assessed in general terms, varying with a large range of factors such as the characteris-

<sup>26</sup> Götz, Heinz, *Leitungssorgfalt und Leitungskontrolle*, 529f., in: «Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht» (1998), 524-546; LUTTER, Marcus, *Begriff und Erscheinungsformen der Holding*, 12f., in: «Holding Handbuch», 2-29, 4<sup>th</sup> ed., Otto Schmidt, Köln, 2004; KROPFF, Bruno/ SEMLER, Johannes (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 76, 2<sup>nd</sup> ed., Beck, München, 2004.

<sup>27</sup> See OECD: «Although this topic is frequently discussed in terms of centralized/ decentralized decision-making, it is clear that the polar situations of total centralization and full autonomy do not exist» (*Structure and Organization of Multinational Enterprises*, 10, Paris, 1987); SLONGO, Bruno: «The basic organizational principles of Centralization and Decentralization appear (almost) always mixed in the group reality» (*Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs*, 100, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1981).

<sup>28</sup> Moreover, full centralisation is often regarded as economically inefficient (SCHEFFLER, Eberhard, *Konzernmanagement*, 80, 2<sup>nd</sup> ed. Vahlen, München, 2005). The recent praxis of corporate group organization could be summed up in the slogan popularized by Lord Ryder, the chief executive of a major British group: «maximum of autonomy within the bounds of logical and sensible coordination» (quoted by OULD, John, *Controlling Subsidiary Companies – A Guide to Group Management and Financial Control*, 9, Woodhead-Faulkner, Cambridge, 1986).

tics of the group (e.g., industry sector, degree of internationalization, size, regulated character of business fields, etc.), of the parent and subsidiary corporations (e.g., legal form, country of location, size, performance, age), of parent-subsidiary links (e.g., ownership structure, interdependence in the international network) or external factors (e.g., economic and social environment, competition, host government policies). Corporate groups represent a new form of enterprise organization whose uniqueness consists precisely in conducting a unitary business through extremely flexible governance and action structures, where a constantly changing «ad-hoc» and opportunistic blend of the autonomy of the parts and the control of the whole is being processed. Therefore, it would make little sense to ask, for example, whether Exxon, Banco Santander, Mitsubishi or IBM are centralized or decentralized groups.

## II. THE MANAGEMENT OF THE GROUP

As mentioned before, corporate groups are usually described as a new form of enterprise organization where a cluster of separate legal entities are submitted to a unitary economic direction<sup>29</sup>: therefore, *unified management* («einheitliche Leitung», «direction unitaire», «direzione unitaria», «dirección unitaria») is often considered as being its distinctive criterion<sup>30</sup>. This basic feature of polycorporate enterprises entails two types of problems from a legal point of view: the *power of direction* (1) and the *duty of direction* (2) of the parent corporation.

<sup>29</sup> This tension between *diversity* (multiplicity of legal entities) and *unity* (unity of economic entity) was coined by Ludwig RAISER almost fifty years ago as the crux of the group enigma: «the polarity between unity of the total and the multiplicity of the parts constitutes the central problem» (*Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung*, 54, in: Raiser/ Sauermann/ Schneider (eds.), «Das Verhältnis von Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik», 51-56, Duncker & Humblot, Berlin, 1964).

<sup>30</sup> «Of all the essential or possible criteria one might mention, the one that is absolutely crucial and common to every form of multinational enterprise – and correlative with the obvious propensity to have a considerable collection of foreign branches and affiliates – is: central direction» (WALLACE, Chyntia, *Legal Control of Multinational Enterprise*, 20, Martinus Nijhoff, Haghe/Boston/London, 1982); «The central element of a vertical group is the unified direction of several enterprises» (EMMERICH, Volker/ HABERSACK, Mathias, *Konzernrecht*, 57, 9<sup>th</sup> ed., Beck, München, 2008); Cf. also *supra* I, 1.1.

## 1. The Power of Direction

### 1.1. General Remarks

First of all, the *power of direction* of the parent corporation is a fundamental precondition for unified management: only if the parent corporation is vested with an ultimate power of control over the various affiliates of the group, it will be able to ensure the coordination of their activities into the realm of a common global business strategy, necessary to ensure the stability and survival of the polycorporate network enterprise as a whole. If such power does not exist, neither does unified management.

But what is the power of direction? For the purposes at hand, I think that the discussion can be illuminated by distinguishing between two fundamentally different methodological approaches – the *positive approach* and the *negative approach*. The first approach, mainly adopted by the economic literature, is characterized by addressing this issue in a positive and direct way: by asking what is the minimum level of centralization in order to a group unified management to exist, this perspective centers its enquiry on *what the parent corporation must do* – in other words, on the «content» of the power of direction. The second approach, mainly adopted in legal literature, is characterized by defining the content of the power of direction in a negative and indirect way: by asking what is the maximum level of centralization which is still compatible with the limits set down by the law of the individual (subsidiary) corporation, this position looks rather to *what the parent corporation is allowed to do* – that is to say, to the «limits» of the power of direction.

### 1.2. Content

The existence of a unified management always entails a minimum of centralization level of decision-making power in the parent corporation: below such a level, one could speak neither of a unified management nor of a corporate group, but, at most, of a mere cluster of corporations economically independent connected by some links, e.g. a cartel<sup>31</sup>. According

<sup>31</sup> As Uwe SCHNEIDER put it, «group management is not portfolio management but something qualitatively different. Several legally independent enterprises only become a group, when a minimum area of enterprise management is centralized» (*Konzernleitung als Rechtsproblem – Überlegungen zu einem Konzernverfassungsrecht*, 250, in: «Betriebs-Berater» (1981), 249-259).

to economic literature, the minimum level of the power of direction of the parent corporation relates to a set of *basic decisions on enterprise management* («fundamental managerial tasks, «originäre Führungsaufgabe») which are necessarily located at the organizational top and are non-delegable to lower hierarchical levels: those decisions can be both of *strategic* and *operational* nature.<sup>32</sup>

The *strategic* management decisions necessarily under the control of the parent corporation would include the following ones. First, the settlement of the *general business philosophy* of the group (integration of subsidiary business policy in the context of the general business policy of the group)<sup>33</sup>. Second, the settlement of the *general group structure* (namely, the choice of the type of management structure, e.g. functional, divisional, matrix). Third, the settlement of *general group goals and strategy* (within whose boundaries the specific business goals and strategies of each affiliate corporation would then have to be developed)<sup>34</sup>. Fourth, the settlement of the general policy planning concerning the *main functional areas of group management* (marketing, product, finances, personal) and the *group internal resource allocation*. Fifth, the *supervision* over the execution of the general business policy, goals and strategy by the various enterprise parts as well

<sup>32</sup> SCHEFFLER, Eberhard, *Konzernleitung aus betriebswirtschaftlicher Sicht*, in: «Der Betrieb» (1985), 2005-2011; SCHEFFLER, Eberhard, *Konzernmanagement*, 80, 2<sup>nd</sup> ed., Vahlen, München, 2005.

<sup>33</sup> «The global character of the business politics followed by the members is even considered to be the basic constitutive criterion for the existence of a group (...). In general terms, it portrays itself by a coordination between the activities of subsidiaries and of the parent company according to a previously defined planning, and by a commingling of their assets» (BOLZE, Christian, *Les Groupes de Sociétés et le Droit de la Concurrence dans la Communauté Européenne*, 78, Dissertation, Nancy, 1997).

<sup>34</sup> Naturally, conflicts can then arise between the business interests of the whole group and those of a certain individual subsidiary. These are usually related to the particular nature of the parent corporation business activity, being more likely to occur where the parent is directly engaged itself in a productive activity (the so-called «Stammhaus») rather than being simply engaged in conducting such activity indirectly through portfolio management (holding), since in the former case the group business goals and strategy largely adhere to the product or market strategy of the parent itself, while in the latter the general goals and strategy are more likely to be the result of the balance and coordination of the various individual subsidiary strategies (cf. SCHEFFLER, Eberhard, *Zur Problematik der Konzernleitung*, in: «Festschrift für H. Goerdeler», 469-485, Heidelberg, IDW, 1987). But these conflicts can also result from other factors such as the maturity level of the subsidiaries, host country impositions (in case of foreign subsidiaries), etc. Cf. PRAHLAD, C. Krishnarao/ Doz, Yves L., *Strategic Control – The Dilemma in Headquarters-Subsidiary Relationship*, in: Otterbeck, L. (ed.), «The Management of Headquarters-Subsidiary Relationships in Multinational Corporations», 187-204, St. Martin's Press, New York, 1981.

as over their individual performance and contribution to the overall group activity and results (usually through devices such as internal control systems, consolidated accounts, «jugement des performances», and the like).<sup>35</sup>

Regarding the *operational* management decisions, necessarily under the control of the parent corporation, they relate to the exercise of decision-making authority on two concrete functional areas of the subsidiary management that are likely to have a global impact on the group as an economic, patrimonial and financial unity – the areas of *finance* and of *personnel*. Empirical studies on parent-subsidiary relationships emphasize the vital importance of the centralization on these two areas for the overall return of the group and of the effective control exercised by headquarters over this (Guvenc Alpender, Rober Alsegger, Yve Doz, Lauren Lekesell, Martin Welge)<sup>36</sup>, conclusion that is also supported by legal scholarship (Mónica Fuentes Naharro, Volker Emmerich and Matthias Habersack, Bruno Slongo)<sup>37</sup>. Therefore, it has become commonly accepted that the parent corporation must hold the ultimate power of direction over the major decisions on the management of financial resources (namely, central cash-management, investment decisions, group consolidate accounting and group risk management)<sup>38</sup> and of the human resources (namely, hiring and firing of subsidiary's top managers and officers) of the group affiliates.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> On this latter dimension, see also below III, 1.

<sup>36</sup> Amongst many, see ALPANDER, Guvenc, *Multinational Corporations: Homebase-Affiliate Relations*, in: 20 «California Management Review» (1978), 47-56; ALSEGG, Robert, *Control Relationships Between American Corporations and Their European Subsidiaries*, American Management Association, New York, 1971; LEKSELL, Laurent, *Headquarters-Subsidiary Relationships in Multinational Corporations*, in: Otterbeck, L. (ed.), «The Management of Headquarters-Subsidiary Relationships in Multinational Corporations», 205-232, St. Martin's Press, New York, 1981.

<sup>37</sup> FUENTES NAHARRO, Mónica, *Grupos de Sociedades y Protección de Acreedores (Una Perspectiva Societaria)*, 118, Thomson/Civitas, Madrid, 2007; GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La Empresa de Grupo y el Derecho de Sociedade*, 208, Comares, Valencia, 2001; EMMERICH, Volker/ HABERSACK, Mathias, *Konzernrecht*, 57, 9<sup>th</sup> ed., Beck, München, 2008; SLONGO, Bruno, *Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernbegriffs*, 49, Schultess Polyg., Zürich, 1980

<sup>38</sup> This centralization is also considered as an inevitable outcome of the usual ownership structure of corporate groups as a financial coalition: cf. SCHEFFLER, Eberhard, *Konzernmanagement*, 92ff, 2<sup>nd</sup> ed., Vahlen, München, 2005.

<sup>39</sup> It has become a standard group practice to provide for an express clause in the articles of association of every subsidiary conferring to the parent corporation a right to appoint and dismiss directors without notice, by a simple written instruction. For instance, within one of the largest British groups, the «Rank Group», the following standard clause was used: «A member or members holding the majority in nominal amount of the issued ordinary shares shall have power from time to time and at any time to appoint any person

## 2. Limits

While economic sciences are usually focused on the content of the power of direction («what the parent corporation must do»), lawyers have been mainly concerned with the *limits* of such power («what parent corporation is allowed to do»): in other words, the central question is not what is the minimum level of centralization which is necessary for a group to exist at all from a economic point of view, but *what is the maximum level of centralization which is still compatible with the existing legal orders*.

To be true, this legal perspective is perfectly understandable. As it is well-known, Company Law is based on a general principle according to which the corporation is a legal entity managed by independent directors acting in pursuit of the own best business interest («Gesellschaftsinteresse», «intérêt sociale», «interesse sociale», «interés social»)<sup>40</sup>. However, it goes almost without saying that within a polycorporate enterprise the global *interest of the group* («Konzerninteresse», «intérêt du groupe», «interesse di gruppo», «interés del grupo») ranks before the particular interest of each constituent corporation. The group resembles as a sort of internal or «organized market» where a permanent reallocation of resources belonging to the various affiliates is being carried out by the parent corporation with a view in the overall investment return of the group, and where the specific business goals of each subsidiary corporation have to be consistent with the global business goals of the group<sup>41</sup>: as Claude Champaud emphasized one half century ago, «the business self-interest of a controlled corporation is more

or persons as a director ... and to remove from office any director howsoever appointed» (HADDEN, Tom, *Inside Corporate Groups*, 280, in: 12 «International Journal of Sociology of Law» (1984), 271-276).

<sup>40</sup> E.g., §§ 76 and 96 of «Aktiengesetz» (Germany); sec. 172 of «Companies Act» (United Kingdom); art. 127-bis of «Ley de Sociedades Anónimas» (Spain); art. 2373 of «Codice Civile» (Italy); art. 1833 of the «Code Civil» and arts. L. 233-3, 241-3, 242-6 of «Code de Commerce» (France); art. 64 of CSC (Portugal).

<sup>41</sup> On this fundamental feature of corporate groups, see TEUBNER, Gunther, *Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises*, 82ff., in: Sugarman, D./ Teubner, G. (eds.), «Regulating Corporate Groups in Europe», 67-104, Nomos, Baden-Baden, 1990. The integration of a subsidiary corporation within the perimeter of a group («Konzernzone») exposes it to the particular patrimonial effects displayed by the specific operating logic of this form of enterprise organization, which very rationale lies precisely in the synergy-effects stemming from the more efficient allocation of resources between various group components (cf. BÜHNER, Rolf/SPINDLER, Heinz-Josef, *Synergieerwartungen bei Unternehmenszusammenschlüssen*, in: 39 «Der Betrieb» (1986), 601-606; KIRCHNER, Christian, *Ökonomische Überlegungen zum Konzernrecht*, in: 14 «Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht» (1985), 214-234).

or less subordinated to the one of its controllers: whenever the control is the expression of the economic unity of a corporate group, the notion of corporate interest («intérêt sociale») is superseded by the one of group interest («intérêt du groupe»)<sup>42</sup>. One could say that, for decades, the legal debate around the power of direction of parent corporations has been centered on the crucial question of how to render compatible the governance and management of the polycorporate enterprise with the limits – sometimes also named as «resistances» (Karsten Schmidt)<sup>43</sup>, «constraints» (Alex von Werder)<sup>44</sup> or «countervailing forces» (Peter Hommelhoff)<sup>45</sup> – imposed by existing regulations on the governance of individual corporations. In an international and comparative perspective, one may identify two major types of answers to such a vital question.

In some countries, the legislator provided for *an express legalization of the power of direction of the parent corporation and of the primacy of the overall group interest*. Thus, in countries such as Germany, Portugal, Brazil, Croatia, Slovenia or Czech Republic, parent corporations of legal or contractual groups are vested with a right to issue instructions detrimental or contrary to the interests of the subsidiary insofar as they serve the interest of the group (e.g. §§ 308-1 and 323-1 of German «Aktiengesetz», art. 503-2 of Portuguese CSC, art. 273 of Brazilian «Lei das Sociedades Anónimas»)<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, 276, Sirey, Paris, 1962. See also Phillip BLUMBERG: «It is widely asserted that the corporate group, particularly the multi-national group, pursues a policy of group profit-maximization in which the interests of the individual constituent companies are subordinated to the interests of the group as a whole» (*The Law of Corporate Groups – Tort, Contract and other Common Law Problems in the Substantive Law of Parent and Subsidiary Corporations*, 81, Little & Brown, Boston, 1986); Ulrich IMMENGA: «Whenever a corporation loses its economic independence in a greater or lesser degree, the point of reference for its activity is not anymore its own internal business interest but instead an external one, the interest of the group or of the parent corporation» (*Möglichkeiten der Konzernrechtsvergleichung*, 300, in: «Festschrift für Robert Fischer» 297-306, Walter de Gruyter, Berlin/ New York, 1979); Mónica FUENTES NAHARRO: «The specific danger that corporate groups represent for subsidiaries does not lie so much in the exercise of unitary direction as in the fact that, actually, this power primarily pursues a different and global interest (the «group interest»), regardless of the potential damage to the individual members (subsidiary's own interest)» (*Corporate Groups and Creditors Protection: An Approach from a Spanish Company Law Perspective*, 533 f., in: 4 «European Company and Financial Law Review» (2007), 529-552).

<sup>43</sup> *Gesellschaftsrecht*, 507, 4<sup>th</sup> ed., Carl Heymanns, Köln, 2002.

<sup>44</sup> *Organisationstruktur und Rechtsnorm*, 152ff., 240ff., Gabler, Wiesbaden, 1980.

<sup>45</sup> *Die Konzernleitungs pflicht*, 109ff., 148ff., Carl Heymanns, Köln, 1981.

<sup>46</sup> Cf. EMMERICH, Volker/ HABERSACK, Matthias, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 452ff., 6<sup>th</sup> ed., Beck, München, 2010; ANTUNES, José, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 718ff., Almedina, Coimbra, 2002; MÜLLER-PRADO,

likewise, parent corporations of factual groups, while not being entrusted with a similar right of instruction, are allowed to exercise their power of direction over subsidiaries affairs insofar as much they compensate every single established damage derived there from for the subsidiary's patrimony (e.g. § 311 of German «Aktiengesetz»)<sup>47</sup>. Also recently, in Italy, while expressly acknowledging the existence of the group and the legitimacy of the subordination of a cluster of affiliate corporations to a unified direction and coordination exercised by the parent corporation, the legislator has also rendered acceptable the pursuit of the group interest insofar as the damages caused by a concrete detrimental transaction to a certain subsidiary corporation might be neutralized or set off by the advantages derived to it from another single intragroup transaction or from the fact of belonging to a group (art. 2497 of Italian «Codice Civile»).<sup>48</sup>

In other countries, where the legislator provided no direct answer to the problem, doctrine and jurisprudence are pleading for an *implicit legitimization of the group unified management and interest*. This is clearly the case of France, which the so-called «Rozemblum» jurisprudence<sup>49</sup>: in this leading case, the French jurisprudence has recognized that the parent corporation is allowed to pursue the common interest of the group insofar a group exists («structure de groupe renforcé»), a coherent and unified group business policy effecting the sacrifice of the individual interest of a certain sub-

Viviane, *Grupos Societários – Análise do Modelo da Lei 6404/1976*, 11, in: 2 «Revista Direito GV» (2005), 5-23. To further and similar examples, see BRUS, Marko, *Das slowenische Konzernrecht in seiner Herkunft aus dem deutschen Recht der verbundenen Unternehmen*, Berlin Verlag, Berlin, 1999.

<sup>47</sup> By permitting parent corporations to exercise a group unified management outside a contract of domination or integration, one speaks of a so-called «factual principle» («Faktizitätsprinzip») (EMMERICH, Volker/ HABERSACK, Matthias, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 551, 6<sup>th</sup> ed., Beck, München, 2010). And by allowing parent corporations to exercise a detrimental, though restorable, «de facto» power of direction over the subsidiary affairs – hereby privileging them in front of single or private dominant shareholders –, one speaks of a «group prerogative» (MARTENS, Klaus-Peter, *Mehrheits-Minderheits Konflikte innerhalb abhängiger Unternehmen*, 13, in: «Die Aktiengesellschaft» (1974), 9-16) or of a «singular privilege for the dominating enterprise» (STROHN, Lutz, *Die Verfassung der AG im faktischen Konzern – Zur Harmonisierung der §§ 311 AktG mit den allgemeinen Bestimmungen des Aktienrechts*, 6, Carl Heymanns, Köln, 1977).

<sup>48</sup> On this rule, who adopted the so-called theory of «comparative advantages» («vantaggi compensativi») previously developed by Italian doctrine and jurisprudence, see FASCIANI, Paola, *Groups of Companies: The Italian Approach*, 217ff., in: «European Company and Financial Law Review» (2007), 195-231; MONTALENTI, Paolo, *Conflitto di Interessi nei Gruppi di Società e Teoria dei Vantaggi Compensativi*, in: «Giurisprudenza Commerciale» (1995), 710-736.

<sup>49</sup> Cass. Crim., February 4<sup>th</sup> 1985, in: «Revue des Sociétés» (1985), 648-652.

sidiary corporation («politique globale de groupe cohérente»), and a set off between advantages and disadvantages deriving from the integration of subsidiaries within the group perimeter, in order that each subsidiary may reasonable expected in a long-term perspective that disadvantages shall be compensated by the advantages of belonging to the group («équilibre entre avantages et inconvénients au sein du groupe»)<sup>50</sup>. This is also probably the case of Spain, where a consistent doctrinal train of thought is pleading for the legitimation of the power of direction of parent corporations and of the primacy of group interest in the basis of a theory of compensatory advantages («teoría de ventajas compensatorias»): according to this doctrine, the assessment and valuation of the detrimental effect of the exercise of power of direction of the parent corporation over the individual business interest of each subsidiary corporation involves a sort of overall «balance» or «compensation» between gains (advantages) and losses (disadvantages) derived from the integration in the perimeter of a group.<sup>51</sup>

Therefore, in a comparative perspective, it seems to be a growing trend in some of the major legal orders to acknowledge the legitimacy of the management of polycorporate enterprises in the basis of a sort of «compensatory system or philosophy: irrespective of certain national differences, the general idea seems to be that the parent corporation is allowed to exercise a power of direction in the pursuit of the overall group interest, including when effecting detrimental transactions to the individual interest of a subsidiary corporation, provided that prejudices and benefits may compensate or neutralize each other in a short-term or long-term perspective. It is still uncertain, however, whether this compensatory system or model will succeed both in theory and practice.

On the one side, the compensatory system seems to be built upon a *theoretical fallacy*. As a matter of fact, by ensuring that the subsidiaries are paid off or recovered anyhow for the detrimental consequences derived from the exercise of group management, the ultimate aim of this compensatory system is to bring the subsidiary corporation back to the situ-

<sup>50</sup> On this leading case, see LE CANNU, Paul/ DONDERO, Bruno, *Droit des Sociétés*, 1005, 3<sup>rd</sup> edition, Montchrestien, Paris, 2009; PARIENTE, Maggy, *Les Groupes de Sociétés – Aspects Juridique, Social, Comptable et Fiscal*, 104f., Litec, Paris, 1994; LUTTER, Marcus, *Zur Privilegierung einheitlicher Leitung im französischen (Konzern-) Recht*, in: «Festschrift für Alfred Kellermann», 257-298, Walter de Gruyter, Berlin/ New York, 1991.

<sup>51</sup> FUENTES NAHARRO, Mónica, *Corporate Groups and Creditors Protection: An Approach from a Spanish Company Law Perspective*, 538f., in: 4 «European Company and Financial Law Review» (2007), 529-552.

ation it would have if it were to be an independent corporation<sup>52</sup>. Such an artificial system of «resurrection» for subsidiary corporations, however, neglects the fact that the entrance of a independent corporation into a corporate group represents a sort a «point of no return» as far as its original economic, patrimonial, and market status is concerned, thus engaging in a sort of unfeasible double-dealing: bring together «water» (the preservation of the subsidiary integrity) and «fire» (its submission to an external business control and interest).<sup>53</sup>

On the other side, those compensatory models seem also to be impaired by insurmountable *practical difficulties* in proving, identifying, quantifying and compensating the patrimonial effects stemming from the exercise of a controlling power by parent corporations over subsidiary affairs, irrespectively of the negative (damages) or positive nature (benefits) of those effects. To begin with, it will often be difficult to determine or to prove whether a particular business decision at a subsidiary level, whether advantageous or disadvantageous, has actually been *caused* by the controlling influence of the parent corporation or has been taken autonomously under subsidiary managers' own initiative<sup>54</sup>. Even admitting that

<sup>52</sup> This is clearly portrayed in German doctrine regarding the compensatory model of § 311 of «Aktiengesetz». See, for instance, EMMERICH, Volker/ SONNENSCHEIN, Jürgen: «With §§ 311-318 AktG, corporation law aims above all to ensure that a company, in spite of its dependency of another company, may be treated (at least in economic terms) *as if its business affairs were being conducted independently in the common interests of all shareholders* and not only in the one of the dominating enterprise» (*Konzernrecht*, 329, 3<sup>th</sup> ed., Beck, München, 1989).

<sup>53</sup> See also GANFRENRIED, André: «The weakness of the regulation on factual groups proceeds from its *contradictory orientation*. On the one side, it admits the submission of the dependent company to the will of the dominating enterprise and its integration in an embracing economic unity. But on the other side, it aims to set back the dependent company in the situation of an independent company, through the duty of compensation of damages. (...) This attempt is condemned to fail» (*Über die Notwendigkeit einer Konzerngesetzgebung*, 168-170, Peter Lang, Bern/ Frankfurt, 1976).

<sup>54</sup> The risks and costs associated with the burden of proof about the nexus of causality between the power of direction of parent corporation and the concrete business decision at stake, may well be just too high to warrant litigation to subsidiary creditors and minority shareholders; moreover, this nexus is likely to be impossible to establish at all in certain cases, e.g. interlocking board directors. See also HOPT, Klaus: «Even if the damage is "conspicuous", one has always to prove that it has been caused by the dominating enterprise. If the organs of the controlled company declare in a credible way that the decision or omission has not been "urged" by the dominating enterprise, then it is the end, one may say» (*Le Droit des Groupes de Sociétés – Expériences Allemandes, Perspectives Européennes*, 382, in: 105 «Revue des Sociétés» (1987), 371-390); LUTTER, Marcus: «The law enjoys as much authority as the chances of its own implementation permits: the most elegant legal rights

one could succeed to prove that a certain subsidiary business decision has actually been originated in parental control, there shall be the subsequent problem of determining its detrimental or beneficial nature from the point of view of the affected subsidiary corporation. Such assessment involves the reference to the general standard of an orderly and diligent manager of an individual corporation, asking then whether such a manager would have considered the business decision at stake as corresponding to the best self-interests of the corporation itself (advantageous decision) or not (disadvantageous decision): since the integration of a corporation within a group makes it extremely difficult to isolate an hypothetical autonomous interest of the subsidiary corporation, this standard seems rather artificial and, in the end, inoperable<sup>55</sup>. Finally, except for some exceptional «handbook» cases of notorious or scandalous mismanagement, it will be often not possible to calculate or quantify with precision the magnitude of the detrimental/beneficial effects of concrete decisions or of the overall cost/benefit balance in parent-subsidiary relationships: as Lutz Strohn put it, «the quantification of the expected economic effects both from the viewpoint of executed measure and the fictive comparative standards depends on such a deal of factors, that the spectrum of alternative decisions is

are totally useless for the dependent company, its minority associates and creditors, whenever they are not and they may not be realized in the practice» (*Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe*, 268, in: 11 «Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht» (1982), 244-275)

<sup>55</sup> VANNETTI, Carlo: «The problem of group regulation is matched as a problem of protecting the self-interest («intérêt sociale») of the individual subsidiary companies. In doing so, it rests out of consideration that, from a certain intensity degree of the internal group links on it becomes practically impossible to individualize the self-interest of the affiliated companies, and in any case to establish a causality linkage between subsidiary individual damages and parent decisions» (*Die Diskussion über die Konzerne und ihre Regelung in Italien*, 415, in: 18 «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht» (1989), 396-420); LUTTER, Marcus: «Many typical measures within a group of companies cannot, at least at first sight, be qualified as "advantageous" or "detrimental"» (*The Law of Group of Companies in Europe – A Challenge for Jurisprudence*, vol. I, 23, Forum Internationale, Kluwer, Deventer, 1983). KIRCHNER, Christian: «The group effect may not be grasped through a comparison between the real status («Istzustand») of the subsidiary and the fictional status («fiktiven Zustand») of its independence» (*Ökonomische Überlegungen zum Konzernrecht*, 233, in: 14 «Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht» (1985), 214-234). The impracticability of this type of comparison was also stressed by the US Supreme Court almost one century ago, in the famous *Deep Rock* case: «it is impossible to recast Deep Rock Co's history and experience so as to approximate what would be its financial condition at this day had it been independently managed and had its affairs been conducted with an eye single to its own interests» (*Taylor v. Standard Gas & Elec. Co.*, 306 US (1939), at page 323).

enormous»<sup>56</sup>. Let us illustrate this with an example. Suppose that a parent corporation, by using its power of direction, causes the management of a subsidiary corporation to manufacture a certain risky product and to export it to new geographical markets, granting access to the distribution and advertising facilities of the group and the support of central market prospecting services. The evaluation of the detrimental/beneficial nature and magnitude of such business decision would depend on so many unpredictable factors (both internal and external to the parent-subsidiary relationship) that, theoretically, every future scenario is legitimate. It may well happen that the subsidiary sales abroad contribute to raise its earnings, in virtue of becoming a commercial success in terms of consumer reaction in the host country or of the reduced production costs associated with the freely bestowed access to group facilities. But it may well happen that it proves to be a calamitous decision, by virtue of defective market prospecting in the host country, of a subsequent entry of new competitors in the same market segment which absorbed a significant market share, or of an unexpected rise in production costs caused by a sudden bankruptcy of the group affiliate responsible for the distribution, advertising or sale facilities of the group operations in such particular geographical area. Would such a cost-benefit prognosis be feasible, with any reasonable degree of accuracy, then probably business activity would not be at all a risky activity...<sup>57</sup>

<sup>56</sup> *Die Verfassung der AG im faktischen Konzern*, 87, C. Heymanns, Köln, 1977.

<sup>57</sup> HOMMELHOFF, Peter: «This is the consequence of the fact that a genuine risk is inherent to the entrepreneurial activity in a free market economic system subordinated to law, since its effects are only limitedly predictable» (*Die Konzernleistungspflicht*, 127, Carl Heymanns, 1982); SURA, Achim: «The efficiency of an business activity depends on a variety of factors which stay out of any control. The economic success of a business measure is determined by the excellence of the individual decision but as well by the «optional attitudes of other actors». For instance, the success of a product in the market depends not only on its quality but also of the receptivity of potential customers. Despite the use of all available knowledge, the effects stemming from a decision still are significantly unpredictable. The uncertainty of economic activity is thus one of its essential elements» (*Fremdeinfluß und Abhängigkeit im Aktienrecht*, 60, Universitätsverlag, Konstanz, 1981).

## 2. The Duty of Direction

### 2.1. General Remarks

While the parent corporation is thus vested with a power of direction over its subsidiaries, it is a matter of discussion whether it is also bounded to a *duty of direction*.

The question is important, not only in regard of the general shape of the regulation of the management of corporate groups, but also at the level of the parent corporation itself, particularly concerning the rules on the duties and liability of parent's directors. Take the case of a company holding a set of majority or controlling shareholdings in other companies. If one considers that the board of directors of the controlling company has a duty to fully implement the entrepreneurial prerogatives attached to the stock ownership, submitting the cluster of controlled companies to a economic unified management and exercising over them a power of direction, then it could be held liable in case of omitting such common direction: namely, when it managed passively the controlling stock ownership as merely a financial portfolio, and did not fully exploit its economic and entrepreneurial potential<sup>58</sup>. On the contrary, if one considers that the board of directors enjoys of a freedom of choice regarding the exercise of the rights attached to that intercorporate stock ownership, then the creation of a unified management for the polycorporate network and the subordination of affiliate companies to its actual direction would merely amount to a mere option or possibility: of course, in that case, any decision of not forming or conducting a groups of companies would not entail, as a matter of principle, neither a breach of their statutory duties nor a liability there from.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> The most proeminent supporter of such duty of direction is Peter HOMMELHOFF, *Die Konzernleitungspflicht*, 43ff., 165ff., Carl Heymanns, 1982. In a comparative perspective, see ANTUNES, José, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, 144ff., UCP Editora, Porto, 1994; GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La Empresa de Grupo y el Derecho de Sociedades*, 371ff., Comares, Valencia, 2002; SCHNEIDER, Uwe, *Konzernleitung als Rechtsproblem – Überlegungen zu einem Konzernverfassungsrecht*, 256, in: «Betriebs-Berater» (1981), 249-259; TIMM, Wolfram, *Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze. Die Zuständigkeitsordnung bei der Konzernbildung und Konzernumbildung*, Carl Heymanns, Köln, 1980.

<sup>59</sup> In this sense, though with some «nuances», GÖTZ, Heinz, *Leitungssorgfalt und Leitungskontrolle*, 526ff., in: «Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht» (1998), 524-546; MÜLBERT, Peter, *Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt*, 28ff., 2<sup>th</sup> ed., Beck, München, 1996; FUENTES NAHARRO, Mónica, *Grupos de Sociedades y Protección de Acreedores (Una Perspectiva Societaria)*, 131ff., Thomson/Civitas, Madrid, 2007.

## 2.2. Content and Scope

There is probably not a single or unitary answer to the aforementioned question.

In the case of legal groups (based on a contract of domination or a similar legal instrument), where the parent corporation was given a broad and lawful power of direction over the business affairs of the subsidiary, including the right to issue instructions to the latter, it seems undisputed that the board of directors of the parent should be also vested with an obligation to direct the group as a whole as well as its constituent members. As a matter of fact, as soon as an individual corporation (singlecorporate enterprise) transforms itself into the parent corporation of a polycorporate enterprise, the common rights and duties of the members of its board of directors also suffer a transformation, becoming then «multidimensional»: in the same way that the director of a single corporation is expected to manage with diligence and care the corporate business, so it does the director of a parent corporation, who is bound to an orderly and diligent management of the group as a whole («ordnungsmäßige Konzernleitung»)<sup>60</sup>. Moreover, since the parent corporation assumes the default risk of each one of its subsidiaries (thanks to its duty to assume all net annual losses of the former or even to its exposure to a joint liability for its debts), it is likely that group top-management will be forced to exert a close control and monitoring over all subsidiary affairs as a way to prevent unexpected financial burdens or costs.<sup>61</sup>

The situation may be different in the other cases. It seems growingly accepted that the board of directors of a company holding a majority or controlling shareholding is bound to fully exploit the economic and entrepreneurial potential attached to that equity participation in the controlled

<sup>60</sup> Cf. § 309-1 of German «Aktiengesetz», art. 504-1 of CSC. Cf. ANTUNES, José, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 748, Almedina, Coimbra, 2002; KUHLMANN, Jens/AHNIS, Erik, *Konzernrecht*, 310, Beck, München, 2001; GREGORIO PERANDONES, Pablo, *La Responsabilidad de la Sociedad Matriz y de los Administradores en una Empresa de Grupo*, 148, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002.

<sup>61</sup> Nevertheless, one should take into account that such duty of direction of the parent corporation by no means implies a duty of issuing instructions to the management of the subsidiary corporation: as a matter of fact, it is up to the group headquarters to decide whether to direct tightly the group subsidiaries, instructing them as if they were mere corporate divisions or branches, or to direct them at arm's length, omitting any intervention at their daily management. In other words, one may not confuse the «duty of direction» with an hypothetical «duty to issue instructions».

company<sup>62</sup>. However, it is rather doubtful whether one could jump from here to conclude that directors are obliged to submit the controlled company to a unified management, forming thereby a group. As a matter of fact, also in a comparative perspective, it seems to exist a clear distinction between «control» and «unified management» – and there is no imposition whatsoever to a controlling company, which holds the majority of the voting capital or any other type of control linkage (e.g., personal unions, contracts), to upgrade its relationship with the controlled company, by forming with it a group. Therefore, while being obliged to make use of the economic potential associated to its portfolio of intercorporate stock ownerships, it is up to the board of directors of the controlling company to decide whether or not to submit the controlled company to its actual power of direction, as well as to freely choose its scope and intensity degree.<sup>63</sup>

### III. THE SUPERVISION OF CORPORATE GROUPS

The governance of corporate groups is not only about the management («Leitung», «direction», «amministrazione», «dirección»): it also concerns to the supervision («Überwachung», «surveillance», «controllo», «vigilancia») of the polycorporate enterprise. While the management relates to settlement and implementation of the general business structure, strategy, goals of the group, the *supervision* relates to the control and auditing of the overall group business activity and performance, namely aiming to ensure that they are in line with the said planned managerial goals and targets. Although being traditionally neglected, the supervision of groups is becoming increasingly important nowadays both in practice and law, having two major dimensions: there is an *internal supervision* – in the sense of a supervision that is carried out by the board of directors of the parent corporation itself (1.) – and *external supervision* – which is attributed to other organs of the parent corporation, namely, its supervisory organs/bodies and shareholders (2.).

<sup>62</sup> LUTTER, Marcus, *Zur Binnenstruktur des Konzerns*, 357, in: «Festschrift für Harry Westermann», 347-368, Müller, Karlsruhe, 1974.

<sup>63</sup> See ANTUNES, José, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, 149ff., UCP Editora, Porto, 1994; FUENTES NAHARRO, Mónica, *Grupos de Sociedades y Protección de Acreedores (Una Perspectiva Societaria)*, 131ff., Thomson/Civitas, Madrid, 2007; KOPPENSTEINER, Hans-Georg, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 6, 309, 3<sup>rd</sup> ed., Carl Heymanns, Köln, 2004..

## 1. The Internal Supervision

### 1.1. General Remarks

To start with, the board of directors of the parent corporation, as the organ responsible for the unified management of the group, is entrusted with a general *power and duty of supervision* of the activity of the group as an economic and entrepreneurial unity. As already mentioned above, unified management requires the centralization at the parent corporation of a minimum or vital core of strategic managerial tasks: amongst those fundamental responsibilities, both economic and legal literature include usually the general supervision over the execution of the business policy, goals and strategy of the group by each subsidiary corporation as well as the assessment of its individual performance and contribution to the group activity, stability, and turnover.<sup>64</sup>

There seems to be thus a major difference between these «twin» or parallel powers in which is simultaneously vested the board of directors of the parent corporation – the power of direction and the power of supervision of the group. Whereas that board may freely decide if they control tightly the subsidiary affairs or grant instead subsidiary managers with a full managerial autonomy, it is *obliged* in any case to exercise a close supervision and monitoring over the group and each of its constituent members<sup>65</sup>. It is well-known that, according to the traditional statutory model, «the business affairs of the corporation shall be managed by or under the direction, and subjected to oversight, of its board of directors» (§ 8.01(b) of the US «Model Business Corporation Act») or «the executive board has to manage the company under its own responsibility» and «with the care of an orderly and diligent manager» (§§ 76 and 93 of German «Aktieng-

<sup>64</sup> See SCHEFFLER, Eberhard, *Konzernmanagement*, 84, 2<sup>nd</sup> ed., Vahlen, München, 2005; SCHEFFLER, Eberhard, *Controlling auf Konzernebene*, in: Jacob, H. (Hrsg.), «Controlling und Finanzplanung als Führungsinstrumente», 19-32, Gabler, Wiesbaden, 1980. Also Christof SCHÜLTE: «The management of the group is the coordination, assistance and control of the affiliate companies to reach the group's aims at the best possible rate» (*Beteiligungskontrolling – Grundlagen, Strategische Allianzen und Akquisitionen, Erfahrungsberichte*, 10, Gabler, Wiesbaden, 1994).

<sup>65</sup> KRIEGER, Gerd: «According to the dominant opinion, the executive board of the parent corporation may adopt a strongly decentralized group management. However, it must irrefutably exercise a continuing group supervision, which consists mainly in a duty to implement an adequate group organisation and a controlling system» (*Konzernrecht des Aktiengesetz*, 965, in: «Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht», Band 4, 897-1166, 2<sup>nd</sup> ed., Beck, München, 1999).

esetz»). From the moment on that a singlecorporate enterprise has chosen to organize and conduct its business operations through a cluster of various separate and affiliate corporations to which are allocated different parts of a unitary patrimony, the board of directors is forced to assess and evaluate the performance of each individual subsidiary as the only way to ensure the best overall return for the parent corporation patrimony and resources: thus, in the words of Detlef Kleindieck, «this supervision task is a fundamental and unconditional part of the general duty of the board of directors to an orderly (group) management».<sup>66</sup>

## 1.2. Content

The execution of this crucial supervisory task of the board of directors implies the creation and development of an appropriate organization, procedures and mechanisms aiming at a sound and correct management of the polycorporate enterprise, designed to ensure that the management of each constituent member is consistent with the goals of the group (*internal control system*) and to identify, measure, monitor and deal with its main risks (*management risk system*).

The relevance of internal control systems and management risk systems for corporate governance was traditionally underestimated, being considered as burdensome and merely supportive of the accounting audit. However, after the wave of high-profile scandals with large corporate groups in the United States of America and Europe since the beginning of 2000 (e.g. Enron, Worldcom, Artur Anderson, Parmalat, Société Générale) and the recent world financial crisis of 2008 (e.g. Lehmann Brothers, Fannie May, Freddy Mac), the adoption of these mechanisms have become not only an important piece of the governance structure of polycorporate enterprises but also a condition to restore public confidence on their sound business practices. However, in a comparative perspective, there are still different approaches and degrees of development concerning the enforce-

<sup>66</sup> Konzernstrukturen und Corporate Governance: Leitung und Überwachung in dezentral organisierten Unternehmensverbund, 581, in: Hommelhoff, Peter/ Hopt, Klaus/ Werder, Alex von (Hrsg.), «Handbuch Corporate Governance», 571-603, Schäffer/ Poeschel, Stuttgart, 2003. Also Johannes SEMLER: «The permanent monitoring of the life of the enterprise group is an element of the fundamental managerial tasks of the executive board (of the parent corporation)» (*Die interne Überwachung in einer Holding*, 175, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), «Holding Handbuch», 175-226, 4th ed., V. Otto Schmidt, Köln, 2004); Heinz Götz, *Leitungssorgfalt und Leitungskontrolle*, 527, in: «Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht» (1998), 524-546.

ment of those mechanisms on group supervision. The first major step, of statutory nature, was given in the US with the well-known Sarbanes Oxley Act of 2002, which requires mandatorily corporations to launch and maintain an adequate internal control system (section 404) and establishes the responsibility of the Chief Executive Officer and Chief Financial Officer to certify its existence and effectiveness (section 302)<sup>67</sup>: this would mean that the board of directors of the parent corporation, in particular their CEO and CFO, are required to monitor all relevant control activities within the perimeter of the group, including those existing at a subsidiary level<sup>68</sup>. With the background impulse of a few EU directives and recommendations<sup>69</sup>, also European countries are clearly following a similar path, although by different regulatory strategies. In some countries, the need for appropriate internal control and risk management systems as an

<sup>67</sup> Likewise, the US «Model Business Corporation Act» provides that «in the case of a public corporation, the board's oversight responsibilities include attention to: (...) (2) major risks to which the corporation is or may be exposed; (...) (6) the effectiveness of the corporations' internal controls» (*Committee on Corporate Laws, Model Business Corporation Act Annotated*, Chap. 8, 8-3, American Bar Association, 2008).

<sup>68</sup> These mandatory requirements are often criticized as expensive and cumbersome, especially for large multinational corporate groups with a decentralized organization. Usually, the parent corporation received reporting packages from their subsidiaries which were used to consolidate the group financial information. The compliance with the new requirements, by entailing also appropriate levels of monitoring and review at the subsidiary level, may imply visiting several locations, sending a delegated representative (e.g. internal audit of the parent corporation), or reviewing centrally the evidence of effective design and operation (cf. DELOITTE, *Sarbanes-Oxley Section 404: Compliance Challenges for Foreign Private Issuers*, 4, New York, 2005). To a general review, see HELLWIG, Hans-Jürgen, *The US Concept of Corporate Governance under the Sarbanes-Oxley Act of 2002 and its Effects in Europe*, in: «European Company and Financial Law Review» (2007), 417-433.

<sup>69</sup> Unlike the US rule-based approach, the EU adopted a number of directives and recommendations on internal control and risk management which are more based in general principles. Thus, the Transparency Directive of 2004 required corporations to include in its annual report «a description of its principal risks and uncertainties» (art. 4-2-c of Directive 2004/109/EC); the amendment of the 7<sup>th</sup> Directive on Consolidated Accounts introduced in 2006 establishes that the consolidated annual report must include «a description of the main features of the group's internal control and risk management systems in relation to the process for preparing consolidated accounts» (art. 2-2 of Directive 2006/46/EC); and the Commission Recommendation 2005/162/CE, on independent directors and audit committees, states that this committees should assist the board «to review at least annually the internal control and risk management systems, with a view to ensuring that the main risks (including those related to compliance with existing legislation and regulations) are properly identified, managed and disclosed» (art. 4-2). For a comparison between the US and EU approaches, see ELST, Christoph/ DAELEN, Marijn, *Risk Management in European and American Corporate Law*, ECGI Working Paper, 2009.

integral part of the governance structure of the group and of the responsibility of the parent's directors was expressly consecrated by the law. Take, for instance, the case of Germany – where «the executive board has to establish the appropriate measures, in particular to implement an internal monitoring system, whereas endangering developments to the continuity of the enterprise may be early detected» (§ 91-2 of «Aktiengesetz»)<sup>70</sup> –, of Austria – where the «executive board has to ensure that an accounting and an internal control system is established corresponding to the enterprise demands» (§ 82 of «Aktiengesetz»)<sup>71</sup> –, and of France – where the Chairman of the Board of Directors of listed companies «gives an account (...) on the internal control procedures that the company implemented» (art. 225.37 of «Code de Commerce»)<sup>72</sup>. According to German, Austrian and French doctrine, those legal provisions apply indistinctly to both single corporations and corporate groups: in the latter case, it creates to the executive directors of the parent corporation a duty to design and set up a monitoring system for the polycorporate enterprise as a whole<sup>73</sup>. In other countries, despite the lack of similar legal rules, parent corporations are also complying with such requirements following the recommendations

<sup>70</sup> The original reads as follows: «Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden».

<sup>71</sup> The original reads as follows: «Der Vorstand hat dafür zu sorgen, daß ein Rechnungswesen und ein internes Kontrollsysten geführt werden, die den Anforderungen des Unternehmens entsprechen».

<sup>72</sup> The original reads as follows: «Dans les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le président du conseil d'administration rend compte, dans un rapport joint au rapport mentionné aux articles L225-100 et L225-102, de la composition, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société (...».

<sup>73</sup> HOMMELHOFF, Peter/ MATTHEUS, Daniela, *Risikomanagement im Konzern – Ein Problemaufriss*, 222, in: 52 «Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis» (2000), 217-230; LÖBBE, Marc, *Unternehmenskontrolle im Konzern – Die Kontrollaufgaben von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat*, 197ff., Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2003. To Austrian law, see also Susanne KALSS: «The implementation of an internal control system (ICS) is not restricted to the single company; also groups of companies must ensure that the necessary measures to the overall group direction and supervision are implemented» (*Das interne Kontrollsysteme (IKS) als Angelpunkt der Corporate Governance in Kapitalgesellschaften*, in: «Festschrift für Heinz Krejci», 699-720, Verlag Österreich, Wien, 2001). To French law, see AUTORITÉ DES MARCHÉS FINANCIERS: «In the case of a group, the parent company ensure that internal control systems exist within its subsidiaries. These systems should be aligned with their own individual characteristics and to the relationship existing between the parent and subsidiaries companies» (*Internal Control System: Reference Framework*, 7, Paris, 2007).

contained in a growing number of «Corporate Governance Codes». This is the case, for instance, of United Kingdom, where the «Combined Code on Corporate Governance» (revised 2008) states that «the board should maintain a sound system of internal control to safeguard shareholder's investment and the company's assets» (principle C.2.): according to the Financial Reporting Council, this principle on internal control system should also apply to groups of companies, case in which «references to «company» should be taken as referring to the group of which the reporting company is the parent company» and «the review of effectiveness of internal control and the report to shareholders should be from the perspective of the group as a whole».<sup>74</sup>

Internal control systems are usually conceived as the organizational framework designed to ensure that a company achieves its business goals in several layers (effectiveness of operations, reliability of financial reporting, compliance with laws and regulations) and through several key instruments (control environment, risk management, information and communication, control activities, monitoring)<sup>75</sup>. Like in the case of individual corporation, it is up to board of directors of the parent company to establish and to maintain an *internal control system in a group scale*, that is, to provide for an adequate set of organizational rules, procedures and structures aiming to ensure that general business goals of the polycorporate enterprise are met also at the level of the subsidiary corporations: among other aspects, this would mean that the parent's board develops an organizational framework where the units of internal control at subsidiary level are coordinated and centralized at parental level. This group internal control framework shall contribute to the safeguard of group assets, the efficient use of group resources, the reliability of consolidated (internal and external) reporting, and the compliance with general business laws (including detection and prevention of frauds). Concerning its instruments or components, the board of directors of the parent corporation displays a paramount role, by setting the tone for the entire group (control environment), establishing a system for identifying, analyzing and dealing with relevant risks (risk management), ensuring the dissemination of information throughout the group with respect to internal control in a

<sup>74</sup> Financial Reporting Council, *Internal Control: Revised Guidance for Directors on the Combined Code*, 5, London, 2005.

<sup>75</sup> Given the variety of definitions of internal control, I adopt here the so-called «COSO Internal Control-Integrated Framework», the most widely-used framework in this topic. Cf. Committee of Sponsoring Organizations (Treadway Commission), *Internal Control-Integrated Framework*, 1992.

top-down and down-top approach (information and communication), launching procedures aiming to guarantee that guidelines are carried out at the subsidiary level (control activities), and reviewing continuously the performance of internal control systems of subsidiaries themselves (monitoring).<sup>76</sup>

A particularly important dimension of internal control relates to the *risk management system at a group level*. Risk is an ever present aspect of business enterprises<sup>77</sup>: like a single corporation, a corporate group is subjected to several risks which may threaten the achievement of its strategic and business goals<sup>78</sup>. It is thus vital that the board of directors of the parent corporation establishes an adequate organizational polycorporate framework aiming at the identification, measurement, monitoring and handling of such risks: the cycle of this risk management system involves the identification of the types and sources of risks (which can be of external or internal nature, e.g., terrorism, ecological catastrophes, technological changes, inflation, social or economic crisis, currency or credit risks, default or liability risks of subsidiaries, investment risks, etc.), the analysis and measurement of its impact (since they may have a negative but also a positive outcome to the overall group performance), the responses or strategies to deal with them (avoidance, reduction, insurance, contingency plans) and the adequate reporting and oversight of the whole system. Shortly, group risk management enables the parent corporation to deal effectively with

<sup>76</sup> RICHTER, Hermann, *Konzern-Controlling*, in: Reichmann, Thomas (Hrsg.), «Controlling mit Kennzahlen und Management-Tools», 733-834, 7<sup>th</sup> ed., Vahlen, München, 2006; SCHEFFLER, Eberhard, *Controlling auf Konzernebene*, in: Jacob, H. (Hrsg.), «Controlling und Finanzplanung als Führungsinstrumente», 19-32, Gabler, Wiesbaden, 1980; SEMLER, Johannes, *Die interne Überwachung in einer Holding*, 213ff., in: Lutter, Marcus (Hrsg.), «Holding Handbuch», 175-226, 4<sup>th</sup> ed., V. Otto Schmidt, Köln, 2004.

<sup>77</sup> There is no generally accepted notion of risk: risk is often defined as identifiable and measurable events which reduce the likelihood of achieving the business objectives of an enterprise organization: any other type of event which are identifiable but not measurable are considered to be mere uncertainties. Cf. KNIGHT, Frank, *Risk, Uncertainty and Profit*, 19, Cosimo, New York, 2005 (the original work dates from 1921).

<sup>78</sup> CHOI, Jay/ POWERS, Michaels, *Global Risk Management: Concepts and Strategies*, 3, in: AAVV, «Global Risk Management», 3-5, Elsevier Science, Oxford, 2002. See also BAYRAM, Murat, *Risikomanagement im internationalen Konzern: Grundlagen und Risikomanagementsysteme*, Verlag Dr. Müller, 2007; KAJÜTER, Peter, *Risikomanagement im Konzern*, Vahlen, München, 2010; PREUSSNER, Joachim/ BECKER, Florian, *Ausgestaltung von Risikomanagementsystemen durch die Geschäftsleitung*, 847, in: 47 «Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht» (2002), 846-851.

real or potential events that can display an adverse effect in the polycorporate network.<sup>79</sup>

## 2. External Supervision

### 2.1. General Remarks

One of the most remarkable developments of Corporation Law in nowadays relates to the reinforcement of monitoring and control of the management of corporations. While the law states that executive directors (agents) manage the corporate business affairs on behalf of its shareholders (principals), the practice of large corporations shows that shareholders are usually unable to closely monitor directors: a major task of modern corporate governance has thus become to fill the gaps between agents and principals, through a variety of ways (e.g., increase of the number of available legal models of governance, enlargement of powers of supervisory bodies, qualification and independency of its members, etc.). As Klaus Hopt and Patrick Leyers put it, «efficient internal control of management and auditing by the supervisory board or the responsible board committee is indispensable».<sup>80</sup>

This general movement is obviously also relevant for the case of the governance of corporate groups. In the same way that the board of directors of the parent corporation is paramount for group management (and internal supervision), also the organs/ bodies of the parent that are responsible for monitoring the board of directors play a decisive role for the (external) supervision of the group as a whole. In a secondary level, an external supervision function may also be carried out by shareholders, by external auditors, and by regulatory agencies.

### 2.2. Content

It is obviously out of the scope of the present article to pinpoint all the possible organic powers and duties of the supervisory organs/bodies/ members of the parent corporation in relation to the management of the group. Therefore, let me illustrate this latter supervisory dimension with

<sup>79</sup> Other devices commonly used to cope with risk include the transfer of risk to third parties (e.g., credit derivatives), sharing risks, and withdrawal from unacceptably risky activities.

<sup>80</sup> *Board Models in Europe – Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*, 3, ECGI Working Paper n° 18/2004.

just a few examples taken in the main legal corporate governance models or structures existing in a comparative perspective.

In the *one-tier board model*, which is traditional in the United States of America and United Kingdom but which is now being also adopted by several European legal orders (e.g. Portugal, Italy) and recommended in many others by corporate governance codes (e.g. Spain, France, Netherlands, Belgium), the audit committee, composed on non-executive directors, plays a key-role in monitoring and controlling the group management. As a matter of fact, in most of those legal orders, the general powers of internal control in which has been vested the audit committee («comité des comptes», «comité de auditoria», «comitato di controllo sulla gestione», «comissão de auditoria») are extended to the group as a whole: for instance, in Spain, the «Unified Code on Good Corporate Governance of Listed Companies» of 2006, after attributing to the audit committee (»comité de auditoria») the role of supervising the proper operation of internal reporting and control systems (Recommend. 47), recognizes expressly that this role is applicable to «the company and, where appropriate, the group» (Recommend. 50, 1, a))<sup>81</sup>; in France, the «Corporate Governance Code of Listed Companies» of 2008, after proposing a similar corporate committee («comité des comptes»), also refers that «the committee should review the consolidation scope, and if applicable, the reasons for excluding certain companies» (Recommend. 14.3.2)<sup>82</sup>. In fact, this polycorporate scope of the audit committee's role is nothing but the logical consequence of the instrumentality linkage with the sphere of powers of the board of directors: if (executive) directors of the parent company are responsible for the management of the group as a whole, so their non-executive colleagues are to oversight their performance, by ensuring thus it amounts to a sound and proper group management.

In the case of the so-called *two-tier model*, which was fashioned in Germany but is also being adopted in other European jurisdictions with

<sup>81</sup> «Que corresponda al comité de auditoria: 1º En relación con los sistemas de información y control interno: a) supervisar el proceso de elaboración y la integridad de la información financeira relativa a la sociedad y, en su caso, al grupo (...)» (Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), «Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas», 19 and 45). Cf. also FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *Las Comisiones de Supervisión y Control del Consejo de Administración*, especially 224ff., in: «Comentarios a las Recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno», 219-239, Thomson/ Aranzadi, Navarra, 2007.

<sup>82</sup> «Le comité doit examiner le périmètre des sociétés consolidées et, le cas échéant, les raisons pour lesquelles des sociétés n'y seraient pas incluses» (AFEP/ MEDEF, «Code de Gouvernement d'Entreprise des Sociétés Cotées», 19).

some adaptations (e.g., Netherlands, France, Portugal, Italy), the supervisory board («Aufsichtsrat», «conseil de surveillance», «consiglio di sorveglianza», «raad van commissarissen», «conselho geral e de supervisão») is also entrusted with important powers concerning the supervision of corporate groups. To start with, it is generally accepted that the role of the supervisory board of the parent corporation has a sort of polycorporate range («konzernweiten Überwachungsaufgabe»<sup>83</sup>). By being responsible to control the management of the corporation (e.g., § 111-1 of German «Aktiengesetz», art. L.225-68-2 of French «Code de Commerce», art. 2409-terdecies, c) of Italian «Codice Civile»), in case of corporate groups, the supervisory board is thus compelled to ensure that the executive board has performed an orderly and diligent management of the group as a whole<sup>84</sup>. It should be noticed, however, that the controlling role of the supervisory board of the parent corporation confines itself exclusively to monitoring its own executive board, and not the executive boards of subsidiary corporations<sup>85</sup>. Moreover, this multidimensional range has been reinforced by several other legal mechanisms: this is clearly the case of those legal norms which allow articles of association or the board itself to require the previous approval or authorization of the supervisory board to specific types of managerial decisions or transactions (e.g., § 111-4 of «Aktiengesetz», art. L.225-86 of «Code de Commerce», art. 2409-terdecies, f)bis of «Codice Civile», art. 442 of CSC). While it is clear that the supervisory board cannot directly become involved in managing the group, the doctrine often includes in the scope of this «reserve of authorization» («Zustimmungsvorbehalt») those strategic decisions or measures which fundamentally change the asset, financial or earnings situations of the polycorporate group or even of certain concrete subsidiary corporations.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> KRIEGER, Gerd, *Die externe Überwachung in der Holding*, 229, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), «Holding Handbuch», 227-266, 4<sup>th</sup> ed., V. Otto Schmidt, Köln, 2004.

<sup>84</sup> HOFFMANN-BECKING, Michael, *Aufsichtsrat im Konzern*, 331, in: 159 «Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht» (1995), 325-345; LUTTER, Marcus/ KRIEGER, Gerd, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 5<sup>th</sup> ed., V. Otto Schmidt, Köln, 2008.

<sup>85</sup> RAMM, Melanie, *Die Position des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens im mehrstufigen Konzern*, 117ff, Josef Eul Verlag, Köln, 2002.

<sup>86</sup> HOFFMANN-BECKING, Michael, *Aufsichtsrat im Konzern*, 339ff., in: 159 «Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht» (1995), 325-345; LÖBBE, Marc, *Unternehmenskontrolle im Konzern – Die Kontrollaufgaben von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat*, 305ff., Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 2003; KRIEGER, Gerd, *Die externe Überwachung in der Holding*, 249ff, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), «Holding Handbuch», 227-266, 4<sup>th</sup> ed., V. Otto Schmidt, Köln, 2004.

**RESUMO:** O problema da alternativa entre a nulidade e a inexistência de deliberações sociais permanece controverso na doutrina e na jurisprudência. Trata-se, todavia, de questão essencialmente semântica, cuja chave deve ser achada no plano normativo.

**ABSTRACT:** The question of nullity vs. inexistence of shareholder resolutions remains a controversial one in legal literature and jurisprudence. It is however, we believe, essentially a question of semantics, to be solved at the normative level.

FILIPE CASSIANO DOS SANTOS\*

HUGO DUARTE FONSECA\*\*

## Inexistência e nulidade de deliberações sociais

### 1. Introdução

A *inexistência* (jurídica) de deliberações sociais é tema merecedor, desde há muito, da atenção da doutrina societarista, pese embora o seu tratamento tenha recentemente perdido vigor, pelas razões que adiante se evidenciarão.

Cremos, todavia, que continuam a justificar-se algumas precisões a este respeito, já que os casos que vão sendo submetidos à apreciação dos tribunais vão revelando não estarem ainda completamente dissipadas algumas questões que se erguem em torno deste assunto, e que é cabida a sua discussão no plano científico, a partir justamente dos casos que vão sendo decididos.

Isto mesmo justifica, de resto, que nos sirvamos de uma hipótese prática, a fim de que seja conferida maior concretude às breves reflexões a empreender. A hipótese é a de uma deliberação tomada por sócios de uma sociedade, sem prévia convocação, mas com invocação da qualidade de sócios únicos, tendo sido elaborada acta e levada a registo a deliberação tomada; mas outros sujeitos alegam que a assembleia não foi realmente universal, por eles próprios terem a qualidade de sócios – e sustentam, precisamente, a *inexistência* da deliberação em causa. No imediato, em questão está, pois, saber se a deliberação foi ou não tomada por todos os sócios – só assim se saberá em definitivo se a deliberação foi ou não validamente tomada. No entanto, atenta a finalidade das nossas indagações, vamos pressupor que havia efectivamente sócios que não estiveram na assembleia e centrar as nossas atenções sobre o tratamento jurídico a que fica sujeita uma deliberação tomada nessas circunstâncias.

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

\*\* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Antes de prosseguirmos, importa ter presente o Acórdão proferido, em 19/05/2010, pelo Tribunal da Relação do Porto<sup>1</sup>, o qual reconheceu, no caso que julgou, a *inexistência* de uma deliberação social.

## 2. Questões Relevantes

Perante os contornos do caso dados como assentes, impõe-se-nos que analisemos três questões essenciais:

- 1) Desde logo, urge aquilatar – assumindo que é possível afirmar que há deliberações sociais *inexistentes* (qualquer que seja o sentido a dar a tal afirmação) – se o caso julgado pelo Acórdão da Relação do Porto, em 19/05/2010, possui suficientes afinidades com o caso que figurámos, em termos de se poder afirmar que, se a deliberação examinada pela Relação do Porto foi julgada *inexistente*, então também as deliberações tomadas no exemplo que figurámos deveriam ser objecto do mesmo juízo – isto é, ser consideradas, também elas, *inexistentes*.
- 2) Depois, há que averiguar – independentemente daquela hipotética afinidade – se é possível (e, nesta hipótese, em que circunstâncias e com que sentido) que uma deliberação social seja considerada *inexistente* e, mais concretamente, se uma deliberação tomada em assembleia não convocada poderá ser reputada de *inexistente*.
- 3) Finalmente, importa determinar qual o destino que caberia a uma deliberação tomada nas circunstâncias que figurámos – será ela nula ou, antes, *inexistente*?

## 3. Contraste entre o caso julgado pela Relação do Porto e o caso eleito para reflexão – A não realização de reunião de sócios

O primeiro ponto merecedor de abordagem desvia-nos, num primeiro momento, das questões que, ao sabor de uma sã metódica, deveriam ser inicialmente afrontadas no presente texto: em síntese, o problema de saber qual o sentido da afirmação de que há deliberações sociais *inexistentes* e, por fim, a determinação do âmbito dessa (eventual) categoria.

No entanto, o prévio exame do caso apreciado pelo Acórdão da Relação do Porto, sobretudo quando comparado com o caso que escolhemos

<sup>1</sup> Cfr. [www.dgsi.pt/tb.em/www.trp.pt/jurisprudenciacivel/civel\\_295/08.1tboaz.p1.html](http://www.dgsi.pt/tb.em/www.trp.pt/jurisprudenciacivel/civel_295/08.1tboaz.p1.html).

como hipótese prática, contribui inegavelmente para uma delimitação e compreensão preliminares da questão da *inexistência de deliberações sociais*.

Com efeito, a simples análise da factualidade sobre a qual decidiu o Tribunal da Relação do Porto, em 2010, revela dois dados essenciais:

- a) No caso sobre o qual se pronunciou o mencionado Acórdão, *não houve efectiva reunião de sócios* ou, o que é o mesmo, *não teve lugar aquela reunião* (nem, tão-pouco, se deu a assunção de votação por escrito, a outra *modalidade* de deliberação, alternativa à reunião dos sócios, admitida pela legislação societária: v. os arts. 53.º e 54.º do CSC). Na verdade, de entre a factualidade apurada, sublinha-se que a acta que documenta a alegada reunião foi mandada escrever à então técnica oficial de contas da sociedade e que nem no dia nela mencionado (nem em qualquer outro) se realizou uma reunião da assembleia de sócios correspondente a tal acta;
- b) No caso que a Relação do Porto julgou, a acta imputa a um sócio um comportamento que ele não praticou em ordem à constituição da assembleia. Mais concretamente, a acta atesta que um sócio deu o seu assentimento a que a assembleia se realizasse – assentimento que o sócio não deu realmente, havendo, pois, também por isso, que afirmar que não teve lugar a assembleia que a acta documentou.

Diferentemente, no caso que escolhemos para análise, não só houve *efectiva reunião de sócios* (aquela que se documentou na acta), com expressa *assunção da assembleia e imputação das decisões à sociedade*, como não se imputou a qualquer sócio um comportamento não tido em ordem à realização da assembleia.

Não existe, portanto, *falsidade da acta*, no que respeita à realização da assembleia ou aos sócios que nela participaram.

A questão, no caso da hipotética sociedade, reconduz-se simplesmente a saber se os sócios que participaram na assembleia são realmente os únicos sócios da sociedade – questão cujo aferimento não podia lograr-se unicamente em face da acta e cuja determinação reclamava decisão judicial em processo declarativo próprio, mas que, a ter resposta afirmativa, levará inevitavelmente a concluir pela validade da deliberação tomada (a não padecer ela, naturalmente, de outros vícios que não a alegada falta de universalidade).

Em suma: mesmo que houvesse que aceitar que a assembleia da sociedade figurada não teve a presença de *todos os sócios*, sempre é inquestionável, e não pode ser juridicamente indiferente, que a reunião de sócios documentada em acta *se realizou efectivamente*, ainda que, nessa hipótese,

com a não verificação do pressuposto de validade das deliberações tomadas (a existência de *regular convocação* ou o seu *sucedâneo*, isto é, *a presença e o acordo de todos os sócios*, nos termos prescritos pelo art. 54.º do CSC)<sup>2</sup>.

Assim sendo, resta apenas concluir que são significativas e manifestas as diferenças que intercedem entre os dois casos, mormente no que tange à *real realização, ou não*, da reunião que se documentou em acta. Tudo, vale a pena sublinhá-lo, corroborando a inexistência de um paralelismo ou de uma semelhança mínimas que possam fundamentar uma *extensão* do juízo feito pela Relação do Porto (na espécie por si julgada) à deliberação aprovada em assembleia realizada nas circunstâncias que figurámos.

Por fim, sublinhe-se que o caso submetido à Relação do Porto tem afinidade com o caso, mais grave, de sujeitos que não são sócios e realizam reunião, que documentam, como se se tratasse de uma assembleia de certa sociedade – aí, o caso é de inexistência de assembleia daquela sociedade e, por isso, de deliberações, pois que os elementos de imputação não existem de todo.

#### **4. Inexistência de deliberação, deliberações inexistentes e falta de convocação da assembleia**

##### **A) A questão da inexistência de deliberações sociais**

I – A nosso ver, consagrar ou não, de modo autónomo, uma *categoria* de deliberações sociais *inexistentes* revela-se, no essencial, questão eminentemente semântica, cuja dilucidação decisiva há que achar no domínio normativo.

II – Na verdade, o sentido forçoso que caberá a tal *categoria* será o de afirmar a *inexistência* como sanção para determinado vício ou vícios (desconformidades com a lei) de uma deliberação da assembleia de sócios.

III – Ora, é inegável que, em bom rigor, se um acto é uma deliberação *inexistente* tal significa que esse acto não é realmente uma deliberação: é uma *não-deliberação*, ou seja, trata-se de *um acto que não ascende* (digamo-lo assim, com vista a ilustrar o plano de imputação à sociedade) à condição mínima para ser considerado uma deliberação, ainda que *viciada*.

A esta luz, revela-se, pois, de sentido e utilidade duvidosos sustentar que um acto é uma deliberação a que cabe a sanção da *inexistência*.

<sup>2</sup> Com a consequência de, então, se ter realizado assembleia não convocada e de as deliberações aí tomadas serem *nulas*, nos termos expressos pela alínea *a)* do n.º 1 do art. 56.º do CSC.

IV – Sucede que, em boa verdade, este modo de ver as coisas não diverge em muito da afirmação por parte de alguns autores de que certas deliberações sociais são *inexistentes*.

Com efeito, se verificarmos os actos aos quais, segundo a doutrina, cabe tal sanção, constata-se que, para lá de casos a que hoje cabe expressamente, segundo a lei, a *nulidade*, são apontados justamente casos em que em causa está precisamente a *não existência real e concreta de reunião dos sócios*: muito simplesmente, os autores que falam de deliberações *inexistentes* reportam-se efectivamente a casos em que o acto em causa não se apresenta sequer com a configuração ou verosimilhança de deliberação e como acto imputável à sociedade.

V – Vale por dizer: se houver um *acto com aparência de deliberação*, um suporte fáctico mínimo que é imputado à *sociedade*, mas se, no seu *iter* de formação ou no seu conteúdo, forem ofendidas regras legais ou estatutárias, então há deliberação *nula* (para os *casos mais graves*) ou *anulável* (nos *casos menos graves*, em que a ordem jurídica tolera que a deliberação, apesar do vício, possa vingar, se os sujeitos com legitimidade não vierem invocar o vício). Reciprocamente – e ainda na mesma linha de raciocínio – não cobra sentido falar de *nulidade, anulabilidade* (ou até de *suspensão*, em sede cautelar) se o acto é *inexistente*, isto é, se não existe como deliberação, na exacta medida em que *não é possível anular, suspender ou declarar a nulidade daquilo que não tem existência*.

VI – As conclusões que precedem são integralmente confirmadas se atendermos, seguindo de perto VASCO LOBO XAVIER, ao enquadramento histórico da disputa doutrinal (também presente na jurisprudência: v., em sentidos opostos, os Acórdãos do STJ de 21/4/1972, in *BMJ*, n.º 216, p. 173, e de 20/4/1970, in *BMJ*, n.º 194, p. 253, e *RLJ*, n.º 104, p. 69)<sup>3</sup> em redor da *inexistência* como categoria autónoma.

VII – Efectivamente, na sua origem, o apelo à ideia da *inexistência* prendia-se com a necessidade, por parte dos autores e dos tribunais, de fazerem certos casos *mais graves* escaparem ao único regime sancionatório legalmente previsto: o da *anulabilidade*<sup>4</sup>. Ora, com a expressa previsão da *nulidade* pelo CSC (e com a consagração nele da *nulidade* como sanção para

<sup>3</sup> Referidos já por VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Coimbra, 1975, p.197.

<sup>4</sup> VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, cit., p. 196 s., esp. p. 200: o Mestre conclui que “os autores que recorreram à doutrina da inexistência, para excluir a anulabilidade para certas hipóteses de desconformidade do processo deliberativo com as disposições legais, e que o fizeram por lhes parecer difícil encontrar na própria lei um apoio seguro para a solução da nulidade, vieram afinal a deparar com dificuldades não menores. Torna-se, portanto, especialmente necessária uma intervenção do legislador. Enunciando,

o caso paradigmático que parte da doutrina fazia albergar na categoria da *inexistência*, que era justamente o da *deliberação tomada em assembleia não convocada*), a querela perdeu, em bom rigor, parte da actualidade. Tudo porque a mais dos casos para os quais a lei comina expressamente a nulidade, restam basicamente, na prática, os casos de *não-deliberações*.

VIII – É em sentido muito próximo que segue, aliás, a lição de OLIVEIRA ASCENSÃO. Associando também a querela à questão da alternativa à anuabilidade e, mais recentemente, à questão da taxatividade das causas de nulidade (note-se que, hoje, a doutrina propende no sentido da *abertura* dos casos previstos no art. 56.<sup>5</sup>), o professor de Lisboa conclui pelo interesse residual da categoria, somente para abranger casos que são de efectivas *não-deliberações*, apontando, a este respeito, o caso de acta “que não corresponde a nenhuma deliberação dos sócios” e o de “assembleia convocada para sala tão pequena que só percentagem mínima dos sócios pode participar”<sup>6</sup> (caso em que, em rigor, há, desde logo, uma *não-assembleia*). Acrescentáramos aqui a “deliberação” (*rectius*, a pretensa deliberação) tomada por não sócios.

IX – Concluindo: afigura-se-nos indiferente assumir que há *deliberações sociais inexistentes*, ou dizer que há *actos que não são deliberações e que não produzem efeitos como tais*. Em qualquer caso, para lá das construções jurídicas, sempre resulta que são *inexistentes* as “deliberações” ou, se quisermos, que são tratados como *actos que não têm existência como deliberações* os casos em que não há reunião dos sócios ou em que não é assumida a *imputação das decisões à sociedade*.

X – A conclusão que se acabou de firmar, além de se confortar, tal como vimos, no enquadramento histórico do tema, recebe hoje apoio nas posições sufragadas por MENEZES CORDEIRO. Com efeito, o autor exclui o relevo jurídico de deliberações *inexistentes*, autonomizando apenas, na esteira da doutrina germânica, as chamadas deliberações *aparentes* – aquelas que são levadas ao registo e têm os efeitos que decorrem das regras deste instituto<sup>7</sup>.

como se faz no direito alemão, os requisitos de procedimento cuja falta determinará a nulidade do acto” (p. 200).

<sup>5</sup> V. PEDRO MAIA, “Deliberações dos sócios”, *Estudos de Direito das Sociedades*, 9<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, p. 258 e n. 53.

<sup>6</sup> JOSÉ OLIVEIRA ASCENSÃO, “Invalidade de deliberações dos sócios”, *Problemas do Direito das sociedades*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 384 s., esp. p. 386.

<sup>7</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, SA: *Assembleia Geral e Deliberações Sociais*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 179 s., esp. p. 180.

## B) As deliberações tomadas em assembleias não convocadas

I – Examinemos agora a questão de saber se, em caso de realização de assembleia não convocada, a deliberação que nela se tome é nula ou se, no sentido que antes apontámos, se deve falar antes de *inexistência*.

II – Vimos já que este é o caso paradigmático que a doutrina apontava, no passado, como sendo de *inexistência*; podemos agora acrescentar (sempre seguindo o ensinamento de VASCO LOBO XAVIER) que, à medida que as leis foram acolhendo a nulidade como sanção para deliberações sociais viciadas, esse caso foi sendo recoberto por tal sanção, na linha aberta pelo direito alemão. Resta, aliás, registar que parte significativa da doutrina, mesmo antes da expressa previsão legal, perfilhava já essa solução<sup>8</sup>.

III – Com a entrada em vigor do CSC foi, claro está, este o caminho trilhado. Assim, articulando o disposto nos arts. 54.<sup>º</sup> e 56.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, alínea *a*), pode concluir-se que *se tem lugar uma assembleia que não foi convocada* duas hipóteses se colocam:

- (i) ou os sócios estão todos e todos acordam a constituição em assembleia e na ordem de trabalhos, nos termos do n.<sup>º</sup> 1 do art. 54.<sup>º</sup>, caso em que as deliberações que se tomarem são válidas (por a verificação daqueles acordos suprir, em certa medida, a falta de convocação);
- (ii) ou os sócios presentes não são todos ou nem todos dão o seu acordo, caso em que, se alguns levarem em diante a realização de assembleia, se incorre na previsão da al. *a*) do n.<sup>º</sup> 1 do art. 58.<sup>º</sup> e as deliberações que vierem a ser tomadas são *nulas*.

IV – Fica assim evidenciado o *campo de aplicação* da alínea *a*) do n.<sup>º</sup> 1 do art. 58.<sup>º</sup> do CSC. Havendo realmente reunião (isto é, tendo esta concretamente ocorrido), mas não tendo havido convocação nem acordo de todos os sócios no sentido da realização de assembleia, e – acrescenta-se – se a reunião se assumir como assembleia (em termos de as decisões tomadas serem imputadas à sociedade), as deliberações são *nulas*.

V – À margem da alínea *a*) do n.<sup>º</sup> 1 do art. 58.<sup>º</sup> quedam apenas os casos em que, de todo, *não há deliberação*. Nestes, *falha o pressuposto daquele preceito, que é a existência de uma deliberação, ainda que inquinada de vício grave*. Aí, sim, e só nestes casos, cumprirá falar de *inexistência* de deliberação – ou, se se quiser, poder-se-á afirmar que há deliberação ... *inexistente*.

<sup>8</sup> VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, cit., p. 200-202.

## 5. Conclusão

Centremos, por fim, de novo o enfoque numa deliberação hipoteticamente tomada *sem a presença efectiva de todos os sócios*, de modo a que possamos determinar se essa deliberação deveria ser reputada, em qualquer circunstância, de *inexistente*.

À luz das considerações anteriores, na hipótese que agora figuramos, em que sócios reuniram em certa data e assumiram a realização de uma assembleia geral, embora não fossem os únicos sócios da sociedade, estamos claramente perante um caso de reunião de sócios e de uma reunião que se assumiu como assembleia da sociedade, com imputação a esta das deliberações tomadas, mas em que pelos sócios foram preteridas as formalidades para a regular realização da assembleia (a convocação, ou a presença de todos com os acordos referidos no n.º 1 do art. 54.º do CSC). Neste suposto, o caso é de *nulidade* das deliberações tomadas, e não o de *inexistência* de qualquer deliberação<sup>9</sup>.

Esta solução (consequente com o que acima deixámos exposto) compatibiliza-se, por inteiro, com o que a lei expressamente dispõe, pois que a reunião de sócios não universal (sem os pressupostos do art. 54.º), mas querida como assembleia pelos sócios reunidos, é uma assembleia não convocada, que cai na previsão da alínea *a*) do n.º 1 do art. 56.º.

Além do mais, a solução afigura-se a mais razoável. Tudo – é bom realçar – porque a *nulidade* é a sanção apropriada para um *vício radical*<sup>10</sup>, não permitindo, diferentemente da anulabilidade, que o acto viciado produza quaisquer efeitos, à excepção de contadíssimos casos e sempre por efeito de uma nova deliberação (*a deliberação renovatória*).

É, de resto, este último dado – o da ponderação da possível *renovação* – que, em definitivo, revela que as deliberações *sub judice* (em particular, a de eleição de novo Conselho de Administração) deviam ser consideradas *nulas*, e não *inexistentes*. É que, tendo sido deliberada a eleição de órgãos sociais, não se vê razão para impedir a sociedade, em assembleia regularmente convocada ou com a presença e acordo de todos os sócios, de renovar essa deliberação mediante uma outra, agora desprovida de vícios. O interesse da sociedade, bem como o livre jogo das regras do *princípio maioritário*, vão manifestamente neste sentido, não sendo razoável

<sup>9</sup> A existência ou não de declaração de que a assembleia é totalitária, sob este ponto de vista, em nada acrescenta, pois que, em qualquer dos casos, o vínculo de que a deliberação padece é a falta de convocação.

<sup>10</sup> Nas palavras de MENEZES CORDEIRO, “a nulidade implica um não reconhecimento, pelo Direito, do acto viciado, o qual escapa à autonomia privada (...”).

vel que se impeça a sociedade de fazer vingar aquele que considerar ser o seu *interesse*, devendo ainda ponderar-se, dado que estão em jogo a administração e representação da sociedade, os *interesses do tráfico* e de credores.



**RESUMO:** É comum (e não é só no nosso tempo) inscrever nos contratos (ou estatutos) de sociedades anónimas, que não são «sociedades abertas», e cujas acções são tituladas ao portador, cláusulas que subordinam o exercício do direito de participação na assembleia geral e/ou o exercício do direito de voto ao depósito das acções com uma certa antecedência relativamente à data (da reunião) da assembleia geral. Admitindo a legalidade de tais cláusulas, a legitimização para o exercício dos faldos direitos advém, não já da apresentação dos títulos de crédito que as acções tituladas ao portador são, mas da exibição de um *certificado de depósito*, que faz as vezes daqueles. É dos requisitos de validade desse documento (*sucedâneo pro tempore* dos títulos de crédito) que aqui se cuida de forma sucinta.

**ABSTRACT:** It is common (and not only in our days) to include in the corporate charters of limited liability companies by shares (*sociedades anónimas*), when they are not open to public investment and shares are represented by bearer stock certificates, a clause determining that the right to participate in the general meeting and/or to vote therein is conditioned by the deposit of the shares, some time prior to the said general meeting. Admitting the legality of such clauses, the *legitimation* for the exercise of these rights does not come from the exhibition of the negotiable instruments that bearer stock certificates are, but rather arises out of the presentation of a *certificate of deposit*, which plays the role of the former. In this paper, the conditions for validity of the said document (*a pro tempore* substitute of the negotiable instruments) are dealt with.

M. NOGUEIRA SERENS\*

## A exigência estatutária em sociedades anónimas (que não sejam «sociedades abertas») do prévio depósito das acções para o exercício do direito de voto\*\*

1. O nosso Código das Sociedades Comerciais (doravante, também CSC ou Código das Sociedades) não faz depender a participação dos accionistas na assembleia geral da respectiva sociedade de outra condição que não seja a de “[terem] direito a, pelo menos, um voto” (art. 379.º, n.º 1, CSC). Subordinando o direito de os accionistas participarem na assembleia geral à titularidade do direito de voto – entenda-se: à titularidade do direito de voto em abstracto, e já não, é claro, com referência a uma

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

\*\* Destinado aos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Paulo Melero Sendin.

ou mais deliberações sociais em concreto (art. 384.º, n.º 6, CSC); neste último caso, estando o accionista impedido de exercer o seu direito de voto, nem por isso falece o seu direito de participação na assembleia geral em causa –, o nosso legislador conformou-se, pois, com a possibilidade de existirem accionistas (titulares de acções ordinárias) privados daquele mesmo direito, que é, também ele, fundamental da socialidade. Vejamos mais de perto.

1.1. Como decorre do art. 384.º, n.º 2, alíneas *a*) e *b*), CSC, o contrato (ou, como também é comum dizer, os estatutos) da sociedade anónima pode afastar a regra “uma acção – um voto”. No caso da alínea *b*) (“estabelecer que não sejam contados votos acima de certo número, quando emitidos por um só accionista, em nome próprio ou também como representante de outro”), trata-se do estabelecimento dos chamados “tectos de voto”, concebidos como instrumentos anti-OPA, e que (hoje) as (novas) regras de *corporate governance* (claramente pensadas à luz dos interesses dos grandes investidores institucionais) abominam sobremaneira. Este é, porém, um ponto que não cabe aqui desenvolver.

1.2. Olharemos, sim, com um pouco mais de atenção para a alínea *a*), que permite que o contrato de sociedade “[faça] corresponder um só voto a um certo número de acções, contanto que sejam abrangidas todas as acções emitidas pela sociedade e que fique cabendo um voto, pelo menos, a cada € 1 000 de capital”. Caso seja feito uso desta prerrogativa, para além de se despojarem os accionistas mais pequenos (o padrão dessa pequenezza fornece-o lei: um investimento inferior a 1000 €) – que, nas sociedades cotadas (ou, como hoje se diz, nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado), podem ser em grande número –, para além de se despojarem, dizíamos, os pequenos accionistas da vontade, que poderia ser a sua, de contribuir *directamente* com o seu voto para a formação da vontade de outrem, que é a corporação a que pertencem, legitima-se a amputação da socialidade de um outro seu direito fundamental: falamos, é claro, do direito a participar no órgão da corporação, no qual a vontade dela se forma. Com efeito, se o contrato de sociedade condicionar (dentro dos limites do art. 384.º, n.º 2, alínea *a*), CSC) a titularidade do direito de voto à propriedade de um certo número de acções, será então possível, através de cláusula contratual adrede estipulada, *retirar* aos accionistas sem direito de voto o direito de “assistir às assembleias gerais e [de] participar na discussão dos assuntos indicados na ordem do dia” (art. 379.º, n.º 2, CSC).

A existência de uma cláusula desse tipo não prejudica, obviamente, a possibilidade de os accionistas sem direito de voto se socorrerem do chamado “direito de agrupamento”, expressamente previsto no art. 379.º,

n.º 5, cujo texto aqui se recorda: “Sempre que o contrato de sociedade exija a posse de um certo número de acções para conferir voto, poderão os accionistas possuidores de menor número de acções agrupar-se de forma a completarem o número exigido ou um número superior e fazer-se representar por um dos agrupados”.

Escusado será dizer que o “representante comum” (dos accionistas mais miúdos), de que aqui se fala, passando a dispor de direito de voto para uma concreta assembleia geral, tem, outrossim, direito de a ela assistir, participando na discussão dos assuntos incluídos na respectiva ordem do dia. Importa, porém, considerar uma outra situação, e que é a seguinte: admitamos que o contrato de sociedade *não determina* que os accionistas sem direito de voto não têm direito de participar na assembleia geral. Em tal hipótese, é claro que aqueles desses accionistas que não se agruparem com vista ao exercício do direito de voto mantêm o referido direito de participação. Mais duvidoso já se nos afigura defender que continuará a ser assim no caso de ter havido agrupamento com a aludida finalidade, ou seja, não é líquido que, neste outro caso, os accionistas agrupados (nos termos do art. 379.º, n.º 5, CSC) mantenham o seu direito de participação na assembleia geral (que lhes advinha do art. 379.º, n.º 2, CSC), não obstante terem nomeado um representante comum para o exercício do direito de voto, o qual representante terá necessariamente aquele outro direito. Fica esta nossa dúvida<sup>1</sup>.

2. Existindo, como acabámos de ver, a possibilidade de limitar o número dos accionistas que podem acudir às assembleias gerais da sociedade – limitação, essa, que se logra, lembre-se, através de uma dupla estatuição contratual: fixação de um “limite por baixo” ao direito de voto (art. 384.º, n.º 2, alínea a), CSC) e proibição da presença dos accionistas sem voto na assembleia geral (art. 379.º, n.º 2, *in fine*, CSC) –, é seguro que, fazendo-se uso dela, simplificar-se-á o *funcionamento* desse órgão societário. E não é, obviamente, apenas em termos, digamos, *lógicos*. Diz o povo (na sua imensa sabedoria): “Cada cabeça sua sentença”. Por conseguinte, a diminuição do número das *cabeças* (pensando no nosso caso, a diminuição do número de accionistas na assembleia geral) implica neces-

<sup>1</sup> Que, de resto, já se punha no nosso direito antigo, como decorre do seguinte trecho de L. CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. I, Lisboa, 1914, p. 457: “Note-se que o facto de se terem agrupado *para efeitos de voto*, não impede que os accionistas agrupados assistam á assembleia e individualmente tomem parte na discussão, sendo infundada a opinião em contrário” (que era, como o próprio Autor informava, a do Visconde de Carnaxide).

sariamente a diminuição do número das *sentenças* (continuando a pensar no nosso caso, a diminuição do número das opiniões, necessariamente pessoais porque ancoradas na prossecução de interesses próprios, com as quais haverá que lidar no seio da assembleia geral)<sup>2</sup>. Só vantagens, pois. Isto, é claro, de um certo ponto de vista, que foi, afinal, aquele que o nosso legislador adoptou.

2.1. Releve-se, em todo o caso, a sua *moderação*: a privação do direito de voto e, com ela, a privação do direito de participar na assembleia geral só são admitidas, como antes vimos, se o montante do investimento na sociedade ficar aquém de 1 000 €; cabe ainda assim dizer que este montante, que antes da promulgação do DL n.º 343/98, de 6 de Novembro, era de 100 000 escudos, começou por ser de 20 000 escudos...

Diferente é a questão de saber se o próprio contrato de sociedade pode ser *menos moderado* nessa matéria. Que o contrato de sociedade não pode privar do direito de voto os accionistas cujo investimento seja igual ou superior a 1 000 €, isso, é coisa óbvia. Porém, não será difícil imaginar outro tipo de cláusulas contratuais que, não afrontando o art. 384.º, n. 2, alínea a), CSC, seriam adequadas para lograr o mesmo resultado. Assim, e por exemplo, uma cláusula que, em relação aos accionistas não-fundadores, exigisse para o reconhecimento do direito de participação na assembleia geral que as acções fossem da sua titularidade há mais de um ano. Daremos ainda mais um exemplo: uma cláusula que restringisse o direito de participação na assembleia geral aos accionistas que fizessem prova de ser cidadãos nacionais. [Note-se que mesmo que houvéssemos de concluir no sentido da validade de uma cláusula desse tipo à luz do normativo nacional (*scilicet*: do Código das Sociedades), não poderia deixar-se de ter em conta a jurisprudência comunitária sobre a liberdade de circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento (arts. 63.º e 49.º do TFUE)...]

A invalidade de ambas as cláusulas contratuais figuradas – que, repete-se, são apenas dois exemplos de como se poderia *ultrapassar a moderação* revelada pelo legislador no que respeita à privação do direito de participação dos accionistas na assembleia geral – parece-nos inquestionável.

2.2. De resto, e ao que julgamos saber, nunca os nossos tribunais foram confrontados com esse problema. É, pois, razoável supor que não existam em Portugal sociedades anónimas cujos contratos patenteiem tais excessos no *esmolamento* da socialidade.

<sup>2</sup> Como se lê em CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, *loc. cit.*, "as assembleias quanto mais numerosas, mais desordenadas, turbulentas e improfícias são para qualquer útil e séria discussão, e o sentimento da responsabilidade é em razão inversa do número daquelas que deliberam e procedem".

Mas, sem chegarem a tais extremos, e não se bastando, outrossim, com o aproveitamento da possibilidade oferecida pelos arts. 384.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, alínea *a*), e 379.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, *in fine*, CSC (cfr. *supra*, n.<sup>º</sup> 1. 2.), os contratos de sociedades anónimas ostentam amiúde cláusulas de cujo conteúdo decorrem *condicionamentos* à participação dos respectivos accionistas na assembleia geral. E não é assim apenas nos nossos dias (*scilicet*: na vigência do actual Código das Sociedades); era já também assim em tempos idos (*scilicet*: na vigência dos arts. 104.<sup>º</sup> a 206.<sup>º</sup> do Código Comercial de 1888).

Estamos a referir-nos às cláusulas contratuais que estatuem sobre os pressupostos para o exercício do direito de participação na assembleia geral e/ou para o exercício do direito de voto, impondo, nomeadamente, o *averbamento* ou o *depósito* das acções – a alternativa decorre do facto de estas poderem ser nominativas ou ao portador – com uma certa antecedência relativamente à data da realização da (reunião da) assembleia geral, entretanto convocada.

2.2.1. Ouçamos Cunha Gonçalves : “A exigência do depósito ou do averbamento das acções com uma anticipação que, em alguns estatutos é de 3 a 6 meses, sendo de 3 meses também na lei de 27 de abril de 1901, art. 33.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, quanto ás sociedades bancárias coloniaes, tem a *aparente vantagem* de impedir que os grandes accionistas, procurem, á última hora, iludir o preceituado no § 3.<sup>º</sup> do art. 183.<sup>º</sup> [“Nenhum accionista, qualquer que seja o número das suas acções, poderá representar mais da décima parte dos votos conferidos por todas as acções emitidas, nem mais de uma quinta parte dos votos que se apurarem na assembleia geral (... )” – assim se lia no referido preceito], ou distribuindo por empréstimo a simples *testas-de-ferro* as suas acções, que excedem ao máximo número de votos que lhes é concedido, ou simulando contratos de reporte, – seja para se assegurarem nas assembléas geraes maior votação, seja também para se acobertarem com outra pessoa nos protestos e reclamações, que desejam efectuar”<sup>3</sup>.

Não há hoje, é verdade, “tectos de voto” legalmente impostos. Mas, como antes vimos (cfr. *supra*, n.<sup>º</sup> 1. 1.), continua a ser possível a sua fixação, mediante cláusula contratual (cabe lembrar que o art. 183.<sup>º</sup>, § 3.<sup>º</sup>, do Código Comercial, a que Cunha Gonçalves se referia, veio a ser alterado pelo art. 1.<sup>º</sup> do DL n.<sup>º</sup> 154/72, de 10 de Maio<sup>4</sup>, sendo que o actual art. 384.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, alínea *b*), CSC é claramente tributário da doutrina então consagrada). Quer isto dizer que a “aparente vantagem” que Cunha Gon-

<sup>3</sup> Cfr. *ob. cit.*, p. 462 463.

<sup>4</sup> Cfr. FERRER CORREIA/LOBO XAVIER, “As limitações ao poder de voto dos accionistas e acções do Estado e do I.P.E”, *RLJ*, ano 119.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3745, p. 97 s., n.<sup>º</sup> 3746, p. 136 s., n.<sup>º</sup> 3747, p. 164 s..

çalves apontava à exigência (estatutária) do depósito ou averbamento das acções com uma certa antecedência relativamente à data da assembleia geral, fazendo depender do cumprimento dessa exigência o exercício do direito de participação e/ou do direito de voto, continua a afirmar-se, mas apenas, é claro, quando a falada exigência conste do contrato de uma sociedade anónima, do qual conste, além disso, uma cláusula impondo “tectos de voto” (art. 384.º, n.º 2, alínea b), CSC).

2.2.2. Estamos a supor, é claro, que, no quadro do actual Código das Sociedades, continua a não existir impedimento à subordinação, mediante cláusula contratual, do exercício do direito de participação na assembleia geral e/ou do exercício do direito de voto ao depósito ou averbamento das acções com uma certa antecedência relativamente à reunião daquele órgão social. Será esta (nossa) suposição legítima?

Abriremos aqui um pequeno parêntesis para responder a este quesito.

Falta, é certo, no Código das Sociedades Comerciais (ao contrário do que acontece, por exemplo, na lei alemã das sociedades por acções: § 123 Abs. 2 e 3<sup>5</sup>) uma norma, digamos, *habilitante*, ou seja, uma norma que expressamente permita a inclusão no contrato de sociedade de cláusulas desse tipo. Era já assim no nosso direito antigo. Por conseguinte, é razoável admitir que, no caso, o silêncio foi deliberado: o legislador conhecendo o que antes se fazia e o quadro legal em que era feito, se tivesse querido que as coisas tomassem novo rumo não se dispensaria de o dizer expressamente. Não cremos, em todo o caso, que se possa continuar a admitir a validade de cláusulas contratuais como aquelas que eram referidas por Cunha Gonçalves: depósito ou averbamento “com uma antecipação [...] de 3 a 6 meses”<sup>6</sup>. Por nossa conta, diremos que “uma antecipação”, que não caia no período de tempo que medeia entre a data da convocação da assembleia geral e a data da respectiva reunião – e estamos a supor, note-se, que o prazo de convocação da assembleia geral é o mínimo legal (art. 377.º, n.º 4, CSC) –, há-de ter-se por não escrita.

2.2.3. Fechado o parêntesis, retomemos o nosso discurso. Sem prejuízo da “aparente vantagem” que Cunha Gonçalves lhes imputava – e que hoje, como antes vimos, se cingirá às sociedades cujos contratos impõem “tectos de voto” –, as cláusulas contratuais que subordinam o direito de participação e/ou o direito de voto ao depósito ou ao averbamento das

<sup>5</sup> Cfr., por exemplo, W. ZÖLLNER, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Bd. 1, 5. Lieferung, p. 1207 s., W. WERNER, *AktG – Großkommentar*, 4. Aufl., 4. Lieferung, 1993, p. 49 s., KUBIS, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 2. Aufl., 204, beck on line, § 123 e HÜFFER, *Aktiengesetz*, 9. Aufl., 2010, beck on line, § 123.

<sup>6</sup> Cfr. ob. cit., p. 462.

acções com uma certa antecedência relativamente à data da realização da (reunião da) assembleia geral servem várias outras finalidades. A seu tempo haveremos de lhes fazer referência.

3. Por agora, centraremos a nossa atenção no modo como ocorrerá a *legitimização* dos accionistas, com vista à sua participação na assembleia geral e/ou ao exercício do direito de voto, na falta de uma cláusula contratual do tipo das que temos estado a considerar. Faremos isso, note-se, apenas com referência aos accionistas cuja acções sejam tituladas e ao portador; e, nesse quadro, faremos ainda uma outra restrição: só nos interessam aqui as sociedades anónimas que não sejam “sociedades abertas” segundo os critérios fixados no art. 13.º do Códigos dos Valores Mobiliários.

3.1. As acções tituladas ao portador – que são, reitere-se, as únicas que aqui nos importam – são títulos de crédito<sup>7</sup>, na modalidade de títulos de participação (ou corporativos)<sup>8</sup>, por isso que “incorporam um direito de ‘propriedade corporativa’ ou participação social, ou seja, a posição jurídica complexa inerente à qualidade de membro de uma corporação social”<sup>9</sup> (que a sociedade anónima também é). Da recondução das acções tituladas ao portador à categoria dos títulos de crédito resulta, *eo ipso*, que cada título de acção dessa categoria é (na célebre definição de Cesare Vivante) “[um] documento necessário para exercitar o direito literal e autónomo nele mencionado” (sendo que, no caso, se trata de *exercitar* um conjunto de direitos, que são aqueles que cabem na socialidade, com destaque agora para o direito de participação na assembleia geral e o direito de voto).

3.2. A esta luz, tendo o accionista – como efectivamente tem (cfr. art. 342.º, n.º 1, do Código Civil) – o ónus de provar essa sua qualidade com vista a poder participar na assembleia geral da respectiva sociedade, é inquestionável que, para tanto, bastará a *apresentação* dos títulos das acções cuja propriedade lhe cabe.

Mais duvidoso já poderá ser, porém, se, no silêncio do contrato sobre as condições de participação na assembleia geral – e é essa, lembre-se, a situação em que agora pensamos –, os accionistas podem fazer prova da sua legitimidade por outro meio que não seja a apresentação dos títulos

<sup>7</sup> Por último, *vide* (com múltiplas referências) A. SOVERAL MARTINS, *Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das acções*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 130 s., e M. J. ALMEIDA COSTA/EVARISTO MENDES, “Transmissão de acções tituladas nominativas”, *RLJ*, n.º 3959, p. 71 e nota 20.

<sup>8</sup> Cfr. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. III, *Letra de Cambio*, Coimbra, 1975, p. 13, e V. LOBO XAVIER, “Acção”, in: *Encyclopédia Polis*, Verbo, Lisboa, p. 67.

<sup>9</sup> Cfr. J. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os títulos de crédito – Uma introdução*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 28.

das suas acções, mormente pela exibição do *certificado* de depósito desses mesmos títulos nas “caixas da sociedade” ou junto de uma instituição de crédito. A maioria da doutrina alemã<sup>10</sup> pronuncia-se favoravelmente; não deixa, é certo, de reconhecer que a solução, que assim advoga, levando a que a apresentação dos títulos das acções deixe de ser condição necessária para o exercício dos direitos neles *incorporados*, consubstancia um *desvio* aos princípios gerais dos *Wertpapiere* (no caso, sintetizados na conhecida máxima “*Wertpapiere sind Vorlegungspapiere*”<sup>11</sup>). Na busca de uma *justificação* para este desvio, é comummente dito<sup>12</sup> que, principalmente em relação aos grandes accionistas, se tornaria muito complicado e, até, perigoso, fazer depender a prova da sua legitimidade da apresentação dos títulos das acções na própria assembleia geral; acresce que, do ponto de vista da sociedade, essa exigência seria igualmente despropositada. Passaremos adiante.

4. Mantendo as restrições que antes fizemos, isto é, continuando a pensar apenas nas sociedades anónimas que não sejam “sociedades abertas” segundo os critérios do art. 13.º do Código dos Valores Mobiliários, e cujas acções sejam tituladas e ao portador, volveremos agora o nosso olhar para as cláusulas contratuais que subordinam o exercício do direito de participação na assembleia geral e/ou o exercício do direito de voto ao preenchimento de condições específicas, entre as quais avulta o *depósito* dos títulos com uma certa antecedência relativamente à data da reunião do referido órgão societário.

A existência de tais cláusulas, e uma vez admitida a sua validade (cfr. *supra*, n.º 2. 2. 2.), implica que, falecendo o cumprimento das respectivas condições, o accionista se veja privado do exercício dos falados direitos. O que terá, digamos, um duplo efeito: *i)* a ausência do accionista em causa da assembleia geral não contenderá com a validade das deliberações – mesmo as mais relevantes – nela tomadas e *ii)* a sua presença na assembleia geral (por erro ou complacência do presidente da mesa) tornará essas deliberações anuláveis.

4.1. Mornente numa sociedade anónima com um elevado número de accionistas, e cujas acções sejam tituladas e ao portador, faltando uma cláusula no respectivo contrato que obrigue ao depósito dos títulos

<sup>10</sup> Com destaque para W. ZÖLLNER, *Kölner Kommentar*, *cit.*, p. 1211, anots. 10 e 11, W. WERNER, *AktG – Großkommentar*, *cit.*, p. 56 57, anot. 26, KUBIS, *Münchener Kommentar*, *cit.*, anot. 12, e HÜFFER, *ob. cit.*, anot 5; com diferente entendimento, cfr. NIRK/BREZING/BÄCHLE, *Handbuch der Aktiengesellschaft*, 2. Aufl., 1967/1992, Teil I, 483, citados por Werner.

<sup>11</sup> W. ZÖLLNER, *Kölner Kommentar*, *cit.*, p. 1211, anot. 10, com múltiplas referências.

<sup>12</sup> Na esteira, diga-se, de W. ZÖLLNER, *Kölner Kommentar*, *cit.*, p. 1211, anots. 10.

com uma certa antecedência relativamente à data da assembleia geral, a organização desta (ou melhor: a organização da respectiva reunião) constituiria, as mais das vezes, uma tarefa ciclopica e, porventura, irrealizável com a segurança jurídica que é mister. E as razões são óbvias: à (reunião da) assembleia geral podiam acudir milhentos accionistas, antes desconhecidos da sociedade, e que lograriam a devida legitimação para nela participarem mediante a *simples* apresentação dos títulos das acções (cfr. *supra*, n.º 3. 2.).

Importa ainda considerar os interesses dos próprios accionistas. Na falta da referida cláusula contratual, querendo eles participar na (reunião da) assembleia geral, é no mínimo duvidoso (cfr. *supra*, n.º 3. 2.) se não teriam de se fazer acompanhar dos títulos das suas acções<sup>13</sup>. O que, para além de incómodo (o número de títulos que o accionista teria de levar consigo poderia ser muito elevado...), não seria isento de perigos (risco de perda ou de roubo dos títulos: não se esqueça que falamos de títulos ao portador...).

A par destas finalidades, que podem ser apelidadas de *organizatório-procedimentais*, a exigência contratual do depósito das acções tituladas ao portador em momento anterior ao da (reunião da) assembleia geral serve um outro propósito, com uma dimensão jurídico-material mais vincada. Por via dela, é possível *cristalizar* durante um certo período – que é precisamente o período que medeia entre o último dia contratualmente fixado para a realização do depósito das acções e o dia da (reunião da) assembleia geral – o *substrato pessoal da sociedade*.

Com o depósito dos títulos das acções ocorre uma mudança na (natureza da) respectiva posse: a sua *posse imediata* fica a caber ao depositário, ficando o depositante com a *posse mediata*, que lhe advém da titularidade do documento que certifica o depósito e cuja emissão é da competência do próprio depositário.

4.1.1. Nesse quadro, consideremos, em primeiro lugar, a doutrina que defende que a transmissão da propriedade das acções tituladas ao portador não se basta com o acordo das partes, pressupondo, sim, a sua *traditio*<sup>14</sup>; sufragando-se este entendimento, teríamos que, por todo o tempo de duração do depósito dos títulos das acções, o accionista, exactamente por-

<sup>13</sup> O *desvio*, a que antes fizemos referência, aos princípios gerais dos títulos de crédito, e que decorre de se admitir que o accionista de uma “sociedade fechada”, cujas acções sejam ao portador, logre legitimação por outro meio que não seja a apresentação dos próprios títulos, parece-nos não se justificar se o contrato de sociedade, ele próprio, o não prever.

<sup>14</sup> Neste sentido, *vide*, por último, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, *Das sociedades*, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 377 s. com outras referências.

que não tinha a posse imediata desses títulos, estaria impedido de proceder à sua alienação: quem se houvesse de considerar accionista em certo momento, que seria precisamente aquele em que procedera ao depósito dos títulos das suas acções, manteria, necessariamente, essa qualidade no momento (ulterior) da realização da assembleia geral (a legitimação material e a legitimação formal coincidiriam forçosamente).

Tudo isso assim, é claro, se o depósito dos títulos ainda se mantivesse naquele último momento. Admitamos, porém, que a situação não era essa, ou seja, figuremos a hipótese de o accionista-depositante ter feito cessar o (contrato de) depósito. Este é, sem dúvida, um direito que lhe assiste; todavia, a recuperação da posse imediata dos títulos das acções, que assim se almeja, só pode concretizar-se mediante a entrega do documento que certifica o depósito a que se pretende pôr termo. E, por conseguinte, mesmo que não aliene (coisa que a recuperação da posse imediata dos títulos lhe permitia) as acções antes da realização da assembleia geral, o accionista em causa perderá a sua legitimação (impossibilidade de exhibir o certificado de depósito); acaso ocorra uma alienação das acções, é igualmente incontestável que o seu adquirente carecerá de legitimação, e isto pela razão simples, mas decisiva, de que o depósito dos respectivos títulos (já) não pode ser feito com a antecedência que o contrato de sociedade determina.

4.1.2. E como se passarão as coisas se se houver de sufragar a doutrina que considera aplicável à transmissão da propriedade de acções tituladas ao portador o princípio da consensualidade?<sup>15</sup>

Resulta evidente que, agora, o depósito dos títulos das acções e, consequentemente, a perda da sua posse imediata, não obsta à transmissão da sua propriedade. E, por conseguinte, a legitimação material surge-nos dissociada da legitimação formal: a primeira pertence ao comprador dos títulos (que se tornou proprietário deles *solo consensu*); a segunda, essa, continua a pertencer ao vendedor (em relação à sociedade continua a ser ele o accionista, posto que o depósito dos títulos das acções foi – e continua – feito em seu nome). Um possível modo de ultrapassar esta *discrepância* entre legitimação material e legitimação formal, que pode, até, desencadear a aplicação do art. 517.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, CSC<sup>16</sup>, será o recurso ao instrumento

<sup>15</sup> Defendendo essa doutrina, *vide*, mais recentemente e com grande desenvolvimento, M. J. ALMEIDA COSTA/ÉVARISTO MENDES, *RLJ*, cit., p. 82 s., que fornecem inúmeras referências no mesmo sentido.

<sup>16</sup> “Aquele que, em assembleia geral de sócios (...), se apresentar falsamente como titular de acções (...), e nessa falsa qualidade votar, será punido, se pena mais grave não for aplicável por força de outra disposição legal, em prisão até 6 meses e multa até 90 dias” – assim se lê no referido preceito.

da representação (cfr. art. 380.º CSC): o vendedor das acções participará na assembleia geral, não como seu proprietário, que já não é, mas como representante do comprador, que é o seu novo dono.

4.2. Pensando mais directamente no conteúdo das cláusulas em referência, assinale-se, em primeiro lugar, a indispensabilidade de delas constar a indicação do período de duração do depósito das acções, período, esse, que não poderá ultrapassar a data da realização da assembleia geral, sendo que o seu início não pode reportar-se a uma data anterior à da própria convocação da assembleia geral (cfr. *supra*, n.º 2. 2. 2.). Poder-se-ia, com efeito, pensar que, na falta dessa indicação, estando, porém, prevista no contrato a exigência do depósito dos títulos das acções prévio à realização da (reunião da) assembleia geral, o presidente da mesa (ou, se fosse esse o caso, o conselho fiscal, a comissão de auditoria ou o conselho geral e de supervisão: art. 377.º, n.os 1 e 7, CSC) teria competência para suprir a “lacuna” no aviso convocatório. Repudiamos este possível entendimento. A cláusula, na qual falte a referida indicação, ter-se-á, pois, de considerar nula.

Conquanto seja ainda menos verosímil, não poderá também excluir-se que a cláusula não refira quais os potenciais depositários dos títulos das acções. Não cremos que tal implique a sua nulidade. Mas não escondemos a dúvida que nos assalta: o depósito dos títulos das acções terá então de ser obrigatoriamente feito junto da sociedade? Ou caberá ao presidente da mesa da assembleia geral (ou, se for esse o caso, ao conselho fiscal, à comissão de auditoria ou ao conselho geral e de supervisão) a escolha de outros depositários, que haveriam de ser indicados no aviso convocatório (*v. g.*, instituições de crédito e notários)?

Não aprofundaremos aqui este ponto.

5. Independentemente da *entidade* junto da qual o depósito dos títulos das acções deva ser realizado – exigido será sempre, é claro, que se trate de uma entidade que possa ser tida por idónea para o efeito –, o accionista-depositante, se não quiser ver-se privado da legitimação que a apresentação desses títulos lhe conferiria, terá de ficar munido de um certificado de depósito (um documento que, do ponto de vista jurídico-funcional, não é a mesma coisa que aquele outro, que eventualmente possa existir, e que apenas servirá para provar a existência de um contrato de depósito entre dois sujeitos determinados).

Para efeitos de legitimação, respeitante ao direito de participação e/ou ao exercício do direito de voto, o *certificado de depósito faz*, pois, *as vezes dos próprios títulos das acções*. Por conseguinte, a sua exibição na reunião da assembleia geral há-de oferecer a certeza e a segurança jurídicas que a

apresentação dos próprios títulos ofereceria. E, para o caso, não importa a quem coube a sua emissão, ou melhor, a entidade junto da qual foi feito o depósito dos títulos das acções – a emissão do falado certificado incumbe sempre ao depositário

5.1. Criando um *sucedâneo* (ainda que *pro tempore*) dos títulos de crédito, que as acções tituladas ao portador são (cfr. *supra*, n.º 3. 1.), a emissão do certificado de depósito constitui, por isso mesmo, um acto sobremaneira relevante do ponto de vista jurídico. O legislador alemão – e faz todo o sentido que lhe façamos aqui referência, porquanto, como antes vimos (*supra*, n.º 2. 2. 2.), a lei alemã das sociedades por acções prevê expressamente que o contrato de sociedade faça depender a participação na assembleia geral e/ou o exercício do direito de voto do depósito das acções prévio à reunião daquele órgão societário – dá-nos conta dessa relevância, sancionando com pena de prisão até três anos (e isto, note-se, “*wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften über Urkundenstrafaten mit schwererer Strafe bedroht ist*”) a emissão de um certificado falso ou a falsificação deste (§ 402 Abs. 1 *AktG*).

5.2. Neste quadro, para que o certificado possa ser considerado válido (cumprindo, pois, a sua função de legitimação), será mister que dele conste a correcta identificação do accionista-depositante, não podendo prescindir-se, outrossim, da mesma exigência relativamente ao depositário; a assinatura deste é também imprescindível, impondo-se, porém, e como é da natureza das coisas, distinguir consoante se trate de uma pessoa humana (*v. g.*, um notário) ou de uma pessoa jurídica (*v. g.*, um banco ou a própria sociedade): *i*) no primeiro caso, exige-se a assinatura pessoal do depositário; *ii*) no segundo, as assinaturas exigidas são as das pessoas humanas às quais caiba o poder de representação-vinculação da pessoa jurídica em causa.

A doutrina alemã – de cujos ensinamentos nos temos vindo a socorrer – refere ainda outros elementos *essenciais* do certificado de depósito. São eles os seguintes: *i*) a quantidade de títulos das acções objecto de depósito, *ii*) a indicação do respectivo valor nominal (se o houver, é claro; cfr., entre nós, o actual art. 272.º, alínea *a*), CSC) e *iii*) o tempo por que dura o *desapossamento* dos títulos das acções (*scilicet*: a perda da posse imediata desses títulos a favor do depositário; cfr. *supra*, n.º 4. 1.), considerando-se, em todo o caso, que, para cumprimento dessa exigência, bastará que o certificado de depósito indique a finalidade deste (a finalidade do depósito, entenda-se)<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Cfr. W. ZÖLLNER, *Kölner Kommentar*, *cit.*, p. 1213, anot. 23, W. WERNER, *AktG – Großkommentar*, *cit.*, p. 62, anot. 45, KUBIS, *Münchener Kommentar*, *cit.*, anot. 28, e R. LUDWIG, in: *Aktienrecht: Handbuch –Mustertexte– Kommentar*, 2. Aufl., 2004, p. 902.

**RESUMO:** Neste primeiro artigo sobre as deliberações de acionistas analisamos – com base na leitura prática das assembleias gerais de sociedades anónimas de diferentes subtipos e dimensões – alguns temas escolhidos: a convocação da assembleia e o prazo disponível para o efeito; o local da sua realização; a participação na assembleia e o respetivo funcionamento, desde a condução dos trabalhos, passando pelo controlo de presenças e pela apresentação de propostas e terminando na apreciação do quórum deliberativo na formação das deliberações dos acionistas.

**ABSTRACT:** In this first article on shareholders resolutions, the author – basing on the general shareholders meeting of companies limited by shares (*sociedades anónimas*) of different types and sizes – analyzes some chosen topics: the adjournment of the assembly and the minimum delay for such purpose; the location where the meeting is to be hold, the participation in the assembly and its functioning. In this last topic it is also discussed the ruling of the works, the admission to the meetings, the submission of proposals and the required majority to approve a shareholders resolution.

**PAULO OLAVO CUNHA \***

## Assembleias gerais de sociedades anónimas I: questões relativas à convocação, participação e funcionamento\*\*

### 1. Enquadramento do tema

A matéria das assembleias gerais das sociedades anónimas reveste um inegável interesse no domínio das sociedades comerciais, em geral, e das sociedades anónimas, em particular<sup>1</sup>, o qual se acentua em especial nas

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

\*\* Inédito elaborado para obra colectiva em preparação (Estudos em Homenagem).

<sup>1</sup> Recorde-se que estas são reguladas, em geral, pelo Código das Sociedades Comerciais e pelo Código dos Valores Mobiliários (no tocante às sociedades abertas) e, em especial, pelos respetivos estatutos e também, para as que tiverem por substrato uma empresa pública, pelo regime jurídico do setor empresarial do Estado e das empresas públicas (Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro, na red. do Decreto-Lei n.º 300/2007, de 23 de Agosto) ou pelo regime jurídico do setor empresarial local (Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro).

sociedades abertas<sup>2</sup> e cotadas<sup>3</sup>. Trata-se de uma matéria que, desde há muito, tem ocupado os juristas – que lhe têm dedicado particular atenção<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Designamos pela expressão abreviada “sociedades abertas” as sociedades anónimas cujo capital se encontra aberto ao investimento do público, isto é, as sociedades definidas segundo os critérios estabelecidos pelo art. 13.º do CVM e cujo regime específico se encontra também estabelecido neste diploma (arts. 13.º a 29.º), ainda que as respetivas ações não estejam ‘cotadas, isto é, não se encontrem admitidas à negociação em mercado regulamentado.

<sup>3</sup> Utilizamos a designação “sociedades cotadas”, tendo em mente aquelas cujas participações de capital (ações) se encontram admitidas à negociação em mercado regulamentado e são também disciplinadas pelas regras do CVM, mas com regime diferente do aplicável à sociedade aberta não cotada.

Afastamos, pois, intencionalmente desta expressão as sociedades emitentes de outros valores negociáveis em bolsa, como obrigações. Com efeito, uma sociedade pode ser uma sociedade anónima subsidiária integral, sendo detida por uma única entidade, e ser emitente de obrigações cotadas em bolsa. A diferença das situações impõe uma distinção clara entre os diversos casos de valores mobiliários negociados em mercado regulamentado e um regime jurídico também diferente para os respectivos emitentes.

<sup>4</sup> É vasta a bibliografia portuguesa existente sobre assembleias gerais de sociedades anónimas. Vd. (por ordem alfabética) – e para além do nosso livro de Direito das Sociedades Comerciais, 5<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 563-626 –, JORGE COUTINHO DE ABREU, Curso de Direito Comercial, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 489-579, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, Sociedades Comerciais. Valores Mobiliários e Mercados, 6<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 2011, pp. 197-214, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, Direito das Sociedades, ed. autor, 2010, pp. 282-309, EDUARDO LUCAS COELHO, A formação das deliberações sociais. Assembleia geral das sociedades anónimas, Coimbra Editora, 1994, pp. 38-68, 97-144 e 149-154, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, SA: Assembleia Geral e Deliberações Sociais, Almedina, Coimbra, 2006, em especial pp. 85-145, e Manual de Direito das Sociedades, II, Das Sociedades em Especial, 2<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2007, pp. 733-768, Luís BRITO CORREIA, Direito Comercial, 3.<sup>º</sup> vol. (Deliberações dos Sócios), AAFDL, Lisboa, 1990, em especial pp. 44-49, 50-98, 128-131, 185-191, 192-194, MIGUEL J.A. PUPO CORREIA, Direito Comercial. Direito da Empresa, 12<sup>a</sup> ed. (com a colab. de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo), Ediforum, Lisboa, 2011, pp. 263-267 e 275-276 , J. PINTO FURTADO, Deliberações da Sociedade no Código das Sociedades Comerciais, Instituto do Emprego e Formação Profissional, Lisboa, 1990, em especial pp. 7-8 e 16-27, Curso de Direito das Sociedades, 5.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2004, em especial pp. 395-424, e Deliberações de Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 2005, em especial pp. 411-438, PEDRO MAIA, «O Presidente das Assembleias de Sócios», AA.VV., Problemas de Direito das Sociedades, IDET, Almedina, Coimbra, 2002 (pp. 421-468), em especial pp. 421-426, 434-442, 453-456 e 460, «Deliberações dos sócios», AA.VV., Estudos de Direito das Sociedades, 10<sup>a</sup> ed. (coord. por Coutinho de Abreu), Almedina, Coimbra, 2010 (pp. 261-301), em especial pp. 261-275, e «Deliberações dos sócios e respectiva documentação: algumas reflexões», AA.VV., Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. I – Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, 2007 (pp. 651-691), M. NOGUEIRA SERENS, Notas sobre a sociedade anónima, Coimbra Editora, 1995, pp. 33-40, ARMANDO TRIUNFANTE,

– sem, contudo, lograr obter uma uniformidade de soluções e de pontos de vista. Justifica-se, pois, o espaço que agora dedicamos à apreciação de alguns dos aspetos inerentes às reuniões magnas de sócios, que mais polémica suscitam na prática societária.

Se as sociedades em comandita são irrelevantes no nosso ordenamento jurídico<sup>5</sup>, as assembleias gerais das sociedades em nome coletivo (cfr. arts. 189.<sup>º</sup> e 190.<sup>º</sup> do Código das Sociedades Comerciais<sup>6</sup>) não têm história porque os assuntos mais relevantes são necessariamente resolvidos por unanimidade (cfr. art. 194.<sup>º</sup>), cabendo um voto a cada sócio (cfr. art. 190.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1).

Já as ditas sociedades de capitais, sob a forma anónima e por quotas, requerem maior atenção. Contudo, o regime jurídico das primeiras é paradigmático, para ele remetendo directamente uma norma das segundas (cfr. art. 248.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1)<sup>7</sup>, aplicando-se-lhes inteiramente apenas com a ressalva de normas específicas (consagradas nos artigos 246.<sup>º</sup> a 251.<sup>º</sup>)<sup>8</sup>.

Vamos, pois, concentrar a nossa atenção no domínio das sociedades anónimas em geral e, de entre estas, nas mais relevantes em termos econó-

A Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas. Quorum de Constituição e Maiorias Deliberativas, Coimbra Editora, 2005, em especial pp. 339-504, e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, A participação social nas sociedades comerciais, 2<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 112-151 (cfr., em especial, pp. 112-117).

Vd. também os comentários de JORGE COUTINHO DE ABREU aos arts. 53.<sup>º</sup> e 54.<sup>º</sup> do CSC no seu Código das Sociedades Comerciais em Comentário, vol. I (arts. 1.<sup>º</sup> a 84.<sup>º</sup>), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 636-647, de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Código das Sociedades Comerciais Anotado, 2<sup>a</sup> ed., Almedina, 2011, pp. 224-227 (arts. 53.<sup>º</sup> e 54.<sup>º</sup>), 1005-1026 (arts. 373.<sup>º</sup>-389.<sup>º</sup>) e 1037 (art. 386.<sup>º</sup>), de PINTO FURTADO, Deliberações dos Sócios (Comentário ao CSC), Almedina, Coimbra, 1993, em especial pp. 111-132, e de ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, Código das Sociedades Comerciais Anotado, Coimbra Editora, 2007, pp. 347-361 (arts. 374.<sup>º</sup>-379.<sup>º</sup>).

<sup>5</sup> As sociedades em comandita, para além de seguirem os regimes das sociedades em nome colectivo e das sociedades anónimas – consoante forem simples ou por acções (cfr. arts. 472.<sup>º</sup>, 474.<sup>º</sup> e 478.<sup>º</sup>) – são em número muito reduzido, não justificando, por isso, ponderação autónoma.

<sup>6</sup> A que se reportam todas as disposições legais que não forem especialmente referenciadas neste texto, salvo quando for evidente referirem-se a um diferente diploma legal.

<sup>7</sup> Curiosamente as regras que disciplinam as assembleias gerais das sociedades por quotas são também directamente aplicáveis às sociedades em nome coletivo (cfr. art. 189.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup>1), salvo no que respeitar às soluções específicas destas.

<sup>8</sup> Sobre as assembleias gerais das sociedades por quotas, vd., para além da doutrina citada na nota 4, BRANCA MARTINS DA CRUZ, Assembleias gerais nas sociedades por quotas, Almedina, Coimbra, 1988, em especial, no que se refere ao objeto do presente estudo, pp. 13-25, 26-31, 45-438, 50-55, e o Comentário ao CSC de RAÚL VENTURA, Sociedades por Quotas, vol. II, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 154-309.

micos: as abertas e as cotadas<sup>9</sup>. Tomando por referência o universo das sociedades anónimas, identificamos neste diversas questões controversas, com diferente dignidade dogmática. Propomo-nos abordar matérias inerentes à constituição e funcionamento deste órgão, desde a sua convocação até à formação das suas deliberações<sup>10</sup>. Fazemo-lo não ignorando que muitas das deliberações dos sócios e acionistas já não passam por estes fóruns, sendo formadas frequentemente sem que os mesmos se reúnam, limitando-se a tomar conhecimento do teor da deliberação, cuja aprovação frequentemente se solicita sem qualquer explicação. Nalguns casos, nem se comprehende a razão pela qual a *praxis* continua a manifestar clara preferência pelas assembleias gerais totalitárias ou universais – *fingindo* que todos os acionistas estiveram reunidos numa certa data, num determinado local com a presença e participação de todos, incluindo os membros da mesa – em detrimento de deliberações unâmines por escrito, mais simples, com o mesmo valor deliberativo e reveladoras da realidade: a de que todos estão de acordo em subscrever deliberações de acionistas, sendo frequentemente irrelevante a participação de membros dos órgãos sociais.

Enunciemos então as questões que elegemos:

No que respeita à **convocação**, debruçar-nos-emos sobre o requerimento apresentado, pelos acionistas, nesse sentido e sobre o **prazo** de que o presidente da mesa dispõe para divulgar a convocatória e realizar a reunião de acionistas.

Relativamente ao **local** de realização da assembleia, questionaremos a legitimidade de convocar a assembleia para lugar distante da sede social.

Quanto à **participação** na assembleia, e findo o bloqueio das participações sociais – que impedia o respetivo titular de as transacionar enquanto aguardava pela realização da assembleia geral –, iremos ver por que é que o transmitente de ações, não obstante já não ser o titular, pode participar na assembleia. Ainda a este propósito, ponderaremos a relevância e

<sup>9</sup> Sem pretender desprezar as *grandes* sociedades anónimas, ou seja, aquelas que, durante dois exercícios consecutivos, ultrapassam dois dos seguintes três limites: balanço de cem milhões de euros, total de vendas líquidas (e outros proveitos) de cento e cinquenta milhões de euros e cento e cinquenta trabalhadores, em média, durante o exercício.

Trata-se de um conceito doutrinário que utilizamos para qualificar as sociedades anónimas que se enquadram no art. 413.º, n.º 2, alínea a) e noutras disposições que remetem para esta regra legal (como sucede com o n.º 3 do art. 396.º). Para maior desenvolvimento, vd. o nosso livro citado (*Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., 2012), pp. 34-35, 91 e 801.

<sup>10</sup> Deixamos intencionalmente de fora, quiçá para uma outra oportunidade, a análise da composição da assembleia geral, da respetiva mesa e dos poderes dos seus diversos membros.

validade das regras estatutárias que impõem o bloqueio das ações, prazos longos para o efeito e formalidades supérfluas para a participação em assembleia geral.

Finalmente, e no que toca ao **funcionamento da assembleia**, vamos analisar quatro questões diferentes: a primeira referente à condução dos trabalhos, que nos permite reafirmar a competência do secretário da mesa, na falta do presidente, e a subsidiariedade do secretário da sociedade em relação àquele; a segunda sobre a presença dos accionistas na assembleia e respectivo controlo; a terceira relativa à apresentação de **propostas** em assembleia geral e a quarta respeitante ao processo decisório no âmbito destes areópagos. A propósito desta última, procuraremos enfatizar a nossa interpretação em matéria de **quórum deliberativo** e verificar até que ponto o quórum constitutivo pode ser elevado sem prejudicar o normal funcionamento da sociedade.

## **2. As assembleias gerais das sociedades anónimas: acerca da sua oportunidade**

Os acionistas dispõem, enquanto coletivo, do poder de intervir na vida social, reunindo em assembleia geral e exercendo as competências específicas deste órgão.

Com efeito, a lei societária (portuguesa) reconhece à assembleia geral diversas competências (cfr. art. 373.º, n.ºs 2 e 3), que podemos sistematizar nas seguintes categorias:

- (i) específica,
- (ii) subsidiária e
- (iii) extraordinária.

A competência específica exprime-se em reuniões ordinárias e periódicas, que correspondem a deliberações dos acionistas que têm de se formar regularmente, ou em assembleias que ocorrem apenas esporádica ou ocasionalmente.

Entre as primeiras ocupam lugar de destaque as assembleias gerais anuais (cfr. art. 376.º), nas quais os acionistas apreciam o desempenho dos administradores (e membros do órgão de fiscalização), pronunciam-se sobre as contas que eles apresentam da respectiva actividade e decidem como é que devem ser aplicados os resultados aprovados. Nestas assembleias, os acionistas poderão sempre, mesmo sem expressa previsão na convocatória da assembleia geral, promover a destituição dos administradores (cfr. art. 376.º, n.º 1, *alínea c*)). É também nestas assembleias que

os accionistas elegem os titulares dos órgãos sociais, ainda que eventualmente com um maior espaçamento, o que acontece sempre que os respectivos mandatos forem superiores a um ano.

Mas entre os direitos que assistem aos accionistas, ainda que sejam exercitados apenas esporadicamente, podemos descortinar outras competências relevantes, designadamente a de modificar o contrato de sociedade (cfr. art. 85.<sup>º</sup> e segs.), distribuir lucros acumulados ou destituir outros membros dos órgãos sociais.

Por último, refira-se que os accionistas poderão também ter competências estatutárias específicas. Tal possibilidade encontra-se especialmente acautelada no n.<sup>º</sup> 2 do artigo 373.<sup>º</sup>, na parte em que este estabelece que *os accionistas deliberam sobre as matérias que lhes são especialmente atribuídas pelo contrato*. Esta previsão legal torna claro que a competência específica existe para além das situações estabelecidas na lei. Assim sucede quando o contrato de sociedade entrega à assembleia geral a competência para deliberar sobre certos assuntos que, em circunstâncias normais, seriam da competência de outro órgão. Por exemplo, os estatutos de uma sociedade imobiliária reservarem à assembleia geral o poder de dispor sobre o imóvel em que se encontra instalada a sede histórica da sociedade.

Para além das competências que, legal ou contratualmente, sejam especificamente reconhecidas, a assembleia geral tem uma competência subsidiária, relativamente a todos os assuntos que não se enquadram na competência de outros órgãos (cfr. art. 373.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2 *in fine*)<sup>11</sup>. Ao abrigo desta variante das suas prerrogativas os accionistas poderão aprovar os regulamentos que entenderem, nomeadamente os referentes ao exercício do direito de informação.

Finalmente, a assembleia geral só pode imiscuir-se nos assuntos da gestão societária, se para tal for *convocada* pelo órgão de administração. Esta limitação – estabelecida no n.<sup>º</sup> 3 do art. 373.<sup>º</sup> – é particularmente relevante porque delimita o direito de informação dos accionistas, impedindo-os de confundir o exercício deste direito fundamental com a interferência na matéria que constitui competência própria da administração societária.

Enquadrado o tema e caracterizada a competência do coletivo dos sócios da sociedade anónima, habitualmente manifestada através da

<sup>11</sup> Esta competência não se confunde com a faculdade que qualquer administrador tem de, por sua própria iniciativa, suscitar uma deliberação do conselho de administração (cfr. art. 406.<sup>º</sup>, alínea n)). Neste caso, a matéria a submeter à apreciação do órgão de gestão terá de corresponder a competência deste, tal como, por exemplo, a aprovação do seu próprio regulamento e da antecipação de dividendos (cfr. art. 297.<sup>º</sup>).

assembleia geral, concentremos agora a nossa atenção em alguns aspectos inerentes à realização e funcionamento desta, começando pela chamada dos acionistas.

### 3. Convocação da assembleia

#### 3.1. Mediante requerimento accionista

As assembleias gerais de acionistas são habitualmente convocadas pelo respetivo presidente da mesa, normalmente a pedido de titulares de outros órgãos, embora nada impeça que o sejam também por iniciativa do próprio presidente e de outros titulares de órgãos sociais, o que pode acontecer em certas circunstâncias (cfr. art. 377.º, n.º 1 *in fine*).

Mas a lei atribui também aos acionistas a possibilidade de solicitarem a convocação de assembleias gerais, devendo, para o efeito, requerer ao presidente da mesa que a promova. Com essa finalidade atribui aos acionistas que, individual ou conjuntamente, sejam detentores de um determinado montante mínimo de capital social (2% ou 5%, consoante a sociedade seja, ou não, cotada) o direito de requerer a convocação (art. 375.º, n.º 2 do CSC e art. 23.º-A, n.º 1 do CVM<sup>12</sup>). Quando exercem este direito, os acionistas devem indicar não apenas os assuntos que pretendem venham a constar da convocatória, como apresentar as propostas que lhes estão subjacentes. Trata-se de um requisito obrigatório nas sociedades abertas, mas totalmente lógico, pois o seu cumprimento permite ao presidente da mesa averiguar da bondade e legitimidade do requerimento que lhe é dirigido e ponderar adequadamente a convocação. Decidindo-se por esta<sup>13</sup>, o presidente da mesa deverá elaborar o anúncio convocatório e organizar a ordem do dia da assembleia geral, dispondo para o efeito de total discretionaryidade na ordenação dos assuntos e temas que irão integrar a lista das questões a discutir. Daqui resulta que, na enumeração das matérias a abordar, não tem de respeitar a ordem de chegada dos requerimentos acionistas, devendo seguir uma sequência lógica.

<sup>12</sup> Que não é isento de críticas, a começar pela própria epígrafe, que confunde o instrumento da convocação (a convocatória) com o acto em si mesmo (a convocação).

<sup>13</sup> Se o presidente da mesa recusar a convocação, deve fundamentar, podendo o acionista, nesse caso, recorrer para o tribunal e requerer a convocação judicial.

### **3.2. Forma e prazo (de convocação); ordem do dia**

#### **3.2.1. Forma de convocação**

A convocatória da assembleia geral da sociedade anónima *deve ser publicada* (cfr. art. 377.º, n.º 2), salvo se as ações forem nominativas e o contrato de sociedade autorizar que a convocação seja feita por escrito (cfr. art. 377.º, n.º 3).

As assembleias são, assim, convocadas por aviso divulgado na Internet, no sítio do Ministério da Justiça, ou – quando as ações são nominativas e o contrato de sociedade o permitir – por escrito, por carta registada ou por correio electrónico enviado aos acionistas que expressamente consintam no recurso a esta última forma de convocação (cfr. art. 377.º, n.º 3).

Note-se que a lei considera suficiente o registo postal, não exigindo “aviso de receção”<sup>14</sup>. Admite também, em substituição do registo, que a convocatória seja enviada por correio eletrónico (*vulgo e-mail*), com *reíto de leitura*, desde que os acionistas *comuniquem previamente o seu consentimento*. Com esta imposição, a lei pretende assegurar que a sociedade consegue fazer prova de que os acionistas receberam o aviso convocatório, mas bastando-se, na expedição por via postal, com a evidência de que a comunicação foi enviada para o endereço correto.

O âmbito e alcance desta regra é assegurar que os acionistas (detentores de ações nominativas e, consequentemente, pré-identificáveis) são convocados, isto é, tomam conhecimento da realização da assembleia geral e da respetiva convocatória. Por outras palavras: a lei pretende assegurar que, não havendo convocação pública, a sociedade enviou aos acionistas a convocatória, cumprindo as diligências necessárias para que estes se inteirassem da próxima realização da assembleia geral. Por isso, e ainda que o contrato não o preveja, no caso de a sociedade optar por entregar as cartas com protocolo, em mão, o requisito estará devidamente cumprido, desde que a sociedade possa fazer prova dessa entrega. Assim, embora a lei seja omissa, nada impede que a convocatória seja entregue “em mão” (com, ou sem, protocolo), não podendo tal forma de divulgação ser subvalorizada relativamente à comunicação enviada por correio (registado).

Refira-se, ainda, a propósito da convocação por comunicação escrita, que nada impede que os acionistas reforcem, no contrato de sociedade, as garantias da recepção da convocatória, impondo, por exemplo, que, para

<sup>14</sup> Embora seja prática comum os estatutos fazerem-lhe menção e, desse modo, agravarem as condições do envio da convocatória, exigindo a respectiva receção e não apenas a expedição.

além da convocação por divulgação pública (no sítio do Ministério da Justiça na Internet), os acionistas que forem detentores de ações (nominativas) correspondentes a, pelo menos, cinco porcento do capital social devam ser também convocados por comunicação (escrita) individual.

### **3.2.2. Prazo de convocação**

Tradicionalmente, deparamos com dois prazos para convocar a assembleia geral da sociedade anónima:

- Quando é convocada mediante publicação do aviso convocatório, os acionistas devem ser chamados a reunir com um mês de antecedência (cfr. art. 377.º, n.º 4).
- Se o contrato de sociedade autoriza que seja feita por escrito – por carta registada ou por correio eletrónico –, a convocação deverá ser efectuada com uma dilação de três semanas (cfr. art. 377.º, n.º 4 *in fine*). Neste segundo caso, a lei exige, cumulativamente, que as ações sejam nominativas.

Das regras referidas resulta, numa leitura apressada, mas habitual, que a convocação<sup>15</sup> deve ser feita com um mês ou três semanas de antecedência, o que a ser verdade significaria que a assembleia se deveria reunir no trigésimo dia subsequente à data da divulgação da convocatória ou no vigésimo primeiro após a expedição desta. Assim, se a convocação ocorre no dia 5 de Abril, a assembleia deveria realizar-se no dia 5 de Maio ou 26 de Abril, consoante a via utilizada.

Não cremos que seja este o entendimento adequado e as modificações ocorridas, no plano do Código dos Valores Mobiliários, há pouco mais de um ano – como consequência da alteração que aprovou a transposição da Directiva dos direitos dos acionistas das sociedades cotadas através do Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de Maio – vieram comprová-lo. Com efeito, o CVM passou a consagrar uma regra sobre convocação de assembleias gerais de sociedades abertas: o artigo 21.º-B. Segundo esta norma – que tem por finalidade encurtar o prazo de convocação das assembleias gerais das sociedades abertas em geral e cotadas em particular, permitindo uma reação mais rápida da sociedade quando os acionistas são chamados a reunir e deliberar –, «o período mínimo que pode mediar entre a divulga-

<sup>15</sup> Esta – correspondendo ao ato de chamar os acionistas a reunir – não se confunde com a **convocatória**, instrumento pelo qual se divulga a convocação, diversamente do que acontece com a epígrafe do art. 23.º-A do CVM. Cfr., supra, nota 12.

ção da convocatória e da data da reunião da assembleia geral de sociedade aberta é de 21 dias» (*itálico nosso*).

O legislador português decidiu, pois, reduzir o prazo a observar nas assembleias gerais das sociedades abertas, mantendo inalterado o sistema de convocação das reuniões de acionistas das sociedades fechadas. Ao fazê-lo recorreu a um critério equivalente para a contagem do prazo idêntico ao anteriormente adoptado pela lei societária: o de que entre duas datas relevantes – a da última divulgação da convocatória e a da realização da assembleia – se verificasse um determinado lapso de tempo mínimo. Não estará, assim, em causa uma mera antecedência de 21 dias, mas uma antecedência de 22 dias. Se a (última) publicação da convocatória ocorrer no dia 5 de Abril, a assembleia só poderá realizar-se decorridos que sejam vinte e um dias completos a contar dessa data, isto é, no dia 27.

Esta leitura é a única que é compatível com a expressão verbal da norma que, como referimos utiliza o método constante do n.º 4 do art. 377.º do CSC e que contrasta com a regra aplicável à convocação das assembleias gerais das sociedades por quotas, a qual deve ser feita *com quinze dias de antecedência* (cfr. art. 248.º, n.º 3). Neste caso o prazo deve calcular-se desde a expedição da carta, ou seja, sendo a assembleia agendada para o dia 16, deverá a convocatória ser expedida no dia 1.

### 3.2.3. *Ordem do dia*

A concluir, impõe-se uma palavra sobre a Ordem do Dia composta pelos assuntos que se prevê venham a ser objeto de deliberação e cuja inclusão e sequência se encontra na discricionariedade do presidente da mesa da assembleia geral. Entre as funções deste reside precisamente a de ordenar os assuntos que irão ser objecto de apreciação em assembleia geral, ainda que, com base nas solicitações que lhe sejam dirigidas pelos órgãos sociais competentes e pelos acionistas que preencham os requisitos para o efeito. Deve fazê-lo, naturalmente, de forma lógica e respeitando, tanto quanto possível, a precedência dos pedidos, cabendo-lhe optar por juntar diversos assuntos numa mesma assembleia geral ou escolher realizar mais do que uma reunião de acionistas se a diversa natureza dos temas a apreciar e a extensão previsível dos trabalhos o justificar.

## 4. Local de realização da assembleia geral e participação por via telemática

### 4.1. Local da reunião

A assembleia geral das sociedades comerciais realiza-se tradicionalmente na sede social, local que corresponde ao centro de vida da sociedade.

Contudo, mesmo admitindo que a sede da sociedade deva localizar-se num local físico com condições adequadas para acolher as instalações da sociedade comercial<sup>16</sup>, nem sempre essa estrutura logística tem capacidade para albergar todos os sócios, reunidos em assembleia geral. Por isso, a redação originária do CSC (cfr. art. 377.º, n.º 6) admitia que, quando a sede não reunisse condições, a assembleia se realizasse noutro local do respetivo concelho.

A Reforma Societária de 2006 – aprovada pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março – veio a alterar o n.º 6 do art. 377.º, continuando a admitir que a assembleia geral seja convocada para local diferente da sede social, mas agora permitindo que possa vir a reunir em qualquer lugar do território nacional (cfr. art. 377.º, n.º 6, *alínea a*) e seja efetuada com recurso a meios telemáticos (cfr. art. 377.º, n.º 6, *alínea b*)).

Nestes termos, a assembleia pode realizar-se onde o presidente da mesa entender, mas é essencial justificar a sua convocação para local diferente da sede social, com base na falta de *condições satisfatórias* das *instalações desta* (art. 377.º, n.º 6, *alínea a*)) – o que se verifica se a sede não tiver capacidade para albergar adequadamente todos os acionistas – e que tal insuficiência corresponda à realidade. Assim, a mudança de local não pode ser consequência de um mero capricho, sem fundamento, do presidente da mesa, nem pode constituir uma opção injustificada deste.

Por sua vez, a escolha do local deve evitar aos acionistas uma longa deslocação para comparecerem na assembleia geral. Ao fixar um lugar alternativo (à sede social), o presidente da mesa deverá ter em consideração o eventual transtorno que irá causar aos acionistas com a sua decisão. Daí que não seja razoável convocar a assembleia para local muito distante da sede social, promovendo a sua realização no Porto, se a sede for em Lisboa, ou nesta cidade, se a sede for em Coimbra. Se tal acontecer, a sociedade deverá custear as deslocações de todos os acionistas que pretendam participar *in loco* na reunião.

<sup>16</sup> Neste sentido, e com maior desenvolvimento, vd. o nosso Direito das Sociedades Comerciais, 5.ª ed., cit., 2012, pp. 135-136.

#### 4.2. Assembleias gerais telemáticas

Um outro aspeto, inerente à localização das reuniões magnas dos acionistas, diz respeito ao recurso aos meios telemáticos<sup>17</sup>.

O contrato de sociedade pode regular a participação telemática dos acionistas nas reuniões da assembleia geral. Sendo omissão<sup>18</sup>, a assembleia geral pode realizar-se por *meios telemáticos*, o que significa que qualquer acionista pode requerer a sua participação através desses meios. Se tal suceder, ou para o caso de tal eventualidade poder ocorrer, deve a sociedade *assegurar a autenticidade das declarações e a segurança das comunicações*, registar o seu conteúdo e os respectivos intervenientes (cfr. art. 377.º, n.º 6, alínea b)).

As declarações acionistas – incluindo as manifestações de vontade dos participantes por via telemática, expressa no exercício do voto – podem revestir diversas formas: telefonema, internet ou vídeo-conferência. Fundamental é que a sociedade garanta que o utilizador é seu acionista.

A realização da assembleia *através de meios telemáticos* não corresponde a uma forma ou modalidade de deliberação autónoma. Está em causa a reunião da assembleia geral, na qual alguns acionistas, ou mesmo a totalidade, participam por essa via. A mesa, em princípio, encontra-se instalada no local previsto para a efetivação da assembleia, no qual podem, e devem, estar presentes os acionistas que o pretendam. Não se trata, por isso, sequer de uma forma alternativa de realização da assembleia geral. A via telemática, quando utilizada, é meramente complementar<sup>19</sup>, podendo ser utilizada conjuntamente com a participação presencial.

<sup>17</sup> A telemática é «o conjunto de serviços e técnicas que combinam a utilização de recursos informáticos com os das telecomunicações» (Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, II Volume, Academia das Ciências de Lisboa/Fundação Calouste Gulbenkian, p. 3531).

<sup>18</sup> O contrato pode proibir o recurso a estes meios e, por maioria de razão, condicioná-lo. Cfr. Luís MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, «Voto por correspondência e realização telemática de reuniões de órgãos sociais», CadMVM (edição on-line), n.º 24, Nov. 2006 (pp. 256-260), p. 260.

<sup>19</sup> Para maiores desenvolvimentos, vd. PAULO DE TARSO DOMINGUES, «Os meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais. Uma primeira aproximação ao regime do CSC», AA.VV., Reformas do Código das Sociedades, IDET, Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007 (pp. 87-118), pp. 89-96 e 107-118, embora considerando que estamos perante um modo alternativo de realização da assembleia.

Sobre as assembleias gerais telemáticas, cfr. também, MARISA CATARINA DA CONCEIÇÃO DINIS, «Da admissibilidade da aplicação do sistema de videoconferência às assembleias gerais das sociedades anónimas», RCEJ, N.º 8, 2006 (pp. 177-219), em especial pp. 187-201, e ARMANDO TRIUNFANTE, «A revisão do CSC e o regime das reuniões e deliberações dos

## 5. Participação na assembleia; o bloqueio estatutário<sup>20</sup>

A participação na assembleia geral constitui um direito dos acionistas, dependente da comprovação da titularidade das ações em número suficiente para o respectivo exercício (cfr. arts. 21.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, *alínea b*), 379.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1 e 384.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, *alínea a*)<sup>21</sup>.

A lei dos valores mobiliários considera ser suficiente obter da entidade depositária uma declaração de que se encontram registados em seu nome ou sob sua custódia um determinado número de ações de uma sociedade cotada na chamada *data de registo (0 horas do 5.º dia de negociação anterior ao da realização da assembleia)* (cfr. art. 23.<sup>º</sup>-C, n.<sup>º</sup> 1 do CVM)<sup>22</sup> e que, com idêntica antecedência, o acionista comunique ao intermediário financeiro no qual foi aberta a conta de registo das ações e ao presidente da mesa a sua intenção de participar na assembleia geral (cfr. art. 23.<sup>º</sup>-C, n.<sup>º</sup> 3).

Como resolver então em relação aos demais casos e situações?

Há que atender ao disposto nos estatutos, que contêm frequentemente, para não dizer invariavelmente, regras que impõem o bloqueio das participações (com alguns dias de antecedência) e a própria comprovação da titularidade das ações bloqueadas até uns dias antes da realização da assembleia. Em acréscimo, exigem muitas vezes que a (eventual) representação do acionista seja também antecipada à sociedade.

O que pensar disto?

Sendo a lei omissa, o problema com que deparamos respeita aos efeitos de uma cláusula estatutária com um alcance dessa natureza. A admissibili-

órgãos de administração e de fiscalização da SA», AA.VV., Jornadas – Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira, Almedina, Coimbra, 2007 (pp. 181-199), pp. 182-193.

<sup>20</sup> «Sobre os direitos de participação e de voto nas assembleias gerais de sociedades cotadas», em especial, vd. o estudo de JOÃO LABAREDA, com esse título, in DSR, ano 3, vol. 5, 2011 (pp. 89-127), PAULO CÂMARA, Manual de Direito dos Valores Mobiliários, 2<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 530-533, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Novas regras sobre assembleias gerais: a reforma de 2010», RDS, ano II, N.<sup>º</sup> 1-2, 2010 (pp. 11-33).

<sup>21</sup> Recorde-se que «têm direito a estar presentes em assembleia geral e aí discutir e votar os acionistas que, segundo a lei e o contrato, tiverem direito a, pelo menos, um voto» (art. 379.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1), correspondendo, em regra, a cada ação um voto (cfr. art. 384.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1). Por sua vez, o CVM limita-se a regular o regime de depósito (cfr. art. 99.<sup>º</sup>) e registo (cfr. art. 78.<sup>º</sup>) das ações e a estabelecer que o exercício de direitos inerentes às ações depende da posse do título (que as documenta) ou de certificado emitido pelo depositário, quando forem tituladas ao portador (cfr. art. 104.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1), de integração em sistema centralizado ou do registo da sociedade emite (cfr. arts. 104.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, 64.<sup>º</sup> e 83.<sup>º</sup>; arts. 105.<sup>º</sup> e 106.<sup>º</sup>).

<sup>22</sup> O disposto no n.<sup>º</sup> 2 do art. 23.<sup>º</sup>-C constitui hoje uma exceção à regra do bloqueio estabelecida no art. 72.<sup>º</sup> do CVM.

dade da imposição estatutária de bloqueio das ações (e da comunicação da intenção de participar na assembleia geral) pode impedir um acionista pouco previdente e atento de participar na assembleia.

A razão de ser desses preceitos estatutários – que exigem bloqueio e comprovação prévia da detenção das ações e, eventualmente, da identificação do representante – é o de permitir que a assembleia geral, em especial nas *grandes* sociedades, se organize adequadamente e que o elevado número de acionistas existentes, e que previsivelmente compareçam à reunião, não prejudique o seu normal funcionamento. Para que tal seja possível, importa saber com antecedência razoável quem pode assistir à assembleia e, de preferência, quem irá estar presente e, nos casos de representação, quem será o representante.

Deste modo, há que introduzir uma distinção, consoante a dimensão do universo acionista, porque se este for reduzido, não se comprehende que se pretenda dificultar a participação na assembleia. Nesses casos, e embora tal esteja na discricionariedade do presidente da mesa, apesar de existir preceito estatutário que exija antecedência relativamente à comprovação da qualidade acionista e à indicação de representante na assembleia, poderá sempre o presidente da mesa admitir a participação de quem reconhecer como acionista (e do respectivo representante), permitindo que na reunião magna participe o maior número possível de acionistas. Em síntese, a aplicação de limitações excessivas e injustificadas à participação acionista afigura-se-nos indefensável.

Nesta matéria – e em reforço da simplificação –, a lei eliminou o bloqueio das ações das sociedades cotadas em bolsa, que anteriormente exigia, para que o acionista pudesse participar na assembleia geral, exigindo apenas que se fixe com antecedência de cinco dias de negociação quem pretende participar na assembleia (cfr. art. 23.<sup>º</sup>-C, n.<sup>º</sup> 1) e quantas ações detém, permitindo que o acionista possa alienar as suas participações na véspera da própria assembleia (cfr. art. 23.<sup>º</sup>-C, n.<sup>º</sup> 2) e possa, não obstante, estar presente. Esta possibilidade que a lei abre agora a quem cede as suas ações viabiliza ao adquirente a participação na assembleia, por intermédio do transmitente das ações que pode assumir, na qualidade de seu representante, esse encargo. Contudo, neste caso, em que mantém o propósito de vir a exercer o direito de voto – apesar de ter entretanto concretizado a transmissão das ações –, o alienante deverá comunicar à CMVM e ao presidente da mesa da assembleia geral da sociedade emitente que irá, não obstante, participar na assembleia geral (cfr. art. 23.<sup>º</sup>-C, n.<sup>º</sup> 7).

Finalmente, e regressando à lei societária geral e, em particular, ao art. 379.<sup>º</sup>, devemos considerar que este é incompatível com limitações esta-

tutárias à participação na assembleia geral ou, admitindo-as – porque não as inviabiliza –, não consente que o contrato de sociedade imponha, nesta matéria, um regime mais rigoroso do que o legalmente estabelecido para as sociedades cotadas<sup>23</sup>. Trata-se de questão que, por agora, nos cingimos a equacionar, mas que revisitaremos oportunamente.

## 6. Funcionamento da assembleia

Entrando agora no funcionamento propriamente dito das assembleias gerais, iremos abordar sucintamente alguns aspetos que consideramos relevantes.

### 6.1. Direcção dos trabalhos da assembleia geral

A condução dos trabalhos da assembleia geral incumbe à respetiva mesa, sob responsabilidade e direção do seu presidente<sup>24</sup>.

Caso este não esteja presente, nem exista vice-presidente – que não só o substitui quando o presidente não puder participar, como o coadjuva em todas as ocasiões em que ambos estejam presentes –, a mesa é dirigida pelo seu secretário. (Só) Na falta deste, cabe ao presidente do órgão de fiscalização (conselho fiscal, comissão de auditoria ou conselho geral e de supervisão), dirigir a assembleia. Para essa solução aponta inequivocavelmente o disposto no art. 374.º, n.º 3<sup>25</sup>.

Nas sociedades que não tiverem um órgão de fiscalização colegial, mas apenas um fiscal único, entendemos que este não pode assumir a direção dos trabalhos. A lei não o permite, para uma situação que é excepcional, nem o veio a admitir aquando da Reforma de 2006 que alterou

<sup>23</sup> Afastamos, consequentemente, a possibilidade de os estatutos de uma qualquer sociedade anónima poderem fazer exigências descabidas, requerendo o bloqueio com excessiva antecipação relativamente à data prevista para a assembleia geral.

<sup>24</sup> Não pretendemos caracterizar o cargo do presidente da mesa da assembleia geral, nem tão pouco os respetivos poderes e funções. Está unicamente em causa analisar a condução dos trabalhos da assembleia geral, determinando, em cada momento e circunstância, a quem incumbe a responsabilidade.

<sup>25</sup> Para maiores desenvolvimentos, vd. nosso Direito das Sociedades Comerciais, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 572-573.

Sobre o presidente *ad hoc* da assembleia, cfr. PEDRO MAIA, «O Presidente das Assembleias de Sócios», cit., 2002 (pp. 421-468), pp. 425-426, 432-433 e 445-447, embora omitindo a eventualidade de o secretário da mesa substituir o presidente, questão que habilmente evita.

esta norma legal. Com efeito, as funções típicas do fiscal único não são compatíveis com a presidência da assembleia geral. Como oportunamente explicámos<sup>26</sup>, e repetimo-lo, enquanto o presidente do órgão de fiscalização (conselho fiscal, comissão de auditoria ou conselho geral e de supervisão) representa um corpo social com competências de controlo político da atividade da sociedade, por um lado, e de verificação das respetivas contas, por outro; o fiscal único – que existe em substituição do conselho fiscal e que é composto por um profissional (ROC ou Sociedade de Revisores Oficiais de Contas) – desempenha funções de natureza essencialmente económico-financeira. Trata-se de um técnico, perito em matéria contabilística, com uma formação específica e que não se encontra vocacionado, nem legitimado para dirigir assembleias gerais, diversamente do que sucede com o presidente do órgão colegial de controlo, que é um corpo social intermédio entre a assembleia geral e o órgão de gestão, tradicionalmente preenchido por acionistas.

Quando nenhum dos titulares dos órgãos sociais acima mencionados tiver comparecido, os trabalhos são conduzidos pelo maior acionista presente (cfr. art. 374.º, n.º 4).

Não se encontrando o secretário da mesa presente ou estando a dirigir os trabalhos, deverá o responsável pela direção da assembleia escolher, de entre os presentes, um que o coadjuve na condução da assembleia (cfr. art. 374.º, n.º 3 *in fine*). Sendo esta a regra, afigura-se que nada impede que o presidente da mesa em exercício designe, para essa função, necessariamente transitória, um terceiro, salvo se deparar com a oposição da maioria dos votos.

Por sua vez, o secretário da sociedade, designado pelo órgão de administração (cfr. art. 446.º-A, n.º 2 *in fine*), não substitui o secretário da mesa da assembleia geral, embora possa auxiliar o respetivo desempenho. A mesa tem uma composição mínima, que deve ser respeitada, pelo que as soluções contratuais (estatutárias) que passem por substituir o secretário da mesa pelo secretário da sociedade – que, em caso algum, poderá assumir a direção dos trabalhos da assembleia – são ilegais.

A terminar este aspecto do funcionamento das assembleias gerais importa chamar a atenção para o facto de a lei admitir que os estatutos regulem a situação inerente à falta dos membros da mesa (cfr. art. 374.º, n.º 3, I parte), embora tal seja uma prática muito rara.

<sup>26</sup> No nosso Direito das Sociedades Comerciais, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 572-573, que a este propósito seguimos de muito perto.

## **6.2. Quórum constitutivo e aferição da legitimidade para participar em assembleia geral**

Norma geral, as assembleias gerais funcionam sem dependência de quórum constitutivo (cfr. art. 383.º, n.º 1), isto é, a sua realização não está dependente dos que nela comparecerem e representarem um determinado número mínimo de votos ou do capital social. Por isso, as assembleias podem iniciar os seus trabalhos com qualquer número de presentes, não exigindo a lei portuguesa que sejam pelo menos dois, nem que estes sejam detentores de uma determinada participação mínima no capital social.

Contudo, as deliberações sobre certas matérias – como as que se reportem a modificações do contrato de sociedade, por exemplo – já carecem da presença de acionistas representativos de uma percentagem mínima do capital social (cfr. art. 383.º, n.º 1 *in fine*, e n.º 2), pelo menos em primeira convocação (cfr. art. 383.º, n.º 3).

Por esta razão e para controlar a legitimidade das participações em assembleia geral, o presidente da mesa (ou os serviços de apoio, quando existam) deve organizar uma lista de presenças, com referência à qual identifica os participantes – acionistas ou seus representantes –, e na qual estes apõem a sua rubrica, comprovando a sua comparência (cfr. art. 382.º). Pela lista de presenças, poder-se-á determinar o montante do capital social presente e verificar se estão reunidas as condições para a assembleia poder legalmente funcionar e deliberar válida e eficazmente.

Cabe ao presidente da mesa – ou a quem o apoie no desempenho das suas funções, desde os demais membros da mesa, o secretário da sociedade ou serviços de apoio de que disponha – decidir sobre a admissibilidade e a presença dos acionistas e de terceiros. Nessa tarefa, a mesa deverá identificar todos aqueles que compareçam, verificar a correção das respectivas cartas mandadeiras<sup>27</sup>, designadamente constatando se são adequadamente emitidas, e recusar a entrada no espaço da assembleia geral a todos quantos não reúnham condições para estar presentes. Refira-se que a discricionariedade nesta operação é também grande, cabendo recurso para o presidente da mesa, sempre que este indevidamente se opõe à participação de quem se considera estar devidamente legitimado, e mantendo-se a recusa, poderá sempre o acionista que se viu privado de participar impugnar as deliberações formadas, mas não de agir criminalmente contra o

<sup>27</sup> Tratando-se de uma sociedade aberta, cujas ações se encontram depositadas em instituições de crédito, este controlo faz-se por referência às declarações emitidas pelas entidades depositárias.

presidente da mesa, salvo se for impedido de participar com violência ou ameaça da prática desta (cfr. art. 516.º).

Em suma, é o presidente da mesa que decide sobre quem participa e quem não poderá estar presente na assembleia geral.

### 6.3. Presença de estranhos e oposição

Para além dos membros dos órgãos sociais, que têm o dever de estar presentes, e dos acionistas, que têm o direito, o presidente da mesa pode admitir a presença de terceiros, o que faz com muita frequência.

Entre as pessoas que podem ser autorizadas a acompanhar os trabalhos da assembleia contam-se seguramente os técnicos de apoio, quer logístico – desde as diversas pessoas afetas ao controlo da admissão, passando pelos que são responsáveis pela luz e som, pelos que recolhem os votos e procedem à sua contagem e por queles que asseguram o *catering* (fornecimento de águas, cafés e outras bebidas, e, eventualmente, de comida), até aos próprios seguranças –, quer técnico (peritos, especialmente economistas e juristas, que apoiam os titulares dos órgãos sociais presentes).

Se, por um lado, a lei societária é omisa sobre a presença de todas essas pessoas, frequentemente baseada numa conveniência da mesa da assembleia e consentida tacitamente; por outro, a sua justificação varia em função da dimensão da assembleia e do próprio subtípo societário em causa. Tratando-se da assembleia geral de uma *grande* sociedade anónima cotada, a complexidade da organização será significativa; estando em causa uma reunião de sócios de uma pequena sociedade, não será, em rigor, necessária a presença de terceiros.

A lei, a este propósito, limita-se a estabelecer que a presença de estranhos na assembleia «*depende de autorização do presidente da mesa*», a qual pode ser revogada pela assembleia (cfr. art. 379.º, n.º 6 *in fine*)<sup>28</sup>. Por isso, o presidente da mesa, no início dos trabalhos, deverá informar os acionistas sobre as pessoas cuja presença autorizou. Se aqueles não se opuserem, pressupõe-se que concordam e aceitam a decisão do presidente da mesa. Caso discordem, deverão os acionistas solicitar que a presença dos terceiros seja colocada à sua consideração, podendo requerer que a questão seja apreciada em bloco ou individualmente. Nestas circunstâncias, o presidente da mesa deverá decidir como submete a questão à votação dos

<sup>28</sup> Sobre a presença de estranhos, vd., com algum desenvolvimento, LUÍS BRITO CORREIA, Direito Comercial, 3.º vol. (Deliberações dos Sócios), AAFDL, Lisboa, 1990, em especial pp. 44-49.

acionistas, escolhendo se o faz caso a caso ou em conjunto. Estando em causa a presença de terceiros, afigura-se que a votação deverá ser nominal.

#### 6.4. A apresentação de propostas

Vamos agora ver em que termos, e por quem, pode ser apresentada uma proposta (de deliberação para apreciação) em assembleia geral.

##### 6.4.1. A subscrição de propostas<sup>29</sup>

A lei societária é omissa sobre a subscrição de propostas a apresentar em assembleia geral, limitando-se a permitir aos acionistas que, individual ou conjuntamente, sejam detentores de uma percentagem mínima do capital com direito de voto que possam requerer a convocação de assembleias gerais (cfr. art. 375.º, n.º 2) ou a inclusão de assuntos na ordem do dia de assembleias gerais já constituídas (cfr. art. 378.º).

Tem sido entendido que, uma vez convocada a assembleia na sequência de um requerimento com essa natureza ou da aceitação de inclusão de novo ponto na ordem de trabalhos, qualquer acionista pode subscrever as propostas que entender, independentemente do número de votos de que for titular ou representar; só não o podendo fazer se, entretanto, o ponto da ordem do dia for retirado a pedido do seu requerente, sem que nenhum acionista nas mesmas condições – isto é, titular de igual ou maior percentagem mínima de capital – se oponha a essa retirada.

A lógica subjacente a este entendimento é a de que a todos os acionistas (com direito de participação na assembleia geral) deve ser permitido formular as propostas que entenderem, desde que naturalmente recaiam sobre os assuntos constantes da ordem de trabalhos, a qual é, direta ou indiretamente, determinada pelo presidente da mesa.

As assembleias gerais são fóruns de democracia societária, não fazendo sentido introduzir limitações excessivas e injustificadas à intervenção dos pequenos acionistas ou admitir que as mesmas decorrem hoje da lei, como tem vindo a acontecer ultimamente.

<sup>29</sup> Neste número reproduzimos *ipsis verbis* o texto que inserimos na recente edição do nosso Direito das Sociedades Comerciais, 2012, pp. 601-602.

#### **6.4.2. A apresentação de propostas em assembleias gerais de sociedades abertas**

Na realidade, o novo artigo 23.º-B do Código dos Valores Mobiliários, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19 de Maio – sobre *inclusão de assuntos na ordem do dia e apresentação de propostas de deliberação* –, veio a permitir leituras diferentes quanto à legitimidade para subscrição de propostas de deliberação.

Recordemos que, nos termos do n.º 1 do art. 23.º-A – para onde remete o n.º 1 do art. 23.º-B –, o acionista (ou acionistas) de sociedade cotada que possuam ações correspondentes a, pelo menos, 2% do capital social podem requerer a convocação da assembleia geral e o n.º 1 do art. 23.º-B atribui a esses acionistas (que estão em condições de requerer a convocatória da assembleia geral) o direito de apresentarem *propostas de deliberação relativas aos assuntos referidos na convocatória* ou que lhe tenham sido *aditados*.

Há quem entenda que, neste novo contexto, só os acionistas que representem, pelo menos, 2% do capital social podem subscrever propostas antes e durante a própria assembleia geral. Os demais acionistas deverão limitar a sua intervenção a discutir as propostas apresentadas. Embora discordemos desta leitura, pelas razões que enunciaremos adiante, vamos admitir – como hipótese de trabalho – que ela estaria correta e procurar analisar o seu impacto no sistema jurídico-societário vigente. Assim, e não perdendo de vista que, no âmbito da lei societária, sempre foi pacífico que as propostas poderiam ser subscritas por qualquer acionista com direito de voto, vejamos qual o alcance da redacção do citado art. 23.º-B do CVM, no pressuposto referido.

São várias as soluções possíveis: a mais radical estende a alteração introduzida no Código dos Valores Mobiliários a todas as sociedades anónimas; uma intermédia consiste em limitar a inovação às sociedades anónimas cotadas, objecto do disposto no art. 23.º-B analisado; a mais razoável – e que se afigura ser a correta – confina a modificação ocorrida às propostas que devem sustentar os pontos da ordem de trabalhos cuja inclusão tenha sido requerida em assembleias gerais das sociedades anónimas cotadas, mas sem impedir os acionistas de formularem propostas no âmbito da assembleia geral, ainda que tenham uma participação inferior a 2% do capital social. Esta (nossa) posição é a que melhor satisfaz o disposto na Directiva Comunitária 2007/36/CE, de 11 de Julho, objeto de transposição para as novas regras do CVM, por força do disposto no DL 49/2010, de 19 de Maio.

## 6.5. Quórum deliberativo

Por último, vamos apreciar duas questões relativas ao quórum deliberativo com naturais implicações no funcionamento da assembleia geral, tendo em consideração que esta se destina a aprovar propostas que sejam submetidas à sua apreciação pelo órgão de administração ou pelos acionistas, devendo para o efeito verificar-se um determinado número de votos favoráveis que corresponde ao quórum deliberativo necessário para aprovar deliberações da assembleia geral. A este propósito vamos abordar duas questões diversas: uma relativa à verificação do quórum legal ou contratualmente exigível e outra sobre a fixação de um quórum contratual diferente do quórum legal.

### 6.5.1. Cômputo dos votos: verificação do quórum deliberativo<sup>30</sup>

Comecemos por analisar o *quorum* deliberativo aplicável às deliberações em assembleia geral, isto é, a percentagem mínima do capital social que corresponde às participações de sócios presentes ou representados legalmente exigível para que possa formar-se uma deliberação válida.

As deliberações formam-se, em regra, pela maioria simples dos votos, não se contando como emitidos as abstenções, ou seja, a lei satisfaz-se com a maioria relativa (cfr. arts. 386.º, n.º 1 e 250.º, n.º 3), isto é, para dar seguimento a uma proposta é necessário que os votos em favor desta sejam em número superior aos votos negativos (contra), sendo que as abstenções não são contadas<sup>31</sup>. Assim sendo, encontrando-se presentes sócios titulares de um milhão de votos, se um ou vários deles se abstiverem e forem titulares de quinhentos mil votos, uma deliberação é aprovada se obtiver, pelo menos, duzentos e cinquenta mil e um votos (isto é, 25% mais um voto dos presentes).

Esta regra, da maioria simples, que se retira do número 1 do artigo 386.º é exactamente a mesma regra que vamos encontrar no n.º 3 do artigo 250.º, para as sociedades por quotas. Não obstante, comporta excepções, como veremos em seguida.

<sup>30</sup> Neste ponto seguimos de perto o nosso Direito das Sociedades Comerciais, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 613-615.

<sup>31</sup> Neste sentido, considerando ser possível que uma deliberação seja aprovada pelo voto favorável de um único sócio, cfr. AcSTJ 4 Mar 2004 (FERREIRA DE ALMEIDA), CJ/AcSTJ, ano XII, t. I, 2004, pp. 104-105, e AcRelCoimbra 19 Out 2010 (BARATEIRO MARTINS)/Proc. n.º 757/10.0T2AVR-A.C1, www.dgsi.pt.

Com efeito, em certos casos por efeito do contrato de sociedade e outros decorrendo directamente da lei (arts. 386.<sup>º</sup>, n.os 2 a 4, e 265.<sup>º</sup>, n.os 1 e 2) é possível chegar a diferente conclusão. Nuns casos requer-se uma maioria qualificada e, excepcionalmente, até mesmo a unanimidade ou a aprovação de determinado sócio; outros, nem a maioria simples se forma sequer por referência à totalidade dos votos favoráveis, mas ao maior número de votos em favor de uma certa proposta. Assim, e nos termos do n.<sup>º</sup> 2 do artigo 386.<sup>º</sup> – que considera nem sequer ser necessário a maioria prevista no n.<sup>º</sup> 1 –, existindo várias propostas em cima da mesa e obtendo uma delas 23% dos votos e registando as demais propostas concorrentes menos votos, vencerá a que obteve maior número de votos, ainda que não tenha logrado sequer a maioria dos votos emitidos.

Outra exceção, de sinal oposto, traduz-se na exigência (legal) de um quórum deliberativo qualificado, isto é, que a proposta em apreciação deva reunir um determinado número mínimo de votos para ser aprovada [é o que acontece, regra geral, nas alterações do contrato de sociedade (cfr. art. 386.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3 e art. 265.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1)]. Nalguns casos, verdadeiramente excepcionais, a deliberação para ser válida e eficaz relativamente à totalidade dos sócios deve ser aprovada por unanimidade (é o que acontece se, da alteração do contrato de sociedade, decorrerem novas obrigações para todos os sócios) (cfr. art. 86.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2)<sup>32</sup>.

Sendo exigida maioria qualificada, as abstenções equivalem, em nossa opinião, à rejeição da proposta, não contribuindo para a formação da deliberação; solução que deve aplicar-se em todos os tipos sociais<sup>33</sup>. Na

<sup>32</sup> Ou, para além, de recolher o número de votos necessário para o efeito (cfr., p. ex., art. 265.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1), deve obter o consentimento de um sócio em especial, quando tal estiver expressamente previsto no contrato de sociedade (cfr. 265.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 2).

<sup>33</sup> Temos consciência de que fazemos uma leitura à margem da que é feita pela generalidade, senão mesmo da totalidade, da doutrina. Contudo, afigura-se ser a mais razoável e, por isso, insistimos nela. A lei ao exigir maioria qualificada – como o faz no n.<sup>º</sup> 3 do art. 386.<sup>º</sup> – pretende que, no sentido da proposta de deliberação, se reúna um determinado número mínimo dos votos presentes. Esta posição vem na linha da que adotámos anteriormente na nossa dissertação de mestrado, Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as acções privilegiadas, Almedina, Coimbra, 1993 – quando, a propósito das assembleias especiais de acionistas, que seguem o regime aplicável às alterações do contrato de sociedade, afirmámos que «as deliberações (...) têm de ser tomadas por maioria qualificada de dois terços dos votos expressos, sem contar as abstenções (arts. 386.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3 ex vi art. 389.<sup>º</sup>, n.os 1 e 2) (p. 195) –, e é a única que permite alicerçar as deliberações que carecem da maioria qualificada numa votação expressiva, evitando que alterações estruturais relevantes possam vir a ser aprovadas por um número muito pouco significativo de votos. Em sentido diverso do texto, considerando que a regra da não contabilização das abstenções «deve valer em todas as votações realizadas na assembleia geral da sociedade anó-

realidade, a lei apenas considera, a título supletivo, irrelevantes as abstenções nas deliberações a aprovar por maioria de votos (cfr. arts. 386.º, n.º 1 *in fine*, e 250.º, n.º 3 *in fine*), as quais correspondem, em regra, a matérias que não se compadecem com o impasse que possa resultar da insuficiência de votos favoráveis, pela exigência de um determinado número de votos mínimo num determinado sentido, como sucede com a aprovação de contas, aplicação de resultados ou designação de membros de órgãos sociais. Neste caso, as abstenções favorecem tendencialmente a aprovação das propostas, visto que facilitam o quórum e não são tidas por votos desconformes com a proposta.

No que respeita a alterações estruturais, como o são as modificações contratuais, importa distinguir as soluções dos diferentes tipos societários. Nas sociedades por quotas exige-se uma maioria qualificada formada pelos votos correspondentes a  $\frac{3}{4}$  do capital social (cfr. art. 265.º, n.º 1)<sup>34</sup>, pelo que as abstenções são, por definição votos desfavoráveis, que não contribuem para a formação do quórum necessário; ao passo que nas sociedades anónimas, a lei exige que a deliberação seja aprovada por dois terços dos votos emitidos (cfr. art. 286.º, n.º 3), não fazendo qualquer referência às abstenções que, em nossa opinião, não deixam de corresponder a votos *emitidos*, embora num sentido neutro, que não é favorável, nem desfavorável, mas de mera indiferença do acionista, que pode ter por base motivos de diferente índole (*italico nosso*)<sup>35</sup>.

São várias as razões que contribuem para a nossa interpretação.

nima e não apenas na vigência do art. 386.º, n.º 1», ARMANDO TRIUNFANTE, A Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas. Quorum de Constituição e Maiorias Deliberativas, cit., 2005, p. 193 (e também 190-196). Anteriormente, também haviam apontado neste sentido EDUARDO LUCAS COELHO, A formação das deliberações sociais. Assembleia geral das sociedades anónimas, Coimbra Editora, 1994, pp. 151-152 – desconsiderando totalmente as abstenções, por não corresponderem, em sua opinião, a votos emitidos –, e PINTO FURTADO, Curso de Direito das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2004, p. 422. Não cremos que os ilustres Conselheiros tenham razão. Com efeito, se as abstenções não fossem votos emitidos, não se tornava necessário desconsiderá-las ou declarar a sua irrelevância, como o faz o n.º 1 do art. 386.º, na sua parte final.

Curiosamente, não se pronunciando sobre a questão, RAÚL VENTURA, no seu primeiro livro do Comentário ao CSC, Alterações do Contrato de Sociedade, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 1988 pp. 42-54.

<sup>34</sup> Na sociedade por quotas, o quorum deliberativo toma, assim, por referência o capital social existente e não o capital presente ou representado na assembleia (cfr. art. 265.º, n.º 1).

<sup>35</sup> Por isso, no cômputo dos votos numa deliberação sobre a modificação do contrato de sociedade anónima não é indiferente que o acionista não esteja presente ou se abstenha, porque no primeiro caso o universo dos votantes ficará mais reduzido e a maioria de dois terços dos votos (favoráveis à proposta de alteração) será mais facilmente atingível.

A primeira radica na conveniência de afirmar a expressividade da aprovação da alteração estatutária, que não se deve bastar com uma maioria simples relativa, não sendo concebível que, num universo de um milhão de votos (presente na assembleia), tal operação pudesse ser aprovada por cinco porcento dos votos presentes, o que aconteceria se as abstenções fossem muito significativas (superiores a noventa e dois e meio porcento dos votos emitidos).

A segunda decorre do facto de a abstenção de quem está presente revelar uma posição clara – de indiferença assumida – do titular do voto, que optou por permanecer na sala e contribuir para o quórum, em vez de se ausentar e facilitar um número de votos suficiente favorável à proposta.

A terceira, de carácter sistemático e literal, aponta no sentido de que, se tivesse pretendido afirmar a irrelevância das abstenções em todas as deliberações dos acionistas, ao legislador português teria bastado reproduzir a parte final do n.º 1 do art. 386.º no respectivo n.º 3 (e no n.º 4) ou tê-lo-ia feito num número autónomo no âmbito da norma legal em apreço (art. 386.º), para o qual deslocaria a parte final do número 1 («*as abstenções não são contadas*»).

A quarta resulta do regime criado para a aprovação de modificações estruturais em segunda convocação, quando – num claro intuito de aligeirar o número de votos necessário para o efeito – se considera suficiente a «*maioria dos votos emitidos*», «*se estiverem presentes ou representados accionistas detentores de, pelo menos, metade do capital social*» (art. 386.º, n.º 4). Também, nesta circunstância, as abstenções têm de se considerar votos emitidos (ou expressos), como declarações de vontade que são (nem favoráveis, nem desfavoráveis à proposta), de indiferença, ignorância ou, simplesmente, de não comprometimento com qualquer das demais posições manifestadas.

Finalmente, a quinta, e última, baseia-se no facto de o legislador associar as abstenções aos votos desfavoráveis, em matéria de impugnação de deliberações sociais, concedendo idêntica legitimidade aos que votam contra e aos que se abstêm<sup>36</sup> para arguirem a anulabilidade da deliberação da assembleia geral (cfr. art. 59.º, n.º 1). Ao fazê-lo, está a evidenciar claramente que a irrelevância das abstenções (com o significado, de que estas não se devem contar como votos emitidos, incluindo para efeitos de quórum) tem de ser expressamente reconhecida pela lei. De outro modo, as abstenções, pela sua desconformidade com a proposta, devem ser desconsideradas e assimiladas aos votos desfavoráveis (*contra*), uma vez que nada impede que o acionista que pretende abster-se se ausente da sala, para

<sup>36</sup> Reconduzindo todos aos que «não tenham votado no sentido que fez vencimento».

não contribuir para a rejeição da proposta (com a elevação do quórum de referência), se lhe for absolutamente indiferente o resultado da votação.

Creemos, assim, que, ao confinar a indiferença das abstenções ao n.º 1 do art. 386.º, o legislador pretendeu, na realidade, distinguir as situações (ou melhor, as deliberações) em causa, como o fez no âmbito das sociedades por quotas (art. 250.º, n.º 3 *versus* art. 265.º, n.º 1), embora nestas com maior exigência, ao pretender que o quórum se forme por referência ao capital social e não aos presentes (ou representados) na assembleia. Associando as abstenções aos votos desfavoráveis – porque o são de facto, ao não serem conformes com a proposta em apreço –, o legislador pretendeu inequivocamente responsabilizar os abstencionistas (pela eventual não aprovação de uma proposta), como normal contrapartida do direito que lhes reconhece de impugnar a deliberação aprovada. Ao consagrar esta solução está claramente a associar as abstenções aos votos contra (a proposta) <sup>37</sup>.

Neste quadro – e retomando o exemplo acima enunciado –, tratando-se de sociedade anónima, uma deliberação de aumento do capital social carece do voto favorável de seiscentos e sessenta e seis mil, seiscentos e sessenta e sete votos favoráveis, sendo irrelevante o número de abstenções que se registe, uma vez que estas se somam aos votos negativos ou desfavoráveis.

#### **6.5.2. Quórum estatutário diverso do quórum legal**

A lei estabelece um quórum legal mínimo, fixando no art. 386.º, o número de votos que se deverá verificar para que uma proposta possa ser aprovada em assembleia geral.

Vimos acima que o quórum deliberativo varia, consoante se trate da aprovação de uma alteração do contrato – caso em que se exige uma maioria qualificada de votos (cfr. art. 386.º, n.º 2) – ou, simplesmente, da aprovação de uma proposta sobre matéria da competência da assembleia geral, circunstância em que é suficiente a maioria dos votos (cfr. art. 386.º, n.º 1).

<sup>37</sup> Do exposto resulta que, havendo regra estatutária que, ao arrepio da solução legal, desconsidere as abstenções em todos os casos – dispondo em regra autónoma, não vinculada a qualquer espécie de deliberação, por exemplo, que «as abstenções não são contadas» –, a mesma será (parcialmente) nula, por violação do conteúdo imperativo do disposto no art. 386.º, n.ºs 3 e 4.

Está em causa agora apreciar a possibilidade de os estatutos exigirem um quórum agravado ou, diversamente, admitirem a aprovação por um número de votos inferior ao mínimo legal.

Começando por este último aspeto, deveremos rejeitar a possibilidade de os estatutos reduzirem o mínimo legalmente estabelecido, no entendimento de que tal limite existe por razões de ordem pública. Em conformidade com esta, não faz sentido reduzir a exigência legalmente estabelecida para a alteração do contrato de sociedade, pelo que nunca os estatutos poderiam acolher a sua alterabilidade por maioria simples, sem prejuízo da regra legal que consagra a inoponibilidade da criação de novas obrigações em vida da sociedade a sócios que não concordem com uma alteração do contrato de sociedade com essa finalidade (cfr. art. 86.º, n.º 2).

Esta regra do quórum mínimo não pode, assim, ser subvertida, devendo-se ter por não escrita se for acolhida nos estatutos.

Por último, quanto ao quórum máximo admissível, a lei é totalmente omissa, não fornecendo qualquer pista. Impõe-se recorrer ao princípio da cogente alterabilidade do contrato de sociedade<sup>38</sup>, que limita a exigência estatutária de um quórum demasiadamente elevado. Relativamente a esta questão, há que distinguir o quórum exigível nas deliberações simples – aquelas que se formam em princípio com a maioria dos votos – do quórum que possa ser estatutariamente requerido nas modificações estruturais, que, em regra, já é agravado e que, dentro de limites razoáveis, pode ser reforçado.

*Lisboa, Fevereiro de 2012.*

<sup>38</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre este princípio, cfr. PAULO OLAVO CUNHA, Direito das Sociedades Comerciais, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 111-112, e RAÚL VENTURA, Alterações do Contrato de Sociedade, 2.ª ed., cit., 1988 pp. 14-15.

**RESUMO:** As alterações ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas não são muitas nem muito significativas: a qualificação da insolvência deixa de ser obrigatória; as pessoas afectadas pela insolvência culposa passam a ser inibidas para a administração de bens de terceiros e condenados em responsabilidade civil; o prazo para apresentação à insolvência reduz-se para 30 dias. Para lá das críticas que suscitam as medidas referidas, relevam negativamente as omissões. Em particular, é surpreendente a ausência de alterações ao plano de insolvência, que nunca teve grande utilização e deveria ter sido apurado em múltiplos pontos, como sucedeu recentemente no quadro da lei alemã ou da lei espanhola. O legislador português introduziu, com efeito, um novo instrumento de recuperação (o processo especial de revitalização) mas este é exclusivamente aplicável aos casos de situação económica difícil e de insolvência iminente. Aparentemente, para o legislador português, as empresas insolventes não são susceptíveis de recuperação. Tudo considerado, confirma-se a ideia que não é à pressa que se fazem reformas duradouras.

**ABSTRACT:** The amendments to the Portuguese Insolvency Act are not many and indeed not very relevant: the classification of insolvency will no longer be compulsory; the persons found guilty of causing or deepening the insolvency will be restrained from managing other people's assets and personally liable towards creditors; the term to file for insolvency will be reduced to 30 days. It is particularly striking that there will be no amendments to the insolvency plan, which has seldom been used and should therefore have been enhanced. There will be a hybrid procedure but it was designed to work only in pre-insolvency cases. Arguably, the Portuguese legislator believes that insolvent companies do not deserve restructuring. All things considered, in particular the severe crisis attaining the Portuguese economy, the amendments should have been given further thought.

CATARINA SERRA\*

## Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões

No quadro do programa de auxílio financeiro à República Portuguesa assegurado pelo Banco Central Europeu (BCE), a Comissão Europeia (CE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI) – a chamada «Troika» –, foi

\* Professora  
da Escola de Direito  
da Universidade  
do Minho

assumido o compromisso de alterar o regime português da insolvência até ao final do mês de Dezembro de 2011<sup>2</sup>.

No princípio de 2012, o processo de revisão ainda não está concluído. Mas com base no «Memorando de enquadramento das propostas de alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas», de 31 de Agosto de 2011 (doravante Memorando)<sup>3</sup>, no «Anteprojecto de diploma que altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas», de 24 de Novembro de 2011 (doravante Anteprojecto) e, sobretudo, na Proposta de Lei n.º 39/XII, de 30 de Dezembro de 2011 (doravante Proposta de Lei)<sup>4</sup> já é possível antever, de forma razoavelmente segura, o alcance e o teor das alterações.

## **1. Sobre a reforma tal como decorre da Proposta de Lei – Sobre algumas das medidas enunciadas e respectiva fundamentação**

As medidas propostas no Memorando e no Anteprojecto eram relativamente poucas e de pequena monta e nem todas obtiveram acolhimento na Proposta de Lei. Mais do que as medidas propostas relevam as omissões. De entre todas as matérias aquelas em que mais se estranha não haver previsão de alterações são o plano de insolvência e a exoneração do passivo restante. Ambas necessitam de intervenção legislativa, embora por motivos diferentes: o primeiro para estimular a sua utilização e o segundo

<sup>1</sup> Cfr. pág. 9, ponto 2.17. O documento (versão em português) foi consultado por último em 30 de Setembro, em [http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/PCM/MoU\\_PT\\_20110517.pdf](http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/PCM/MoU_PT_20110517.pdf).

<sup>2</sup> O prazo foi prorrogado do final de Novembro para o final de Dezembro pelo documento que operou a 1.<sup>a</sup> actualização ao Memorando da Troika, em 1 de Setembro de 2011 (cfr. ponto 2.16). O documento (versão em inglês) foi consultado por último em 30 de Setembro de 2011, em [http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/PCM/1R\\_MoU\\_20110901.pdf](http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/PCM/1R_MoU_20110901.pdf).

<sup>3</sup> O Memorando vinha acompanhado de dois outros documentos: o «Memorando sobre a introdução de procedimento judicial de aprovação de planos de reestruturação negociados entre credores e devedor fora dos tribunais» e os «Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores», entretanto aprovados pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de Outubro. A Resolução, contendo em anexo os «Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores», foi publicada no *Diário da República*, 1.<sup>a</sup> série, n.º 205, de 25 de Outubro de 2011, págs. 4714-4716. Tanto como se sabe, os restantes dois textos não revestem ainda caráter oficial e não estão disponíveis em acesso livre.

<sup>4</sup> O documento foi consultado por último em 15 de Janeiro de 2012, em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/codigo-da-insolvencia-e/downloadFile/file/PPL\\_39\\_XII\\_6Alteracao\\_CIRE.pdf?nocache=1325757114.63](http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/codigo-da-insolvencia-e/downloadFile/file/PPL_39_XII_6Alteracao_CIRE.pdf?nocache=1325757114.63).

para refreá-la. Mas não foram contempladas, nem no Memorando, nem no Anteprojecto e nem na Proposta de Lei.

A final, há apenas três ou quatro iniciativas dignas de referência. Se houvesse tempo valeria a pena reponderá-las.

### **1.1. Desclassificação do carácter obrigatório do incidente de qualificação da insolvência**

No Memorando previa-se que o incidente de qualificação de insolvência deixasse de se abrir oficiosamente em todos os processos de insolvência, passando a ser facultativo ou, mais precisamente, «a ser tramitado por iniciativa do juiz, só nos casos em que haja indícios de que a situação de insolvência foi criada com culpa do devedor ou de algum dos seus responsáveis».

Em conformidade com o Memorando, determina-se na Proposta de Lei que o art. 36.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) passe a ter o seguinte texto: «1 – *Na sentença que declarar a insolvência, o juiz: [...] i) Caso disponha de elementos que justifiquem a abertura do incidente de qualificação da insolvência, declara aberto o incidente de qualificação, com carácter pleno ou limitado, sem prejuízo do disposto no artigo 187.º*».

Nos demais casos não fica precludida a possibilidade de o incidente se abrir. Nos termos do proposto n.º 1 do art. 188.º do CIRE, «*o administrador da insolvência ou qualquer interessado pode alegar fundamentadamente, por escrito, em requerimento autuado por apenso, o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa e indicar as pessoas que devem ser afectadas por tal qualificação, cabendo ao juiz conhecer dos factos alegados e, se o considerar oportuno, declarar aberto o incidente de qualificação da insolvência, nos 10 dias subsequentes*

De acordo com o Memorando, o incidente devia perder também o carácter urgente. Dizia-se não haver justificação material para os actos que dão corpo ao incidente de qualificação da insolvência beneficiarem de precedênciа face ao restante serviço do tribunal. A proposta não teve, contudo, seguimento na Proposta de Lei. E ainda bem. Se os casos em que se abre o incidente são exclusivamente aqueles em que os indícios de culpa grave ou dolo são manifestos é de toda a conveniência que o incidente mantenha o seu carácter urgente, designadamente para que os indícios não se percam. Depois, se o sistema dos efeitos da insolvência culposa foi revisto alegadamente para reforço da responsabilização dos devedores que não se apresentem à insolvência, passando a aplicar-se, aos sujeitos afectados, uma sanção de carácter patrimonial (a obrigação de indemnização no

montante dos créditos insatisfeitos<sup>5</sup>), não se afiguraria coerente que o incidente fosse postergado. Tal significaria a postergação do resarcimento dos credores, que é justamente o que a introdução de uma sanção de carácter patrimonial visa assegurar.

## 1.2. Revisão do quadro de efeitos da insolvência culposa

A disciplina das sanções da insolvência culposa é revista, para acolher sanções (mais) adequadas aos fins do processo<sup>6</sup>. Como há muito tempo era devido (é sintomático, por exemplo, que a norma consagrando a inabilitação tivesse sido declarada inconstitucional, com força obrigatória geral). Infelizmente, como se verá, nem sempre o tempo é sinónimo de ponderação.

Em primeiro lugar, prevê-se na Proposta de Lei a ampliação do âmbito subjectivo dos efeitos da insolvência culposa. A al. a) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE passa a conter uma referência exemplificativa, da qual decorre que são susceptíveis de ser afectados pela qualificação da insolvência os administradores, de direito e de facto, os técnicos oficiais de contas e os revisores oficiais de contas.

No que toca aos administradores, de direito ou de facto, a solução já era clara em face do disposto no art. 186.º do CIRE. A novidade é, de facto, a inclusão expressa dos técnicos oficiais de contas e dos revisores oficiais de contas. A medida permite a aproximação do regime da *calificación concursal* da lei espanhola, que desde sempre estendeu alguns efeitos do *concurso culpable* aos *cómplices* do devedor ou dos seus administradores [cfr. art. 172.2 (1.º) e (3.º) da *Ley concursal (LC)*]<sup>7</sup>. Pena é que o legislador português se tenha esquecido de propor a adaptação do n.º 1 do art. 186.º do

<sup>5</sup> Cfr. CATARINA SERRA, «Portugal under the spotlight: will there be a new Insolvency Act?», in: *EuroFenix – The Journal of INSOL Europe*, 44, 2011, págs. 22 e s., ou «Le Portugal à la une: Y aura-t-il une nouvelle loi sur l' insolvabilité?», in: *Eurofenix – La Revue d' INSOL Europe*, 43, 2011, págs. 27 e s., e CATARINA SERRA, «The Portuguese Classification of Insolvency from a Comparative Perspective», in: REBECCA PARRY (Ed.), *Papers from the INSOL Europe Academic Forum Half-Year Conference, Milan, 31 March-1 April 2011*, págs. 3 e s.

<sup>6</sup> Sobre o problema da adequação das sanções previstas na lei actual cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs. 372 e s.

<sup>7</sup> Isto apesar de o âmbito subjectivo ser, em rigor, diverso do da lei portuguesa: no caso de pessoa jurídica, os seus administradores e liquidatários, de direito ou de facto, e as pessoas com poderes análogos (*apoderados generales*) (cfr. art. 164.1 da LC). Fazendo apelo às normas dos arts. 81.º e 82.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), comprehende-

CIRE, de forma a que a insolvência culposa não continuasse circunscrita à actuação, dolosa ou com culposa grave, do devedor e dos seus administradores e pudesse relacionar-se também com a actuação dos técnicos oficiais de contas e dos revisores oficiais de contas. Sem esta harmonização não se comprehende com que base os técnicos oficiais de contas e os revisores oficiais de contas são susceptíveis de ser afectados pela qualificação. Por outras palavras: não se concebendo, dado o silêncio da cláusula geral, que sejam eles a causar ou a agravar a insolvência não se vê como podem ficar sujeitos às sanções da insolvência culposa<sup>8</sup>.

Em segundo lugar, ainda no que respeita à al. a) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE, a Proposta de Lei vem introduzir o dever de o juiz fixar o grau de culpa de cada um dos sujeitos afectados pela insolvência culposa. A medida é, sem dúvida, passível de apreciação positiva. A doutrina portuguesa já havia apontado a necessidade de se atender ao grau de culpa e de o adoptar como critério para a determinação, em concreto, do período de produção de alguns dos efeitos, designadamente daqueles que têm duração variável (entre 2 e 10 anos)<sup>9</sup>. Além disso, prevendo-se agora (como se verá adiante), que as pessoas afectadas sejam solidariamente responsáveis pelo montante dos créditos não satisfeitos, a fixação do grau de culpa de cada uma permite a observância da regra geral de repartição interna da responsabilidade, mais precisamente da regra do n.º 2 do art. 497.º do Código Civil (CC).

Em terceiro lugar, prevê-se a alteração da norma que consagra a inabilitação – a al. b) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE. Onde antes se dizia «*inabilitação das pessoas afectadas*» passa a dizer-se «*inibição das pessoas afectadas para administrarem patrimónios de terceiros*». Ter-se-á pretendido corrigir o erro anterior – de instrumentalização da incapacidade para efeitos punitivos, que esteve na base dos inúmeros julgamentos de inconstitucionalidade da

-se o critério adoptado pelo legislador português, que, na prática, não se afasta muito do consagrado na lei espanhola.

<sup>8</sup> Esta é uma omissão que o legislador espanhol não cometeu. O art. 164.1 da LC, que fixa a cláusula geral de insolvência culposa, refere-se à conduta dolosa ou culposa do devedor e dos seus representantes legais e, em caso de pessoa jurídica, dos seus administradores e liquidatários, de direito ou de facto, e das pessoas com poderes análogos (*apoderados generales*).

<sup>9</sup> Cfr., globalmente neste sentido, Luís CARVALHO FERNANDES, «A qualificação da insolvência e a administração da massa pelo devedor», in: *Themis*, Edição Especial – *Novo Direito da Insolvência*, 2005, p. 102 (nota 34), e CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência – Uma introdução* (4.ª edição), Coimbra, Almedina, 2010, pág. 121.

norma e, por fim, da respectiva declaração de inconstitucionalidade<sup>10</sup>. Mas se é verdade que a inabilitação em sentido próprio (incapacidade geral que priva o incapaz da possibilidade de administrar livremente os seus bens) não era adequada ao intuito de sancionar condutas, nem por isso bastava substituí-la por outra qualquer que pudesse sé-lo. Deveria ter-se escolhido uma que fosse útil e *eficaz* na função de sancionar as condutas em causa (causadoras da insolvência ou do seu agravamento) e, sobre-tudo, de desempenhar a função pedagógica ou preventiva típica das sanções (inibidora das referidas condutas).

Ora, não parece que a inibição para a administração de bens alheios tenha tal aptidão. Quando o sujeito afectado é o próprio insolvente, ele já está privado da administração de bens alheios por força do regime civil [arts. 1933.º, n.º 2, *a contrario*, 139.º e 156.º, e 1970.º, al. *a*], do CC] – a impossibilidade de administrar os bens do menor, do interdito e do inabilitado. Quando, como sucede mais frequentemente, o insolvente é uma sociedade e o sujeito afectado é o administrador, ele já está privado da administração dos bens da sociedade por força do disposto no n.º 1 do art. 81.º do CIRE. Em ambos os casos existe uma inibição para a ocupação de certos cargos [cfr. al *c*] do n.º 2 do art. 189.º do CIRE] e a consequente impossibilidade de administrar os bens de sociedades comerciais ou civis, associações ou fundações privadas de actividades económicas, empresas públicas e cooperativas. Em face disto, a inibição fica quase desprovida de objecto e assim difficilmente poderá funcionar como argumento que convença os sujeitos a adoptarem o comportamento devido.

<sup>10</sup> Trata-se do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 173/2009, de 2 de Abril (Relator: JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO) (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>), que fundamentou a declaração de inconstitucionalidade na violação dos arts. 26.º e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP). A declaração de inconstitucionalidade aproveita, todavia, apenas os administradores de sociedades comerciais declaradas insolventes, continuando sujeitos ao efeito da inabilitação os insolventes que sejam pessoas singulares e os seus administradores bem como os administradores de insolventes que não sejam pessoas singulares nem sociedades comerciais, criando-se, assim, uma injustificada disparidade de tratamento. É de salientar, contudo, que os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 409/2011, de 14 de Setembro (Relator: MARIA LÚCIA AMARAL) e n.º 578/2011, de 29 de Novembro (Relator: JOSÉ BORGES SOEIRO) (ambos disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt>) vieram recentemente julgar a norma inconstitucional também quando aplicada às pessoas singulares declaradas insolventes. No documento «Contributos da Procuradoria-Geral da República (disponível em: <http://www.dgpi.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos-pendencias/anexo-viii-contributos6542>), é proposta a «[r]evogação expressa e integral dos arts. 189.º, n.º 2, alínea b) e 190.º, do CIRE, retirando como efeito da insolvência a inabilitação dos gerentes e administradores de pessoas colectivas» (cfr. documento cit., pág. 2, ponto 5).

É de louvar, apesar de tudo, que se tenha aproveitado a Proposta de Lei para corrigir alguns erros do Anteprojecto. Em primeiro lugar, abandonou-se definitivamente o termo «inabilitação», que ainda constava da redacção da norma da al. b) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE nos termos do Anteprojecto<sup>11</sup>. Em segundo lugar, no âmbito da Proposta de Lei é revogada a norma do art. 190.º do CIRE, coisa de que o legislador se havia esquecido até então.

A última medida digna de referência é com certeza mais eficaz do que a anterior tanto no plano preventivo como no plano sucessivo (sancionatório e resarcitório). No capítulo que o Memorando dedica às matérias discutidas nas reuniões entre Portugal e as instituições internacionais no quadro da execução dos compromissos previstos no Memorando da Troika está expressamente previsto o «reforço da responsabilização dos devedores que não cumpram o dever de apresentação à insolvência». O que se diz, mais precisamente, é que «deverá ser colocada à discussão pública a necessidade de alterar o regime sancionatório aplicável aos afectados pela qualificação da insolvência como culposa»<sup>12</sup>.

De acordo com a Proposta de Lei, será aditada uma al. e) ao n.º 1 do art. 189.º do CIRE determinando que os sujeitos afectados sejam condenados a indemnizar os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade. Recupera-se, assim, de alguma forma, o que já se dispunha no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF) (a responsabilidade pelo passivo a descoberto prevista no art. 126.º-B) e corresponde-se, final-

<sup>11</sup> Na versão do Anteprojecto, a norma referia-se à «*inabilitação das pessoas afectadas para administrarem patrimónios de terceiros*». Ora, o termo «inabilitação» tem um significado jurídico preciso (designa uma incapacidade geral de exercício instituída para a tutela dos interesses do próprio incapaz) e não pode ser adaptado a qualquer significado que se queira. Se é certo que, para funcionar como sanção, a medida escolhida não podia ser uma incapacidade, também é certo que, não podendo ser uma incapacidade, não podia continuar a ser ou a chamar-se inabilitação. Criar-se-ia, em última análise, uma dualidade inadmissível: as inabilitações absolutas ou plenas (tradicionais) e as inabilitações relativas ou restritas.

<sup>12</sup> No European Parliament (Committee on Legal Affairs) Draft Report with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law, de 6 de Junho de 2011, diz-se que os Estados-membros devem determinar a responsabilidade do devedor no caso de incumprimento ou cumprimento tardio do dever de apresentação à insolvência e que devem estabelecer sanções eficazes, proporcionadas e dissuadoras (pág. 6). O documento, em versão inglesa, foi consultado por último em 1 de Novembro de 2011 em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-467.008+02+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>.

mente, aos apelos contidos nos documentos de harmonização dos direitos da União Europeia em matéria de insolvência<sup>13</sup>, alinhando-se o CIRE pela maioria das legislações de insolvência dos Estados membros<sup>14</sup>.

A medida suscita, contudo, algumas reservas.

Desde logo, nota-se uma evidente desconformidade da norma al. e) do n.º 2 com a do n.º 4 do art. 189.º: enquanto a primeira diz que as pessoas afectadas devem indemnizar os credores «no montante dos créditos não satisfeitos», a segunda põe a hipótese de não ser possível fixar o valor das indemnizações «em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos». O legislador ter-se-á esquecido de adaptar o n.º 4 à nova redacção que deu à al.

<sup>13</sup> Desde o *Report of the High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* (Winter Report), de 4 de Novembro de 2002 (consultado por último em 15 de Março de 2011 em [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf)), e do *Action Plan* da Comissão Europeia, de 21 de Maio de 2003 [*Commission of the European Communities, Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward*, COM (2003) 284 final] que uma das matérias mais debatidas no âmbito da harmonização é o regime das sanções para os sujeitos que tenham culpa na criação ou no agravamento da insolvência. Nesta altura, o modelo a adoptar segundo ambos os documentos era o *wrongful trading*. Mais recentemente, sem propor um modelo único, o *Insolvency Report to the European Parliament on Harmonisation of Insolvency Law at EU Level*, de 26 de Abril de 2010 (pág. 24) (consultado por último a 15 de Março de 2011, em <http://www.insol-europe.org/eu-research/harmonisation-of-insolvency-law-at-eu-level/>) veio insistir na necessidade de harmonização ao nível da sanção da responsabilidade («[i]t is desirable that the rules on liability are harmonized. First, if the rules on liability of the parties involved differ too much, this may elicit 'insolvency tourism' (forum shopping) by the attempted shift of the COMI of the company or a race to the courts. Secondly, harmonization of these rules will enhance a level playing field»). Por fim, o *Draft Report with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law*, de 6 de Junho de 2011 (documento cit., pág. 6, parte 1, 1.1.), apela à adequação das sanções, circunscrevendo-se, aparentemente, ao contexto do incumprimento de dever de apresentação à insolvência: «[m]ember States are required to lay down rules rendering the debtor liable in the event of non-filing or improper filing; Member States shall also provide for effective, proportionate and dissuasive sanctions».

<sup>14</sup> Os institutos homólogos são na lei inglesa o *wrongful trading* (section 214 do *Insolvency Act 1986*), na lei francesa a *action en responsabilité pour l'insuffisance de l'actif* (article L651-2 do *Code de Commerce*), na lei alemã a *Insolvenzverschleppungshaftung* [cfr. § 15a da *InsO* e § 823(2) do *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*] e a *Insolvenzverursachungshaftung* [cfr. § 64 da *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit Beschränkter Haftung (GmbHG)* e § 92 da *Aktiengesetz (AktG)*] e na lei espanhola a *responsabilidad concursal* ou *condena al déficit* [art. 172 bis da *LC*]. Nos Estados Unidos existe, desde a década de 80, um instituto de origem jurisprudencial que é funcionalmente equivalente ao *wrongful trading*, a *deepening insolvency*. Cfr., sobre cada um destes institutos, CATARINA SERRA, «The Portuguese Classification of Insolvency from a Comparative Perspective», cit.

e) do n.º 2 na Proposta de Lei, tendo mantido o texto que resultava do Anteprojecto<sup>15</sup>.

Depois, manifestamente, o propósito da alteração (o reforço da responsabilização) só será alcançado se se contemplarem outras medidas além desta – as medidas adequadas para eliminar os entraves à responsabilização dos sujeitos. É habitual, por exemplo, os sujeitos afectados esvaziarem antecipadamente os seus patrimónios, conseguindo assim inviabilizar o cumprimento da obrigação de indemnização. Atendendo à relação de instrumentalidade que existe entre a responsabilidade do insolvente e a responsabilidade destes sujeitos, teria sido oportuno repensar os mecanismos especialmente concebidos para fazer face aos actos prejudiciais à massa insolvente<sup>16</sup>. Justificar-se-ia, designadamente, pôr a hipótese de estender a resolução em benefício da massa, nos termos em que está concebida no regime insolvencial, àqueles actos que, não obstante serem praticados por pessoas diversas do insolvente e afectarem patrimónios diversos da massa, são do mesmo modo prejudiciais aos direitos dos credores.

Por outro lado, afirma-se no Memorando que não há responsabilização tão frequentemente quanto seria desejável porque é difícil provar os requisitos da insolvência culposa, designadamente o nexo de causalidade. Não seria oportuno, assim sendo, rever igualmente o regime das presunções, mais particularmente as duas presunções (alegadamente só) de culpa grave consagradas no n.º 3 do art. 186.º do CIRE? Sob pena de estas últimas perderem grande parte da sua utilidade, deveria tornar-se claro que

<sup>15</sup> No Anteprojecto, a al. e) do n.º 2 do art. 189.º do CIRE referia-se à condenação das pessoas afectadas «a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente pelos prejuízos que estes hajam sofrido (...).».

<sup>16</sup> Por mais que a norma tenha sido pensada para os casos em que os sujeitos afectados pela qualificação da insolvência como culposa são os administradores do insolvente (por exemplo, os gerentes e administradores de sociedades), a verdade é que o sujeito afectado pode ser o próprio insolvente. Nestes casos, não havendo outros sujeitos responsáveis para lá do insolvente, não existe aquela instrumentalidade. Dilui-se também, de certa forma, a função resarcitória da medida: há um único património responsável, que já é presumivelmente insuficiente para satisfazer os direitos pré-existentes dos credores. Além disso, não sendo expressamente qualificada como dívida da massa insolvente na norma proposta nem podendo ser reconduzida a nenhuma categoria das dívidas da massa insolvente enumeradas no n.º 1 do art. 51.º do CIRE, resta concluir que a obrigação de indemnização é uma dívida da insolvência, o que reforça a ideia de fragilidade da via da responsabilização nestes casos. Os credores poderão, contudo, exercer os seus direitos contra o devedor após o encerramento do processo de insolvência, pelas formas habituais. E isto mesmo que lhe seja concedida a exoneración do passivo restante, uma vez que, não obstante esta importar a extinção dos créditos sobre a insolvência, ela não abrange «[a]s indemnizações devidas por factos ilícitos dolosos praticados pelo devedor, que hajam sido reclamadas nessa qualidade», nos termos da al. b) do n.º 2 do art. 245.º do CIRE.

elas não são meras presunções (relativas) de culpa grave mas autênticas presunções (relativas) de insolvência culposa (ou de culpa na insolvência), como já vem sendo defendido na doutrina<sup>17</sup> bem como na jurisprudência<sup>18</sup>. Continuar-se-ia deste modo a conceder, como é de elementar justiça, a possibilidade de o sujeito se defender mostrando que a sua conduta, apesar de ilícita – e porventura culposa –, não causou a insolvência e a norma poderia produzir, por fim, algum efeito útil.

Em contrapartida, de acordo com a Proposta de Lei, o estatuído na norma do art. 188.º, n.º 4, do CIRE e o regime de presunções absolutas consagradas no art. 186.º, n.º 2, do CIRE deverão por fim harmonizar-se. Atendendo ao disposto actualmente no último preceito, os pareceres coincidentes do administrador da insolvência e do Ministério Público no sentido da qualificação da insolvência como fortuita parecem literalmente excluir qualquer poder de o juiz agir em contrário. Fica o juiz impedido de averiguar os factos, como lhe permite o art. 11.º do CIRE, e concluir que a insolvência é culposa? Fica o juiz impedido de qualificar a insolvência como culposa mesmo que, numa hipótese-limite, se configure uma das situações descritas no n.º 2 do art. 186.º do CIRE? É de elogiar que o legislador tenha vindo finalmente esclarecer a dúvida e, em vez do anterior *dever*, tenha, na nova norma do n.º 5 do art. 188.º do CIRE, atribuído ao juiz um *poder* de proferir a decisão no sentido da qualificação da insolvência como fortuita<sup>19</sup>. Prevalecerá, assim, no contexto da hipótese-limite descrita em particular, o dever de obediência do juiz à lei. *Comme il faut.*

<sup>17</sup> Cfr. CATARINA SERRA, ««*Decoctor ergo fraudator?*» – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) – Anotação ao Ac. do TRP de 7.1.2008», in: *Cadernos de Direito Privado*, 2008, 21, págs. 54 e s. (esp., págs. 67 e s.), e CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência – Uma introdução* (4.ª edição), cit., págs. 122-123.

<sup>18</sup> Cfr., entre outros, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Maio de 2007 (Relator: MÁRIO CRUZ), de 24 de Setembro de 2007 e de 17 de Novembro de 2008 (Relator: SOUSA LAMEIRA) e de 5 de Fevereiro de 2009 (Relator: Luís Espírito SANTO) e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 26 de Janeiro de 2010 (Relator: CARLOS MOREIRA) (todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>). Parece ter sido esta, já antes, também a interpretação do Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 564/2007, de 13 de Novembro (Relator: JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO) (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

<sup>19</sup> A solução é, na prática, idêntica à que já se tinha sustentado [cfr. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência – Uma introdução* (4.ª edição), cit., pág. 123 e nota 197] e em que se seguiu a posição de LUIS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA [*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado, (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, Lisboa, Quid Juris, 2008, págs. 22-23].

### **1.3. Redução do prazo para apresentação à insolvência**

De acordo com o Memorando, o prazo para o cumprimento do dever de apresentação à insolvência será reduzido para metade.

Correspondentemente, a Proposta de Lei prevê uma alteração ao n.º 1 do art. 18.º do CIRE, por força da qual o devedor passará a dispor de 30 dias após a data do conhecimento da situação de insolvência para requerer a sua declaração de insolvência.

Já era de esperar uma medida deste teor. Quando se quer aumentar a eficácia na aplicação da lei e a celeridade dos processos – e ostentar tal intenção –, é habitual uma redução generalizada dos prazos. Mas a redução do prazo não é uma medida inconsequente, apesar de isso passar despercebido. Vale a pena, por isso, reflectir sobre a adequação da medida.

O *Draft Report with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law*, apresentado em Junho de 2011, recomenda, no contexto de uma harmonização, o prazo de 1 a 2 meses após a cessação de pagamentos<sup>20</sup>. A esta luz, o novo prazo de 30 dias proposto para a lei portuguesa aparece como perfeitamente adequado. A verdade é noutros países o prazo não é tão curto e, por vezes, ainda é acompanhado de medidas que atenuam o «efeito-pressão». Veja-se o exemplo da Espanha.

Apesar da reforma levada a cabo pelo *Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, e pela Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley [22/2003, de 9 de julio] Concursal*, e que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2011, o prazo para apresentação à insolvência manteve-se fixado em 2 meses (cfr. art. 5.1 da LC), sendo, portanto, mais longo do que o proposto para a lei portuguesa. Acresce que o art. 5 bis da LC (que foi introduzido pela *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley [22/2003, de 9 de julio] Concursal*, mas que teve por base o anterior art. 5.3 da LC) permite ao devedor insolvente «solicitar el preconcurso de acreedores», ou seja, alargar o prazo para apresentação à insolvência comunicando ao tribunal competente para a sua declaração de insolvência que iniciou negociações para alcançar um acordo de refinanciamento (*acuerdo de refinanciación*) ou para obter o acordo dos credores relativamente a um plano de insolvência (*propuesta anticipada de convenio*). Na prática, o devedor dispõe de quatro meses, já que só terá de cumprir o dever de apresentação à insolvência no

<sup>20</sup> Cfr. pág. 6, parte 1, 1.1. O documento (versão em inglês) foi consultado por último em 16 de Outubro de 2011, em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-467.008+02+DOC+PDF+V0//EN&language=EN>.

mês seguinte à conclusão do período de três meses após a comunicação ao tribunal. E isso sem que seja obrigado a apresentar qualquer documento que comprove a existência do referido acordo ou da referida proposta.

Na lei inglesa, nem sequer existe prazo, sendo o devedor a decidir qual a medida mais adequada a adoptar na situação. Acredita-se que a fixação de um prazo teria um *risk-chilling effect*, ou seja, que o devedor ou os seus administradores, perante um prazo muito estreito e na iminência de sujeição a sanções mais graves, sentiriam receio de continuar em funções e se demitiriam do esforço de procurar as medidas tendentes à superação das dificuldades (que podem muito bem aparecer como adequadas aos seus olhos e não o ser afinal), preferindo transferir, o mais rapidamente possível, a responsabilidade da empresa para terceiros.

Finalmente, na lei alemã (*Insolvenzordnung – InsO*) o prazo para a apresentação à insolvência das sociedades e outras pessoas colectivas é, de facto, mais curto do que o proposto para a lei portuguesa: (o mais tardar) até 3 semanas após o conhecimento da insolvência (*Zahlungsfähigkeit*) ou da situação patrimonial negativa (*Überschuldung*) (cfr. § 15a (1) da *InsO*). Mas a verdade é que foi adoptada uma medida para evitar algumas das desvantagens da exiguidade do prazo. A *Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG)*, aprovada em Outubro de 2008, veio introduzir uma alteração ao § 19 (2) da *InsO*, da qual resulta a possibilidade de certas sociedades serem dispensadas do dever de apresentação à insolvência. As sociedades estão em situação patrimonial líquida negativa (*überschuldet*) – e logo sujeitas ao dever de apresentação à insolvência – quando o seu activo não é suficiente para fazer face ao seu passivo, a menos que – diz agora a norma – a continuação da empresa seja, em concreto, a hipótese mais provável<sup>21</sup>. A medida foi explicada com o argumento de que só assim se consegue evitar a destruição indiscriminada das empresas. Devido à crise económica internacional, muitas são, de facto, as sociedades que estão «descapitalizadas», e por isso tecnicamente insolventes, mas que têm ainda a possibilidade de superar a situação a curto ou médio prazo;

<sup>21</sup> Por outras palavras, quando existe uma probabilidade séria de continuação (*positive Fortführungsprognose*). De acordo com o «CMS Guide to Restructuring, Insolvency and Distressed Debt Trading in Europe», de Fevereiro de 2011, existe, em regra, *positive Fortführungsprognose* quando é previsível que a empresa volte a estar em condições de cumprir as suas obrigações vencidas dentro de 12 a 24 meses. O documento (versão em inglês) foi consultado por último em 16 de Outubro de 2011, em [http://www.cmslegal.com/Hubbard.FileSystem/files/Publication/bb2e4791-3748-4767-8e3a-606d205f1c40/Presentation/PublicationAttachment/9689ba8b-5c53-43cb-9dd9-dd03daa30190/Guide\\_to\\_Restructuring%2c\\_Insolvency\\_and\\_DDT.pdf](http://www.cmslegal.com/Hubbard.FileSystem/files/Publication/bb2e4791-3748-4767-8e3a-606d205f1c40/Presentation/PublicationAttachment/9689ba8b-5c53-43cb-9dd9-dd03daa30190/Guide_to_Restructuring%2c_Insolvency_and_DDT.pdf).

tais empresas merecem uma protecção especial durante este período. Em conformidade com isto, a ressalva valerá (apenas) enquanto durar a crise. Em 1 de Janeiro de 2014, data em que, segundo se estima, a crise estará superada na Alemanha, a versão inicial do § 19 (2) da *InsO* regressará à vigência.

Em última análise, a solução para o problema da apresentação atem-pada à insolvência nem reside tanto na consagração do respectivo dever e na fixação do prazo. Existem e são adoptados, em concreto, métodos diferentes. Por funcionarem como estímulos à apresentação voluntária, são bem mais eficazes. Encontram-se bons exemplos na *InsO*. Sobretudo após a sua recentíssima alteração pela *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)*, de 7 de Dezembro de 2011, que representa mais um passo no processo de «anglo-americanização» do direito alemão.

Um é a fixação da administração da massa pelo devedor (*Eigenverwaltung*) como regra em vez de excepção. Tal como acontece em grande parte dos sistemas europeus, e ao contrário do que acontece no *Bankruptcy Code*<sup>22</sup>, a *InsO* não é, de raiz, «*management-friendly*». A faculdade de o devedor requerer a manutenção dos poderes de administração estava prevista mas, por estar subordinada a muitos requisitos, tinha escassa utilização<sup>23</sup>. Receando que o pedido de administração da massa não seja aceite pelo tribunal e de que, consequentemente, os poderes sobre a empresa lhe sejam retirados de um momento para o outro, o devedor inibe-se de se apresentar à insolvência no momento inicial da crise (justamente quando as probabilidades de sucesso da recuperação da empresa são maiores), faz com que ele protele ao máximo a sua apresentação e busque soluções fora do processo judicial de insolvência. Atendendo a isto, a *ESUG* veio proceder ao reforço da *Eigenverwaltung*, alterando e aditando normas ao instituto. Desde logo, operou uma redução generalizada das causas de recusa do pedido. Agora, este só poderá ser recusado quando sejam conhecidas circunstâncias concretas que indiciem que o expediente virá a trazer desvantagens (*Nachteile*) para os credores [cfr. § 270 (2, n.º 2) da *InsO*]. A mera dúvida sobre a eventual ocorrência destes danos deixa, portanto, de poder funcionar como causa de rejeição do pedido. Na decisão sobre o pedido, a comissão provisória de credores (*vorläufiger Gläubigerausschuss*) tem um

<sup>22</sup> Na lei norte-americana, quando o fim é a recuperação da empresa (*reorganization*), a regra é a da manutenção do devedor à frente da empresa (*debtor in possession*) e a nomeação do administrador (*trustee*) a excepção (cfr. Secção 1104 do *Chapter 11 – Reorganization*).

<sup>23</sup> Segundo CARLOS MACK («*ESUG: German Insolvency Law Anglo style?*», in: *EuroFenix – The Journal of INSOL Europe*, 2011, 45, pág. 42), contam-se pelos dedos das duas mãos os casos em que o devedor manteve os seus poderes de administração.

papel determinante, devendo o juiz ouvi-la antes de decidir. Se esta decidir unanimemente em sentido favorável ao devedor deve presumir-se que a administração pelo devedor não traz desvantagens para os credores, não podendo o juiz recusá-la com este fundamento [cfr. § 270 (3) da *InsO*]. Determina-se, por outro lado, que no caso de o devedor se apresentar à insolvência com fundamento em insolvência iminente (*drohende Zahlungsunfähigkeit*) e requerer a manutenção dos seus poderes de administração, o tribunal tem a obrigação de lhe comunicar se o seu pedido virá a ser deferido ou não, de modo a que ele possa optar por manter ou retirar a sua apresentação à insolvência (já que não está obrigado a isso no caso de insolvência iminente) [cfr. § 270a (2) da *InsO*].

O outro expediente é a concessão de um período de proteção ao devedor antes da abertura do processo de insolvência – um escudo protector (*Schutzschild*). Prevê-se na *ESUG* a possibilidade de o devedor preparar (ou continuar a preparar) um plano de recuperação (*Vorbereitung einer Sanierung*) depois da sua apresentação à insolvência, durante o período máximo de três meses, antes de ser declarada a sua insolvência e de o processo ser formalmente aberto [cfr. § 270b da *InsO*]. A possibilidade é exclusiva dos devedores em situação de insolvência iminente ou de situação patrimonial líquida negativa mas em que a continuação da empresa seja a hipótese mais provável. Durante o período de negociações, o devedor mantém, naturalmente, os poderes de administração e disposição dos seus bens. É nomeado um administrador de bens provisório (*vorläufigen Sachwalter*) que, em representação dos credores, se limita a fiscalizar a administração pelo devedor (cfr. § 270c da *InsO*). Sob proposta do devedor, o tribunal determina a proibição de instauração e prosseguimento de acções executivas [cfr. § 270b (2) da *InsO*], ficando, assim, completo o quadro ideal para a preparação de um plano de recuperação.

No que toca ao chamado «*timing problem*», o Direito alemão aposta, como se vê, na criação de estímulos à adopção dos comportamentos desejáveis, trilhando caminhos fundamentalmente diversos dos do Direito português. Não custará a acreditar que, na Alemanha, depois da entrada em vigor da lei (em 1 de Março de 2012), os devedores comecem a apresentar-se mais cedo à insolvência.

Em contrapartida, em Portugal, os processos de insolvência continuarão seguramente a abrir-se por iniciativa dos credores. Isto excepto nos casos em que o devedor é uma pessoa singular, já que para este, confirmado-se a ausência de alterações ao regime da exoneração do passivo restante, o processo de insolvência continuará a aparecer – e a funcionar – como uma oportunidade aliciante.

#### **1.4. Reforço da articulação entre o processo de insolvência e a acção executiva**

No Memorando previa-se que «o Ministério Público, em defesa da legalidade e da regularidade do comércio jurídico, esteios da economia de mercado em que Portugal se insere, pass[ass]e a ter o dever expresso de encetar o processo de insolvência de todos aqueles que, por estarem inscritos na [...] lista [pública de execuções, criada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, e regulamentação que o complementa], por não possuírem bens penhoráveis suficientes para cumprir as responsabilidades que deram origem à execução que os colocou na referida lista, se encontra[sse]m em situação de insolvência iminente ou mesmo de insolvência».

Segundo o Anteprojecto, seria aditado à norma do art. 20.º uma nova norma – um n.º 3 – dispondo que «[o] Ministério Público junto do tribunal onde correu termos a execução dev[ia] requerer a insolvência do devedor inscrito na lista pública de execuções, seguindo o processo de insolvência os termos previstos no artigo 39.º».

O aditamento desta norma não consta, felizmente, da Proposta de Lei.

Em abstracto, não deixava de se compreender a medida. O processo de insolvência é uma daquelas situações excepcionais em que se justifica o desvio ao princípio dispositivo e a previsão de instrumentos independentes da vontade dos sujeitos afectados para instar os tribunais ao exercício do poder judicial. Convém lembrar, todavia, que foi o CIRE que acabou com o direito de acção próprio do Ministério Público no processo de insolvência<sup>24</sup> e que, mesmo enquanto ele durou, nunca houve – mostra-o a expe-

<sup>24</sup> No Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPE-REF), a norma do art. 8.º (norma homóloga à do art. 20.º do CIRE), mais precisamente, o seu n.º 2, 2.ª parte, previa que o Ministério Público pudesse requerer a adopção de uma providência de recuperação quando a empresa tivesse sido declarada em «situação económica difícil» e houvesse «interesse económico e social na manutenção da sua actividade». Nesta hipótese, o Ministério Público não aparecia na veste de representante dos credores públicos e defensor dos respectivos direitos de crédito, nem tinha a sua legitimidade processual subordinada à verificação dos factos-índice, como acontecia com os credores [cf. art. 8.º, n.º 1, als. a), b) e c), ex vi do art. 8.º n.º 2, 1.ª parte, e n.º 3, do CPEREF]. Aparecia, sim, como agente da realização do interesse público (diga-se, sem grande rigor mas sugestivamente, de um interesse público «mais geral» do que aqueles interesses patrimoniais) e era este interesse público que lhe conferia a legitimidade para agir. Eliminado o processo de recuperação pelo CIRE, desapareceu esta possibilidade. A acção do Ministério Público ficou limitada à «representação das entidades cujos interesses lhe estão legalmente confiados» e submetida ao regime geral, ou seja, ao regime aplicável a qualquer credor [cf. art. 20.º, n.º 1, do CIRE]. Aparentemente, o Ministério Público não tem, hoje, iniciativa própria; não se admite outra hipótese que não seja a de ele agir em representação. Por

riência – uma grande adesão do Ministério Público ao exercício do direito<sup>25</sup>. Este novo dever de intervenção não haveria de ser fácil de «interiorizar». É verdade que o que estava em causa era um *dever*<sup>26</sup>. A eficiência da solução dependeria, pois, menos da vontade de agir do Ministério Público e mais da eficiência do sistema de informação (designadamente a lista pública de execuções, criada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro<sup>27</sup>). Atendendo, contudo, a que não existe uma tradição de iniciativa processual do Ministério Público em matéria de insolvência, sempre seria preciso algum tempo até que a medida produzisse resultados significativos.

E qual seria a utilidade do processo de insolvência nestes casos? Sempre que existe insuficiência de bens penhoráveis é de presumir a insuficiência da massa insolvente para satisfazer as custas do processo e as dívidas previsíveis da massa insolvente, o que configura a hipótese do n.º 1 do art. 39.º do CIRE e é susceptível de conduzir ao encerramento antecipado do processo de insolvência nos termos da al. b) do n.º 7 do mesmo preceito. Além da possibilidade de punição dos sujeitos que contribuíram com culpa para a criação ou o agravamento da insolvência (por via do

outro lado, deixou de se evocar o interesse público como critério da sua acção. Sobre isto cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, cit., págs. 301 e s.

<sup>25</sup> Cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, cit., pág. 312 e nota 808. Cfr. ainda Luís CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), *procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático*, cit., pág. 111.

<sup>26</sup> Note-se que, mesmo no quadro da lei vigente, sempre se defendeu que o Ministério Público devia actuar no processo de insolvência noutra qualidade que não a de representante dos credores públicos e para a defesa de outros interesses que não os respetivos interesses de tipo patrimonial – dos interesses associados ao crédito (a confiança e a estabilidade nos compromissos jurídico-económicos) e à economia (o crescimento económico). Cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, cit., págs. 412 e s.

<sup>27</sup> Cfr., sobre a lista pública de execuções, o documento «Estrangulamentos e soluções – uma análise breve do panorama das execuções pendentes em Portugal», elaborado pelo Grupo Dinamizador da detecção e Liquidação de processos de Execução (GDLE) e apresentado, na sua versão final, em 14 de Junho de 2011 (cfr. págs. 8 e 9, nota 5). O documento foi consultado por último em 15 de Outubro de 2011, em <http://www.mj.gov.pt/PT/NoticiasEventos/ArquivoImprensa/2011/Documents/Relat%C3%BDrio%20Estrangulamentos%20e%20solu%C3%A7%C3%A7%C5%BDes%20-%20GDLE.pdf>.

incidente limitado de qualificação de insolvência), o mais provável era que o processo servisse apenas para extinguir empresas inviáveis, isto é, para a realização de interesses de carácter público – justamente aqueles interesses que, no preâmbulo do diploma que aprovou o CIRE (o DL n.º 53/2004, de 18 de Março), o legislador se esforçou por demonstrar que não existiam<sup>28</sup>. No que respeita à sua finalidade principal – a satisfação dos direitos dos credores –, a abertura do processo seria, na realidade, pouco mais que inútil<sup>29</sup>.

Mas a grande fragilidade da medida seria outra. É que nem sempre à ausência de «bens penhoráveis suficientes para cumprir as responsabilidades» corresponde a insolvência. Mesmo que se dissesse no Memorando que «quem não tem bens suficientes para dar resposta a uma única execução, por maioria de razão, não terá disponibilidade económica para responder cabalmente pelas demais dívidas que haja assumido, pelo que se mostra absolutamente justificável que, contra tal pessoa, seja aberto o processo de insolvência», o facto é que, pelo menos enquanto a insolvência permanecer a situação descrita no n.º 1 do art. 3.º do CIRE, aquela insuficiência de bens não deve poder fundamentar a abertura de um processo de insolvência porque, por si só, ela não é insolvência (ou sequer insolvência iminente<sup>30</sup>). A intervenção do Ministério Público poderia, portanto, ser, por vezes, desproporcionada, inoportuna ou extemporânea.

A tentativa de criação de «pontes» entre o processo executivo e o processo de insolvência não é inédita. Tem antecedentes no Código de Processo Civil (CPC), na norma (revogada) do n.º 1 do art. 870.<sup>º</sup><sup>31</sup>. Esta dispunha que o credor podia requerer a conversão da execução em processo de falência sempre que se verificasse que «o património do devedor não chega[va] para o pagamento dos créditos verificados»<sup>32</sup>. Foi eliminada

<sup>28</sup> A julgar pelo que se afirma no terceiro e quarto parágrafos do ponto 3 do Relatório do Diploma Preambular do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (DL n.º 53/2004, de 18 de Março) apenas se considera o «interesse público da preservação do bom funcionamento do mercado».

<sup>29</sup> Cfr. Luís CARVALHO FERNANDES e João LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, (actualizado de acordo com o Decreto-Lei n.º 282/2007), procedimento de conciliação anotado, legislação complementar, índices ideográfico e sistemático, cit., pág. 137.

<sup>30</sup> Como é sabido, a insolvência iminente é insolvência por equiparação (cfr. art. 3.º, n.º 4, do CIRE).

<sup>31</sup> Com os seus antecedentes, por sua vez, nas normas do art. 833.º e do art. 870.º do Código de Processo Civil de 1939.

<sup>32</sup> Hoje, já depois de uma nova alteração (pelo DL n.º 226/2008, de 20 de Novembro), a norma do art. 870.º do CPC dispõe, em texto único, que qualquer credor tem a possibilidade de obter a suspensão da execução em curso mostrando que foi requerido processo de insolvência do executado. É de salientar que para haver suspensão da execução não é

aquando da revisão do CPC, levada a cabo pelos DL nºs. 329-A/95, de 12 de Dezembro, e 180/96, de 25 de Setembro, por ser inadmissível que a situação de insuficiência do património pudesse ser entendida como um pressuposto autónomo e (quase) automático do processo de insolvência<sup>33</sup>.

Dir-se-á que, actualmente, a al. e) do n.º 1 do art. 20.º do CIRE atribui também aos credores, aos responsáveis legais pelas dívidas do devedor e ao Ministério Público o poder de requerer a declaração de insolvência do devedor quando se verifique a «[i]nsuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o devedor». Mas isso é um fundamento da possível acção de todos os legitimados, não é um facto que constitua algum deles no dever de agir. É um facto-índice integrado no elenco de factos-índice do art. 20.º, n.º 1, do CIRE, valendo, pois, apenas o que eles valem. Não permite concluir que a insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente é um pressuposto autónomo do processo de insolvência nem autoriza a conversão do processo de execução em processo de insolvência. O mesmo não pode afirmar-se sobre a medida proposta no Anteprojecto: embora tão-pouco autorizasse a conversão processual, lançaria dúvidas sobre a continuidade da situação de insolvência como pressuposto exclusivo do processo de insolvência. Ao aparecer como um dever e um dever do Ministério Público, poderia incutir no juiz a ideia de que era no interesse público declarar a insolvência nestas circunstâncias<sup>34</sup>.

Talvez por ter ponderado todas estas razões, o legislador português infletiu no seu caminho. A única medida que resta agora no âmbito do reforço da articulação entre o processo de insolvência e a acção executiva é a introdução, no art. 88.º do CIRE, de um n.º 3, dispondo que «[a]s acções executivas suspensas [...] extinguem-se, quanto ao executado insolvente, logo que o processo de insolvência seja encerrado [por ter sido realizado o rateio final]

preciso que o processo de insolvência tenha sido requerido pelo credor requerente da execução nem por qualquer credor (pode muito bem ter sido outro legitimado). Não obstante depender da iniciativa do credor, a norma do art. 870.º do CPC tem, relativamente ao art. 88.º, n.º 1, do CIRE (suspensão das acções executivas como efeito da declaração de insolvência), a grande vantagem de permitir a suspensão antes da declaração da insolvência (ou seja, logo que a declaração de insolvência é requerida). Cfr. CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência – Uma introdução* (4.ª edição), cit., pág. 76.

<sup>33</sup> Sobre a possibilidade de conversão da execução num processo de falência ou de insolvência e as razões para a sua eliminação cfr. CATARINA SERRA, *Falências derivadas e âmbito subjectivo da falência*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, págs. 79 e s. (nota 188).

<sup>34</sup> Como dizia PEDRO DE SOUSA MACEDO (*Manual de Direito das Falências*, volume II, Coimbra, Almedina, 1968, pág. 374) a propósito da norma revogada do art. 870.º do CPC, «estamos num sector onde tem dominado um espírito prático, nem sempre consciente das implicações que certas facilidades representam».

*ou por o administrador da insolvência ter constatado a insuficiência da massa insolvente para satisfazer as custas do processo e as restantes dívidas da massa insolvente]».*

A matéria dos efeitos processuais da declaração de insolvência é complexa e levanta muitas dúvidas práticas. Em particular, e apesar da letra do n.º 1 do art. 88.º do CIRE (que apenas diz que a declaração de insolvência «obsta ao prosseguimento»), discute-se na jurisprudência se as acções executivas não devem extinguir-se (por inutilidade superveniente da lide)<sup>35</sup>.

Agora, a Proposta de Lei vem determinar a extinção das acções executivas, quanto ao executado insolvente, mas só quando o processo se encerra por ter sido realizado o rateio final ou por o administrador da insolvência ter constatado a insuficiência da massa insolvente para satisfazer as custas do processo e as restantes dívidas da massa insolvente. Fica, consequentemente, esclarecido que nos demais casos elas apenas se suspendem.

É evidente (e, portanto, dispensável explicar) a oportunidade desta medida<sup>36</sup>. Não há, por outro lado, e ao contrário da anterior, nenhum impedimento visível à sua adopção.

## **2. Sobre a reforma... (cont.) – O reforço dos mecanismos de recuperação**

Na sua intervenção no seminário sobre regime de insolvência e recuperação de empresas, que se realizou no dia 14 de Setembro de 2011, a Ministra da Justiça anunciou a adopção de «medidas que possibilitem a recuperação de todas as empresas que se encontrem ainda em condições para continuarem no mercado, gerando riqueza e emprego, factores essenciais para que possamos, todos em conjunto, romper, de uma vez por todas, as peias que nos prendem à crise»<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Cfr., por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Porto de 21 de Junho de 2010 (Relator: ANABELA LUNA DE CARVALHO).

<sup>36</sup> Já antes, no documento «Estrangulamentos e soluções – uma análise breve do panorama das execuções pendentes em Portugal» se havia defendido a possibilidade de a norma do art. 88.º do CIRE determinar a extinção imediata da execução. A solução fundar-se-ia nos argumentos literal, sistemático, teleológico e histórico. Cfr. documento cit., págs. 18 e 19, nota 27.

<sup>37</sup> Cfr. Intervenção da Ministra da Justiça no seminário sobre regime de insolvência e recuperação de empresas, pág. 3. O seminário realizou-se por iniciativa da Direcção-Geral da Política de Justiça (DGPI) e do Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e à Inovação (IAPMEI) e foi subordinado ao tema «Reforçar o enquadramento aplicável às insolvências e à reestruturação de dívidas na perspectiva da viabilização de processos de recuperação de empresas». O texto da intervenção foi consultado por último em 15 de Outubro.

Em conformidade com este discurso, na Exposição de Motivos da Proposta de Lei afirma-se que «[o] principal objectivo prosseguido por esta revisão passa por reorientar o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas para a promoção da recuperação, privilegiando-se sempre que possível a manutenção do devedor no giro comercial, relegando-se para segundo plano a liquidação do seu património sempre que se mostre viável a sua recuperação»<sup>38</sup>.

Quando se olha para as alterações propostas, verifica-se, contudo, que a recuperação de empresas insolventes é pouco mais do que uma referência no título do Código. Independentemente da posição que, no futuro, a expressão venha a ocupar no respectivo título<sup>39</sup>.

### 1.1. O plano de insolvência – os «retoques» e as omissões

No Memorando encontra-se uma única menção ao plano de insolvência: no capítulo relativo à enumeração das matérias discutidas nas reuniões entre Portugal e as instituições internacionais refere-se a possibilidade de «alteração das regras sobre a formação da vontade nas assembleias de credores (formação de maiorias) tendo em vista destrinçar diferentes categorias de credores consoante o seu relacionamento económico com o insolvente»<sup>40</sup>.

Na Proposta de Lei não houve reflexo desta medida. Em contrapartida, projecta-se a alteração a duas normas em que o plano de insolvência é aludido. A primeira norma é a do art. 1.º do CIRE, que passa a conter um n.º 1 com o seguinte texto: «[o] processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não for possível, na liquidação do património do devedor insolvente e [n]a repartição do produto obtido pelos credores». A segunda norma é a do art. 192.º, que passa a conter um n.º 3, onde se diz: «[o] plano de insolvência que se destine a prover à recuperação do

bro de 2011, em [http://www.dgpj.mj.pt/sections/DestBanner/seminario-sobre-a5730/downloadFile/attachedFile\\_1\\_f0/Intervencao\\_MJ.pdf?nocache=1316163510.66](http://www.dgpj.mj.pt/sections/DestBanner/seminario-sobre-a5730/downloadFile/attachedFile_1_f0/Intervencao_MJ.pdf?nocache=1316163510.66)

<sup>38</sup> Cfr. documento cit., pág. 1.

<sup>39</sup> Temendo que no futuro próximo se projecte realizar o objectivo através da deslocação simbólica da expressão «recuperação de empresas» no título do Código (do fim para o início), pretende-se com a alusão esvaziá-la antecipadamente de sentido.

<sup>40</sup> Esta divisão dos credores em classes já existe há algum tempo noutros ordenamentos jurídicos (por exemplo, no alemão e no norte-americano).

*devedor designa-se plano de recuperação, devendo tal menção constar [de] todos os documentos e publicações ao mesmo respeitantes».*

Da alteração à primeira norma resultam duas grandes impressões: primeiro, que todo o processo de insolvência implicará a partir de agora um plano de insolvência; segundo, que a recuperação da empresa será prioritária<sup>41</sup>.

A circunstância de o processo de insolvência implicar um plano de insolvência o que significa? Quererá o legislador dizer que mesmo quando o fim é a liquidação do património do devedor e se aplicam as regras (supletivas) do CIRE que regulam a liquidação da massa insolvente e a repartição do respectivo produto pelos credores tem de haver um plano de insolvência contendo regras expressas sobre a liquidação e a repartição? Se for esse o caso, a alteração não tem utilidade visível e só sobrecarrega.

E que dizer quanto ao primado da recuperação sobre a liquidação sugerido pela norma? A sugestão é reforçada pela afirmação na Exposição de Motivos de que «[a]s alterações que se propõem no artigo 1.º visam, por um lado, sublinhar que a recuperação dos devedores é, sempre que possível, primacial face à sua liquidação»<sup>42</sup>. Mas não é acompanhada por nenhuma modificação substancial do plano de insolvência, que, designadamente, transforme o plano de insolvência na solução mais imediata, mais fácil ou mais apetecível para os credores, que são, como se diz na Alemanha, «os senhores do processo de insolvência» (*die Herren des Insolvenzverfahren*) e têm – continuam a ter – o poder de tomar todas as decisões fundamentais. Assim sendo, não se vê para que serve afirmar o primado da recuperação<sup>43</sup>.

A alteração à segunda norma tão-pouco é significativa. Quando o plano de insolvência se destina à recuperação chama-se plano de recuperação<sup>44</sup>. Será, então, possível distinguir entre os devedores titulares de empresas em curso de recuperação e os outros casos. O legislador não teve seguramente a intenção de reduzir o estigma associado à insolvência, caso contrário não poderia ter-se ficado por aqui. É que por vezes – muitas vezes

<sup>41</sup> Poderia retirar-se ainda uma terceira: que, na definição dos fins do processo de insolvência, sobretudo do fim alternativo à liquidação, continua a não haver lugar para o devedor não titular da empresa.

<sup>42</sup> Cfr. documento cit., pág. 2.

<sup>43</sup> O único alvo parece ser o processo especial de revitalização (de que adiante se falará). Mas a verdade é que esse é referido no proposto n.º 2 da norma.

<sup>44</sup> Foi no Estudo de Avaliação Sucessiva que se propôs «ponderar a oportunidade de alterar a designação do plano de insolvência sempre que esteja em causa a recuperação do insolvente» (cfr. documento cit., pág. 19).

– as empresas não são recuperadas, não exactamente porque não sejam recuperáveis, mas porque os credores, simplesmente, não o permitiram<sup>45</sup>.

Na sombra ficam, portanto, muitos aspectos do plano de insolvência. O que justificará tanto desinteresse? Terá o legislador a veleidade de que é suficiente o (já existente e em curso de revisão) procedimento extrajudicial de conciliação para a viabilização de empresas (PEC)<sup>46</sup> e o (proposto) «processo especial de revitalização»<sup>47</sup>?

Os processos extrajudiciais e os *hybrid procedures* (processos combinando uma fase extrajudicial e uma fase judicial), em que se integram, respectivamente, o PEC e o novo processo especial de revitalização, têm imensas virtualidades. Não servem, porém, todos os casos de insolvência

<sup>45</sup> Mais uma vez, a alteração parece ter sido inspirada pelo processo especial de revitalização, que se baseia num plano de recuperação obtido fora do processo judicial.

<sup>46</sup> Regulado pelo DL n.º 316/98, de 20 de Outubro, com as alterações do DL n.º 201/2004, de 18 de Agosto.

<sup>47</sup> Evidentemente, pode também supor-se, com algum fundamento, que se julga a regulação do plano de insolvência tão perfeita que se decidiu não fazer qualquer alteração. A suposição encontra a sua razão de ser no âmbito do Estudo de Avaliação Sucessiva. Aí se reconhece, logo de início, «que a recuperação de empresas insolventes não logrou afirmar-se, na prática, como uma alternativa efectiva à liquidação da empresa, o que resulta do número limitado de casos em que a opção fundamental dos credores consiste na recuperação do insolvente» (cfr. documento cit., pág. 9). No balanço dos contributos, conclui-se, porém, que, «[n]o que respeita à recuperação de empresas, revela-se uma tendência dos operadores judiciários para considerarem este instituto bem delineado, embora não seja uma opinião consensual. Aponta-se como principal razão para o fracasso da recuperação de empresas, enquanto meio alternativo à liquidação para satisfação dos interesses dos credores, a situação económica e financeira já muito débil das empresas aquando da declaração de insolvência» (cfr. documento cit., pág. 11). E acrescenta-se adiante, em sede de conclusões, que «[a] escassa utilização do processo de insolvência tendo em vista a recuperação de empresas não deriva tanto de problemas de natureza legal, como do facto de estas chegarem ao processo de insolvência numa fase já bastante tardia» (cfr. documento cit., pág. 18). Evidentemente, da escassez de casos em que se aplicou o plano de insolvência não decorre automaticamente que o regime é frágil, podendo a circunstância dever-se a uma «especial baixa qualidade das empresas nacionais em dificuldades, que não são viáveis e que, portanto, não são susceptíveis de recuperação» (cfr., neste sentido, BRUNO FERREIRA, «Recuperação de empresas viáveis em dificuldades: prevenção e preservação de valor», in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2011, n.º 2, pág. 398). Poderá, de facto, haver outras razões que expliquem a situação. Seja como for (mesmo no caso extremo de as razões serem alternativas e não concorrentes), é seguro retirar duas conclusões: o sistema não está a cumprir adequadamente uma das suas funções essenciais (a função-recuperação) e o plano de insolvência é um instrumento morto. O primeiro problema pode, de facto, ser resolvido com a concepção de novos instrumentos. O segundo depende da convicção quanto às potencialidades do velho instrumento: ou é possível torná-lo útil ou não; nenhum dos casos é compatível com a inacção, devendo o legislador proceder, respectivamente, à sua alteração ou à sua eliminação.

porque não cobrem todas as necessidades que emergem numa situação deste tipo (de responsabilização do devedor pela criação ou agravamento da insolvência, de resolução dos actos suspeitos e outras que o regime dos efeitos da declaração de insolvência visa satisfazer). Será sempre preciso que, a par deles, a lei continue a disponibilizar os tradicionais processos (formais) de recuperação de empresas e de liquidação patrimonial.

Interrogado sobre as alternativas ao regime tradicional consagrado na *InsO*, em particular o *Insolvenzplan*, KARSTEN SCHMIDT manifesta o seu ceticismo. Segundo ele, se a lei disponibiliza instrumentos judiciais para a recuperação, estes devem ser aproveitados ao máximo; não devem procurar-se novas soluções – adverte – enquanto as soluções disponíveis não tiverem sido convenientemente exploradas<sup>48</sup>.

A verdade é que também na Alemanha o plano de insolvência (*Insolvenzplan*) fracassou<sup>49</sup> mas nem por isso (ou por isso mesmo) deixou de se procurar reanimá-lo. O fracasso foi atribuído a dois factores principais: à necessidade de acordo dos sócios sobre certas providências específicas de sociedades comerciais e à possibilidade de alguns sócios se oporem ao plano de insolvência, bloqueando a sua aprovação ou atrasando irremediablemente a sua aplicação. A ESUG veio tentar resolver estes problemas, designadamente com o reforço do envolvimento dos sócios nas negociações com vista à recuperação da empresa<sup>50</sup> e a remoção dos obstáculos à aplicação de algumas providências específicas de sociedades no âmbito do plano de insolvência, como a conversão dos créditos em participações sociais ou *debt-equity swap* (também conhecida como *debt-to-equity swap* ou

<sup>48</sup> A opinião foi manifestada durante o debate que se seguiu à Edwin Coe Lecture: «Interaction of Insolvency Law and Corporate Law – A German Experience and its International Background», proferida por KARSTEN SCHMIDT, no âmbito do Academic Forum Conference da INSOL Europe, que teve lugar em Veneza, nos dias 21 e 22 de Setembro de 2011.

<sup>49</sup> Segundo CARLOS MACK («ESUG: German Insolvency Law Anglo style?», cit., pág. 42), menos de 1% dos processos de insolvência acabaram num plano de recuperação.

<sup>50</sup> Os sócios são considerados uma nova categoria de «interessados» (*Beteiligte*) no plano de insolvência, a par dos credores [cfr. § 222 (2) da *InsO*]. Se for necessário distinguir entre os sócios devido à natureza da sua relação com a sociedade é possível o seu agrupamento em classes de acordo com os interesses económicos em causa [cfr. § 222 (3) da *InsO*]. O grupo dos sócios, ou, se for o caso, cada grupo de sócios, vota separadamente o plano de insolvência (cfr. § 243 da *InsO*). Aplica-se ao(s) grupo(s) dos credores a habitual regra da proibição de bloqueio (*Obstruktionsverbot*), ao abrigo da qual o juiz deve considerar que existe acordo do(s) grupo(s) dos sócios sempre que a maioria dos grupos tiver aprovado o plano de insolvência e for presumível que os membros do(s) grupo(s) em causa não ficarão por efeito do plano numa situação mais desfavorável do que aquela em que se encontrariam na ausência dele [cfr. § 245 (3) da *InsO*].

*debt-for-equity swap*)<sup>51</sup>. Se com a nova lei irá ou não iniciar-se uma nova era na recuperação das empresas insolventes é prematuro dizer mas é indiscutível que ela disponibiliza instrumentos mais adequados. No mínimo, e no que toca aos dois aspectos referidos em particular, será sempre, sem

<sup>51</sup> A expressão designa, em rigor, não uma única técnica mas várias técnicas de reestruturação da dívida, todas vocacionadas para a conversão de créditos em participações sociais. O mecanismo tem sido usado com sucesso, nos últimos anos, na reestruturação de várias sociedades de reputação internacional, como a *Conergy* e a *Pfleiderer AG*. Através da operação de *debt-equity swap* os credores empregados na recuperação da empresa acordam em limitar os seus créditos em troca de participações no capital social, o que lhes atribui a qualidade de sócios e, portanto, um maior controlo sobre as operações futuras da empresa. A realização de uma *debt-equity swap* produz resultados positivos imediatos: a inferioridade do activo face ao passivo é eliminada, passando o balanço a registar uma redução nos encargos com o passivo e simultaneamente um aumento no montante do capital social, o que favorece, entre outras coisas, a liquidez da empresa e a concessão de crédito. Tem, evidentemente, os limites inerentes à sua qualidade de instrumento de curto prazo e, por isso, deve ser vista como uma base ou um ponto de partida para a reestruturação das empresas e ser complementada com outras medidas. Ao abrigo da lei alemã, a *debt-equity swap* é possível por duas vias. Uma, a via normal, é a redução do capital imediatamente seguida do seu aumento – aumento por entradas dos credores. Estas entradas são consideradas entradas em espécie e podem ter um de dois objectos: os próprios direitos de crédito (que são, mais tarde, extintos por confusão) ou um contrato de remissão dos créditos. Como qualquer deliberação de aumento de capital social, necessita de ser aprovada por um número consideravelmente elevado de votos e do compromisso, por parte dos credores, de que não exercerão o seu direito de preferência no aumento de capital. Existe, além disso, o risco de não correspondência entre o valor real da entrada dos credores e o valor convencionado para ela e da consequente responsabilização dos credores pela diferença (*Differenzhaftung*). A outra, a via alternativa, é a aquisição de participações sociais pelos credores, seguida da extinção dos créditos que eles detêm. Esta modalidade, não obstante evitar alterações ao capital social, é consideravelmente morosa e especialmente difícil de executar em momentos de crise. A *debt-equity swap* depende, assim, na maioria dos casos, da cooperação dos sócios. Escusado será dizer que os sócios não têm incentivo para deliberar sobre medidas de alteração ao capital social quando o resultado é a perda de uma (sua) participação significativa no capital social. Por isso, o preço que impõem aos credores excede sempre o valor real das participações. Ora, a ESUG trouxe novidades neste contexto. As providências com incidência sobre o capital social (e outras como a eliminação do direito de preferência dos sócios nos aumentos de capital social e a limitação da obrigação de reembolso aos sócios no caso de desvalorização das participações sociais) tornaram-se parte integrante do plano de insolvência [cfr. § 225a (2) da InsO]. Ora, como a maioria necessária para aprovar o plano de insolvência é, em princípio, menor do que a maioria exigida para deliberar as alterações ao capital social no âmbito da legislação de sociedades, torna-se mais fácil realizar *debt-equity swaps*. A ESUG veio ainda atenuar os riscos que estas operações representam para os credores, afastando a possibilidade de se invocar a *Differenzhaftung* depois da homologação do plano de insolvência [cfr. § 254 (4) da InsO].

dúvida, um passo significativo no processo incontornável de articulação entre o Direito da Insolvência e o Direito das Sociedades.

Regressando a Portugal, um dos campos em que impunha (e se reclama há muito, sem êxito) uma intervenção é o dos créditos fiscais, que funcionam, dada a sua impermeabilidade às alterações estabelecidas no plano de insolvência, como genuínos «desincentivos» à recuperação das empresas<sup>52</sup>.

A propósito desta matéria veio dizer-se no Memorando da Troika que «[a]s autoridades tomarão também as medidas necessárias para autorizar a administração fiscal e a segurança social a utilizar uma maior variedade de instrumentos de reestruturação baseados em critérios claramente definidos, nos casos em que outros credores também aceitem a reestruturação dos seus créditos, e para rever a lei tributária com vista à remoção de impedimentos à reestruturação voluntária de dívidas»<sup>53</sup>. Independentemente de qual seja o valor jurídico do acordo que deu origem ao Memorando da Troika<sup>54</sup>, o certo é que o mesmo propósito foi formulado no Despacho n.º 7819/2011, de 30 de Maio<sup>55</sup>. Há ainda referências expressas aos efeitos nefastos desta situação no âmbito do Estudo de Análise Sucessiva<sup>56</sup>. E todavia, não há prenúncio de actividade legislativa.

Se a situação não se alterar, atendendo a que as dívidas ao Estado e à segurança social representam quase sempre a parte mais significativa do passivo do insolvente, não é provável que, na maioria dos casos, o plano seja bem-sucedido, quer por razões objectivas quer porque as expectativas dos restantes credores quanto ao sucesso do plano são tão baixas que ele não chega pura e simplesmente a ser aprovado.

A inacção é, além do mais, contraditória com a intenção de impor uma *rescue culture* em Portugal.

<sup>52</sup> O que se discute, mais concretamente, é se é admissível a previsão de perdões, reduções de valor, moratórias ou outros condicionamentos ao pagamento dos créditos do Estado e da segurança social no plano de insolvência. Cfr., sobre o tema, CATARINA SERRA, «Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – Dois problemas no contexto da insolvência de sociedades», in: *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, 2012, n.º 4 (em curso de publicação).

<sup>53</sup> Cfr. documento cit., pág. 10, ponto 2.19.

<sup>54</sup> Cfr. GIOVANNI VAGLI, «Profili costituzionalistici dell'accordo tra Portogallo e FMI/EU» (disponível em <http://www.diritto.it/docs/32338-profilo-costituzionalistici-dell-accordo-tra-portogallo-e-fmi-ue>).

<sup>55</sup> Cfr. 8, a), ii) e iii). O Despacho foi publicado no *Diário da República*, 2.ª série – n.º 104, de 30 de Maio de 2011 (págs. 23265-23266).

<sup>56</sup> Diz-se aí que «[s]ão também apontados por vários operadores judiciários [...] a pouca flexibilidade das leis fiscais em matéria de negociação dos créditos detidos pelo Fisco, entidade que é, as mais das vezes, um dos maiores credores da insolvência, sobretudo quando se trata de empresas de pequena e média dimensão» (cfr. documento cit., pág. 11).

Da Proposta de Lei perpassa, em suma, cada vez mais nitidamente, que as empresas insolventes não são (não merecem ser) susceptíveis de recuperação. Como se verá, o processo especial de revitalização só se aplica a devedores em situação económica difícil ou em insolvência iminente. O regime do plano de insolvência, por seu lado, parece ter sido mantido em vigor para funcionar como objecto de remissão em benefício do processo especial de revitalização.

## 1.2. O «processo especial de revitalização»

A *pièce de résistance* da reforma é, com efeito, o conjunto de mecanismos vocacionados para a pré-insolvência (*pre-insolvency proceedings*): o processo especial de revitalização<sup>57</sup> e a homologação de acordos extrajudiciais de recuperação do devedor.

É um lugar-comum dizer-se que para haver recuperação de empresas é preciso que existam procedimentos mais ágeis (*streamlined procedures*), sem a rigidez típica dos processos judiciais. Em Portugal só agora começa a realmente perceber-se as vantagens dos *informal workouts* (inspirados na chamada «*London Approach*»<sup>58</sup>) e dos *out-of-court procedures* (ou *out-of-court*

<sup>57</sup> A Proposta de Lei usa pela primeira vez a expressão «processo especial», em vez da anterior expressão «procedimento especial». A substituição pode causar alguns problemas, dado o carácter misto ou não completamente jurisdicional do mecanismo em causa.

<sup>58</sup> A «*London Approach*» é um conjunto de princípios não vinculativos que servem para orientar a reestruturação extrajudicial das dívidas das empresas em dificuldades com vista a uma sua possível recuperação. Os princípios foram inicialmente concebidos pelo Banco de Inglaterra na década de setenta e actualizados na década de noventa. É definida na página electrónica da British Bankers Association como «*a non statutory and informal framework introduced with the support of the Bank of England for dealing with temporary support operations mounted by banks and other lenders to a company or group in financial difficulties, pending a possible restructuring*» (consultada por último em 19 de Outubro de 2011, em <http://www.bba.org.uk/media/article/london-approach>). A «*London Approach*» foi usada principalmente nos países da Ásia Oriental (Tailândia, Indonésia, Malásia, Coreia do Sul e ainda Hong Kong, Filipinas, Singapura e Taiwan), onde, na altura da «crise asiática» (1997) não havia regimes legais ou vinculativos aplicáveis à situação de insolvência e nem era possível concebê-los com suficiente rapidez. Tudo indica que a «*London Approach*» inspirou os «*Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*», aprovados pela INSOL Internacional em 2000 (*INSOL Principles*). Sobre a «*London Approach*» cfr., entre outros, JOHN ARMOUR / SIMON F. DEAKIN, «Norms in Private Bankruptcy: The 'London Approach' to the Resolution of Financial Distress», 2000 (disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=258615](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=258615)).

*settlement mechanisms*), de que é exemplo o referido PEC<sup>59</sup>. Mas no estrangeiro eles são conhecidos e aplicados há muito tempo. Eles e outros, ditos de «segunda geração» («second degree of enhanced workout procedures»), combinando uma fase informal (ou negocial) e uma fase formal (judicial). Aqui se incluem os *hybrid procedures*, que podem ter por base um código de conduta ou um plano de insolvência pré-negociado (*pre-packaged insolvency procedures* ou *pre-packs*), e os *fast track court approval procedures*, que são instrumentos judiciais de aprovação de planos de reestruturação<sup>60</sup> e acumulam as vantagens de uma base contratual às vantagens da (de alguma) intervenção judicial. Integram-se claramente nestes instrumentos de segunda geração o processo especial de revitalização e o processo de homologação de acordos extrajudiciais de recuperação do devedor.

O processo especial de revitalização está regulado nos propostos arts. 17.º-A a 17.º-H do CIRE mas é referido logo no art. 1.º do CIRE, no (novo) n.º 2. Aí se fixa o seu âmbito de beneficiários: em conformidade com o proposto no n.º 1 do art. 17º-A só o «devedor que, comprovadamente, se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja susceptível de recuperação» e que, em conformidade com o proposto n.º 2, «mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação»<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Cfr., por exemplo, na doutrina, BRUNO FERREIRA, «Recuperação de empresas viáveis em dificuldades: prevenção e preservação de valor», cit., págs. 395 e s.

<sup>60</sup> Segundo o «Effective Insolvency Systems – Issues Note on Out-of-Court Debt Restructuring (Draft Discussion Paper)» do Banco Mundial, de 15 de Dezembro de 2010 (consultado por último em 19 de Outubro de 2011, em [http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/Out\\_of\\_Court.pdf](http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/Out_of_Court.pdf)), este é o processo mais próximo dos processos tradicionais aplicáveis à insolvência. Se uma negociação informal não conseguir a unanimidade o devedor socorre-se do quadro legal e o plano, posto que aprovado pela maioria, torna-se vinculativo para todos. Este tipo de instrumento parece ter tido por modelo os «*schemes of arrangement*», um instrumento previsto na lei inglesa [Part 26 (sections 895-901) do *Companies Act 2006*] que permite que um acordo para reestruturação de dívidas de uma empresa seja vinculativo para todos os seus credores, mesmo que alguns se tenham oposto a ele, por via da intervenção judicial. Foi inicialmente aplicado às empresas de seguros mas tem hoje uma aplicação generalizada.

<sup>61</sup> No Anteprojecto, a norma exigia uma declaração certificada por técnico oficial de contas ou, sempre que a tal estivesse legalmente obrigado, por revisor oficial de contas, ambos independentes, atestando que o devedor reunia as condições necessárias para a sua recuperação. Como acontece com outros aspectos do processo, a exigência tinha inspiração na norma do § 270b (1) da *InsO*, após a sua alteração pela *ESUG*. Bastando-se agora com a declaração do devedor, o processo de revitalização aproxima-se mais dos *acuerdos de refinanciación* e das *propuestas anticipadas de convénio* da *LC*.

Verifica-se, em primeiro lugar, que o processo especial de revitalização não foi pensado para devedores em situação de insolvência<sup>62</sup>. Quanto aos devedores que, não obstante em situação económica difícil ou em situação de insolvência iminente, não consigam, de facto, reunir as condições necessárias para a sua recuperação, não perdem nada em apresentar a referida declaração escrita e assinada. Tendo esta um valor certificativo muito limitado (para não dizer inexistente) e nada mais se exigindo para atestar as referidas condições, há sempre a possibilidade de o juiz despachar favoravelmente com base no preenchimento formal do requisito.

Em segundo lugar, é «repescada» a noção de «situação económica difícil», que aparecia no CPEREF, a par do estado de insolvência, como um requisito objectivo de ambos os processos (cfr. art. 1.º, n.º 1, do CPEREF)<sup>63</sup>. De acordo com o art. 17.º-B, está em situação económica difícil «o devedor que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente, por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter crédito».

Nos termos do articulado proposto (cfr. art. 17.º-C, n.º 1), o processo inicia-se pela manifestação da vontade do devedor e de, pelo menos, um dos seus credores, por meio de declaração escrita, quanto a encetarem negociações conducentes à revitalização daquele por meio da aprovação de um plano de recuperação.

Munido desta declaração, o devedor comunica ao juiz do tribunal competente para declarar a sua insolvência que pretende dar início às negociações conducentes à sua recuperação, devendo o juiz nomear, de imediato, administrador judicial provisório [cfr. art. 17.º-C, n.º 3, al. a)]. Entre outras coisas, este participa, orienta e fiscaliza as negociações (cfr. art. 17.º-D, n.º 9), desempenhando ainda funções ao nível da verificação

<sup>62</sup> Conforme se diz no Memorando, «[as] negociações só devem ocorrer nos casos em que os devedores, pese embora se encontrem com dificuldades económicas, estão ainda em condições de serem recuperados, pela aplicação de medidas que permitam o seu refinanciamento ou a reestruturação do passivo (somente assim se conseguirá assegurar que tal procedimento não é utilizado como forma dilatória de retardar a declaração de insolvência dos devedores que, pela sua condição económica, já não sejam passíveis de recuperação)».

<sup>63</sup> No CPEREF ela era definida como a situação da empresa que, não sendo insolvente, indicava dificuldades económicas e financeiras, designadamente por incumprimento das suas obrigações (cfr. art. 3º, n.º 2, do CPEREF). O conceito tem raízes no direito português da insolvência mais longínquo (cfr., entre outros, o DL n.º 353-H/77, de 29 de Agosto, e o DL n.º 119/82 de 20 de Abril). Sobre o conceito cfr. CATARINA SERRA, «Alguns aspectos da revisão do regime da falência pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro», in: *Scientia Iuridica*, 1999, n.ºs 277/279, págs. 187 e s.

de créditos (cfr. art. 17.º-D, n.º 2) e da administração dos bens do devedor (cfr. art. 17.º-E, n.º 2).

Logo que seja notificado do despacho de nomeação do administrador<sup>64</sup>, o devedor comunica aos credores que não subscreveram a declaração que deu início às negociações com vista à sua revitalização e convidá-los a participar nas negociações em curso (cfr. art. 17.º-D, n.º 1), devendo disponibilizar-lhes toda a informação pertinente (bem como ao administrador judicial provisório) (cfr. art. 17.º-D, n.º 6), sob pena de responsabilidade civil (cfr. art. 17.º-D, n.º 11).

Há vinte dias para a reclamação de créditos junto do administrador judicial provisório, que elabora, no prazo de cinco dias, a lista provisória de créditos (cfr. art. 17.º-D, n.º 2). A lista é imediatamente publicada no Portal *Citius*, podendo ser impugnada no prazo de cinco dias, e o juiz, também no prazo de cinco dias, decide as impugnações (cfr. art. 17.º-D, n.º 3).

O prazo para a conclusão das negociações é de dois meses a contar do final do prazo para a impugnação da lista provisória de créditos, podendo tal prazo ser prorrogado por uma vez e por um mês, mediante acordo prévio entre o administrador judicial provisório e o devedor (cfr. art. 17.º-D, n.º 5)<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> As normas do n.º 4 do art. 17.º-C, do n.º 1 e do n.º 2 do art. 17.º-D mencionam um «despacho a que se refere a alínea a) do número 3 do art. 17.º-C» mas a verdade é que esta última norma não se refere expressamente a despacho algum. A norma do n.º 1 do art. 17.º-E, por sua vez, alude à «decisão a que se refere a alínea a) do número 3 do art. 17.º-C». O que se passa é que a redacção da norma da al. a) do n.º 3 do art. 17.º-C sofreu alterações do Anteprojecto para a Proposta de Lei. Na versão do Anteprojecto, a norma dispunha que o devedor devia requerer ao juiz autorização para iniciar as negociações – e não simplesmente comunicar – e que o juiz decidia a questão no prazo de um dia útil, nomeando logo no despacho que decidisse a questão, em caso de deferimento da pretensão, administrador judicial provisório. Ora, a parte respeitante ao despacho / à decisão foi eliminada, não tendo as restantes normas sido alteradas em conformidade. Não resta alternativa senão entender que o que está em causa é o despacho / a decisão de nomeação do administrador judicial provisório, o que não é desrazoável tendo em conta que este acto representa a admissão do devedor ao processo. O único problema é que, adiante, no n.º 2 do art. 17.º-E, se concebem casos em que o juiz não nomeia administrador judicial provisório. Isto apesar de a al. a) do n.º 3 do art. 17.º-C não parecer deixar dúvidas quanto a este ser um dever do juiz. A Proposta de Lei necessita aqui, manifestamente, de rectificações.

<sup>65</sup> Na prática, pode haver alguns problemas. Se o prazo for ultrapassado porque o juiz não conseguiu cumprir o prazo de cinco dias para a decisão das impugnações, deve o processo negocial ser inapelavelmente encerrado, em obediência ao art. 17.º-G, n.º 1? O incumprimento imputável aos órgãos não deveria, em princípio, prejudicar os intervenientes (e os fins do processo). Seria razoável que se lhes atribuísse um adicional de tempo equivalente àquele em que o juiz excedeu o prazo – em suma, uma compensação (e não uma pror-

Durante o período de negociações não podem ser instauradas quaisquer acções para cobrança de dívidas contra o devedor e as acções em curso com idêntica finalidade ficam suspensas, quanto ao devedor, extinguindo-se logo que seja aprovado e homologado o plano de recuperação, salvo quando o plano preveja a sua continuação (cfr. art. 17.º-E, n.º 1)<sup>66</sup>.

Com a nomeação do administrador judicial provisório, o devedor fica impedido de praticar actos de especial relevo, a que se refere o art. 161.º do CIRE, sem que previamente obtenha autorização para a realização da operação pretendida por parte do administrador judicial provisório (cfr. art. 17.º-E, n.º 2)<sup>67</sup>. Estão em causa, essencialmente, actos de disposição respeitantes à empresa (por exemplo, a venda da empresa, de partes da empresa ou de bens necessários à continuação da actividade da empresa).

Concluindo-se as negociações com a aprovação unânime de plano de recuperação conducente à revitalização do devedor, em que intervenham todos os seus credores, este deve ser assinado por todos, sendo de imediato remetido ao processo, para homologação ou recusa da mesma pelo juiz, produzindo o plano de recuperação, em caso de homologação, de imediato, os seus efeitos (cfr. art. 17.º-F, n.º 1). Concluindo-se as negociações com aprovação de plano de recuperação conducente à revitalização do devedor sem unanimidade, o devedor remete o plano de recuperação aprovado ao tribunal, considerando-se aprovado quando reúna a maioria dos votos prevista no n.º 1 do art. 212.º do CIRE, ou seja, quando,

rogação). E se se provar que aquele atraso do órgão processual é imputável à conduta do devedor ou de um dos credores de sistemática obstrução ao processo (caracterizada pela impugnação indiscriminada dos créditos ou pelo requerimento de diligências com propósitos manifestamente dilatórios)? Aqui as coisas são necessariamente diversas. Há uma conduta reprovável, que viola os Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores, para os quais o n.º 10 do art. 17.º-D expressamente remete, designadamente o Segundo Princípio (o dever de actuação de boa-fé). O que obriga a convocar os instrumentos gerais de direito, em especial o instituto da responsabilidade civil, devendo o sujeito em causa ser condenado a indemnizar os danos que a sua conduta provocou. Sensível a esta possibilidade, o legislador acrescentou na Proposta de Lei uma referência à necessidade de o administrador judicial provisório «assegurar que as partes não adoptam expedientes dilatórios, inúteis ou, em geral, prejudiciais à boa marcha [dos trabalhos] (cfr. art. 17.º-D, n.º 9). Evidentemente que, para haver uma solução adequada – que salvaguarde, mais uma vez, os interesses dos intervenientes e os fins do processo –, o juiz deveria conceder, também aqui, um prazo adicional para a conclusão das negociações.

<sup>66</sup> Como se disse, a norma do n.º 1 do art. 17.º-E alude à «*decisão* a que se refere a alínea a) do número 3 do art. 17.º-C», devendo também aqui entender-se que o que está em causa, na realidade, é a decisão de nomeação do administrador.

<sup>67</sup> Como se disse, apesar de a al. a) do n.º 3 do art. 17.º-C não parecer deixar dúvidas quanto ao juiz dever nomear administrador judicial provisório em todos os casos, o n.º 2 do art. 17.º-E deixa em aberto a possibilidade.

estando presentes credores cujos créditos constituam, pelo menos, um terço do total, recolha mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados (cfr. art. 17.º-F, n.ºs 2 e 3). O juiz decide sobre a homologação do plano nos 10 dias seguintes, aplicando-se aqui, com as necessárias adaptações, os arts. 215.º e 216.º do CIRE (cfr. art. 17.º-F, n.º 5).

Em qualquer caso – e este é o grande móbil da introdução do processo especial de revitalização –, depois da homologação judicial, o plano de recuperação tem a virtualidade de se impor a todos os credores, vinculando mesmo aqueles que não hajam participado nas negociações (cfr. art. 17.º-F, n.º 6).

Caso o devedor ou a maioria dos credores concluam antecipadamente não ser possível alcançar acordo, ou caso seja ultrapassado o prazo para as negociações sem alcançar acordo, o processo negocial é encerrado (cfr. art. 17.º-G, n.º 1). Não estando o devedor ainda em situação de insolvência, o encerramento do processo acarreta a extinção de todos os seus efeitos (cfr. art. 17.º-G, n.º 2). Estando, porém, o devedor já em situação de insolvência, o encerramento do processo acarreta a declaração de insolvência do devedor, que deve ser promanada no prazo de três dias úteis (cfr. art. 17.º-G, n.º 3). A classificação da situação em que se encontra o devedor (de insolvência ou ainda não) cabe ao administrador judicial provisório (cfr. art. 17.º-G, n.º 4).

Trata-se, a final de contas, de um instrumento não assim tão distante da *Vorbereitung einer Sanierung* do Direito alemão ou do *preconcurso de acredores* do Direito espanhol<sup>68</sup>. Dá-se genericamente ao devedor um «período

<sup>68</sup> Como se referiu, o art. 5 bis da LC permite ao devedor «solicitar el preconcurso de acredores», ou seja, alargar o prazo para apresentação à insolvência comunicando ao tribunal competente para a sua declaração de insolvência uma declaração que iniciou negociações para alcançar um acordo de refinanciamento (*acuerdo de refinanciación*) ou para obter o acordo dos credores a um plano de insolvência (*propuesta anticipada de convenio*). Decorridos 3 meses desde a declaração, o devedor, tenha ou não tenha alcançado os seus objectivos, deverá apresentar-se à insolvência no curso do mês seguinte, excepto quando já não se encontre em situação de insolvência. A lei favorece, naturalmente, a celebração destes acordos de refinanciamento, tendo sido concebidos vários mecanismos de protecção. Os arts. 84.2 (11) e 91 (6.º) da LC consagram aquilo que se chama «privilegio del dinero nuevo» ou «privilegio del dinero fresco», como é compreensível nos casos de *debtor in possession financing* (*DIP financing*). No caso de declaração de insolvência, os montantes relativos a entradas de tesouraria realizadas no âmbito de um acordo de refinanciamento nos termos do art. 71.6. da LC são considerados, em 50%, créditos sobre a massa e, nos restantes 50%, créditos com privilégio geral. Por seu turno, o art. 71.6 da LC permite que o acordo de refinanciamento, bem como todos os actos realizados no âmbito do acordo, sejam poupadados ao regime geral das *acciones de reintegración* ou, por outras palavras, apesar de realizados

de graça» para que ele possa negociar com os seus credores, evitando os inconvenientes do ambiente judicial. Diverge, todavia, destes dois institutos, em consequência da sua inserção sistemática na lei, que lhe confere um carácter autónomo relativamente aos instrumentos tradicionais (judiciais) de recuperação<sup>69</sup>, ou seja, na lei portuguesa, o plano de insolvência.

nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência, não sejam susceptíveis de resolução em benefício da massa. Para tal, é necessário que o acordo envolva um aumento significativo do crédito disponível e a modificação das obrigações, seja através de uma moratória seja através de uma novação, e corresponda a um plano de viabilidade que permita a continuidade da actividade profissional ou empresarial a curto ou médio prazo (*plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo*) e ainda que preencha três requisitos: com anterioridade à declaração de insolvência, seja subscrito por credores cujos créditos representem pelo menos três quintos do passivo do devedor na data da sua adopção, seja objecto de avaliação positiva por parte de um especialista independente designado pelo conservador do registo comercial competente, revista forma pública e seja acompanhado de todos os documentos justificativos do seu conteúdo e certificativos do cumprimento dos requisitos anteriores. Finalmente, a *Disposición adicional cuarta* da LC permite a homologação judicial dos acordos de refinanciamento desde que o acordo reúna as condições do art. 71.6 e tenha sido subscrito por credores que representem pelo menos 75% do passivo titulado por credores financeiros no momento da adopção do acordo. O juiz concede a homologação sempre que o acordo reúna os requisitos indicados e não suponha um sacrifício desproporcionalizado para os credores financeiros que não o subscreveram. A homologação torna os dois efeitos do acordo extensíveis aos demais credores financeiros que não sejam titulares de garantias reais, designadamente a moratória (*espera*), até ao prazo máximo de 3 anos, e ainda, a requerimento do devedor, a suspensão de todas as iniciativas executivas individuais (*la paralización de ejecuciones singulares*). O procedimento de homologação de acordos de refinanciamento tem os seus pontos fracos. Desde logo, assenta numa nova categoria de credores que em ponto algum o legislador espanhol se dignou definir ou caracterizar: os «credores financeiros». Depois, e sobretudo, tem um alcance muito limitado, tanto no plano objectivo como no plano subjectivo: só permite estender os efeitos do acordo no que toca à moratória e (eventualmente) à suspensão das acções executivas, ficando, portanto, excluídas todas as restantes providências acordadas (como as reduções e os perdões de dívida ou a conversão dos créditos em capital social); só permite estender os efeitos do acordo aos credores financeiros que não sejam titulares de garantias reais, deixando incólumes os credores não financeiros (como, por exemplo, os fornecedores) e os credores financeiros titulares de garantias reais (que podem bem constituir a maioria dos credores financeiros).

<sup>69</sup> Nem o instrumento alemão nem o espanhol evitam, por si só, o processo de insolvência; bem pelo contrário, como o seu nome indica, servem justamente para preparar um plano de insolvência (*pre-packaged insolvency plan*), pressupondo que a declaração de insolvência virá a ter lugar. São ambos aplicáveis, por outro lado, a devedores insolventes, não sendo, em rigor, *pre-insolvency procedures*, outro aspecto em que divergem do instrumento português.

Ora, a sobreposição de instrumentos novos e a multiplicação de instrumentos com finalidades idênticas, às vezes até com os mesmos pressupostos não é necessariamente benéfica para o sistema: causa desorientação quanto à eleição da providência mais adequada em cada caso, não sendo certo que cada uma deles seja aplicada com critério, seja por parte de quem os utiliza, seja por parte que quem controla a sua utilização. Note-se, a este propósito, que a insolvência iminente é fundamento para o plano de insolvência, o PEC e o processo de revitalização.

Uma vez superada a estranheza que se cria, a princípio, em torno de todos os institutos desconhecidos, não surpreenderá que haja uma corrida ao processo de revitalização, por ser aquele em que pouco ou nada há perder, numa atitude de «mal não faz», indiferentemente a quais sejam as verdadeiras condições do devedor. O que significa um potencial uso indevido ou abusivo do processo e, a despeito do que o utilizador é tentado a pensar, uma perda de tempo que poderá demonstrar-se comprometedora da aplicação de outras soluções.

Além destas objecções, o processo suscita, pelo menos, uma dúvida prática cujo esclarecimento é determinante para prognosticar o futuro do processo de revitalização: quem irá financiar a continuidade da empresa, a manutenção da empresa como *going concern*, durante este período? Os suspeitos do costume são, evidentemente, os credores (sejam eles os que já têm essa qualidade no momento do processo ou os que adquiriram posteriormente tal qualidade, sejam eles credores profissionais, como os bancos, ou credores «à força», como os fornecedores ou os trabalhadores). Mas, pese embora as garantias estabelecidas, haverá alguém, na realidade, que, de livre e esclarecida vontade, se disponha a ser credor garantido de um iminente insolvente? Na Proposta de Lei assegura-se que as garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores durante o processo de revitalização com a finalidade de proporcionar meios de financiamento da actividade do devedor se mantêm mesmo quando venha a ser, no prazo de 2 anos, declarada a insolvência (cfr. art. 17.º-H, n.º 1) e que os credores que financiem a actividade do devedor gozam de privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores (cfr. art. 17.º-H, n.º 2). Assegura-se ainda que os negócios jurídicos celebrados no âmbito do processo de revitalização são insusceptíveis de resolução (cfr. art. 120.º, n.º 6).

É, todavia, pouco para assegurar financiamento. Diga-se, para efeitos comparativos, que nos Estados Unidos, a section 364 (d) do *Bankruptcy Code* permite conferir aos créditos que os credores concedam nesta fase (*Debtor in possession financing ou DIP financing*) *lien priming*, isto é, garantias sobre os bens pré-existentes do devedor iguais ou mais fortes do que as

garantias de que gozam os créditos constituídos anteriormente. Como o financiamento é o factor-chave para o sucesso do processo de revitalização basta os credores considerarem insuficientes aquelas garantias para estar ferido de morte o mecanismo concebido pelo legislador para o combate ao «empobrecimento do tecido económico português»<sup>70</sup>.

Uma última palavra para o administrador judicial provisório. Há dúvidas sobre a verdadeira utilidade da sua nomeação em todos os casos e/ou em toda a extensão de poderes. Tal como o *vorläufigen Sachwalter* da lei alemã, o administrador judicial provisório afasta-se do seu homólogo do *Bankruptcy Code* – o *trustee* ou *examiner* –, que é nomeado apenas a pedido dos interessados e intervém exclusivamente com propósitos instrutórios, nomeadamente para investigar se existiu ou existe uma administração fraudulenta ou gravemente negligente por parte do devedor ou dos seus administradores [cfr. section 1104 (a) (1) do *Bankruptcy Code*]. Sobretudo pela restrição que ele representa à livre administração dos bens pelo devedor (cfr. art. 17.º-E, n.º 2) é conjecturável que a sua presença venha a constranger o devedor na sua acção e a prejudicar, mais do que a facilitar, o curso do processo.

### 1.3. A homologação de acordos extrajudiciais de recuperação do devedor

No proposto art. 17.º – I do CIRE prevê-se ainda um instrumento tendente a valorizar (a favorecer) a negociação extrajudicial: a homologação de acordos extrajudiciais de recuperação do devedor. Fundamentalmente, a ideia é a de que os acordos extrajudiciais de recuperação devem poder ser vinculativos para todos os credores mesmo quando concitem o voto de apenas parte deles.

Apesar de aparecer integrado, sob o ponto de vista sistemático, no processo de revitalização, deve entender-se que a homologação de acordos extrajudiciais para recuperação tem alguma autonomia. Ele é o exemplo mais acabado dos *fast track court approval procedures*.

O processo abre a possibilidade de o devedor requerer o suprimento judicial de um acordo de recuperação assinado por credores que representem a maioria dos votos previstos no n.º 1 do art. 212.º do CIRE (cfr. art. 17.º-I, n.º 1)<sup>71</sup>. Tal como no processo anterior, o juiz nomeia logo um administrador judicial provisório, que publica no Portal *Citius* a lista pro-

<sup>70</sup> Cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei., pág. 2.

<sup>71</sup> Tal como aconteceu relativamente ao processo de revitalização, a Proposta de Lei substituiu o termo «procedimento» por «processo».

visória dos créditos (cfr. art. 17.º-I, n.º 2). Convertendo-se a lista em definitiva, o juiz analisa o acordo e decide sobre a sua homologação, devendo, para este efeito, atender especialmente ao disposto para a homologação no âmbito do plano de insolvência, designadamente nas normas dos arts. 215.º e 216.º do CIRE (cfr. art. 17.º-I, n.º 4).

#### 1.4. Os «Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores»

Tanto nas negociações no âmbito de processo especial de revitalização (cfr. o proposto n.º 10 do art. 17.º-D do CIRE) como nas negociações extrajudiciais (apesar de não haver na Proposta de Lei norma que o disponha expressamente), o devedor e os credores devem actuar no respeito dos «Princípios orientadores da recuperação extrajudicial de devedores»<sup>72</sup>. Daí que se justifique esta última referência.

Os Princípios foram aprovados, como se disse, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 43/2011, de 25 de Outubro. Ao nível da substância, e na globalidade, nada há a opor aos Princípios. Como se referiu, eles correspondem com notável fidelidade aos princípios enunciados no «*Global Statement of Principles for Multi-Creditor Workouts*», elaborados pela *INSOL International* e publicados em Outubro de 2000 (os *Insol Principles*)<sup>73</sup>, que estão disponíveis há mais de uma década. Se alguma coisa merece censura é eles terem sido conhecidos e divulgados em Portugal tão tardiamente. Na especialidade, contudo, o Sexto e o Sétimo Princípios podem não ser tão inócuos quanto parecem, acabando por não deixar ao devedor que se esforce por recuperar a empresa grande margem de acção.

O Sexto Princípio determina que «[d]urante o período moratório, o devedor compromete-se a não praticar *qualquer acto* que ponha em causa os direitos e as garantias dos credores (conjuntamente ou a título indi-

<sup>72</sup> Não pode deixar de se comentar a designação. Seria conveniente evitar-se expressões como a de «recuperação do devedor», usada na Exposição de Motivos da Proposta de Lei (cfr. documento cit., págs. 2 e 3) e nas normas propostas para o CIRE (como, por exemplo, na nova norma do n.º 3 do art. 192.º), ou de «revitalização do devedor», usada na epígrafe e no texto dos n.ºs 1 e 2 do art. 17.º-F. É sabido – assumido e divulgado – que os Princípios devem muito aos princípios enunciados no «*Global Statement of Principles for Multi-Creditor Workouts*», elaborados pela *INSOL International* e publicados em Outubro de 2000 (os *Insol Principles*). Sem dúvida que a expressão «*workout*» é de difícil tradução. Ainda assim, haveria palavras mais adequadas na língua portuguesa. Se se dispensar – e é dispensável – a referência ao devedor, a expressão «reestruturação da dívida», muito em voga ultimamente, até no plano internacional, seria uma alternativa aceitável.

<sup>73</sup> O documento pode ser consultado em <http://www.insol.org/pdf/Lenders.pdf>.

vidual), ou que, de algum modo, afecte negativamente as perspectivas dos credores de verem pagos os seus créditos, em comparação com a sua situação no início do período moratório». Em face disto, e sabendo que um *turnaround* implica, muitas vezes, manobras criativas e por isso arriscadas, pergunta-se: terá o empresário a liberdade necessária para salvar a sua empresa?

O Sétimo Princípio estabelece que «[o] devedor deve adoptar uma postura de absoluta transparência durante o período moratório, partilhando *toda* a informação relevante sobre a sua situação, nomeadamente a respeitante aos seus activos, passivos, transacções comerciais e previsões da evolução do negócio». Cumpre perguntar: pode alguém tão fortemente condicionado por uma obrigação de *disclosure* gerir eficazmente uma empresa? Por alguma razão se costuma dizer que o «segredo é a alma do negócio».

Abstraindo destas dúvidas, deve entender-se – repete-se – que os Princípios são uma iniciativa positiva. Têm, evidentemente, as limitações inerentes à sua natureza, isto é, decorrentes da (pouca) força jurídica do documento que os enuncia e da sua configuração como *princípios orientadores*.

15 de Janeiro de 2012

**SUMÁRIO:** Neste estudo são analisados os termos e condições em que pode ter lugar a apensação de processos de insolvência de sociedades em relação de domínio ou de grupo e, principalmente, os efeitos dela emergentes, nomeadamente no que respeita ao destino e administração das massas insolventes.

**ABSTRACT:** This paper deals with bankruptcy judicial proceedings of corporations that, according to the portuguese law, are in group or dominion relationship, analyses the terms and conditions in which they may be annexed and, principally, the effects the annexation produces, namely about the destination and the administration of the bankrupt.

LUÍS A. CARVALHO FERNANDES\*

JOÃO LABAREDA\*\*

## De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)

### I. Introdução

#### 1. Justificação e sequência metodológica

I. Na anotação que fizemos ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas<sup>1,2</sup>, tivemos a oportunidade de nos pronunciarmos sobre o regime da apensação de processos de insolvência, consignado, genericamente, no art. 86.<sup>º</sup> do CIRE, no quadro do que por ele se consideram *efeitos processuais da declaração de insolvência*.

Embora com as características próprias de um trabalho daquele género, aí referenciámos, todavia, múltiplas questões que, desde logo, nos pareceram mais susceptíveis de suscitar maior incerteza na aplicação concreta da nova disciplina da lei.

Concorrem, entretanto, duas razões que nos motivam a voltar ao tema.

\* Professor Jubilado  
da Faculdade de Direito  
da Universidade  
Católica Portuguesa

\*\* Mestre em Ciências  
Jurídicas, Advogado

<sup>1</sup> Luís CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, prevalecendo, nas citações posteriores, a Reimpressão da 2.<sup>a</sup> ed., dada à estampa em 2009.

<sup>2</sup> Doravante designado, simplesmente, por *Código* ou pelo acrónimo CIRE, formado a partir das suas iniciais, pertencendo-lhe todos os preceitos legais referidos no texto sem outra indicação de proveniência, salvo se algo diverso resultar do contexto.

De um lado, está o facto de, em alguns pontos de particular sensibilidade e alcance prático, terem surgido, na doutrina, perspectivas distintas da reflectiva na anotação<sup>3</sup>; por outro, a circunstância de termos vindo a ser solicitados ao mais cabal esclarecimento do pensamento exposto, bem como à resposta a outras dúvidas, algumas, aliás, não exclusivamente emergentes do regime do art. 86.<sup>º</sup>, mas com ele de algum modo relacionadas.

É o que, no domínio das relações intersocietárias, sucede com a questão que respeita a saber se existe, da parte da sociedade dominante, o dever de instruir a administração das sociedades dominadas que se encontrem insolventes, para que iniciem o correspondente processo por apresentação, providenciando pela apensação de processos, designadamente quando ela própria, sociedade dominante, igualmente se apresente, por também estar em situação de insolvência – actual ou iminente<sup>4</sup>.

## II. Justifica-se, então, revisit a matéria.

Em razão do que fica dito, entende-se apropriado proceder à análise geral do regime da apensação, organizando-o na base de quatro referências básicas, a saber: enquadramento, requisitos, legitimidade e efeitos.

O recurso a esta metodologia não será, contudo, suficiente para acudir à questão enunciada na parte final da alínea precedente.

Poderia, é claro, tratar-se dela em capítulo subsequente. Mas, como a exposição seguinte melhor deixará perceber, o tratamento preliminar da problemática correspondente permite fixar elementos em si mesmo úteis para a diluição dos demais pontos em reavaliação. Comporta, nessa medida, uma vantagem suplementar, o que explica que optemos por essa via.

## II. Relações de domínio e de grupo projecção da situação de involvência da sociedade dominada na posição da sociedade dominante

### 2. Relações de domínio e de grupo; notas sumárias

I. Diferentemente do que sucede noutras domínios, mas como seria de esperar e é facilmente comprehensível, o CIRE não reservou para si qualquer conceito próprio de relações societárias de domínio ou de grupo, pre-

<sup>3</sup> Temos concretamente em vista o estudo de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo*, publicado na Revista de Direito das Sociedades, I (2009), 4, págs. 995 e segs..

<sup>4</sup> Cfr. art. 3.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 4, do CIRE.

valecentes para os efeitos de que se ocupa. Utiliza-o, no entanto, embora em termos que não se apresentam completamente coincidentes, como se vê do cotejo entre os arts. 49.º, n.º 2, al. b), e 86.º, n.º 2.

Este último interessa-nos de um modo particularíssimo, uma vez que constitui a sede do regime da apensação de processos de insolvência, que cabe escrutinar.

Cremos que, pelo menos vistas as coisas agora, a diferença será mais aparente do que real, tendo em conta o que sustentámos em texto já publicado, precisamente sobre o âmbito de aplicação do regime das relações de grupo consagrado no Código das Sociedades Comerciais<sup>5,6,7</sup>.

Em todo o caso, a questão é fortemente mitigada pela concorrência de dois factores. Desde logo, está o facto de em ambos os preceitos se fazer apelo à fonte a que deve recorrer-se para extrair o conceito relevante. A mais disso, anota-se a circunstância de a diferença que separa o art. 21.º do Código dos Valores Mobiliários<sup>8</sup> do preceito correspondente do Código das Sociedades Comerciais residir, fundamentalmente – ainda que não em exclusivo –, em, no texto daquele expressamente se contemplar a aplicação dos regimes de domínio e de grupo independentemente da localização da sede das sociedades relacionadas.

Sem embargo, vale a pena salientar o seguinte. O art. 21.º do CVM diz respeito à regulação de particularidades das sociedades abertas, como inequivocamente se vê da respectiva inserção sistemática.

Daí encontrar-se numa relação de especialidade com os regimes comuns de domínio e de grupo consagrados no Código das Sociedades Comerciais para a generalidade das sociedades.

Assim mesmo, aliás, se justifica o recurso subsidiário a esses regimes em todos os aspectos não contemplados directamente pelo dito art. 21.º.

Segue-se daqui, com segurança, que os regimes referenciais sejam os do Código das Sociedades Comerciais e, como tal, a ter em consideração sempre que qualquer norma se refira a relações societárias de domínio ou de grupo sem, do mesmo passo, acrescentar qualquer remissão específica.

II. Isto dito, certo é que no art. 21.º do CVM a caracterização das relações de grupo se faz por justaposição com o Código das Sociedades

<sup>5</sup> Cfr., *v.g.*, os arts. 5.º e 6.º.

<sup>6</sup> Doravante C.S.Com..

<sup>7</sup> Cfr. LUIS A. CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *A situação dos accionistas perante dívidas da sociedade anónima no Direito português*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Setembro 2010, Ano 2, vol. IV, págs. 11 e segs., *maxime*, págs. 28 e segs..

<sup>8</sup> Adiante CVM.

Comerciais, eliminando somente qualquer dúvida que pudesse suscitar-se por consideração do lugar da sede das entidades relacionadas. Quanto à relação de domínio, há uma ampliação do âmbito, que advém sobretudo do facto de nela se abrangerem as situações em que os factores de influência dominante concorrem em pessoa singular ou em qualquer tipo de pessoa colectiva, a mais de uma outra sociedade.

Esclarecido este aspecto, ele não tem, no entanto, especial relevo para a análise subsequente, pelo que não justifica aqui outras considerações.

Importa reter, em todo o caso, que o art. 21.<sup>º</sup> se limita à caracterização das situações, sem, no entanto, nada referir quanto às consequências que delas derivam para as entidades relacionadas, ponto em que, pelo acima advertido, interfere o Código das Sociedades Comerciais.

Há que referenciar o que deste resulta com relevância para a temática *sub iudice*.

III. A primeira nota a destacar é a de, relativamente ao regime de domínio, o Código das Sociedades Comerciais assumir uma postura idêntica à do CVM, ou seja, limitando-se a caracterizá-la sem, contudo, dai retirar qualquer consequência geral. A relevância da relação de domínio é, pois, aferida casuisticamente, em função de determinações específicas da lei que a considerem na sua *fattispecie*, ressalvado somente o que se contém nos arts. 484.<sup>º</sup> e 485.<sup>º</sup> do C.S.Com., visto que a relação de domínio se configura como uma relação de participação qualificada.

Falta, portanto, um acervo normativo que enquadre e integre, de uma forma geral e vinculativa, o relacionamento entre dominante e dominada e, designadamente, defina direitos e deveres de uma e outra em função da relação de participação. Por isso, a não ser quando interfira preceito particular, esse relacionamento desenvolve-se juridicamente nos termos que são característicos da relação entre sócio e sociedade<sup>9</sup>.

As coisas passam-se, porém, de maneira diferente no que respeita à relação de grupo, como se vê da panóplia de preceitos que integram o Capítulo III do Título VI do Código das Sociedades Comerciais. Mas há que distinguir.

<sup>9</sup> Comummente, as normas que apelam à relação de domínio como *fattispecie* da estatuição fazem-no em termos de consolidar ou imputar à sociedade dominante posições que directamente pertencem à dominada, exactamente na presunção de que a influência por aquela exercida sobre esta determina que, de facto, proceda de acordo com os interesses da influente mais do que com os seus próprios. Ocorrem, porém, situações de outro tipo como, *v.g.*, sucede com o art. 6.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3, do C.S.Com..

Com efeito, a relação de grupo, tal como definida e caracterizada pela lei societária, pode fundar-se em duas fontes diversas, a saber: o domínio integral do capital da participada pela dominante – originário ou superveniente<sup>10</sup>; a vontade das entidades relacionadas expressa através de contrato típico.

Nesta segunda modalidade, segundo o que sucessivamente se prevê e regula no art. 492.º, por um lado, e nos arts. 493.º e seguintes, todos do C.S.Com., por outro, ainda há que destrinçar conforme o grupo se organiza entre sociedades independentes que se submetem a uma direcção unitária comum – grupo paritário –, ou antes, tratando-se de sociedades independentes ou não, se ajusta a subordinação da gestão de uma à direcção de outra – grupo subordinado.

Há diferenças assinaláveis sobre pontos que colidem directamente com a questão a dilucidar.

IV. No grupo paritário, as sociedades agrupadas mantêm independência uma da outra, ainda que passem a ser orientadas por uma direcção comum e, por isso, normalmente, com objectivos estratégicos comuns.

Esta, por sua vez, pode traduzir-se na assunção da titularidade dos órgãos de direcção própria pelas mesmas entidades ou pela constituição de um órgão autónomo de direcção ou coordenação comum, no qual, por expresso imperativo legal – cfr. n.º 2 do art. 492.º do C.S.Com. –, as agrupadas devem participar igualitariamente.

O modelo não comporta, pois, qualquer estatuto de supremacia de uma sociedade sobre a outra, o que exclui, por um lado, que qualquer delas tenha a prerrogativa de determinar ou condicionar a gestão da outra ou, sequer, de a instruir e, correspondentemente, por outro lado, mantêm totalmente separadas as esferas de responsabilidade por obrigações próprias assumidas por cada uma das agrupadas.

Ao contrário, no contrato de grupo subordinado, enquanto as sociedades mantenham autonomia jurídico-formal e substantiva, a ponto de poderem dispor de órgãos constituídos por titulares diversos, a gestão da actividade de uma das sociedades (a dirigida) é, por definição, subordinada à gestão da outra (a directora).

<sup>10</sup> Cumprre ressalvar a hipótese de se manter uma relação dominial de grupo mesmo inexistindo a concentração do total do capital social da dominada na titularidade da dominante, mas isso só pode acontecer no caso implicitamente contemplado no art. 489.º, n.º 4, al. c), do C.S.Com.: se, tendo existido uma situação de domínio total, a dominante aliena depois uma fatia da sua participação inferior a 10%.

De sublinhar, todavia, é a circunstância de à constituição da relação dominial de grupo ser sempre essencial a concentração da totalidade do capital na titularidade da dominante.

Ora, manifestação, por exceléncia, deste vínculo de subordinação reside, sem dúvida, na faculdade de a directora instruir a subordinada especificamente quanto aos comportamentos a adoptar no exercício da respectiva actividade, o que é erigido pela lei em matriz essencial do regime deste tipo de relação de grupo, sendo clara a determinação de que as instruções que sejam dadas são de cumprimento obrigatório para a subordinada, a executar pelo seu órgão de gestão e com respeito dos seus precisos termos – *ex vi* do art. 503.º, n.º 1, do C.S.Com..

V. Impõe-se, aqui um par de esclarecimentos complementares, a reter.

Segundo o que resulta do n.º 2 do preceito acabado de referir, salvo estipulação em contrário no contrato de subordinação, as instruções provenientes da sociedade directora podem envolver actos prejudiciais à subordinada e destinados exclusivamente à satisfação de interesses próprios da ordenante. E, ainda quando se trate de instruções para a prática de actos normalmente sujeitos à autorização ou parecer favorável de outro órgão da sociedade subordinada que não sejam concedidos, a instrução é legítima e deve ser cumprida, se repetida, e observados os requisitos referenciados na parte final do n.º 3 do mesmo artigo.

Em corolário, os titulares do órgão de administração da sociedade subordinada não respondem pelo cumprimento das instruções lícitas recebidas – n.º 3 do art. 504.º do C.S.Com.. Mas os gestores da directora devem agir, mesmo com relação à subordinada – e, logo, no plano das instruções que entendam transmitir-lhe –, com a diligência exigida quanto à administração da própria directora, sendo pessoal e directamente responsáveis para com a sociedade subordinada em termos idênticos aos que presidem à sua responsabilidade perante aquela – art. 504.º, n.ºs 1 e 2.

Em nenhum caso, porém, é conferida a faculdade de transmissão de instruções para a prática de actos contrários à lei – *ex vi* da parte final do n.º 2, do art. 503.º do mesmo diploma legal –, o que vale por dizer que, na eventualidade de uma instrução concreta ter esse objectivo ou resultado, não só não será vinculativa para a sociedade subordinada e os seus órgãos, como também estes a não devem satisfazer e, fazendo-o, incorrem nas consequências que, na circunstância, sejam aplicáveis ao ilícito efectivamente praticado.

Sem embargo, mesmo tendo em conta a especial natureza e finalidade do contrato de subordinação, o poder de instrução conferido à sociedade directora configura-se como um verdadeiro direito e não como um dever ou, até, um poder funcional.

Desde logo, é este o entendimento que vai ao encontro do próprio teor literal do preceito legal, não se vislumbrando, aliás, qualquer suporte sólido para uma solução diversa.

É ele também o que mais apropriadamente se adapta ao regime dos n.ºs 2 e 3 do art. 503.º, enquanto admitem a limitação do poder genericamente conferido à sociedade dominante.

Acresce, adrede, que, conquanto realmente importante, o poder de instrução não esgota a panóplia de instrumentos ao dispor da directora para conduzir a gestão da subordinada. Sem nenhuma preocupação de descrição exaustiva, bastará pensar, *v.g.*, na faculdade de definição de estratégias a seguir, fixação de objectivos gerais e específicos, estabelecimento e transmissão de orientações, condicionamento de actos a aprovação prévia...<sup>11</sup>.

De resto, intui-se que a conduta da administração da sociedade subordinada não deva nem possa reconduzir-se à mera execução de instruções recebidas da directora. Não há, na verdade, nenhuma base de sustentação para uma tal asserção.

Mantêm-se, outrossim, os deveres gerais que emergem do art. 64.º do C.S.Com., somente limitados pela obrigação de cumprir as ordens lícitas. Desta sorte, sobram para os gestores da sociedade subordinada toda a iniciativa e o espaço de actuação que não conflituem com elas.

Assim se comprehende, na plenitude, o alcance do citado n.º 3, do art. 504.º: os administradores da sociedade subordinada não respondem por actos ou omissões praticados na execução de instruções lícitas recebidas; respondem, porém, nos termos gerais, por todos os outros, exactamente porque têm, eles mesmos, o poder de os praticar ou não, cabendo-lhes, livremente a decisão.

VI. Por expressa determinação do art. 491.º do C.S.Com., «aos grupos constituídos por domínio total aplicam-se as disposições dos artigos 501.º a 504.º e as que por força destes forem aplicáveis».

Em consequência, no que aqui mais importa ter presente, prevalecem, por um lado, o poder de dar instruções – neste caso a cargo da sociedade dominante –, e a correspondente responsabilidade pelas obrigações que

<sup>11</sup> O que fica dito não exclui, no entanto, admitir que, à vista dos objectivos concretos que um vínculo de subordinação possa assumir e face ao ditame geral do citado art. 504.º, n.º 1, são concebíveis situações em que a realização cabal dos deveres de administradores da sociedade directora exija a transmissão de instruções concretas à subordinada. Tal circunstância não é, todavia, suficiente, para alterar a natureza jurídica da realidade *sub iudice*.

O que se passa é que, com o direito de instruir concorrem deveres de gestão com que tem de conciliar-se e que, de algum modo, o conformam no seu exercício concreto.

vinculam a sociedade dominada. Do mesmo passo, os administradores desta estão sujeitos ao cumprimento das ordens lícitas que recebem, ficam excluídos da responsabilidade pelo que pratiquem ou omitam, em conformidade, mas mantêm toda a competência que é própria dos titulares da gestão em tudo quanto não colida.

Curiosamente, esta apropriação, pura e simples, do regime traçado para a relação de grupo sustentado na subordinação concorre para solidificar – se necessário fosse – a justeza da solução acabada de defender quanto à posição dos administradores da sociedade sujeita.

Realmente, no âmbito do grupo subordinado, ainda se poderia invocar ser da sua natureza a sujeição de uma sociedade à outra e, desde aí, induzir a ideia do constrangimento absoluto à actuação dos administradores da primeira.

Por outro lado, embora não haja nenhuma exigência legal nesse sentido, aceitar-se-á que, por regra, a subordinação se justifique quando dela nasçam sinergias de gestão, e isso decorrerá, normalmente, de uma certa afinidade entre as actividades das sociedades que se agrupam, o que, a jusante, conferiria, por assim dizer, uma fundamentação acrescida ao poder de instrução, confortado pela *habilidade* razoavelmente presumida dos administradores da sociedade directora.

Mas, consabidamente, as coisas nem sequer são assim no grupo fundado ao domínio integral, como a experiência comum da vida frequentes vezes revela. Seria, por isso, totalmente desapropriado que o poder de instrução se configurasse aí como um dever e não como um verdadeiro direito<sup>12</sup>.

VII. Aqui chegados, justifica-se uma nota adicional sobre o regime da relação de domínio, que, face ao exposto, se comprehende agora melhor.

Com efeito, em nenhum preceito legal pertinente se acolhe, em sede das relações entre dominante e dominada, algo de equivalente ou, sequer, próximo ao verificado nos grupos subordinado e de domínio total, quer quanto a poderes de instrução, quer quanto a eventual responsabilidade directa da primeira por obrigações da segunda, que se funde, simplesmente, na própria relação intersocietária<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Sublinhe-se, para prevenir tentações, a inexistência do mais pequeno sinal ou indício, nem na letra, nem no espírito da lei, para viabilizar significado e alcance diversos do poder de instrução segundo as tipologias de grupo em presença.

<sup>13</sup> Não está excluída essa responsabilidade por dívidas concretas, mas isso pressupõe um procedimento próprio da sociedade dominante que seja, ele mesmo, a base da vinculação. A este propósito merece, aliás, destaque, o regime especialmente favorável que emerge do já atrás recordado art. 6.º, n.º 3, do C.S.Com..

Assim, qualquer instrução eventualmente emanada da sociedade dominante e dirigida à dominada é juridicamente ilegítima, visto não estar suportada em dispositivo legal que a fundamente.

A consequência imediata é a de que os destinatários não estão obrigados a respeitá-la, podendo ignorá-la, desobedecer-lhe ou até agir contra, sem que daí, no plano do Direito, possa resultar qualquer situação desfavorável<sup>14</sup>. Mas, além disso, se actuarem segundo a instrução, fazem-no sempre por exclusiva conta e risco, não podendo invocar a ordem para se eximir de eventuais responsabilidades que a actuação adoptada envolva.

### 3. Relações de domínio e de grupo; efeitos da situação de insolvência

I. Perante a diversidade que resulta da análise precedente, emergem, para a sociedade dominante, conforme os casos, distintos impactos da situação de insolvência que se verifique com relação à sociedade sob influência.

Assim, ao nível do activo patrimonial, ela repercute-se directamente nas situações de domínio, simples ou total, mas não se projecta no âmbito das relações emergentes do grupo paritário nem, sequer, do grupo subordinado.

Vistas, porém, as coisas, do lado do passivo patrimonial, a situação é irrelevante no domínio simples e no grupo paritário, mas não o é, de todo, nas relações de grupo fundadas em domínio total ou em vínculo de subordinação.

É certo que a insolvência das sociedades subsidiárias integrais ou subordinadas não altera, por si mesma, a dimensão da responsabilidade da dominante ou directora, mas modifica-lhe os termos, nomeadamente no que respeita à exigibilidade e exequibilidade, tendo em conta, por um lado, que a declaração de insolvência importa, *ipso iure*, o vencimento de todas as obrigações da insolvente, conforme o art. 91.º, n.º 1, do CIRE, e, por outro, o regime consagrado no art. 82.º, n.º 2, al. c), do mesmo diploma<sup>15</sup>.

Noutro plano, a insolvência da sociedade dominada deixa intocada a qualidade de sócia da sociedade dominante, que só desaparece quando a insolvente for definitivamente liquidada no processo ou, sendo o caso, se vier a ser aprovado, homologado e executado um plano de insolvência que implique a perda dessa posição.

<sup>14</sup> Em concreto, a desconformidade do comportamento da administração da dominada com a instrução recebida não é, em si mesma, relevante para efeitos de responsabilidade, nem constitui, sem mais, justa causa de destituição.

<sup>15</sup> Para desenvolvimentos sobre este último ponto, pode ver-se, no nosso estudo citado, *A Situação dos Accionistas*, págs. 62 e segs..

Já no que respeita aos grupos paritário e de subordinação, a declaração de insolvência de qualquer das agrupadas, uma vez que constitui causa de dissolução imediata da insolvente, de acordo com o art. 141.º, n.º 1, al. e), do C.S.Com., é, por igual, causa de extinção do contrato, nos termos conjugados dos arts. 506.º, n.º 3, al. a), e 492.º, n.º 5, do mesmo Código.

Sem embargo, tendo em conta a multiplicidade dos seus efeitos, resulta, todavia, que a insolvência da sociedade sob influência se projecta sempre sobre a posição jurídica da sociedade influente.

II. E se a insolvência respeitar à sociedade dominante, *quid iuris* quanto à situação da sociedade sob influência?

Também há repercussões.

Tratando-se de relação de grupo paritário ou de subordinação, igualmente ocorre causa de cessação do contrato fonte, pelos mesmos motivos e fundamentos que procedem na hipótese contrária.

Por sua vez, nos grupos de subordinação e de domínio é imediatamente afectada a possibilidade de exercício da responsabilidade da dominante que protege a dominada e os seus credores. E quanto ao poder de instrução, que se mantém na relação de domínio, visto que esta permanece em razão da manutenção da titularidade do capital da dominada, ele continuará a cargo dos administradores da dominante ou transitará para o administrador da insolvência, conforme a administração da massa insolvente seja ou não confiada à devedora, ao abrigo do regime fixado nos arts. 223.º e seguintes do CIRE.

Já quanto à relação de domínio simples, a insolvência da dominante não produz efeitos jurídicos directos, embora nela – como, por maioria de razão, sucede quando a titularidade é integral – se crie, de facto, a situação que é própria dos casos em que os sócios determinantes não estão em condições de apoiar economicamente a sociedade a que pertencem.

#### 4. Relações de domínio e de grupo; dever de requerer a declaração de insolvência

I. De acordo com o art. 18.º, n.º 1, do CIRE, toda a sociedade que se encontre em situação de insolvência e a conheça deve, em prazo muito curto, requerer a respectiva declaração judicial<sup>16,17</sup>.

<sup>16</sup> Cabe uma advertência para a presunção de conhecimento, *iuris et de iure*, estabelecida no n.º 3 do mesmo preceito.

<sup>17</sup> À instauração do processo judicial equivale, porém, o desenvolvimento do procedimento de conciliação, previsto e regulado no Dec.-Lei n.º 316/98, de 20 de Outubro, com a

Como tivemos oportunidade de escrever na anotação ao artigo citado, estamos, realmente, em presença de «um dever autónomo em sentido técnico próprio», cujo incumprimento arrasta «uma panóplia de consequências muito gravosas que atingem o devedor incumpridor»<sup>18</sup>.

Tal dever, segundo a combinação expressa do art. 19.º do CIRE, há-de ser satisfeito, tratando-se de sociedades, *pelo órgão social incumbido da administração*.

Ora, será este quadro normativo constitutivo da obrigação, para a dominante, de instruir a dominada, que esteja em situação de insolvência<sup>19</sup>, no sentido de que esta se apresente, instaurando o competente processo?

II. Note-se que a questão é independente do estado económico-financiero da própria sociedade dominante. Por outras palavras, ele pode colocar-se esteja ou não a entidade proeminente da relação intersocietária, ela própria, em situação de insolvência e, estando, pretenda ou não cumprir, para si, a obrigação que emana do art. 18.º, n.º 1, do CIRE.

Há um conjunto de razões sérias e suficientes que, a nosso ver, determinam uma resposta negativa.

Mas antes de as escrutinar, vale a pena deixar algumas observações que se dirigem à melhor compreensão global da situação e prevenção de dúvidas conexas.

III. Desde logo, a interrogação só faz sentido quando, em geral, a sociedade *influente* tenha competência legal para instruir.

Isso, contudo, como se viu, não sucede nas relações de simples domínio nem nas de grupo paritário, pelo que, liminarmente, elas ficam excluídas.

Remanescem então as relações de grupo subordinado e de domínio integral, em que o poder de instrução existe nos termos do art. 503.º do C.S.Com..

Aí, cumpre fixar o seguinte.

redacção do Dec.-Lei n.º 201/2004, de 18 de Agosto, segundo o que decorre do seu art. 1.º, n.º 4.

A propósito, veja-se a nossa anotação *in Código da Insolvência*, cit., pág. 924.

<sup>18</sup> *Código da Insolvência*, cit., pág. 124.

<sup>19</sup> Importa recordar que insolventes são as sociedades relativamente às quais concorra alguma das situações caracterizadas nos n.os 1 e 2 do art. 3.º do CIRE, apesar de este último ser *temperado* pelo seguinte n.º 3.

Não pode, além disso, esquecer-se que, no caso de apresentação obrigatória para as sociedades pela combinação do citado art. 18.º, n.º 1, à insolvência actual é equiparada a que seja meramente iminente. Sobre este ponto em particular, cfr., o nosso *Código da Insolvência*, cit., págs. 71 e 72.

A administração da sociedade dominada ou dirigida tem, por si, o dever de promover a apresentação, conforme linearmente resulta da conjugação dos arts. 18.º e 19.º do CIRE.

Por isso, e face aos contornos do poder de instrução, não é legítima qualquer ordem eventualmente emanente da sociedade dominante que inste a dominada a não cumprir esse dever. A administração da destinataria não tem de a acatar e, se o fizer, não se exime à responsabilidade inerente à violação do dever, nem preserva a sociedade insolvente das consequências que, para ela, daí resultam.

Neste plano, merece destaque o regime de administração da massa insolvente que se recolhe do já citado art. 224.º do CIRE, *maxime* por referência ao seu n.º 2, al. d), o qual, no que especialmente interessa, se enuncia, em síntese, da seguinte forma: no caso em que a insolvência seja requerida por outro legitimado que não o devedor, a atribuição pela sentença declaratória da administração da massa ao próprio insolvente, a mais da verificação dos restantes pressupostos, depende do acordo do requerente, que é totalmente discricionário na sua decisão.

Este aspecto não é, certamente, despiciendo, sobretudo quanto se intente obter uma solução diferente da liquidação universal dos bens da insolvente, já que, para esse efeito, se revela frequentemente decisivo o facto de a administração da massa continuar confiada ao devedor, normalmente em muito melhores condições do que o administrador da insolvência para a preservar e orientar em ordem a alcançar o desiderato pretendido.

Mas há ainda um outro ponto da maior importância a ter em conta. É que, em face do estatuído no art. 20.º, n.º 1, do CIRE, a sociedade dominante, porque é responsável legal pelas dívidas da dominada em qualquer das hipóteses relevantes – grupo dominial ou subordinado –, tem sempre legitimidade para, ela mesma, promover a declaração de insolvência da dominada, sem, portanto, necessidade de agir sobre esta<sup>20,21</sup>.

Por assim ser, o significado prático do problema que, finalmente, é hora de dilucidar reside em saber se, do facto de a dominante não instruir a dominada insolvente para que se apresente podem resultar para ela – ou titulares dos seus órgãos – consequências desfavoráveis, o que, a suceder,

<sup>20</sup> Cfr. art. 6.º, n.º 2, do CIRE.

Sobre a noção de responsável legal e a integração nela da situação decorrente da relação de domínio, *vd. Código da Insolvência*, cit., pág. 87, e *A Situação dos Accionistas*, cit., pág. 65.

<sup>21</sup> Aqui sem o inconveniente acabado de apontar quanto à necessidade de acordo do requerente para a atribuição da administração da massa ao devedor, exactamente por o requerente ser a dominante e ter o controlo absoluto da situação .

em todo o caso se antevê mitigado para a hipótese de a dominante promover a sua própria declaração de insolvência.

Mas, como ficou anunciado, há razões para rejeitar a existência do dever *sub iudice*.

IV. Uma primeira prende-se com o próprio teor literal do art. 19.º do CIRE. Não há nele nenhum indicador nem vestígio que, mesmo por recurso a interpretação extensiva, aponte no sentido de conferir aos titulares dos órgãos sociais da sociedade dominante qualquer atribuição relacionada com o cumprimento do dever de apresentação de sociedades dominadas.

Poderia pensar-se que o argumento nada vale, a partir da ideia de que o preceito se limita a determinar a competência para apresentação, sem minimamente se *imiscuir* nos elos que vinculam os titulares da administração da dominada nem em poderes ou deveres que terceiros tenham perante ela.

Mas não é assim.

A lei podia sempre, sem dúvida, a mais do que prescreve, cominar deveres de actuação para os órgãos de entidades dominantes, ainda que apenas ao nível dos seus poderes perante a sociedade dominada, e seria até normal que o fizesse se tivesse perspectivado e querido imputar-lhes alguma obrigação neste domínio.

Com efeito, não só a relevância das relações de grupo está presente em outros locais e momentos do *Código*, como, tratando-se do dever de apresentação, há que ter em conta que o seu incumprimento faz presumir insolvência gravemente culposa e esta pode atingir, nos seus efeitos, pessoas além do devedor e dos titulares dos seus órgãos<sup>22</sup>.

Por isso, o silêncio da lei não é, de todo, despiciendo, no mínimo pelo que significa de não se ter acolhido, nesta sede, nenhum dever especial a cargo da sociedade dominante (da sua administração).

Exactamente a este propósito, ressalta, de forma determinante, a natureza jurídica que vimos revestir o poder de instrução concedido à dominante, nos termos do art. 503.º do C.S.Com.. O facto de, como se demonstrou, se tratar de um verdadeiro direito subjectivo da dominante, de exercício não vinculado, afasta a ideia de nele se fundar a necessidade normativa de ordenar à dominada insolvente a promoção do respectivo processo.

Valha a verdade, uma tal imposição sempre seria inútil. É que o dever de apresentação onera directamente os administradores da sociedade dominada insolvente, é independente de quaisquer considerações ou cir-

<sup>22</sup> Cfr. arts. 186.º, n.º 3, al. a), e 189.º, n.os 1 e 2, ambos do CIRE.

cunstâncias relativas à relação de grupo e imune a elas, de maneira que, como também ficou dito, não pode ser postergado nem aligeirado na base de um qualquer eventual comportamento hostil da dominante. Por isso, uma instrução da dominante nada traria de novo, nada acrescentaria, nem modificaria, limitando-se a um ordenar fazer aquilo a que, por imperativo legal, a administração da dominada já está obrigada.

Por outro lado, tendo a dominante, na qualidade de responsável legal, legitimidade para a abertura do processo, mais eficaz do que determinar a apresentação é o exercício do direito de acção, apresentando o correspondente requerimento.

De sorte que o recurso ao poder de instrução não se configura sequer como um meio ou instrumento necessário para que se alcance o objectivo da lei, de providenciar atempadamente pela solução das situações de insolvência que se verifiquem quanto a sociedades subordinadas ou integralmente dominadas.

V. Há ainda uma nota mais a acrescer. Prende-se com a avaliação das vantagens que a efectiva declaração de insolvência da dominada possa trazer à dominante.

Parecendo, porventura, espúrio, este aspecto não é de desprezar, tendo presente que, por regra, o poder da dominante lhe permite instruir a dominada exclusivamente no interesse da ordenante e até com prejuízo da destinatária.

A verdade é que, apesar de a declaração de insolvência da dominada comportar sempre, para a dominante, a vantagem de fixar os limites da sua responsabilidade ao abrigo do art. 501.º do C.S.Com.<sup>23</sup>, não é sequer seguro que, numa óptica global, o resultado seja favorável.

Tenha-se presente que, proferida a sentença declaratória, todas as obrigações, mesmo as originariamente de longo prazo, se tornam imediatamente vencidas e, logo, directamente exigíveis à dominante na qualidade

<sup>23</sup> A partir da declaração de insolvência – e, pelo menos, enquanto o processo durar –, mesmo que a administração da massa continue confiada à devedora, a dominante não pode ser razoavelmente responsável pelas novas obrigações que sejam contraídas, com fundamento no regime contido no preceito indicado da lei societária.

Com efeito, estando o processo de insolvência sujeito às respectivas regras e finalidade, é claro que a dominante deixa de ter qualquer possibilidade, de direito e de facto, de exercer a influência dominante própria de sócia única ou sociedade directora que é sustentáculo da responsabilidade.

Não pode mais, designadamente, transmitir qualquer instrução vinculativa.

de responsável, o que, em extremo, pode até, por arrasto, tornar-se num factor de quebra desta última<sup>24</sup>.

Ora, sem que isto possa ser observado como um elemento decisivo, porque, verificada a insolvência, nasce o dever de apresentação, não deixa, todavia, de evidenciar que, mesmo numa perspectiva *utilitarista*, que não é aqui despicienda, seria negativa a oneração da dominante com um dever especial de instrução dirigível à dominada para que promova a declaração da sua própria insolvência.

Tudo concorre, pois, para rejeitar um tal dever.

VI. Isto dito, e a benefício do que melhor será esclarecido no capítulo seguinte, correndo separados processos de insolvência de uma sociedade dominante e de sociedades dominadas, a eventual apensação decorrerá sempre da iniciativa do administrador da insolvência, pelo que às sociedades interessadas só resta a possibilidade de o tentar convencer da bondade da solução por que pugnam, sem, todavia, lhes caber qualquer poder processual decisivo para o efeito.

### III. Regime da apensação de processos de insolvência

#### A) Enquadramento

##### 5. Breve nota histórica

I. Salvo quanto a pessoas casadas entre si em regime matrimonial que não seja o de separação de bens<sup>(25)</sup>, a figura da apensação constitui o único expediente admitido pelo CIRE para viabilizar o *seguimento*, em conjunto, de processos de insolvência que atingem entidades jurídicas distintas.

Abandonou-se, assim, a opção adoptada pelo Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao introduzir, então, um novo n.º 3 no art. 1.º do Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência<sup>(26)</sup>, segundo o qual, «sem prejuízo dos efeitos patrimoniais da existência

<sup>24</sup> Se isto se pode dizer, a situação é, sobretudo, sensível nos casos em que a insolvência está ligada directamente à relação entre activo e passivo da devedora, mas não à sua liquidez e crédito, com correspondente capacidade de continuar a solver a generalidade das obrigações assumidas, ainda que, porventura, com o apoio da própria dominante.

<sup>25</sup> Vd. art. 264.º.

<sup>26</sup> Doravante CPEREF.

de personalidade jurídica distinta, é permitida a coligação activa ou passiva de sociedades que se encontrem em relação de domínio ou de grupo, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ou que tenham os seus balanços e contas aprovados consolidadamente».

Con quanto não tenha merecido nenhuma referência específica na exposição de motivos constante do diploma preambular que aprovou o Código, este não deixa de ser um seu traço marcante, nomeadamente na comparação com o seu antecedente, na última versão vigente do mesmo<sup>27</sup>.

Vale a pena sublinhar o facto de, mesmo quando era admitida a coligação segundo o exposto, a lei ter sentido a necessidade de salvaguardar inequivocamente os efeitos patrimoniais decorrentes da autonomia de personalidade jurídica de cada uma das sociedades então sujeitas à falência, embora a menção se tenha quedado nesses termos exíguos, sem outros desenvolvimentos.

Esta circunstância justificou que, na anotação então feita ao CPEREF, tivéssemos procurado equacionar e esclarecer as dúvidas que entendemos mais prementes, suscitadas na aplicação concreta do preceito. Entre elas, pela sua importância particular, recordamos, precisamente, a respeitante à situação das massas patrimoniais pertencentes a cada um dos insolventes que, apoiados na própria letra da lei, defendemos manterem-se separadas ao longo de todo o processo, e apesar da coligação de insolventes, solução

<sup>27</sup> Deve ficar claro que a ausência, no CIRE, de uma norma equivalente à citada do CPEREF exclui, com segurança, a possibilidade de recurso à coligação.

Há quatro razões determinantes que ancoram esta conclusão.

Imediatisticamente, claro, a comparação com a lei precedente, tendo, para mais, em conta, a evolução histórica que conduziu à sua última versão, e, até, a respectiva justificação expressamente referenciada no preâmbulo do Dec.-Lei n.º 315/98; depois, o facto de o CIRE ter, por oposição, previsto e regulado uma situação (única) de coligação, da qual, precisamente, trata o preceito citado na nota anterior; mas, com carácter mais decisivo, está o facto de, atentos os requisitos gerais do art. 30.º do Código de Processo Civil – que, consabidamente, é subsidiário do CIRE, nos termos expressos do art. 17.º deste último – não se viabiliza, à falta de norma especial, a coligação de sorte a envolver num único processo mais de um devedor insolvente; o que, de resto, e por último, sai reforçado pelo facto de ter, entretanto, sido revogado o n.º 4 do citado art. 30.º do Código de Processo Civil que, antes da norma introduzida pelo Dec.-Lei n.º 315/98 no CPEREF, tinha admitido a coligação em processos de recuperação e de falência de sociedades em relação de grupo – versão do Dec.-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, e Dec.-Lei n.º 180/96, de 25 de Setembro.

Será, sem embargo, possível a mera coligação de autores quando se trate de acção de insolvência dirigida contra um único devedor por impulso de vários legitimados, segundo o art. 20.º, n.º 1, do CIRE.

esta que adiantámos ser comum aos casos de falências derivadas e conjuntas, ao tempo reguladas nos arts. 126.<sup>º</sup> a 126.<sup>º</sup>C do CPEREF (28).

II. Esta brevíssima incursão pelo Direito pregresso é, todavia, já suficiente para ajudar a compreender devidamente o sentido e alcance gerais a atribuir ao art. 86.<sup>º</sup> do CIRE, que é mister analisar. Fundamentalmente, manifesta-se, de maneira clara, a ideia de improriedade de soluções que pudessem ter como resultado um regime de apensação mais pródigo, nos seus efeitos, do que o que permitia a abandonada coligação.

Apesar do silêncio do legislador, intui-se que na base da escolha legislativa estarão motivos que se prendem com o proclamado objectivo de favorecer a simplificação, celeridade e eficiência processuais – naturalmente afectadas por insolvências conjuntas –, mesmo com pontual sacrifício de outros interesses relevantes.

## 6. A desjudicialização do processo

I. Estas mesmas preocupações justificam também outras opções muito significativas, tendencialmente transversais, e que contendem com a temática que nos interessa.

Reportamo-nos especificamente à denominada desjudicialização do processo, sobretudo no que ela, em geral, implica na *contenção* da competência do juiz e na correspondente extensão dos poderes do administrador da insolvência, por regra insindicáveis.

Justifica-se, a propósito, ter presente algo do que se plasmou na exposição de motivos, constante do diploma preambular, destacando as seguintes passagens, que constam do seu n.º 10: «A afirmação da supremacia dos credores no processo de insolvência é acompanhada da intensificação da desjudicialização do processo».

«Por toda a parte se reconhece a indispensabilidade da intervenção do juiz no processo concursal, tendo fracassado os intentos de o desjudicializar por completo. Tal indispensabilidade é compatível, todavia, com a redução da intervenção do juiz ao que estritamente releva do exercício da função jurisdicional, permitindo a atribuição da competência para tudo o que com ela não colida aos demais sujeitos processuais».

<sup>28</sup> Cfr. Luís A. CARVALHO FERNANDES e João LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 3.<sup>a</sup> ed., 2.<sup>a</sup> reimpressão, Quid Juris, Lisboa, 2000, págs. 60 e segs..

E acrescenta-se mais adiante: «Ainda na vertente da desjudicialização, há também que mencionar o desaparecimento da possibilidade de impugnar junto do juiz tanto as deliberações da comissão de credores (que podem, não obstante, ser revogadas pela assembleia de credores), como os actos do administrador da insolvência (sem prejuízo dos poderes de fiscalização e de destituição por justa causa)».

A materialização destas intenções no desenvolvimento do plano do CIRE, nos seus institutos, mecanismos e providências concretas, não procede, em absoluto, de forma radical. Há espaços para desvios e ajustamentos<sup>29</sup>. Além disso, não pode perder-se de vista a função que, em geral, compete ao juiz de velar pelo respeito da legalidade.

Sem embargo, elas consubstanciam uma matriz nuclear de todo o pensamento legislativo e, consequentemente, uma referência incontornável na hermenêutica interpretativa do *Código*.

II. A orientação geral que se extrai pode exprimir-se, de um modo sintético, nas seguintes proposições: na falta de norma particular que os condicione ou limite, os poderes conferidos ao administrador da insolvência, embora temperados, em geral, pela finalidade do processo, devem entender-se auto-suficientes, discricionários e insindicáveis; quanto ao juiz, no que transcenda o exercício da função jurisdicional, concretizada na definição dos direitos dos sujeitos processuais – onde ela seja necessária –, remanesce, fundamentalmente, a fiscalização da legalidade do processo e seus actos, nas suas múltiplas manifestações, o que implica o poder de sindicar a verificação dos pressupostos exigidos sempre que é chamado a intervir.

## 7. A apensação como efeito da declaração da insolvência

I. Fixados estes objectivos gerais, justificam-se ainda observações complementares orientadas para o bom enquadramento da figura da apensação de outros processos de insolvência.

A sede legal do regime localiza-se no art. 86.º, preceito este, que, por sua vez, se insere no Capítulo II do Título IV que o *Código* dedica aos efeitos processuais da declaração de insolvência.

Esta colocação sistemática é coerente com o carácter residual e a função acessória que se quis reservar à figura, segundo o que decorre do acima exposto.

<sup>29</sup> Cfr., v.g., os arts. 161.º, n.ºs 4 e 5, e 207.º, n.º 1, als. b) e c).

Por outro lado, a benefício do que melhor se verá, a apensação, nos limites em que é admitida, configura-se como um efeito eventual e não automático da declaração de insolvência. Não, é claro, no sentido da des-necessidade de concorrência dos pressupostos substantivos para que opere; mas no de, verificados que estejam, se impor, não obstante, uma actuação autónoma concretamente dirigida a obtê-la para que possa concretizar-se.

Na ausência desse comportamento constituinte, o processo segue a singelo, sem qualquer vicissitude ou incidência inerentes à ampliação da sua abrangência.

II. Esta característica distingue a apensação, de que cuidamos, entre a panóplia de efeitos processuais da declaração de insolvência, os quais são, por regra, de produção automática, como se vê dos arts. 85.º, 87.º e 89.º do CIRE.

Precisamente entre estes efeitos reside uma apensação de outro tipo, que incide sobre as acções, em curso no próprio tribunal ou noutras instâncias, em que se apreciem questões relativas a bens compreendidos na massa, ainda que dirigidas contra outrem que não o devedor, mas cujo resultado possa influenciar o valor daquela.

Trata-se, porém, de uma situação profundamente diferente, em que tanto o objecto como as razões imediatamente fundamentantes são muito diversas, nunca se dirigindo à cumulação subjectiva sustentada na insolvência de terceiros.

Por isso, quando os pressupostos da apensação regulada no art. 85.º se preenchem com relação a processos em que interferem entidades em relação de domínio ou de grupo com a insolvente, só as acções em que tal sucede são apensadas, exactamente porque só elas podem relevar para o valor da massa que a insolvência determinou ficasse afecta à satisfação dos interesses dos credores.

## B) Requisitos

### 8. Substantivos

I. A mera leitura dos diferentes números do art. 86.º é suficiente para revelar a possibilidade de a apensação fundada na insolvência respeitar a entidades de distinta natureza. São, com efeito, atingíveis os insolventes que sejam responsáveis legais daquele em cujos autos se materializa a apensação, independentemente de se tratar de pessoas singulares ou colectivas – e, neste caso, quais –, o cônjuge casado em regime que não seja a

separação de bens e as sociedades que se encontram em relação de domínio ou de grupo com a insolvente do processo principal.

Por ser, sem dúvida, a que mais dificuldades suscita, centramo-nos na consideração desta última situação, sendo que os requisitos da apensação são genericamente extensivas a todas elas, com a especificidade que respeita às características dos insolventes.

Precisamente neste domínio, a lei, como o seu texto inequivocamente deixa perceber, enuncia duas exigências que respeitam, por um lado, à natureza jurídica da insolvente no processo principal e, por outro, à da relação por ela mantida com as entidades insolventes nos processos apensáveis.

Quanto à primeira, a insolvente tem de ser uma sociedade comercial; no mais, a relação societária exigida terá de ser, necessariamente, de domínio ou de grupo, como tal tipificada e qualificável, nos termos que constam do Código das Sociedades Comerciais.

Com efeito, da necessária articulação entre os n.ºs 1 e 2 do citado art. 86.º, imposta pela remissão neste contida para aquele, resulta uma prescrição que se pode exprimir nos seguintes termos: a requerimento do administrador da insolvência, são apensados aos autos em que é insolvente uma sociedade comercial os processos em que tenha sido declarada a insolvência de sociedades que, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ela domine ou que com ela se encontrem em relação de grupo<sup>30</sup>.

Por detrás da singeleza do texto sobram questões que merecem esclarecimento.

II. Uma delas respeita ao significado da expressão *sociedade comercial* qualificante da entidade declarada insolvente no processo principal.

Segundo o art. 1.º, n.º 2, do C.S.Com., as sociedades comerciais caracterizam-se pelo seu objecto e forma mercantis. É a elas que primariamente se dirige esse diploma legal.

Porém, conforme também se estipula no n.º 4 do mesmo preceito, esse Código é igualmente aplicável, sem qualquer reserva, às sociedades que, não tendo embora objecto mercantil, adoptem, no entanto, um dos tipos enumerados no n.º 2: as chamadas sociedades civis sob forma comercial.

Isto significa, portanto, que toda a disciplina legal das relações inter-societárias e, dentro delas, em especial as de domínio e de grupo que aqui

<sup>30</sup> Quanto à apensação motivada pela responsabilidade legal pelas dívidas, tenha-se especialmente presente o que, para a caracterização deste vínculo, se consigna no art. 6.º, n.º 2, do CIRE.

particularmente interessam, é extensiva às ditas sociedades sob forma mercantil.

Ora, não se antevê a mais pequena razão para, querendo a lei substantiva sujeitar, por igual, à disciplina mercantil, sociedades comerciais em sentido estrito e outras sociedades sob forma comercial, em sede de processo de insolvência, e para efeitos de apensação de processos, se relevasse a diferença que advém da natureza do objecto.

É, por isso, para nós claro que o regime da apensação de que cuidamos é igualmente aplicável quer as sociedades declaradas insolventes nos respectivos processos sejam – todas ou algumas delas – comerciais em sentido próprio e rigoroso ou, *simplesmente*, civis sob forma comercial, organizadas segundo uma dos tipos indicados no citado art. 1.º, n.º 2.

III. Outra questão, de não menor importância e alcance, tem a ver com o tipo de relação de grupo relevante para legitimar a apensação.

O problema coloca-se a partir dos efeitos que a declaração de insolvência de uma das sociedades relacionadas produz sobre a continuidade própria da relação.

Como vimos no Capítulo precedente, ela é inócuia na relação de base dominial porque não altera a titularidade das participações sociais representativas do capital social, nem da insolvente nem da com ela relacionada.

Mas não é assim nas relações de base contratual, trate-se de grupo paritário ou de subordinação. Aí, a verificação da insolvência de qualquer das sociedades coligadas constitui causa de caducidade da relação grupal, a qual opera *ipso iure*, segundo o que decorre das disposições combinadas do art. 506.º, n.º 3, al. a) – directamente aplicável à relação de grupo paritário por imperativo do art. 492.º, n.º 5 – e art. 141.º, n.º 1, al. e), todos do C.S.Com..

Dir-se-ia assim que, requerendo a apensação a existência de uma relação de grupo ao tempo em que opera, esta deve sempre e só assentar numa base dominial.

Concorrem, porém, fortes argumentos interpretativos que apontam noutra sentido.

IV. Desde logo, está o teor literal do n.º 2 do art. 86.º do CIRE, *sub iudice*. Com efeito, nenhuma distinção aí se faz quanto às modalidades da relação de grupo, induzindo-se a ideia de igual tratamento para todas.

E o certo é que este pensamento é apoiado pela utilidade do texto normativo, visto que, se a referência à relação de grupo se devesse conter no grupo suportado na titularidade do capital, nada se adiantaria a mais da referência à relação de domínio, já anteriormente contida e coberta no

preceito. Na verdade, a titularidade integral do capital configura a relação de domínio por excelência, e, por isso, não deixaria nunca de suportar a apensação fundada no art. 86.º, se o texto do n.º 2 se bastasse com a referência à necessidade de uma relação de domínio entre as insolventes do processo principal e as dos processos a apensar.

Acresce uma razão de peso que se prende com o processo legislativo.

Realmente, o art. 86.º do CIRE corresponde, com alguns ajustamentos, ao art. 9.º do seu Anteprojecto<sup>31</sup>, um dos quais, precisamente, colide com a problemática em análise.

Com efeito, rezava o seu n.º 2: «O mesmo se aplica, sendo o devedor uma sociedade comercial, relativamente aos processos de insolvência de sociedades que, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ela domine ou com ela se encontrem em relação de grupo paritário».

Fazendo o cotejo com a versão definitiva da lei, fácil é constatar que a diferença reside no facto de se ter suprimido o vocábulo *paritário*, que surgia como última palavra no texto do Projecto, a qualificar a relação do grupo aí havida como relevante para fundamentar a apensação.

Por isso, a ter-se mantido integralmente o proposto, seria natural entender-se que só nos casos de relação de grupo paritário, entre a sociedade insolvente no processo principal e a sociedade insolvente no processo a agregar, a apensação seria possível.

Seria uma solução incompreensível, exactamente por ser aí que a relação de grupo menos justificaria um seguimento conjunto dos processos dos agrupados, por não existir responsabilidade de qualquer delas pelas obrigações da outra.

V. Bem andou, consequentemente, o legislador com a eliminação a que procedeu.

Mas, se o objectivo tivesse sido o de reservar a apensação ao caso em que a relação de grupo se funda no domínio absoluto de uma sociedade por outra, decerto teria havido algum sinal nesse sentido, fosse por desaparecimento radical da referência autonomizada à relação de grupo – porque o domínio integral é somente uma modalidade, qualificada embora, de domínio –, ou, porventura, de maneira menos perfeita, por substituição do vocábulo eliminado por outro.

Procedendo, simplesmente, à supressão do qualificativo, o resultado não parece ser razoavelmente outro senão o de considerar idóneo qual-

<sup>31</sup> Inserido em *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, publicação do Ministério da Justiça, Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, 2004, pág. 100 e segs.

quer tipo de relação de grupo para sustentar a apensação, ainda que tal opção possa ser questionada no plano da sua adequação no plano dos princípios<sup>32</sup>.

Isto dito, uma vez que a insolvência de qualquer das sociedades agrupadas faz cessar *ipso iure* as relações de grupo paritário e de subordinação, tem de concluir-se que o momento determinante para a verificação de tais relações, em termos de se justificar a apensação, é aquele em que é prolatada a primeira sentença declaratória de insolvência de alguma das sociedades até aí agrupadas.

## 9. Processuais

I. Paralelamente ao requisito substantivo acabado de observar, é mister um outro de carácter procedural que se traduz na dedução, pelo administrador da insolvência, de um requerimento dirigido à apensação.

Por outras palavras, mesmo quando concorrem declarações de insolvência de sociedades que, pelo menos à data da primeira, se encontravam em relação de grupo, tal não basta para que, conhecido o facto, se proceda à apensação oficiosa fundada nessa situação de coligação societária. É absolutamente imprescindível a apresentação em juízo de um requerimento da iniciativa do administrador para que ela opere<sup>33,34</sup>.

II. Há, todavia, uma limitação à apensação que se prende com a competência judiciária e que, de algum modo, se pode configurar como um requisito negativo. Decorre da regra fixada no n.º 3 do art. 86.º e traduz-se na impossibilidade de apensar, a um processo de insolvência que corre em tribunais de competência genérica, outro que corre em tribunal de competência especializada.

Daí que, numa perspectiva afirmativa (positiva), se possa considerar ainda, como requisito processual da apensação, a competência do tribunal onde ela deve operar, que terá de ser um tribunal de competência especializada para processos de insolvência – tribunal de comércio – ou, sendo

<sup>32</sup> Este entendimento amplo é também sufragado por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, est. cit, pág. 1012.

<sup>33</sup> Podia, advir-se, ter sido outra a opção da lei, como, v.g., sucede em a já referenciada apensação de acções pendentes regulada no art. 85.º do CIRE.

<sup>34</sup> Desenvolver-se-á melhor esta temática nos números subsequentes deste estudo, pelo que se dispensam aqui considerações complementares, a propósito.

de competência geral, se encontre em situação idêntica à do tribunal do processo a apensar.

### C) *Legitimidade*

#### 10. Enunciado das questões relevantes

Como acaba de se expor, *conditio sine qua non* da apensação, seguindo a letra da lei, é a dedução de requerimento a ela dirigido pelo administrador da insolvência.

As questões mais significativas que se colocam neste domínio respeitam, sucessivamente, a saber:

- i) se alguém mais, além do administrador, tem legitimidade para promover a apensação;
- ii) se o procedimento do administrador deve ser fundamentado e, em caso afirmativo, como ou em quê;
- iii) se o juiz do processo onde a apensação é requerida tem algum poder de sindicação da solicitação e, se assim for, qual;
- iv) em qualquer caso, em que processo – e, logo, por que administrador – pode ser requerida a apensação.

Apreciaremos de seguida cada um destes aspectos pela ordem em que ficaram enunciados.

#### 11. Legitimidade para requerer a apensação

Já se viu que a apensação não opera automaticamente. Ora, isso é um motivo determinante para, a mais do que se extrai do texto do art. 86.º, se concluir que o tribunal não tem o poder oficioso de a promover. De resto, sem necessidade de outras considerações, esta conclusão estriba-se ainda, de maneira muito sólida, na comparação com o regime do art. 85.º, *maxime* do seu n.º 2, do CIRE.

Mas haverá alguém mais a quem reconhecer o poder de iniciativa neste domínio, além do administrador da insolvência? A resposta é negativa.

O teor literal do n.º 1 do art. 86.º é, na verdade, inequívoco na reserva ao administrador da insolvência de tal faculdade. Mas também é certo que isso é o que melhor se coaduna, tanto com as funções que lhe estão confiadas, como também com o papel que a lei destina aos demais agentes relevantes do processo.

Razoavelmente, a hipótese só poderia colocar-se com relação às entidades a quem, de acordo com o próprio *Código*, é conferida legitimidade para desencadear o processo da insolvência, ou seja, os credores e os responsáveis legais pelas dívidas da sociedade declarada insolvente ao processo principal – *ex vi* do seu art. 20.º.

Mas, desde logo, o que justifica a legitimação para a propositura da acção de insolvência – tutela do interesse próprio da requerente no reembolso dos seus créditos ou na limitação definitiva da sua responsabilidade – é algo profundamente distinto do que está na base da apensabilidade, de cunho predominantemente funcional.

Acresce que a invocação do art. 20.º, como paradigma potenciador da atribuição a credores e responsáveis da faculdade de pedir a apensação, é, do mesmo passo, inibidora de semelhante solução, visto demonstrar, até por comparação com o art. 86.º, a necessidade de uma atribuição normativa expressa de legitimidade que, não fora ela, não existiria<sup>35</sup>.

## 12. Fundamentação do requerimento

I. Os motivos que justificam a opção pelo carácter eventual da apensação, e, sobretudo, a reserva da legitimidade para a pedir, sustentam, em larga medida, por mero corolário, a discricionariedade do poder conferido ao administrador da insolvência para o efeito.

Tivemos oportunidade de o dizer, de uma forma clara, ao escrever, designadamente<sup>36</sup>: «... verificada uma situação legitimadora da apensação, ela terá ou não lugar conforme seja ou não requerida pelo administrador, cuja decisão traduz um acto discricionário do mesmo».

E, depois de fundamentar a solução com recurso à letra e ao espírito do art. 86.º, acrescentámos compreender-se, «sem dificuldade, a consagração da faculdade de apensação, todavia, subordinada a um juízo de mérito sobre os respectivos benefícios», o qual «a lei acabou por confiar ao administrador de processo onde deve ser feita a apensação, decerto na

<sup>35</sup> A questão, a que demos resposta, com o mesmo sentido, em *Código da Insolvência*, cit. págs. 358 e 359, parece nem sequer ter suscitado qualquer interrogação na doutrina, a avaliar pelo modo como se lhe refere. Cfr. MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 2.ª ed., 2010, Almedina, pág. 144; Luís T. MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 3.ª ed., Almedina, 2011, pág. 176; e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, est., cit., pág. 1013. No plano da jurisprudência, pode citar-se, em conformidade com o texto, o ac. da Rel. Coimbra, de 12/OUT./2010, publicado in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XXV – T. IV/2010, págs. 16 e 17.

<sup>36</sup> Ob. cit., no nota anterior, *ibidem*.

convicção de que a sua independência será garante suficiente da razoabilidade do que decidir».

Mantemos, em absoluto, a posição defendida que sai, aliás, reforçada da ponderação de novas razões.

II. Na verdade, ela é a mais coerente com a circunstância de o administrador não ter qualquer dever de promover a apensação, verificado o seu requisito substantivo, e ainda quando *aparentemente* ela pudesse ser fortemente aconselhável para viabilizar uma mais coordenada e global persecução dos interesses em presença.

Por outro lado, e decisivamente, é a que se articula com as funções e os poderes gerais em que o Código constituiu o administrador da insolvência, ao encontro das preocupações e objectivos plasmados na declaração preambular do diploma que o aprovou, segundo o que foi visto no precedente Capítulo deste estudo.

Naturalmente, porque todo o seu procedimento deve ser moldado pelo empenho na eficiente e eficaz persecução do interesse dos credores, o administrador não deixará de *ponderar* as vantagens que o requerimento poderá trazer nessa perspectiva, nomeadamente em ordem a proporcionar uma melhor visão do conjunto quanto aos mecanismos e soluções dirigidos à tutela das posições creditícias, porventura de uma maneira mais intuitiva quando sejam alternativas à liquidação universal do património da sociedade devedora, mas, sem dúvida, também nesta<sup>37</sup>.

Em suma, o que o administrador não tem é de expor a sua reflexão nem indicar o porquê da decisão, bastando-lhe, pura e simplesmente, requerer, demonstrando, como já se verá, a existência dos pressupostos.

### 13. Sindicação pelo juiz

I. Por contrapartida da posição defendida no número anterior, não cabe, por regra, ao juiz exercer qualquer tipo de sindicância sobre a bondade do requerimento.

Sem embargo, previamente à decisão, o juiz não pode deixar de verificar a ocorrência dos pressupostos em que a apensação se funda, visto que lhe compete controlar a legalidade dos actos processuais em que tem intervenção.

<sup>37</sup> Tenha-se, em vista, precisamente a responsabilidade legal e a da sociedade dominante ou directora e as sequelas que isso comporta na satisfação dos credores do devedor principal, mas também na concorrência que convoca no resarcimento dos demais.

Isto significa, portanto, que o administrador, no seu requerimento, há-de arguir a existência da relação que fundamenta o pedido, aduzindo os meios de prova adequados e suficientes – se eles não constarem já dos autos –, devendo, também, é claro, invocar e promover a prova da declaração de insolvência proferida no processo que é pretendido apensar, sob pena de o tribunal dever indeferir o pedido<sup>38</sup>.

A mais de certificar-se da ocorrência da relação exigida, o tribunal nada tem de escrutinar sobre as motivações do administrador nem, consequentemente, sobre a bondade do que solicitou, tanto mais que, por regra, a apensação nem sequer é idónea para causar qualquer perturbação minimamente significativa no processo principal, o que desde já se adianta, a benefício do melhor esclarecimento advinente da exposição ulterior sobre os efeitos da apensação<sup>39</sup>.

II. Sublinha-se que esta conclusão, sendo a única que vai ao encontro do teor literal da prescrição da lei, é também a que corresponde ao pensamento legislativo, enquanto, confessadamente, pretendeu confinar o juiz ao exercício da função jurisdicional.

De resto, quando em situações raras e excepcionais, quis conferir ao juiz a faculdade de sindicar a justeza de requerimentos do administrador da insolvência, o Código exprime-o de maneira inequívoca<sup>40</sup>.

Por assim ser, um eventual despacho de indeferimento não pode deixar de estar sujeito a recurso, nos termos gerais, com a especialidade de, na circunstância, a legitimidade para o interpor caber, em exclusivo, ao administrador, que seria o único vencido<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Pode, para o efeito, socorrer-se dos registos efectuados ao abrigo do art. 38.º do CIRE, para o que, a nosso ver, terá a possibilidade de se socorrer do apoio da secretaria, a qual também poderá oficiar o tribunal do processo e apensar para confirmar a insolvência.

<sup>39</sup> Admite-se que em casos muito pontuais o juiz, ainda no exercício do controlo da legalidade, possa recusar o pedido, suportado na sua inutilidade e no carácter meramente dilatório que pudesse comportar.

Poderia ser, por exemplo, a hipótese de o requerimento de apensação ser apresentado após aprovação, pela assembleia de credores do processo principal, de um plano de insolvência para a devedora, simplesmente dependente de homologação judicial, encontrando-se o processo a apensar na fase imediatamente subsequente à prolação da sentença declaratória.

<sup>40</sup> Cfr., *v.g.*, arts. 157.º, al. b), e 158.º, n.º 2.

<sup>41</sup> Por sua vez, o despacho de deferimento pode ser impugnado, mas somente com fundamento na não verificação dos pressupostos da apensação.

## 14. Processo onde pode operar a apensação

I. Com impacto directo na delimitação da legitimidade para requerer a apensação, sobra ainda a definição do processo onde ela pode ter lugar (processo principal). Só o administrador da insolvência aí designado terá então a faculdade de a promover.

Ora, o modo como o art. 86.º do CIRE se acha formulado propicia novas dificuldades neste domínio. Isso mesmo se evidencia na anotação que fizemos ao preceito<sup>42</sup>.

Com efeito, o legislador podia expressamente ter elegido um critério a seguir, por sinal susceptível de revestir distintas características.

Poderia, *v.g.*, ser o critério cronológico (de anterioridade) da propositura das acções; ou relevar a prioridade na apresentação do requerimento pelo administrador de qualquer dos processos envolvidos; alternativamente poderia ter assumido como factor determinante a causa fundamentalmente da apensação ...

Não o fez, porém, deixando esse trabalho ao intérprete, a partir do texto legal e segundo os cânones da hermenêutica.

II. Neste contexto, perscrutados os n.ºs 1 e 2 do art. 86.º, nomeadamente tendo em conta o que daí se respiga quanto à apensação em situações de responsabilidade legal pelas dívidas e de domínio societário, há motivos para assentar em que se privilegia, pelo menos quando exequível, o critério da causa justificativa.

Assim sendo, tratando-se da apensação fundada na responsabilidade legal, ela deve – só pode! – ter lugar no processo de insolvência do devedor principal. Da mesma sorte que, residindo a razão do regime na relação de domínio, a apensação terá de processar-se nos autos que respeitam à sociedade dominante. Aqui tanto faz que o domínio seja simples como, por segura e compreensível melhor razão, seja total.

Em paralelo está o caso da relação de grupo fundada em contrato de subordinação, conhecido o paralelismo de posições jurídicas entre, por um lado, sociedade dominante e sociedade directora e, por outro, entre sociedade dominada e sociedade dirigida.

Ficam, ainda assim, de fora, duas situações relativamente às quais, conhecendo-se bem o que permite a apensação, todavia, pelas características e natureza delas, não se consegue destacar um factor de prevalência para a escolha do processo principal.

<sup>42</sup> *Código da Insolvência*, cit., pág. 357.

Trata-se, como está bem de ver, da apensação fundada na relação conjugal ou na relação de grupo suportada no contrato paritário.

Aí parece que a solução razoável será a da prioridade do requerimento sob pena de, presente o que foi dito sobre a posição do juiz do processo, se poder chegar a decisão contraditória de execução impossível.

III. Cabe somente uma nota final para recordar que estas regras cedem nos casos em que os processos relevantes corram em tribunais de distinta competência em razão de matérias, prevalecendo então o que se ache afecto a tribunal de competência especializada, segundo o ditame do n.º 3.

#### D) *Efeitos*

##### 15. Generalidades

I. Cumpre agora aferir dos efeitos que a apensação produz.

Em geral, está em causa saber se ela implica modificações na tramitação dos processos envolvidos – ou de algum deles –, visto que, por natureza, se altera a competência jurisdicional quanto às acções apensadas. Em face das peculiaridades e finalidade próprias do processo de insolvência, ganha especial acuidade e relevo avaliar de possíveis projecções sobre os órgãos da insolvência já constituídos em cada um dos processos e sobre a destinação das massas insolventes, nomeadamente quanto à sua autonomia.

Por regra, a apensação opera em processo civil nos termos fixados no art. 275.º, n.º 1, do respectivo Código. Vê-se dele concorrerem situações em que sempre poderia ter sido evitado o recurso a instâncias diferenciadas, cumulando-se todas as pretensões numa única, quer *ab initio*, quer, sendo o caso, por utilização da figura da oposição, enquanto modalidade típica da intervenção de terceiros.

Diferentemente, sabemos que a apensação regulada no art. 86.º do CIRE excepciona o princípio geral – alargando o respectivo âmbito –, por não concorrerem os requisitos da coligação nem se verificar qualquer outra situação legitimadora, na falta de norma especial, da conjunção processual.

Pois bem, como é sabido, nem mesmo quando a apensação tem lugar nos termos gerais da lei processual civil, precedendo condições que viabilizariam um processo único, os diversos autos se confundem (concentram), ou, sequer, são afectadas as formalidades e o seguimento específicos de cada um, por falta de suporte legal para tanto. Mantém, por isso, todos eles independência formal e substantiva, sem prejuízo de decisões

proferidas num se poderem reflectir noutros, ou até de o juiz ordenar, *ex officio*, a suspensão de algum, valendo-se da prorrogativa conferida no art. 279.<sup>º</sup> do Código de Processo Civil.

II. Ora, se as coisas se passam assim na apensação em geral, por igual ou maior razão parece deverem passar-se também na apensação fundada no art. 86.<sup>º</sup> do CIRE, à falta de qualquer preceito especial que acolhesse outra solução<sup>43,44</sup>.

Certo é que um tal regime induz, por si só, a ideia de que a apensação não interfere com a orgânica dos processos de insolvência envolvidos, nem se repercute sobre as distintas massas. Mas não é verdade que haja aqui uma relação, necessária e absoluta, de causa-efeito, em razão do que a conclusão firmada encerre, definitivamente, a resposta a todas as demais questões.

Há, assim, lugar a uma análise mais aprofundada.

Contamos, para o efeito, com as considerações feitas na anotação ao CIRE<sup>45</sup> a que se acrescenta um par de novas reflexões.

## 16. Órgãos da insolvência

I. A propósito da orgânica do processo, sustentámos que a apensação não provoca, por si, qualquer alteração no *status quo ante*.

Quanto à assembleia de credores e à comissão de credores – esta, se existir –, defendemo-lo com apelo ao modo como, por imperativo legal, se constituem e tendo presente a diversidade das comunidades de titulares de créditos sobre cada uma das sociedades insolventes –, sem prejuízo de, em alguns casos, poder haver muitos credores comuns, nomeadamente por via da responsabilidade da dominante e da directora nas relações de grupo dominial e de subordinação.

<sup>43</sup> E também, embora a situação não nos interesse especialmente, no caso de apensação realizada ao abrigo e por imperativo do art. 85.<sup>º</sup>

<sup>44</sup> Neste sentido, escrevemos no nosso *Código da Insolvência*, cit., págs. 359 e 360: «Porque, embora apenos, os processos mantêm autonomia formal e substancial, cada um segue os seus próprios termos, e as vicissitudes não se comungam.

Permite-se, outrrossim, uma perspectiva generalizada que, para lá das vantagens gerais que proporciona, em virtude dos elementos de conexão que legitimaram a apensação, favorece o cumprimento de certas exigências da lei, como seja, por exemplo, a do não recebimento por nenhum credor de mais do que lhe é devido, o que, obviamente, pode ser favorecido pelo concurso simultâneo às diversas massas insolventes responsáveis pela dívida.»

<sup>45</sup> *Idem, ibidem.*

Admitindo, embora, algum maior espaço de dúvida quanto ao administrador da insolvência, igualmente apontámos motivos diversos para se manterem as nomeações feitas, referenciando, sem embargo, a existência de mecanismos legais que legitimam a concentração, numa única pessoa, das funções de administração das diversas massas insolventes.

Em abono das conclusões apresentadas, pode, a nosso ver, com toda a propriedade, aduzir-se o seguinte: por um lado, não há na lei um único preceito – nem, sequer, o mínimo indício –, que permita aí fundar a unidade de órgãos nas diversas insolvências como resultado da apensação; por outro, e complementarmente, nem sequer se pode razoavelmente aduzir uma não previsibilidade do legislador com relação ao tema, visto que ele tinha sido doutrinariamente equacionado no domínio da lei pregressa a propósito dos efeitos da coligação, então consentida pelo já invocado n.º 3 do art. 1.º do CPEREF<sup>46</sup>.

Ou seja, em síntese, tudo concorre para que a apensação não se reflecta sobre a orgânica dos processos e nada acode em favor de diversa disciplina.

II. Convimos em que esta solução é fortalecida pela circunstância de os processos, apesar da apensação, se manterem diferenciados, como o é na medida em que continuem separadas as massas insolventes de cada sociedade devedora.

Importa, todavia, escrutinar se assim é.

## 17. Massas insolventes

I. Também, neste domínio, há múltiplos motivos para uma resposta afirmativa que, de resto, se colocam em patamares distintos mas convergentes e complementares.

Desde logo, e tal qual sucede com respeito à orgânica, falta aqui um qualquer preceito legal, de carácter processual ou substantivo, que estipule, induza ou indicie a unificação das massas na decorrência da apensação, independentemente de qual seja a modalidade da relação intersocial que a fundamente.

Acontece que, mesmo a admitir a concentração das massas como um instrumento idóneo para a melhor harmonização e tutela da globalidade dos interesses dos credores, nos casos em que o regime do Direito substantivo intensifica, de maneira mais extrema, a relação entre os insolventes, por via da responsabilidade generalizada de um deles pelo outro – o que,

<sup>46</sup> Cfr., *Código dos Processos Especiais*, cit., págs. 62 e segs..

diga-se, está longe de poder considerar-se pacífico –, sempre ficariam de fora as restantes situações – até de coligação societária – em que aquela intensidade não se verifica.

II. Ora, conhecido o estado do ordenamento jurídico, não se vislumbra qualquer maneira de, com razoabilidade e com respeito mínimo dos cânones da hermenêutica jurídica, se concluir pela possibilidade de haver ou não lugar à unificação das massas insolventes, nomeadamente segundo o tipo de relação intersocietária que esteja na base da apensação, o que conduziria a uma aplicação multiforme do mesmo dispositivo legal.

Acresce a lição que se extrai dos antecedentes.

Como houve ensejo de observar, no domínio da lei pregressa, quando se admitiu a coligação, activa ou passiva, de sociedades devedoras por se encontrarem em relação de domínio ou de grupo, expressamente se ressaltaram os efeitos patrimoniais decorrentes da existência de personalidade jurídica distinta, o que manifestamente implicava a manutenção de massas insolventes distintas ao longo do processo, como observámos.

Abandonada a coligação de forma intencional, admitindo simplesmente a apensação, ainda por cima deixada à discreção do administrador da insolvência, não se vê como pudesse por esta via chegar-se ao resultado expressamente excluído naquela, sem qualquer suporte no texto legislativo e por meras considerações de utilidade.

III. Mas, como se tudo isso não bastasse, há ainda um facto mais que pesa determinantemente a favor da autonomia, e que se extrai do regime fixado no art. 266.º do CIRE. Como aí se refere, existindo coligação, activa ou passiva, em processo de insolvência que envolva ambos os casados, ainda assim «os bens comuns e os bens próprios de cada um dos cônjuges são inventariados, mantidos e liquidados em separado». E, isto, note-se, apesar de tanto a proposta de plano de pagamentos que tenha sido apresentada, como a reclamação dos créditos, como a lista de credores reconhecidos elaborada pelo administrador, e, ainda, a fixada na sentença de verificação e graduação de créditos deverem indicar, quanto a cada dívida, a respectiva natureza comum ou exclusiva, segundo o que se determina no n.º 1 do mesmo preceito.

Por outras palavras, na única situação em que o *Código* admite a coligação envolvente de mais de um devedor insolvente no mesmo processo, e quando as relações patrimoniais entre eles são, necessariamente, por força do regime matrimonial de bens, especialmente intensas, a lei expressamente estatui a autonomia das diversas massas patrimoniais abrangidas, exactamente como a forma que julga mais adequada à satisfação do

interesse dos credores, a realizar segundo as regras aplicáveis do Direito substantivo.

Tal circunstância não pode deixar de consolidar a convicção, fortemente suportada em tudo o mais que fica exposto, no sentido de que, tendo havido apensação de processos de insolvência ao abrigo do art. 86.º, as massas insolventes do processo principal e do processo apenso – ou, sendo o caso de mais, de cada um deles – se manterem autónomas, mau grado as responsabilidades comuns dos diferentes insolventes que possam concorrer e, logo, da sujeição de todos ou alguns dos bens integrantes à efectivação da mesma<sup>47</sup>.

IV. Nada do que fica dito obsta, todavia, a que, no âmbito do que pode designar-se por gestão e articulação processuais, a administração da insolvência – o administrador comum ou os diversos administradores em exercício, conforme os casos, e segundo as possibilidades abertas pela lei – promova a concertação entre o processo principal e os apensos, em ordem a que melhor se viabilizem soluções de carácter global que encarem a generalidade das entidades insolventes, com particular consideração das relações entre elas existentes e dos impactos que o destino de uma projecção sobre o das outras, o que, aliás, assume um especial relevo quando se trate de sociedades.

De resto, esta exponenciação da ponderação e avaliação articuladas da situação das várias sociedades e, logo, da procura dos melhores mecanismos de protecção dos múltiplos interesses em causa é o que verdadeiramente justifica a admissibilidade da apensação.

Isto, intui-se, é sobremaneira importante quando se trate de equacionar propostas de planos de insolvência para deliberação dos credores.

Neste domínio, a mais de providenciar para que as deliberações das distintas assembleias tenham lugar com a maior proximidade temporal possível, é a administração da insolvência – como, é claro, o são os credores interessados – livre de elaborar e apresentar projectos concatenados entre si.

Há, sem embargo, um limite a observar, que decorre do regime fixado no n.º 201.º do CIRE. Com efeito, não é possível, sem mais, estabelecer, como condição suspensiva de um qualquer dos planos apresentados, a aprovação e homologação de outro. Isso poderá, no entanto, suceder quando, no plano condicionante, estejam contempladas provisões essenciais para a execução de medidas integrantes do plano condicionado, devendo estas cumprir-se antes da sua homologação.

<sup>47</sup> Em harmonia com o texto, decidiu o cit. ac. da Rel. Coimbra, de 12/OUT./2010.

Se assim for, satisfaz-se ainda o requisito da parte final do n.º 1 do citado art. 208.º do CIRE, pelo que a condição suspensiva será lícita.

A propósito vale a pena ter presente a faculdade, concedida ao tribunal no art. 215.º desse Código, quanto à fixação de prazo para a verificação das condições suspensivas apostas no plano aprovado, o que mais densifica a vantagem (necessidade!) de as assembleias de credores nos processos relevantes reunirem e deliberarem contemporaneamente.

### 18. A solução proposta por Ana Perestrelo de Oliveira; exposição

I. A asserção que encerra o número anterior, não tendo merecido reparos da demais doutrina<sup>(48)</sup>, foi, porém, posta em causa por Ana Perestrelo de Oliveira, no seu estudo citado sobre a insolvência nos grupos de sociedades.

Vale a pena passar em revista os termos em que a autora coloca o problema, procedendo, para o efeito, à citação das passagens tidas por mais relevantes.

II. Assim, após ter reconhecido a posição geral da doutrina portuguesa no sentido exposto e invocado posição substancialmente equivalente da alemã, avança que «se é assim em geral, parece-nos, todavia, que, em certos casos, a norma do art. 86.º/2 deve ter indirecta incidência material, permitindo afastar a ideia do processo de insolvência como processo exclusivamente dirigido à liquidação do património de cada sociedade individual». A propósito acrescenta: «Com efeito, muitas vezes não é possível nem necessária a liquidação conjunta, por o grupo não implicar uma unificação das responsabilidades das diversas sociedades [...] Diferentemente apenas sucede nas hipóteses em que o ordenamento jurídico, com base em norma expressa ou com recurso aos princípios gerais, reconhece a necessidade de se proceder à redistribuição das responsabilidades no grupo, caso em que a “consolidação processual” deixa de ser suficiente para realizar os princípios materiais em jogo».

Pondera, então, que «em tal situação, impõe-se a “consolidação substantiva” ou patrimonial e, portanto, a liquidação conjunta das sociedades do grupo», esclarecendo, adiante, que, «genericamente, a consolidação

<sup>48</sup> Cfr. LUIS T. MENEZES LEITÃO, ob. e loc. cits., e *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª ed., Almedina, 2005, pág. 101; também MARIA DO ROSÁRIO EPÍFANIO, ob. e loc. cits.; e Luís M. MARTINS, *Processo de Insolvência*, 2.ª ed., Almedina, 2010, págs. 231 e 232.

tem lugar no caso de as empresas serem *essencialmente idênticas* e de ser necessária para *alcançar uma vantagem ou para evitar uma desvantagem*, com o limite da tutela de confiança dos credores: a consolidação é impossível se o credor provar que confiou na separação de responsabilidades e que a consolidação lhe causa danos»<sup>49</sup>.

III. Nesta linha, e após considerar o regime emanente do art. 501.º, a Autora conclui pretender este, «em rigor, reconhecer uma “unidade de responsabilidade” entre empresa mãe e empresa filha, pelo que não se vê que obstáculos se colocam à liquidação conjunta, quando é certo que tudo aponta para a realização da *par conditio creditorum* ao nível do grupo, sobretudo se considerarmos o impacto que a integração no grupo tem também na situação da sociedade dominante».

Lembrando que os credores concorrem à massa insolvente da dominante em paridade com os da dominada, escreve: «Nestes termos parece que deve reconhecer-se que a via mais adequada para garantir a igualdade entre os credores da sociedade-mãe e os credores da sociedade-filha é a consolidação das obrigações e das massas insolventes procedendo-se à liquidação em conjunto»<sup>50</sup>.

Esta ideia é, aliás, reafirmada ulteriormente, embora com o tempero que resulta das ponderações precedentes de que acima se dá conta: «Em suma, a consolidação material – traduzida na liquidação conjunta e assente na liquidação processual – corresponde à solução mais justa de repartição dos riscos, sendo aquela que melhor tutela os credores perante a insolvência do grupo, mas apenas nos casos em que exista norma legal aplicável ou quando se verifiquem materialmente os pressupostos do recurso ao instituto do levantamento da personalidade, de que é, afinal, manifestação: quando, não obstante a relação de domínio ou de grupo, a separação jurídica continue a ter correspondência na separação económica entre as sociedades, a consolidação deve ser recusada, negando-se o alcance substancial da apensação dos processos»<sup>51</sup>. Adianta ainda, em nota ao próprio texto, que «a apensação de processos surge como instrumento da realização da consolidação: permite a unificação das massas insolventes e a reclamação e graduação unitária dos créditos dos credores das diferentes sociedades, garantindo-se a igualdade entre eles.

<sup>49</sup> Loc. cit., págs. 1001 e 1002.

<sup>50</sup> Págs. 1009 e 1010.

<sup>51</sup> Págs. 1011 e respectiva nota n.º 48.

IV. Após reconhecer que a legitimidade para requerer a apensação dos processos cabe exclusivamente ao administrador da insolvência, estando o tribunal vinculado a despachá-la favoravelmente, verificados os pressupostos do art. 86.º, n.º 2, do CIRE, inclina-se, todavia, para que a consolidação patrimonial, traduzida na agregação das massas, não careça de iniciativa do administrador, podendo ser decretada *ex officio*<sup>52</sup>; para defender adiante que, «no caso de o tribunal ordenar a consolidação, os créditos sobre cada sociedade de grupo transferem-se para a massa insolvente comum»<sup>53</sup>, embora logo detecte a existência de *problemas com os créditos garantidos e os créditos privilegiados*.

Para os resolver, e após diversas considerações sobre a necessidade de reposição da justiça na distribuição do património do grupo, termina, assumindo o que segue: «Se, no caso concreto, o juiz considerar que a consolidação, ao invés de repor a igualdade, prejudica inadmissivelmente determinados credores – *maxime* os credores privilegiados – de uma das sociedades do grupo, não deve ordenar a consolidação ou, pelo menos, não deve determiná-la em termos totais. O juiz pode sempre, porém, ordenar a consolidação parcial, pagando-se primeiro os credores privilegiados, e colocando-se em comum os activos e os créditos remanescentes. Por outras palavras, o juiz tem ao seu dispor três vias de actuação, devendo optar por aquela que melhor seja capaz de garantir o princípio de *par conditio creditorum*: pode ordenar a consolidação total, pode optar pela consolidação parcial ou pode, pura e simplesmente, recusar a consolidação»<sup>54</sup>.

Mas para que não fiquem dúvidas sobre a maneira de operacionalizar as soluções que sustenta, a Autora, reconhecendo que o CIRE eliminou a coligação processual fundada nas relações de domínio ou de grupo das sociedades insolventes, convém em que «a consolidação processual só pela via da apensação pode, pois, ter lugar (e sempre a requerimento do administrador da insolvência», ponderando que «a solução, apesar de criticável de jure condendo, é a única compatível com o regime legal em vigor»<sup>55</sup>.

V. Compreende-se, finalmente, que, em coerência, para as situações que qualifica de consolidação patrimonial, a Autora sustente a unificação dos órgãos da insolvência, solução que, no entanto, afasta nos casos de consolidação processual «em que reemergem os obstáculos gerais habi-

<sup>52</sup> Pág. 1013.

<sup>53</sup> Pág. 1014.

<sup>54</sup> Pág. 1015.

<sup>55</sup> Pág. 1017.

tualmente apontados à existência de um único administrador, *maxime*, o risco de perda de neutralidade e independência, com o potencial surgimento de conflitos de interesses»<sup>56</sup>.

## 19. A solução proposta por Ana Perestrelo de Oliveira; análise crítica

### I. Que dizer desta *proposta*?

As citações extensas do texto da Autora, permitem-nos ter presente a sua perspectiva global do tema.

Dela resulta, em síntese, uma formulação que se pode enunciar nos seguintes termos: através do recurso à apensação de processos fundada na insolvência de sociedades substancialmente coligadas entre si, pode ou não verificar-se a unificação das massas insolventes e, com ela, dos órgãos da insolvência, conforme se apurarem, ou não, nomeadamente pelo recurso à figura da desconsideração da personalidade colectiva, situações qualificáveis como de consolidação patrimonial entre as sociedades envolvidas.

Daqui se extrai, aliás, com profuso apoio literal, que, em todos os casos em que não ocorra a dita consolidação, a apensação mantém íntegra a autonomia substantiva e formal dos processos principal e apensados.

Mas, seguindo o pensamento da Autora, há que dizer mais: apesar da verificação dos caracteres da dita consolidação patrimonial, deve ser ela recusada, total ou parcialmente, quando concorrem interesses patrimoniais relevantes dos credores que justifiquem a rejeição, designadamente ditados pela necessidade de apropriada salvaguarda de garantias e privilégios.

Por isso, será justo concluir que, em parte substancial das situações que interessam, a Autora convém com a solução que, em geral, deixamos sustentada nas páginas precedentes.

Fica o universo restante.

Mas cremos que, mesmo aí, não pode ser sufragada a posição da Autora, havendo muitas razões para a rejeitar.

II. Cabe reparar que de parte alguma do seu texto resultam atacados os múltiplos argumentos enunciados para, tendo em vista o texto e o pensamento legislativo, assumidos no art. 86.º, confortados com o recurso aos elementos histórico e sistemático da interpretação, suportarem as conclusões que acolhemos.

<sup>56</sup> Pág. 1015.

Isto, que, já de si, constituiria uma fragilidade sensível, é, todavia, acompanhado de diversas outras, tanto no plano substantivo como processual. Vejamos.

A Autora faz assentar a posição que defense basicamente no sentido e alcance que atribui ao art. 501.<sup>º</sup> do C.S.Com., a que acrescenta a convicção de que a unificação das massas insolventes e a liquidação conjunta traduziria a maneira mais justa de tratar com os interesses envolvidos.

Mas neste plano há um par de observações que se impõem.

Uma primeira, constitui simultaneamente uma advertência e um recordatório.

O Direito substantivo, no caso vertido no citado art. 501.<sup>º</sup>, limita-se à determinação da responsabilidade da sociedade dominante ou diretora pelas obrigações da subordinada, sem, todavia, nada dispor acerca do modo como ela pode ser coactivamente exercida. Isso cabe, precisamente, ao direito processual, que, em quanto respeita à insolvência, emerge do CIRE.

Naturalmente que a compreensão do regime substantivo pode, de modo significativo, ajudar a adopção das providências processuais e ao entendimento do que, nesse campo, se ache legislado. Mas ele não é cominatório nem, muito menos, exclusivo, das opções que se abrem quanto aos meios e procedimentos disponíveis pela lei processual.

Aí cabe lembrar que o art. 86.<sup>º</sup> não é sequer o único que releva, havendo a contar, nomeadamente, com os condicionalismos ao exercício da responsabilidade da sociedade dominante que se estribam no art. 82.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, al. c), do CIRE.

Por isso, num domínio que respeita ao enquadramento e efeitos de uma providência processualmente concebida e admitida, tem de ser predominantemente na lei processual que se hão-de encontrar as respostas adequadas.

III. Não é, de resto, seguro, que, mesmo na hipótese restrita em que a Autora encontra fundamentos para a unificação das massas insolventes, essa seja a solução que melhor quadre aos interesses em jogo. Ela mesma admite que assim possa não ser e aceita que, afinal de contas, casuisticamente, se faça a avaliação do que melhor serve, decidindo em conformidade com o que for o resultado apurado.

Neste plano, há vários aspectos a reparar, mas, ainda antes, importa dizer que a Autora omitiu um ponto do maior relevo, que exclui, de resto, *a priori*, um juízo definitivo sobre o que mais pode interessar às comunidades dos credores e, logo, sobre o procedimento apropriado para lhes prover.

Estamos, é claro, a pensar na alternativa à liquidação universal dos bens do insolvente que se materializa no plano de insolvência aprovado pelos credores e homologado pelo tribunal.

Ora, basta pensar na faculdade que os credores têm de optar pela aprovação de um plano que mantenha a sociedade insolvente em actividade – sejam quais forem os seus termos concretos – para, de imediato, se intuir como a unificação das massas pode constituir um obstáculo dificilmente contornável ou mesmo insuperável à realização desse desiderato.

Por outro lado, não pode também perder-se de vista, a mais das garantias e privilégios que podem beneficiar uns credores e não outros, que, se é certo que a generalidade dos credores da dominada concorrerá à massa insolvente da dominante, o contrário não é verdadeiro, pelo que a unificação, se tende a ser favorável àqueles credores, na medida em que poderá facilitar o resarcimento à custa do património do dominante, já em nada os poderá beneficiar na parte em que só eles são destinatários do produto da massa da dominada até pagamento integral do que lhes é devido.

IV. Isto dito, voltemos, de um modo mais directo, à verificação dos requisitos que, segundo a Autora, impõem a unificação das massas, o que inclui apreciar se os interesses em presença são ou não mais bem salvaguardados por ela.

Ora, há, realmente, aqui reparos sérios a fazer.

Um deles vai para o facto de se arguir a necessidade de o administrador dever fundamentar o seu requerimento de apensaçāo, quando é certo que, além de nada haver na lei que imponha um tal procedimento, ele é absolutamente incompatível com a ideia da discricionariedade do administrador – que a Autora reconhece –, quanto ao exercício ou não da faculdade que lhe é concedida de apresentar o requerimento e, por contrapartida, à natureza do poder vinculado que cabe ao juiz quanto ao deferimento, verificados os pressupostos da apensaçāo.

E nem vale a pena invocar que a necessidade de fundamentação apenas ocorre para suportar a unificação, sendo irrelevante em todos os demais casos. É que, então, a ser assim, fica, afinal de contas, nas mãos do administrador promover ou não as condições da unificação – e sem escrutínio –, o que, por sua vez, não é ajustável à ideia de que ela se configura como o meio adequado de prover à satisfação do interesse dos credores.

V. Este ponto não é, obviamente, despiciendo. Com efeito, se o objectivo do art. 86.º, n.º 2, como afirma a Autora, se centrasse na garantia da igualdade dos credores e, esta, se efectivasse através do expediente da

apensação<sup>57</sup>, então jamais se poderia compreender a razão pela qual a mesma apensação é deixada, em exclusivo, na dependência da vontade do administrador, totalmente a seu livre arbítrio! No mínimo, viabilizaria o impulso processual dos credores ou até mesmo a coligação. Não o fazendo, há que retirar as naturais consequências!

VI. Tivemos oportunidade de constatar como a intenção legislativa, inequivocamente expressa no preâmbulo do diploma que aprovou o *Código*, se fixou na restrição dos poderes do juiz ao exercício da função jurisdicional, concretizada na apreciação e decisão sobre direitos invocados em juízo e não consensualmente reconhecidos.

Neste patamar, as coisas vão ao ponto de, mesmo em sede de verificação e graduação de créditos, onde as distintas posições reconhecidas aos credores mais conflituam entre si, a lei assumir o princípio de que o juiz, não havendo impugnação da lista de credores reconhecidos, como tal, pelo administrador da insolvência, a deve homologar, sem mais, salvo o caso de erro manifesto<sup>58</sup>.

Por outras palavras, não havendo contradição sobre direitos invocados, o tribunal não deve, por regra, interferir. E, por isso também, os actos do administrador não são impugnáveis perante o tribunal, visto que o juiz não deve, segundo o pensamento legislativo, ser confrontado com a necessidade de sindicar a bondade ou oportunidade das suas opções, como, em geral, não tem de se imiscuir nos interesses dos credores e no modo de melhor os tutelar, que é tarefa que aos próprios cabe, em exclusivo.

Só assim não será quando, certamente por ponderação de circunstâncias a que atribui especial relevância, o *Código estende*, por assim dizer, a competência do tribunal, fazendo-a invadir domínios fora do estrito exercício da função jurisdicional.

VII. Ora, já se vê que cometer ao juiz o papel de decidir sobre o acerto da unificação da massa, para mais devendo fazer juízos de valor sobre a justiça dessa solução, enquanto instrumento da melhor composição e satisfação dos interesses das diversas comunidades e categorias de credores, iria, sem qualquer apoio nos dispositivos do *Código*, contra o que, formalmente apregoado, constitui um seu desiderato básico e fundamental.

Por isso, a admitir-se uma tal solução, já não se estaria, sequer, *praeter legem*, mas, manifestamente, a nosso ver, *contra legem*.

<sup>57</sup> Pág. 1013.

<sup>58</sup> Cfr. art. 130.º, n.º 3, do CIRE.

Valha a verdade que, no simples plano da operacionalidade de tal solução, as coisas não melhoraram. Falta efectivamente o mínimo suporte regulatório para viabilizar o *debate* no processo sobre a verificação ou não dos pressupostos que, na tese *sub iudice*, poderiam determinar a concentração e unificação de massas.

Por outras palavras, não há no CIRE nada que possa ancorar a tramitação processual dirigida a decidir sobre a unificação das massas: desde a já referenciada fundamentação do requerimento – nesse caso exigível ao administrador –, à sua análise pelo juiz e, muito pior do que isso, à audição dos interessados – que, parece, deveria então preceder a decisão –, nem à reacção a que, perante o deferimento da pretensão do administrador, pudesse haver lugar.

E não se vê que a lacuna, dada a sua natureza e âmbito, pudesse, sequer, ser suprida com recurso ao denominado princípio da adequação formal, consagrado no art. 265.<sup>º</sup>-A do Código de Processo Civil.

Com efeito, mesmo a admitir, sem discussão, a aplicabilidade do princípio em sede do processo especial de insolvência, não se crê que a sua concretização possa, por um lado, significar a atribuição ao juiz do poder de criar completamente *ex novo*, e a seu puro arbítrio, uma tramitação especial e, sobretudo, que ela pudesse traduzir-se na frustração dos próprios objectivos da lei, sob cujo abrigo se acolhe.

### VIII. Tudo ponderado, justifica-se a seguinte asserção de síntese.

Há fortes e muito sólidas razões para sufragar a defesa da autonomia formal e substancial das massas insolventes das sociedades do processo principal e dos que lhe forem apensados em conformidade com o art. 86.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, em todas as situações em que a apensação tenha lugar e independentemente da natureza, das características e das circunstâncias da relação intersocietária que conexiona as sociedades coligadas declaradas insolventes. Mas, além disso, há, também, pela negativa, seriíssimos motivos para rejeitar que, mesmo só em algumas hipóteses, pudesse proceder-se à unificação das massas e correspondente liquidação global e conjunta, e isto tanto na perspectiva substantiva como processual.



**RESUMO:** Este estudo discute os possíveis benefícios dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro para as sociedades e para os administradores. O *Directors and Officers Liability Survey*, relativo ao ano de 2010, mostra que as empresas multinacionais estão, de modo crescente, a adquirir apólices deste seguro em jurisdições estrangeiras.

O mercado interno dos seguros não está concluído. O Projeto relativo aos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro visa elaborar um instrumento opcional. No entanto, é incerta a forma como os Princípios vão ser aplicados. Tornar-se-ão o 28.º regime ou serão transformados no 2.º regime?

**ABSTRACT:** This article discusses how companies and directors may benefit with the Principles of European Insurance Contract Law. The Directors and Officers Liability Survey 2010 (Towers Watson) shows that the multinational corporations purchases local coverage. Among those companies with international operations, a growing number are purchasing D&O policy in a foreign jurisdiction.

The creation of an internal insurance market is incomplete. The Principles of European Insurance Contract Law Project aims to present a model rule for implementing an optional instrument. However, is uncertain how the Principles will become effective. Will they be the 28<sup>th</sup> regime or the 2<sup>nd</sup> regime?

MARIA ELISABETE RAMOS\*

## *D&O Insurance e o projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro*

### **1. Administração de sociedades e riscos internacionais de responsabilização**

A circunstância de alguém integrar o órgão de administração de uma sociedade *não é indiferente* em matéria dos riscos jurídicos a que a sua pessoa e o seu património passam a estar expostos. Sujeição a penas criminais, condenação no pagamento de coimas, reversão tributária, destituição do cargo com justa causa, decisões de inibição para o exercício do comércio, obrigação de indemnizar lesados, são, a título exemplificativo, alguns dos riscos a que se encontram expostos os administradores de sociedades.

Em um mundo globalizado, as empresas tendem a operar internacionalmente e, por conseguinte, estabelecem relações jurídicas conexionadas com várias ordens jurídicas. Para lá das fronteiras do seu país de origem, as empresas multinacionais oferecem produtos, recorrem a mercados de capitais, divulgam informação relevante para um público alargado, prestam serviços, etc.

\* Professora da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

A internacionalização das sociedades implica a exposição dos administradores a riscos internacionais de responsabilização. Reguladores estrangeiros, clientes, investidores podem considerar haver fundamento para responsabilizar a sociedade e os administradores. Considere-se, por exemplo, uma sociedade que produz e comercializa próteses em todo o mundo. Imagine-se que o administrador de tal sociedade, durante anos, deu expressas instruções no sentido de os funcionários enganarem os agentes incumbidos de inspecionar a qualidade dos produtos fabricados. Com esta manipulação/ocultação dos defeitos de que padeciam as próteses fabricadas, os doentes que, em vários pontos do globo as receberam, desenvolveram patologias graves e irreversíveis<sup>1</sup>.

Em uma economia globalizada, a necessidades de proteção dos administradores não se confinam nas fronteiras nacionais. Os processos de responsabilização acompanham os movimentos de internacionalização das sociedades. Daí se falar em riscos internacionais de responsabilização.

Põe-se, pois, o problema de saber como proteger os administradores das sociedades que operam em vários mercados. O recente *Directors and Officers Liability Survey*, elaborado pela Towers Watson<sup>2</sup>, relativo ao ano de 2010 e publicado em Fevereiro de 2011, é muito esclarecedor. Revela que das sociedades que responderam ao inquérito, 53% referiram que mantinham atividades internacionais. Destas, 25% declararam que adquiriram uma apólice D&O numa jurisdição estrangeira. Este aspeto corresponde a um notório aumento tendo em conta o ano de 2008, em que só 2% dos respondentes com atividades internacionais adquiriram uma apólice D&O em jurisdições estrangeiras. Estes dados são elucidativos quanto à prática empresarial norte-americana de proteção dos administradores que lideram empresas multinacionais.

Dir-se-á que é muito diferente a situação no espaço da União Europeia. Efetivamente, o *mercado interno* constitui um espaço de livre circulação de mercadorias, pessoas e capitais (art. 26.º do TFUE) e há muitos anos que

<sup>1</sup> Não cuidamos aqui da questão da lei aplicável à responsabilidade civil dos administradores nem da identificação do tribunal internacionalmente competente. Muito menos tratamos o problema da arbitrabilidade da responsabilidade civil dos administradores. A Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, aprova a Lei de Arbitragem Voluntária. Esta Lei consagra o critério da patrimonialidade. Nos termos do art. 1.º, pode ser objeto de arbitragem qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial. Sobre as limitações resultantes da Lei 31/86 à arbitrabilidade da responsabilidade civil dos administradores, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores – entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 226, ss..

<sup>2</sup> O texto completo do Survey relativo a 2010 está disponível em <http://www.towerswatson.com/research/3790>.

a Comunidade (hoje União) se empenha na tarefa de construir o mercado interno dos seguros. Observa-se, no entanto, que a esta unidade de espaço económico não corresponde a uniformidade de regime do contrato de seguro. Cidadãos e empresas «euro-movéis» (Basedow) confrontam-se com regulações nacionais não harmonizadas do contrato de seguro.

A já diagnosticada não harmonização das legislações sobre o contrato de seguro suscitou uma nova abordagem – o Projeto tendente a elaborar os *Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro* (daqui em diante, *Princípios*). Embora os *Princípios* sejam um projeto em curso e almejem um alcance bem mais vasto, já é possível refletir sobre as vantagens e desvantagens deste instrumento para sociedades internacionalizadas e respetivos administradores. E, em particular, os *Princípios* podem ser testados no laboratório constituído pela realidade negocial do *D&O Insurance* que abrange tanto seguros de grandes riscos como seguros de massa.

## **2. D&O Insurance – da génesis europeia à prosperidade norte-americana**

Hoje, «almost every publicly traded corporation in the United States purchases D&O insurance to cover the risk of shareholder litigation»<sup>3</sup>. Conhecer o *Directors' and Officers' Liability Insurance ou D&O Insurance* implica situá-lo no seu *habitat* norte-americano<sup>4</sup>. Numa sociedade intensamente litigiosa<sup>5</sup>, cultora da atitude «file first and think later», imbuída do «deep pocket thinking», não será de estranhar que os administradores e altos funcionários de sociedades – especialmente de sociedades abertas cotadas (*publicly held corporations*) – sejam escolhidos como alvos privilegiados de litigação<sup>6</sup>.

Os instrumentos processuais disponíveis facilitam, em geral, o escrutínio da atividade dos administradores. Destacam-se na experiência norte-americana: a) a generosidade das regras sobre a legitimidade do(s) sócio(s) para a responsabilização dos administradores (a legitimidade daqueles não está necessariamente indexada a um determinado valor da

<sup>3</sup> Cfr. TOM BAKER/SEAN J. GRIFFITH, *Ensuring corporate misconduct. How liability insurance undermines shareholder litigation*, Chicago/London: The University of Chicago Press, 2010, p. 10.

<sup>4</sup> Cfr. J. BISHOP JR., «New cure for an old ailment: Insurance against directors' and officers' liability», *BL*, 22 (1966), p. 96.

<sup>5</sup> Pergunta C. BAXTER, «Demystifying D&O Insurance», *OJLS*, 15 (1995/4), p. 557, «why was D&O invented?». Segundo este Autor, a necessidade do seguro advém, em significativa medida, da «american litigation culture».

<sup>6</sup> Sobre as tendências mais recentes na experiência norte-americana de litigação, v. TOWERS WATSON, *Directors and officers liability survey. 2010 Summary of results*, pp. 23, ss..

participação social)<sup>7</sup>; b) a variedade dos procedimentos judiciais disponíveis e a cultura da «regulation through litigation» (*shareholder derivative suit, direct action, class action*); c) as particularidades das regras de distribuição de custas processuais (*american rule*)<sup>8</sup> que, ligadas à indexação dos honorários dos advogados ao sucesso do processo (*contingent fees*)<sup>9</sup>, facilitam significativamente a efetivação de responsabilidade; d) a lícitude de condenação no pagamento de indemnizações em montante superior ao dos danos (*punitive damages*)<sup>10</sup>.

O administrador que desempenha o seu *munus* com diligência e lealdade continua, apesar da sua conduta, exposto de forma substancial ao risco de responsabilidade. Ainda que a demanda seja desprovida de fundamento – as chamadas *strike suits* intentadas para extorquir uma transação (*settlement*) favorável ao demandante – e o administrador demandado venha a ser absolvido, ela implicará, de imediato, a necessidade de satisfazer os elevados custos da defesa e, eventualmente, das transações<sup>11</sup>. Salienta, aliás, a doutrina que inexistindo violação deliberada de disposições legais, o risco mais preocupante é o dos pesadíssimos encargos da defesa do administrador. Neste quadro, é impensável exercer o cargo de administrador sem a assistência de mecanismos de proteção.

As raízes do *D&O Insurance* situam-se na Europa, mas é nos EUA que ele encontra o caldo de cultura que fomentará a sua prosperidade<sup>12</sup>. Em 1934, o *Lloyd's* elaborou a primeira apólice *D&O* para as sociedades norte-

<sup>7</sup> Sobre as *shareholder suits*, v. ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate law*, Boston/Toronto: Little, Brown and Company, 1986, p. 639, ss..

<sup>8</sup> Significa esta que cada parte litigante há-de satisfazer os seus próprios gastos, independentemente do ganho de causa que obtenha. Como se percebe, esta regra de distribuição de custas põe o demandado em situação desfavorável, porquanto ainda que a defesa seja bem sucedida (e, portanto, a demanda não vingue), deverá, apesar disso, suportar os encargos da sua defesa. Sobre este sistema v. ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate Law...*, cit., pp. 659, ss.

<sup>9</sup> A. D. YOUNGWOOD, «The contingent fee – a reasonable alternative?», *MLR*, 28 (1965), p. 330, refere que com esta forma de remunerar os advogados pretende-se assegurar o acesso aos serviços jurídicos por parte de pessoas que, não tendo recursos económicos, querem fazer valer uma pretensão juridicamente fundada.

<sup>10</sup> V. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 241, ss..

<sup>11</sup> Cfr. W. E. KNEPPER, «Officers and directors: indemnification and liability insurance – an update», *BL*, 30 (1975), p. 951; B. L. Ross, «Protecting corporate directors and officers: Insurance and other alternatives», *VLR*, 40 (1987), p. 787.

<sup>12</sup> Sobre a origem e evolução do *D&O Insurance* nos EUA, v. P. PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 13, ss.; MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 253, ss..

-americanas *Flinkote Corporation* e *Federated Department Stores*<sup>13</sup>. O *Securities Act* de 1933 e o *Securities and Exchange Act* de 1934 estimularam a procura de um seguro que protegesse os administradores da responsabilidade resultante da violação daquelas leis<sup>14</sup>. Ter-se-á, no entanto, de esperar aproximadamente trinta anos para que se assista ao desenvolvimento do *D&O Insurance* nos EUA. Nos anos sessenta, fosse pelas limitações da *corporate indemnification*<sup>15</sup>, fosse pela dramatização publicitária das seguradoras<sup>16</sup>, fosse pelas insuficiências de outros seguros contratados pela sociedade, a doutrina norte-americana regista o incremento da procura de seguros *D&O*.

Narra a literatura sobre a matéria que, em 1 de Agosto de 1966, começou a vigorar a apólice «*Lloyd's of London Directors and Officers*», na sua variante britânica «*Open Market Form*» e, em Outubro do mesmo ano, ficou disponível a variante norte-americana designada «*Stewart, Smith*»<sup>17</sup>. Em 1964, *St. Paul Insurance Company* foi o primeiro segurador norte-americano a oferecer o *D&O Insurance*, tendo sido seguido pelo *American Home Assurance Company*<sup>18</sup>.

É nos meados dos anos setenta do século passado que começa a florescer o mercado do *D&O Insurance*, em parte impulsionado pela intensificação dos litígios precipitados pela recessão económica que nessa altura se fez sentir. Até esta altura a procura do seguro era escassa, certamente porque as ações contra os administradores eram raras e só esporadicamente bem sucedidas<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. R. CAVALLARO, «Corporate buyer beware: deficiencies in directors' and officers' Insurance for employment practices liability», *HoLR*, 26 (1997-1998), p. 221.

<sup>14</sup> Cfr. R. ROMANO, «What went wrong with directors' and officers' liability Insurance?», *DJCL*, 14 (1989), p. 2.

<sup>15</sup> Sobre a *corporate indemnification*, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 243, ss..

<sup>16</sup> J. W. BISHOP, JR., «Sitting ducks and decoy ducks: new trends in the indemnification of corporate directors and officers», *YLJ*, 77 (1967-1968), p. 1078, reproduz o seguinte *slogan* de uma companhia de seguros retirado do *Wall Street Journal* de 21 de Março de 1968: «As a corporate director or officer, you may be a sitting duck for a shareholder or third party liability suit».

<sup>17</sup> Cfr. NOTE, «Liability insurance for corporate executives», *HarvLR*, 80 (1966-1967), p. 648.

<sup>18</sup> Cfr. J. JOHNSTON, JR., «Corporate indemnification and liability for directors and officers», *BL*, 33 (1978), p. 2012; P. WOLLNY, *Die Directors' and Officers' Liability Insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D&O-Versicherung). Vorbild für eine Aufsichtsratspflicht-Versicherung in Deutschland?*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien: Verlag Peter Lang, 1993, p. 150.

<sup>19</sup> Cfr. J. W. BISHOP, JR. «Sitting ducks...», cit., pp. 1078 e 1099.

Para a expansão do seguro também contribuiu o movimento legislativo a permitir expressamente que as sociedades pagassem o prémio de seguro. A partir dos finais dos anos sessenta, leis dos Estados de Nova Iorque, Delaware e Califórnia foram alteradas no sentido de permitir que o seguro *D&O* fosse contratado pela sociedade<sup>20</sup>. Embora se tenha escrito que esta reforma trouxe «[the] validation of corporate purchase for directors' and officers' liability Insurance»<sup>21</sup>, é certo que não desaparecem as interrogações em torno dos limites de *public policy*<sup>22</sup>. Atualmente, a generalidade das legislações estaduais norte-americanas integra normas reguladoras deste seguro<sup>23</sup>. Também os PCG (*section 7.20*) e o MBCA (*§ 8.57*) permitem que a sociedade contrate o *D&O Insurance* a favor dos administradores, quer os factos cobertos pelo seguro possam ou não ser objeto de *corporate indemnification*.

### 3. *D&O Insurance* – um seguro moldado pela praxis

#### 3.1. «Side A», «Side B» e «Side C»

Da experiência internacional do *D&O Insurance* resultou sedimentada uma certa *tipicidade social*<sup>24</sup> que repousa nas *praxis* seguradora e societária. Verificamos que o *D&O Insurance* é reiterada e abundantemente contratado e que de tal repetição resultam «modelos de referência»<sup>25</sup> que tendem a ser observados, em parte também por causa da *pressão dos resseguradores*.

<sup>20</sup> Cfr. W. E. KNEPPER, «Officers and directors: indemnification and liability insurance—an update», *BL*, 30 (1975), pp. 959, s.

<sup>21</sup> Neste sentido, v. J. J. HANKS, JR./L. P. SCRIGGINS, «Protecting directors and officers from liability – the influence of the Model Business Corporation Act», *BL*, 56 (2000), p. 18, sobre a *section 5 (h)* do MBCA de 1967.

<sup>22</sup> Em 1968, J. W. BISHOP, JR., «Sitting ducks...», cit., p. 1086, continuava a expressar dúvidas sobre a validade do seguro.

<sup>23</sup> V. THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, vol. 2, Part VII, §§ 7.01-7.25, Tables and Index, As adopted and promulgated by American Law Institute at Washington, D. C., May 13, 1992, St.Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1994, p. 275; J. R. MACEY, *Macey on Corporation Law*, vol. 2 (2004-1 Supplement prepared by Aspen Editorial Staff), New York: Aspen Publishers, 2004, p. 16-205 (este último com informação sobre os diversos direitos estaduais).

<sup>24</sup> P. PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance...*, cit., p. 35, refere o «tipo social do *D&O Insurance*». V. tb. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 303, ss..

<sup>25</sup> Cfr. P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2009, pp. 62, s.

A estabilizada tipicidade social deste seguro manifesta-se, entre outros aspetos, nas coberturas internacionalmente designadas «Side A» e «Side B»<sup>26</sup>.

A «Side A» protege os *directors e officers* de despesas em que incorram com o litígio, de indemnizações em que sejam condenados ou de transações que convencionem celebrar<sup>27</sup>.

A «Side B» – que pode ser caracterizada como «corporate reimbursement insurance caluse»<sup>28</sup> – garante os desembolsos feitos pela sociedade ao cobrir aqueles custos dos seus *directors e officers*. Neste caso, são cobertos riscos da sociedade e não riscos dos administradores. No entanto, não é coberto o risco de responsabilidade civil da sociedade perante terceiros, mas sim o risco de desembolso dos montantes necessários para cobrir custos da litigação primeiramente suportados pelos *directors e officers*<sup>29</sup>.

Já nos anos sessenta do século passado, a apólice *Lloyd's* – tida, na altura, como «the standard form used in the industry»<sup>30</sup> – era, em rigor, constituída por «two policies sold in one indivisible package»<sup>31</sup>. Deste pacote fazia parte, absorvendo parte considerável dos custos do seguro, o «reimbursement for directors and officers liability Insurance» (ou, abreviadamente, «corporation reimbursement») que cobre os gastos efetuados pela *sociedade* que indemniza os seus administradores. Por intermédio desta garantia, o segurador obriga-se a reintegrar a sociedade pelas quantias que esta última, por imposição legal ou estatutária, tenha pago aos seus administradores demandados por factos geradores de responsabilidade civil<sup>32</sup>.

Mais recentemente, foi acrescentada a cobertura chamada «Side C», também conhecida por «Entity Securities Coverage». Esta cobertura protege a sociedade contra a responsabilidade em que esta possa incorrer. Também se observa que há apólices que fornecem esta cobertura quer os administradores sejam ou não simultaneamente demandados. Outras só

<sup>26</sup> Sobre estas coberturas, v. W. E. KNEPPER/D. A. BAILEY, *Liability of corporate officers and directors*, 7<sup>th</sup> ed., vol. 2, Newark: Bender, LexisNexis, 2006, p. 24.01.

<sup>27</sup> Revela o *Directors and Officers Liability Survey*, relativo a 2010, que há um aumento significativo da comercialização da «Side A».

<sup>28</sup> W. E. KNEPPER/D. A. BAILEY, *Liability...*, cit., p. 24-3.

<sup>29</sup> Sobre a distinção funcional entre *directors e officers*, v. LYMAN JOHNSON/ROBERT RICCA, «Reality check on officer liability», *BL*, 67, 1 (2011), p. 75, ss..

<sup>30</sup> NOTE, «Liability Insurance....», cit., p. 650.

<sup>31</sup> NOTE, «Liability Insurance...», cit., p. 650.

<sup>32</sup> Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 308, sobre a dualização de coberturas na experiência negocial portuguesa.

dispensam esta cobertura quando a sociedade é demandada juntamente com os administradores<sup>33</sup>.

### 3.2. Outras coberturas, em particular a cobertura de despesas de defesa

Além das «Side A», «Side B» e «Side C», a apólice do *D&O Insurance* integra outras coberturas.

A chamada «individual coverage» que serve, em regra, para cobrir «a responsabilidade dos administradores não executivos que pertençam a vários conselhos e que necessitem de estar cobertos por uma única apólice»<sup>34</sup>.

De particular relevância são as cláusulas sobre a cobertura dos custos defesa dos administradores segurados. Alguma doutrina norte-americana refere que a típica «for-profit D&O Insurance policy»<sup>35</sup> não prevê a obrigação de o segurador conduzir a defesa dos *directors* e *officers*<sup>36</sup>. O que significa que o segurado controla o processo da defesa contra a reclamação apresentada.

Uma das definições típicas da apólice *D&O* é a de «Loss». Normalmente a definição de «Loss»<sup>37</sup> inclui os montantes despendidos com honorários de advogados e outros custos de defesa<sup>38</sup>.

Problema central é o de fixar o momento em que o segurador está obrigado a pagar. Muitas das apólices de *D&O Insurance* estipulam o dever de o segurador *anticipar* o pagamento dos custos de defesa. Frequentemente, este dever do segurador coexiste com o compromisso do administrador/segurado, formulado por escrito, de que devolverá os montantes recebidos, caso se apure que os custos de defesa pagos pelo segurador não estavam cobertos pela apólice<sup>39</sup>.

Na experiência norte-americana, a cobertura das despesas de defesa é de uma importância fulcral. Ainda que não proceda a demanda dirigida

<sup>33</sup> TOM BAKER/SEAN J. GRIFFITH, *Ensuring...*, cit., p. 57, incluem as «Side B» e «Side C» na «entity level-coverage» e consideram que «coverage for corporate entity (...) presents a puzzle».

<sup>34</sup> Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima», in: Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Lisboa: Almedina, 2007, p. 1164.

<sup>35</sup> Recorde-se que há apólices *D&O* para «non profit organizations».

<sup>36</sup> Cfr. W. E. KNEPPER/D. A. BAILEY, *Liability...*, cit., p. 24-87; TOM BAKER/SEAN J. GRIFFITH, *Ensuring...*, cit., p. 128, ss..

<sup>37</sup> Sobre esta definição típica, v. W. E. KNEPPER/D. A. BAILEY, *Liability...*, cit., p. 24-39.

<sup>38</sup> W. E. KNEPPER/D. A. BAILEY, *Liability...*, cit., p. 24-87.

<sup>39</sup> W. E. KNEPPER/D. A. BAILEY, *Liability...*, cit., p. 24-90.

contra o administrador, os custos de defesa (avultadíssimos) são inescapáveis. Por isso, a proteção contra estes custos (seja através da *corporate indemnification* seja através do *D&O Insurance*) é tão relevante.

A chamada «employment practices liability» «cobre responsabilidades emergentes de reclamações por despedimentos ilícitos»<sup>40</sup>.

### 3.3. A sociedade é a tomadora do seguro e os administradores são os segurados

A prática internacional mostra que os custos do *D&O Insurance* tendem a ser suportados pela sociedade. Ou seja, a sociedade paga o prémio e os administradores beneficiam da(s) cobertura(s), mas não suportam os respetivos encargos.

Se considerarmos a cobertura providenciada pela «Side A», verificamos que há uma dissociação entre tomador do seguro e segurado(s). A sociedade é a *tomadora do seguro* e os administradores assumem a qualidade de *segurados*<sup>41</sup>. Por vezes, são os seguradores que impõem esta forma de contratação<sup>42</sup> e que, em regra, não consentem na contratação individual por cada um dos administradores.

Tal prática, se observada à luz do direito português, parece configurar a contratação do seguro *por conta de outrem*<sup>43</sup> (art. 48.º do RJCS)<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «O seguro...», cit., p. 1164.

<sup>41</sup> Em Espanha, sobre esta prática negocial, v. E. F. PÉREZ CARRILLO, *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Madrid: Marcial Pons, 1999, pp. 246, ss.; M. IRIBARREN, «Los seguros de responsabilidad civil para administradores y altos directivos de sociedades de capital», *RES*, 136 (2008), pp. 805, s. Na doutrina alemã, v. H.-J. MERTENS, «Bedarf der Abschluß einer D&O Versicherung durch die Aktiengesellschaft der Zustimmung der Hauptversammlung?», *AG*, 10 (2000), p. 448.

<sup>42</sup> Razões de economia de escala na contratação do seguro e de regularização dos sinistros (prevenção de litígios entre seguradoras na hora de gerir um sinistro provocado por administradores que são solidariamente responsáveis, dificuldades no exercício do direito de regresso entre administradores segurados e não segurados) explicam a divulgação desta prática negocial. Sobre estas razões, v. A. CAMPINS VARGAS, «Seguro de responsabilidad civil de administradores y altos cargos. Especial referencia al ámbito de cobertura del seguro», *RDM*, 249 (2003), pp. 997, s..

<sup>43</sup> No sentido de que o *D&O-Versicherung* é um seguro por conta de outrem, decidiu a sentença do OLG de Munique de 15.3.2005, publicada na AG, 21 (2005), pp. 817, ss.

<sup>44</sup> Sobre o conceito dos seguros por conta, v. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato de seguro e terceiros. Estudo de direito civil*, Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 708, ss.. Na doutrina espanhola, sobre os seguros por conta, v. R. BERNABE GARCIA-LUENGO, «Consideraciones sobre el seguro por cuenta ajena», *RDM*, 167-168 (1983), pp. 26, ss. É muito discutida a natureza jurídica do seguro por conta de outrem. Ainda que seja forte a corrente que o reconduz à figura do contrato a favor de terceiro, há quem assim não entenda.

Perturbadora, para efeitos de tal qualificação é, no entanto, a interferência dos *interesses próprios* da sociedade-tomadora que motivam/influenciam a contratação do *D&O Insurance*. A doutrina refere as vantagens económicas suscetíveis de impulsionar a contratação deste seguro pela sociedade. São elas<sup>45</sup>: *a) a captação e recrutamento de pessoas que, na ausência do seguro, não estariam dispostas a servir como administradores*<sup>46</sup>; *b) a facilitação no recrutamento de administradores independentes;* *c) a redução da aversão ao risco do administrador protegido pelo seguro;* *d) a assunção, por parte dos administradores, do nível de risco adequado e, por conseguinte, o incremento do dinamismo da gestão;* *e) a redução dos custos reputacionais conexionados com reclamações de responsabilidade;* *f) a intensificação da vigilância exercida sobre os administradores*<sup>47</sup>; *g) a proteção do património social, quando a cobertura do risco de responsabilidade civil dos administradores cobre a responsabilidade perante a sociedade*<sup>48</sup>.

Independentemente da exata consistência de cada uma destas vantagens, o que interessa salientar é que a sociedade também é beneficiada pela contratação do seguro<sup>49</sup>. A interferência de interesses próprios da sociedade-tomadora pode suscitar dúvidas quanto à interpretação da vontade negocial, no sentido de apurar se se trata de um seguro por conta própria da tomadora-sociedade ou por conta de outrem<sup>50</sup>.

Na doutrina portuguesa, defendendo a tese do contrato a favor de terceiro, v. L. DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. II. Lisboa: Empresa Editora José Bastos, 1916, p. 519; J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, *O contrato de seguro no direito português e comparado*, Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1971, pp. 53, ss.; D. LEITE DE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, Coimbra: Almedina, 1980, pp. 77, s. Em sentido divergente, v. F. GUERRA DA MOTA, *O contrato de seguro terrestre*, Porto: Athena Editora, s/d., pp. 510, ss.

<sup>45</sup> Para o rol de vantagens económicas, v. A. CAMPINS VARGAS, «Seguro...», cit., pp. 985, s.

<sup>46</sup> Neste sentido, v. TOM BAKER/SEAN J. GRIFFITH, *Ensuring...*, cit., p. 57. V. tb. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 373.

<sup>47</sup> Duvidando que exista uma efetiva vigilância dos administradores pelos seguradores, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 376. No mesmo sentido, apoiando-se em dados empíricos, v. TOM BAKER/SEAN J. GRIFFITH, *Ensuring...*, cit., p. 109, ss..

<sup>48</sup> Sobre esta questão, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 420.

<sup>49</sup> V. neste sentido J. M. COUTINHO DE ABREU/E. RAMOS, *Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores*, Miscelâneas 3, Coimbra: IDET/Almedina, 2004, p. 40.

<sup>50</sup> G. FANELLI, *Le assicurazioni*, in: A. CICU/F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXXVI, t. 1, Milano: Giuffrè, 1973, p. 434, escreve que «non basta neppure la concomitante esistenza di un interesse di colui che stipula l'assicurazione a farla ritenere contratta nel proprio o anche nel proprio interesse».

A resolução desta perplexidade passa por estabelecer a distinção entre, por um lado, os interesses que motivam a sociedade-tomadora a contratar a cobertura da responsabilidade civil dos administradores e, por outro, o *interesse seguro*<sup>51</sup>. Relevante para efeitos da contratação por conta de outrem é o *interesse seguro objeto de cobertura*<sup>52</sup>. Preceitua o art. 43.º, n.º 2, do RJCS que «no seguro de danos, o interesse respeita à conservação ou à integridade de coisa, direito ou património seguros». Nos seguros de responsabilidade civil, o interesse seguro é a *integridade do património do segurado*. Ora, a integridade do património do administrador-segurado, é, relativamente à sociedade-tomadora, um *interesse alheio*.

### **3.4. O seguro de responsabilidade civil dos administradores tende a ser um seguro de grandes riscos**

Os *grandes riscos* – enquanto categoria distinta dos *riscos de massa* – foram incorporados na Diretiva 88/357/CEE, de 22 de Junho de 1988, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro direto «Não-Vida», que fixa as disposições destinadas a facilitar o exercício da livre prestação de serviços e que altera a Diretiva 73/239/CEE<sup>53</sup>. A Diretiva 88/357/CEE trouxe a liberalização dos seguros de grandes riscos, dispensando quanto a estes a dupla autorização (que, para os riscos de massa, continuou a ser necessária até às diretivas de terceira geração)<sup>54</sup>.

No plano nacional, assentando fundamentalmente na *natureza do risco* (tipificado em determinados ramos de seguro) e em *índices quantitativos*, a delimitação de *grandes riscos* em relação aos *riscos de massa* consta do art. 2.º, n.os 3, 4 e 5, da LAS.

<sup>51</sup> Na doutrina espanhola estabelecem esta distinção A. RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, p. 110; A. CAMPINS VARGAS, «Seguro...», cit., p. 1007.

<sup>52</sup> Sobre as noções de interesse, v. MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...*, cit., p. 172, ss.; MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 422, s.; P. PAIS DE VASCONCELOS, *Direito comercial*, vol. I. Parte Geral. *Contratos mercantis, títulos de crédito*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 251, ss..

<sup>53</sup> Sobre a evolução da disciplina comunitária dos grandes riscos, v. A. MUÑOZ, *El reaseguro de los grandes riesgos*, in: F. SÁNCHEZ CALERO (dirigidos por), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad de la gran empresa*, Madrid: Musini, 1994, pp. 502., v. N. LUCA/F. FONZO, «L'assicurazione dei grandi rischi», *DEA*, 2 (2004), pp. 403, ss..

<sup>54</sup> C. COSTA PINA, *Instituições e mercados financeiros*, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 302, s.

O seguro de responsabilidade civil *não é intrinsecamente* um seguro de grandes riscos. O ramo de «responsabilidade civil geral» (tipificado sob o art. 123.º, 13, da LAS), o seguro será de *grandes riscos* sempre que relativamente ao *tomador* sejam excedidos dois dos seguintes valores: *a)* total do balanço: 6,2 milhões de euros; *b)* montante líquido do volume de negócios: 12,8 milhões de euros; *c)* número médio de empregados durante o último exercício: 250 (art. 2.º, n.º 3, *c*, 4, da LAS).

O seguro de responsabilidade civil dos administradores *não é intrinsecamente um seguro de grandes riscos*. O que significa que, em concreto, tanto pode ser um *seguro de grandes riscos* como um *seguro de massa*. A integração em uma ou outra das classificações dependerá da dimensão da sociedade-tomadora do seguro.

No entanto, a circunstância de o *D&O Insurance* ser, em particular, estipulado por sociedades abertas cotadas, integradas em grupos empresariais<sup>55</sup>, tende a contribuir para que o tomador exceda *dois* dos valores previstos na lei. É pela via dos índices quantitativos atingidos pela sociedade-tomadora que o seguro de responsabilidade civil dos administradores poderá, em alguns casos, ser integrado na categoria dos grandes riscos. Nos restantes casos, integrar-se-á nos *riscos de massa*<sup>56</sup>.

É normativamente consequente a distinção entre seguros de grandes riscos e seguros de massa. Ao abrigo do Regulamento Bruxelas I<sup>57</sup> e do Regulamento Roma I<sup>58</sup>, a distinção entre *grandes riscos* e *riscos de massa* é relevante quanto à: *a)* escolha da lei aplicável ao contrato de seguro (art.

<sup>55</sup> Atente-se que, nos termos do art. 2.º, n.º 5, da LAS, «no caso de o tomador estar integrado num conjunto de empresas para o qual sejam elaboradas contas consolidadas, os valores referidos no número anterior são aplicados com base nessas contas».

<sup>56</sup> Cfr. art. 2.º, n.º 6, da LAS.

<sup>57</sup> Cfr. Regulamento (CE) 44/2001, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria civil e comercial.

<sup>58</sup> Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), JOUE de 4 de julho de 2008. Sobre os Regulamentos Roma I e Bruxelas I, v. AAVV, *El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro (Reglamentos "Bruselas I, Roma II")*, RES, 140 (2009).

7.º, 2, do Regulamento Roma I<sup>59</sup>); b) escolha do foro competente (arts. 13.º e 14.º do Regulamento Bruxelas I)<sup>60</sup>.

### 3.5. Carácter voluntário e não massificado

Entre nós, o seguro de responsabilidade civil dos administradores é *voluntário*, tanto para a sociedade como para os administradores<sup>61</sup>. Caberá à sociedade ou aos administradores (admitindo que eles conseguem contratar o seguro individualmente) a decisão de contratar o seguro<sup>62</sup>. A manutenção do *carácter não obrigatório* – designadamente não impondo a contratação deste seguro para a admissão de valores mobiliários à negociação em mercados regulamentados – parece sugerir que este seguro visa a proteção dos administradores-segurados, mais do que a dos terceiros lesados pelas atuações ilícitas e culposas daqueles<sup>63</sup>. Entretanto, vão surgindo na doutrina estrangeira algumas opiniões que defendem a evolução

<sup>59</sup> O Regulamento Roma I veio substituir a Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais. Portugal aderiu à Convenção de Roma pela Convenção do Funchal de 18 de Maio de 1992. O texto em português encontra-se publicado no *DR*, 1.ª Série, de 3 de Fevereiro de 1994. Sobre os antecedentes e as características gerais da Convenção de Roma, v. M. HELENA BRITO, «Os contratos bancários e a convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais», *RB*, 28 (1993), pp. 79, ss.. O art. 1.3. da Convenção de Roma de 19 de junho de 1980 excluiu do seu âmbito de aplicação os contratos de seguro destinados a cobrir riscos nos territórios dos Estados-Membros da então CEE, fomentando, assim, uma diversidade de regimes consoante a localização do risco. Sobre a diversidade de regimes que esta solução proporcionava, v. VÍCTOR FUENTES CAMACHO, «Los contratos internacionales de seguro antes y a partir del Regulamento Roma I», *RES*, 140 (2009), p. 618, ss..

<sup>60</sup> M. JOSÉ FERNANDEZ MARTÍN, «La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad civil y seguros», *RES*, 140 (2009), p. 664, ss..

<sup>61</sup> Neste sentido, v. A. PERESTRELO OLIVEIRA, *A responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 179; MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...*, cit., p. 160, nt. 340, «A quem aproveita o seguro de responsabilidade civil dos administradores celebrado para os efeitos do art. 396.º CSC?», *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 419. O art. 396.º CSC prevê o dever legal de prestação de caução e não um seguro obrigatório. Para mais desenvolvimentos, v. MARIA ELISABETE RAMOS, «Administradores de sociedades anónimas e o dever legal de garantir a responsabilidade», *DSR*, 5 (2011), p. 83.

<sup>62</sup> P. CÂMARA, *O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais*, in: *Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 57, diz que na «gíria seguradora, o contrato de seguro previsto no art. 396.º é obrigatório mas não compulsório».

<sup>63</sup> MARGARIDA LIMA REGO, *Contrato...*, cit., 160, nt. 340, p. 419, «A quem aproveita...», cit., p. 419, s., defende a aplicação do regime dos seguros obrigatórios de responsabilidade civil

no sentido da obrigatoriedade legal deste seguro, nomeadamente para certas sociedades anónimas<sup>64</sup>.

A solução alemã merece, a este propósito, uma referência<sup>65</sup>. O *Deutscher Kodex recomenda* no ponto 3.8. que «If the company takes out a D&O (directors' and officers' liability insurance) policy for the Management Board, a deductible of at least 10% of the loss up to at least the amount of one and a half times the fixed annual compensation of the Management Board member must be agreed upon. A similar deductible shall be agreed upon in any D&O policy for the Supervisory Board»<sup>66</sup>.

Se a sociedade contrata o *D&O Insurance*, o *Kodex recomenda* que seja prevista uma franquia que respeite os limites indicados. Com a franquia pretende-se que parte do valor dos danos seja suportado pelo tomador do seguro/segurado. No âmbito do *D&O Insurance*, o objetivo desta medida é reduzir os efeitos do «risco moral» («moral hazard») e manter adequados níveis de diligência dos administradores/fiscalizadores segurados.

De acordo com o *Deutscher Kodex*, a contratação do *D&O Insurance* não é obrigatória, reconhecendo-se a licitude da contratação pela sociedade. Já é obrigatório que as sociedades cotadas divulguem que *recomendações* do *Deutscher Kodex* cumprem ou não<sup>67</sup>. É o que resulta do § 161 *AktG*. Determina este preceito que «The executive board and supervisory board of exchange-listed companies shall declare once a year that the recommendations of the "Government Commission on the German Corporate Governance Code" published by the Federal Ministry of Justice in the official section of the electronic Federal Gazette have been and are being complied with or which of the Code's recommendations are not being applied. The declaration shall be made permanently accessible to stockholders»<sup>68</sup>. E, por conseguinte, é obrigatório que as sociedades cotadas divulguem se foi ou não prevista a franquia recomendada.

O seguro de responsabilidade civil dos administradores, para além de ser um seguro voluntário, tende a ser um seguro *não massificado*. A este propósito, fala-se em apólices *tailor made* para vincar não só a hete-

ao seguro de responsabilidade civil dos administradores, na parte em que este visa dar cumprimento às imposições do art. 396.º do CSC.

<sup>64</sup> Sobre este aspeto v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 317, nt. 1273.

<sup>65</sup> Sobre a solução alemã, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 293, ss..

<sup>66</sup> Usamos a tradução inglesa publicada em [http://www.corporate-governance-code.de/eng/download/kodex\\_2010/German-Corporate-Governance-Code-2010.pdf](http://www.corporate-governance-code.de/eng/download/kodex_2010/German-Corporate-Governance-Code-2010.pdf).

<sup>67</sup> Para as declarações de conformidade, v. <http://www.corporate-governance-code.de/eng/entsprechenserklarung/index.html>.

<sup>68</sup> Versão inglesa colhida em <http://www.corporate-governance-code.de/eng/entsprechenserklarung/index.html>.

rogeneidade das condições gerais elaboradas pelos diferentes seguradores, como também o facto de as apólices, relativamente a cada sociedade, atenderem às singularidades do risco segurado<sup>69</sup>.

### 3.6. O D&O Insurance como seguro de responsabilidade civil

Aos signos *D&O Insurance* ou *Directors' and Officers' Liability Insurance* a literatura europeia não anglo-saxónica faz corresponder a designação *seguro de responsabilidade civil dos administradores*<sup>70</sup>.

Também as apólices que são comercializadas tendem a designar este seguro como seguro de responsabilidade civil dos administradores<sup>71</sup>. Como já vimos, o *D&O Insurance*, tal como surge moldado pela indústria seguradora, *abrange múltiplas e heterogéneas coberturas*<sup>72</sup>.

O que suscita a questão de saber se, na ordem jurídica portuguesa, o *D&O Insurance* integra o seguro de responsabilidade civil, tipificado no art. 123.º, 13), da LAS e caracterizado no art. 137.º do RJCS<sup>73</sup>.

A segmentação resultante da tipificação dos ramos seguradores e da segregação dos riscos não impede apólices de seguro de responsabilidade civil dos administradores cujo conteúdo típico agregue complexivamente coberturas heterogéneas. O art. 127.º, 1, LAS admite que «as empresas de seguros que explorem qualquer ramo ou modalidade podem também, através da mesma apólice, cobrir outros riscos acessórios». Disposição que

<sup>69</sup> Sobre o carácter *tailor made* do seguro de responsabilidade civil dos administradores v. na doutrina espanhola, F. SÁNCHEZ CALERO, «El seguro de responsabilidad civil de administradores, directores y gerentes de sociedades mercantiles», *RES*, 107 (2001), p. 401; A. RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de los administradores*, 2.ª ed., *Indret*, 272 (2005), [www.indret.com](http://www.indret.com)., p. 6.

<sup>70</sup> Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 306, ss..

<sup>71</sup> V. a título de exemplo, a publicidade em Portugal da seguradora Marsh, disponível em <http://www.marsh.pt/risk/civiladmin/index.php>. No sítio da Markel España podem ser consultadas as apólices de *D&O Insurance* comercializadas em Espanha e Portugal com relevante informação. V. <http://www.markelintl.es/Productos/RCdeAdministradoresyAltosCargos.aspx>. Também aqui o *D&O Insurance* é caracterizado como seguro de responsabilidade civil dos administradores.

<sup>72</sup> Cfr. com mais indicações E. F. PÉREZ CARRILLO/M. ELISABETE RAMOS, «Responsabilidade civil e seguro dos administradores (reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)», *BFD*, 82 (2006), pp. 309, ss..

<sup>73</sup> JOSÉ MORGADO, «Administradores de sociedades comerciais», *RES*, 136 (2008), p. 801, perante os clausulados divulgados em Portugal, manifesta dúvidas quanto à caracterização do *D&O Insurance* como um seguro de responsabilidade civil.

também se aplicará à exploração do seguro de responsabilidade civil dos administradores<sup>74</sup>.

#### 4. Os Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro e a cobertura de riscos internacionais

##### 4.1. Vocaçao internacional do *D&O Insurance*

A histórica *vocação internacional dos seguros* não equivale à uniformização de normas substantivas sobre o contrato de seguro. A atuação internacional dos segurados e das empresas seguradas coexiste com a diversidade de regimes reguladores do contrato de seguro.

Não é diferente a situação no universo do *D&O Insurance*. Verifica-se neste segmento de seguro uma intensa e marcada internacionalização que é manifestada: *a)* pela dimensão internacional dos seguradores – que, em alguns casos, oferecem o *D&O Insurance* a uma escala global; *b)* pela dimensão internacional das sociedades que o contratam; *c)* pelo poder conformador exercido pelos resseguradores.

Para além destes aspectos, há que não esquecer a sedimentação de um certo *standard* internacional replicado nas apólices do *D&O Insurance* comercializadas em diversas jurisdições. Observa-se, aliás, que em mercados menos desenvolvidos são oferecidas apólices que constituem traduções de outras aplicadas em mercados mais sofisticados. Este fenómeno «mimético»<sup>75</sup> é, sem dúvida, também ele uma manifestação da vocação internacional do *D&O Insurance*. Esta imitação aconteceu quando os seguradores norte-americanos se inspiraram nas apólices primeiramente elaboradas pelo *Lloyd's*<sup>76</sup> e voltou a ocorrer quando os seguradores europeus se «apropriaram» das apólices norte-americanas como modelo.

A título de exemplo da pressão das apólices norte-americanas podem ser destacadas a cobertura na mesma apólice do risco de responsabilidade dos administradores e de pessoas que ocupam altos cargos (mas que não integram o órgão de administração), a utilização de conceitos consolidados na experiência norte-americana (*v.g. wrongful act*) mas sem exata cor-

<sup>74</sup> Para mais desenvolvimentos, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 309, ss..

<sup>75</sup> Cfr. A. RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad...*, 2.<sup>a</sup> ed., Indret, 272, 2005 ([www.indret.com](http://www.indret.com)), p. 6.

<sup>76</sup> Cfr., por exemplo, J. W. BISHOP, Jr., «New cure for an old ailment: Insurance against directors' and officers' liability», *BL*, 22 (1966), pp. 103, ss; NOTE, «Liability Insurance...», cit., pp. 649, s..

respondência nos ordenamentos de *civil law*, a inclusão da cobertura do reembolso societário (*corporate indemnification*<sup>77</sup>)<sup>78</sup>. Também é de inspiração norte-americana a estrutura bipartida (*Side A* e *Side B*).

O *Directors and Officers Liability Survey*, relativo ao ano de 2010, revela que as sociedades multinacionais protegem os seus administradores pela estipulação de apólices de *D&O Insurance* nos mercados locais onde operam. O que mostra que à dispersão de mercados corresponde a variedade de apólices contratadas.

Dir-se-á que é diferente a realidade no mercado interno. A um «espaço sem fronteiras internas, no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada» (art. 26.º do TFUE) deveria corresponder a harmonização/uniformização do direito material dos seguros. É o que importa apurar.

#### 4.2. A incompletude do mercado interno dos seguros

O mercado interno dos seguros implica, em primeiro lugar, um espaço sem fronteiras onde os seguradores possam exercer livremente a sua atividade. Para tanto, houve que abolir os principais obstáculos às liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços<sup>79</sup>. Foi instituída a licença única – um segurador autorizado em um determinado Estado-Membro pode exercer a sua atividade em qualquer ponto da União (sem necessidade de ulterior autorização), tanto em regime de estabelecimento como em regime de prestação de serviços<sup>80</sup>. Foi consagrada a supervisão pelo país de origem – a supervisão das atividades globais da empresa é assegurada pela autoridade do país em que o segurador tem a sua sede (*home country control*)<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> A section 234 do *Companies Act* de 2006, seguindo o que já se encontrava prescrito no *Companies Act* de 1985, admite a chamada «third party indemnity provision». Sobre esta v. A. ALCOCK/J. BIRDS/S. GALE, *Companies Act 2006: The new law*, Bristol: Jordans, 2007, p. 159.

<sup>78</sup> Cfr. A. RONCERO SÁNCHEZ, *El seguro de responsabilidad civil de administradores de una sociedad anónima (sujetos, interés y riesgo)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 6, s.; M. IRIBARREN BLANCO, *El seguro de responsabilidad civil de los administradores y altos directivos de sociedades de capital (D&O)*, Cizur Menor: Aranzadi, 2005, pp. 72, s..

<sup>79</sup> FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, «Consideraciones preliminares sobre el régimen comunitario de los contratos de seguro», *RES*, 140 (2009), p. 599. Sobre o exercício da atividade seguradora e as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços, v. SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, «La actividad asseguradora en el contexto de las libertades comunitarias de establecimiento y de prestación de servicios», *RES*, 140 (2009), p. 577, ss..

<sup>80</sup> Desenvolvidamente, v. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, «Consideraciones ...», cit., p. 596.

<sup>81</sup> Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 385.

É bem mais modesta a harmonização de normas materiais reguladoras do contrato de seguro<sup>82</sup>. Em 1979, a Comissão Europeia apresentou ao Conselho uma Proposta de Diretiva sobre a coordenação de disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas ao contrato de seguro<sup>83</sup> que contemplava as matérias da declaração do risco, obrigações do tomador do seguro, pagamento dos prémios, declaração do sinistro e duração do contrato. Esta proposta foi revista em 1980<sup>84</sup>, mas o processo de harmonização do contrato de seguro não prosseguiu.

Mais tarde, o Considerando (18) da Diretiva 92/49/CEE, de 18 de Junho de 1992<sup>85</sup> revela que «a harmonização do direito do contrato de seguro não é uma condição prévia para a realização do mercado interno dos seguros»<sup>86</sup>.

É legítimo dizer-se que, no estádio atual da União Europeia, a unidade de mercado e de espaço económico coexiste com os «particularismos nacionais»<sup>87</sup> dos regimes do contrato de seguro, por inexistir um regime comum do contrato de seguro.

Acresce que a doutrina assinala as *limitações* ou a *inadequação* das regras de direito internacional privado para cumprir cabalmente o objetivo de criar o mercado interno dos seguros<sup>88</sup>. Na verdade, em ordem a proteger os contraentes mais débeis, as normas de direito internacional privado são, em significativa medida, obrigatórias<sup>89</sup>. De acordo com o art. 7.º do

<sup>82</sup> Sobre a limitada contribuição das diretivas para a harmonização do contrato de seguro, v. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, «Comunitarización del derecho internacional privado y derecho aplicable a las obligaciones contractuales», RES, 140 (2009) p. 599, ss..

<sup>83</sup> Trata-se da Proposition de Directive du Conseil visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives régissant le contrat d'assurance, COM (79) 355 final, de 6 de Julho de 1979, publicada no JOCE C 190, de 28 de Julho de 1979.

<sup>84</sup> Cfr. COM (1980) 854 publicado no JOCE C 355, de 31 de Dezembro de 1980.

<sup>85</sup> Diretiva 92/49/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro direto não vida e que altera as Diretivas 73/239/CEE e 88/357/CEE (terceira Diretiva sobre o seguro não vida).

<sup>86</sup> G. VOLPE PUTZOLU, «L'influenza della normativa comunitaria sul contratto di assicurazione», Ass., 3 (1991), pp. 114, ss., dá notícia de iniciativas comunitárias que poderão ter repercussão na disciplina do contrato de seguro.

<sup>87</sup> FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, «Consideraciones preliminares...», cit., p. 570.

<sup>88</sup> Cfr. HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW /JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)*, prepared by the Project Group Restatement of European Insurance Contract Law: Sellier European Law Publishers, 2009, p. xl ix.

<sup>89</sup> HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW /JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. l.

Regulamento Roma I<sup>90</sup>, a lei aplicável ao contrato de seguro será a lei do Estado em que o tomador do seguro tem a sua residência oficial.

Há que recordar que nos termos do art. 9.º, 1, b), do Regulamento Bruxelas I, o tomador do seguro, segurado ou beneficiário pode intentar uma ação contra o segurador na jurisdição onde cada um deles está domiciliado. Conjugadas as disposições do Regulamento Roma I com as do Regulamento Bruxelas I, verifica-se que a lei aplicável ao contrato de seguro será a do Estado-Membro do tomador do seguro<sup>91</sup>. Ou seja, em regra, os litígios fundados no contrato de seguro serão resolvidos pelos tribunais do Estado do tomador do seguro e resolvidos pela lei desse Estado<sup>92</sup>. O que significa, do ponto de vista do segurador, que a contratação transfronteiriça de seguros estará sujeita a lei diversa do seu país de origem<sup>93</sup>.

Dir-se-á que esta discussão não é muito relevante para o universo do *D&O Insurance*, porque a circunstância de ele ser, tendencialmente, um seguro de grandes riscos habilita as partes a escolher o direito aplicável (art. 7.º, 2, do Regulamento Roma I).

O problema ultrapassa o universo do *D&O Insurance* – trata-se da construção do mercado interno dos seguros – e isso não pode ser ignorado. De todo o modo, ainda que nos concentremos no segmento do *D&O Insurance*, é preciso não esquecer que, intrinsecamente, o *D&O Insurance* não é um seguro de grandes riscos. O *D&O Insurance* pode ser um seguro de massa. Recolocando-se, por conseguinte, a questão das normas de direito internacional privado de cariz imperativo com vista à proteção da parte mais débil do contrato de seguro. A Comissão Europeia reconheceu que os «cláusulas relativas à lei aplicável poderiam mitigar este problema no caso de os seguros não-vida por grandes riscos. Todavia, não são admisíveis noutros casos. Na realidade, foi impossível estabelecer uma apólice única que pudesse ser comercializada nas mesmas condições nos vários mercados europeus»<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Para uma apreciação crítica da solução acolhida pelo art. 7.º do Regulamento Roma I, v. VICTOR FUENTES CAMACHO, «Los contratos internacionales...», cit., p. 630, ss..

<sup>91</sup> HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW/JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. I.

<sup>92</sup> HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW/JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. li.

<sup>93</sup> HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW/JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. I.

<sup>94</sup> Cfr. COM (2003) 68 final – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – Maior coerência no direito europeu dos contratos. Plano de ação, n.º 48.

Efetivamente, a possibilidade de escolha de lei aplicável não garante que a apólice de *D&O Insurance* seja regulada pela mesma lei em todo o espaço do mercado interno.

#### 4.3. Os Princípios de Direito Europeu do Contrato de Seguro

Centrado na ideia de que «the law of insurance [in Europe] must be one», surgiu em 1999 o Projeto tendente à elaboração dos *Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro* (daqui em diante, abreviadamente, *Princípios*)<sup>95</sup>. Trata-se de uma iniciativa de origem académica<sup>96</sup>, primeiramente liderada pelo Professor Fritz Reichert-Facilides e atualmente presidida pelo Professor Helmut Heiss, que visa concretizar o «Restatement» do direito europeu do contrato de seguro.

Este projeto integra o «European Network of Excellence on European Contract Law» (CoPECL), organizado pela Comissão Europeia em 2005, e constitui um contributo para o Quadro Comum de Referência do Direito Europeu dos Contratos<sup>97</sup>. No entanto, os *Princípios* têm objetivos mais vastos do que um «Quadro de Referência» e procuram fornecer o projeto de um instrumento opcional relativo à regulação europeia do contrato de seguro<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> O texto dos *Princípios* está disponível em [www.restatement.info](http://www.restatement.info). O processo de elaboração pode ser acompanhado em <http://www.copecl.org>. A versão oficial destes *Princípios* encontra-se redigida em inglês. Há uma tradução portuguesa da autoria do Professor Pedro Pais de Vasconcelos (que também integra o «Grupo do Restatement»).

<sup>96</sup> Para a lista dos académicos que atualmente integram o Projeto, v. <http://www.restatement.info/>. Designaremos este Grupo como «Grupo do Restatement». O Grupo é conhecido por várias designações: «Projecto Group», «Innsbruck Group», «Insurance Group».

<sup>97</sup> Sobre o «Quadro Comum de Referência (QCR)», v. a Comunicação da Comissão *Direito europeu dos contratos e a revisão do acervo: o caminho a seguir* COM (2004) 651 final e, em particular, o Anexo I, "Possível estrutura do QCR", de 11 de Outubro de 2004. Para uma reflexão sobre qual deve ser o papel do QCR («Common Frame of Reference» – CFR), v. C. VON BAR /S. SWANN, «Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law (COM (2003) 63)», *ERPL*, 11 (2003/5), pp. 596, ss. Sobre o Draft Common Frame of Reference, v. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Munich: sellier. european law publishers, 2009. H. EIDENMÜLLER/F. FAUST/H. C. GRIGOLEIT/N. JANSEN/G. WAGNER/R. ZIMMERMANN, «Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme», *JZ*, 63 (2008/11), pp. 529, ss., tecem uma apreciação crítica do *Draft Common Frame of Reference*.

<sup>98</sup> Cfr. *Preface*, in: JÜRGEN BASEDOW/JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. xxxiii.

Em 2009, foi publicada a obra «Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)» que abrange as «Disposições Comuns» que compreendem, por sua vez, três partes: *i*) Disposições comuns a todos os contratos incluídos nos Princípios Comuns do Direito Europeu do Contrato de Seguro (PDECS); *ii*) Disposições comuns ao seguro de danos; *iii*) Disposições comuns a seguros de prestações convencionadas.

A concretização deste projeto segue a metodologia do «restatement», já consolidada na experiência jurídica norte-americana<sup>99</sup>. Assim, é considerada uma realidade jurídica existente, nela são recolhidos os princípios gerais, são organizados em disposições normativas (*rules*) que, por sua vez, são anotadas e comentadas.

#### 4.4. Carácter opcional – sentido

Os *Princípios* são um *instrumento opcional*<sup>100</sup>. É o que determina o art. 1:102 ao prescrever que os «PDECS são aplicados quando as partes assim o estipularem no contrato, não obstante as limitações de escolha da lei em direito internacional privado»<sup>101</sup>.

O que significa «instrumento opcional»? Em primeiro lugar, significa que a aplicação destas normas depende da *escolha feita pelas partes do contrato*. Segue-se, por conseguinte, o modelo de «*opt-in*»<sup>102</sup>. Ou seja, na ausência de escolha efetuada pelas partes, aplicar-se-á o direito nacional.

O artigo 1: 102, 2.<sup>a</sup> frase, dos *Princípios* impede a *escolha parcial* – «os PDECS serão aplicados na sua totalidade, não sendo admitidas quaisquer exclusões das suas disposições». As partes, se pretenderem escolher

<sup>99</sup> V. F. MARXER, «Verso l'unificazione del diritto nel contratto di assicurazione in Europa. Il Restatement of European Insurance Contract Law», *DEA*, 2 (2002), pp. 318, ss.. V. com interesse o site do *American Law Institute* em <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.overview>

<sup>100</sup> Salientando esta qualidade de *optional instrument*, v. H. HEISS/D. CERINI, «Principles of European Insurance Contract Law (PEICL) – Princípi di diritto europeo del contratto di assicurazione», *DEA*, 1 (2008), p. 68.

<sup>101</sup> Utiliza-se aqui a tradução portuguesa da autoria do Professor Pedro Pais de Vasconcelos.

<sup>102</sup> Há uma importante discussão em torno das alternativas *opt-in/opt-out* – v. C. VON BAR /S. SWANN, «Response to the Action Plano on European Contract Law: a more coherent European Contract Law (COM (2003) 63)» *ERPL*, 11 (2003/5), pp. 613, ss. Manifestando preferência pela alternativa *opt-in* (ou seja, a adoção dos *Princípios* depende de manifestação expressa das partes; dito de outro modo, na ausência de tal declaração, é aplicado o direito nacional), v. J. BATALLER GRAU, «Un marco común de referencia para el contrato de seguro en la Unión Europea», *RES*, 136 (2008), p. 675.

os *Princípios*, têm necessariamente de escolher todo o instrumento e não podem escolher uma parte. Não é permitido o «law cocktail» ou o «cherry picking».

Simultaneamente, as disposições dos *Princípios* são *imperativas*. Tal imperatividade resulta do art. 1:103. Segundo uma opção que é comum a várias legislações da União (e também usada pelo nosso RJCS), há disposições *absolutamente imperativas* (art. 1:103, 1) e outras são *relativamente imperativas* (art. 1:103, 2).

Não há contradição insanável entre o *caráter opcional* e a natureza imperativa dos *Princípios*<sup>103</sup>. É preciso ter presente que as partes têm de escolher os *Princípios* na sua totalidade. Uma vez que a escolha parcial está proibida, os seguradores não podem extraír dos *Princípios* os segmentos que lhes interessam deixando cair as disposições que lhes são desfavoráveis. E, se os *Princípios* querem constituir uma alternativa ao direito nacional, devem poder oferecer à parte mais débil (segurado e beneficiário) uma proteção de intensidade semelhante à do direito nacional. Pretende-se que os seguradores escolham os *Princípios* motivados, não oportunidade de reduzir as garantias da parte mais débil, mas sim pela decisão de fundar o seu negócio no mesmo conjunto de regras aplicáveis através da Europa<sup>104</sup>.

A natureza imperativa das disposições dos *Princípios* visa proteger o *segurado* ou os *beneficiários*. É o que expressamente resulta do art. 1:103, 2), quando prescreve que «o contrato pode derrogar todas as demais disposições do PDECS desde que esta derrogação não resulte em detimento do tomador, do segurado ou do beneficiário». Esta disposição é vocacionada para os seguros de massa.

Quanto aos seguros de *grandes riscos*, como seria de esperar, é alargado o âmbito da autonomia privada, permitindo-se a derrogação para «beneficiar alguma das partes» do contrato de seguro (art. 1:103, 2, 2.<sup>a</sup> frase).

A natureza opcional tem, ainda, um outro alcance. Significa ela que o propósito dos *Princípios* não é o de substituir a lei nacional sobre o contrato de seguro, mas, ao invés, fornecer uma regulação *alternativa*. Este carácter opcional permitirá que as partes, se assim o entenderem, concluam o contrato de seguro à luz da disciplina da União Europeia, em vez de o submeterem ao regime da lei nacional.

<sup>103</sup> Cfr. HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW/JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. lxii.

<sup>104</sup> Cfr. HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW/JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. lxii.

#### **4.5. Vantagens para a contratação internacional do D&O Insurance**

Considerando os resultados do labor do «Grupo do Restatement» publicados, é possível elencar algumas das vantagens que os *Princípios* podem trazer à contratação internacional do *D&O Insurance*. Certamente que, de momento, não nos podemos pronunciar sobre o teor de um futuro (e ainda não conhecido) regime uniforme do seguro de responsabilidade civil.

Admitindo que o projeto dos *Princípios* é concluído, ele permitirá que os seguradores do segmento *D&O Insurance* possam elaborar uma apólice que poderá ser aplicada no território do mercado interno, desprendendo-se das singularidades de cada um dos regimes nacionais. Por outro lado, as sociedades com operações em vários pontos do mercado interno – as «euro-mobile policyholders»<sup>105</sup> – podem optar por apólice de *D&O Insurance* sujeita a este regime uniforme do contrato de seguro.

Acrece que o regime dos *Princípios* também se adapta às diferentes dimensões das sociedades tomadoras do *D&O Insurance*. Como já vimos, o *D&O Insurance* é, tendencial mas não necessariamente, um seguro de grandes riscos. Se no caso concreto, o *D&O Insurance* se configurar como um seguro de grandes riscos, o art. 1:103, 2, dos *Princípios* admite que o regime uniforme possa ser derrogado em benefício de qualquer uma das partes.

Acontecendo que o *D&O Insurance* seja contratado por sociedades de menor dimensão, titulares de pequenas e médias empresas, que não atinjam os índices quantitativos previstos no art. 1:103, 2, c), ressurgem as necessidades de proteção do tomador do seguro. A sociedade tomadora do *D&O Insurance* (que presumivelmente terá um peso negocial não equivalente ao do segurador) está acautelada pelas normas imperativas dos *Princípios*.

#### **4.6. Que futuro(s) para os Princípios?**

Este projeto tendente à elaboração dos *Princípios* tem merecido a atenção política em várias instâncias da União.

O Comité Económico e Social, em parecer emitido em 27 de Maio de 2010<sup>106</sup>, reconhece, por um lado, as virtualidades dos *Princípios*. Segundo

<sup>105</sup> Cfr. Cfr. HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW/JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. lxi.

<sup>106</sup> Opinion of the European Economic and Social Committee on the 28th regime – an alternative allowing less lawmaking at Community level (own initiative opinion) (INT/499).

este órgão da União Europeia, os *Princípios*: a) permitirão a contratação no espaço da União Europeia, à luz de um único regime, superando as barreiras constituídas pelos riscos legais e pela diferença de sistemas jurídicos; b) deixarão intocada a cultura de cada um dos Estados-Membros; c) facilitarão a interação entre as partes no processo negocial; d) preservarão a proteção da parte mais débil, pela inclusão de normas obrigatórias; e) impedirão o «cherry picking».

Por outro lado, o Comité Económico e Social evidencia as previsíveis dificuldades que a aplicação dos *Princípios* pode suscitar. São elas: a) a articulação entre os *Princípios* enquanto instrumento opcional e o direito internacional privado europeu, pelo menos no que diz respeito às normas de ordem pública; b) a necessidade de serem organizados os princípios gerais de direito privado; c) a impossibilidade de os *Princípios* abrangerem questões fiscais; d) a necessidade de os consumidores serem devidamente informados sobre as vantagens, desvantagens do instrumento opcional.

Em face deste quadro, o Comité Económico e Social recomenda a análise profunda desta questão, de modo a ser completado o mercado interno.

Mais recentemente, a Resolução do Parlamento Europeu, de 8 de Junho de 2011, sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas<sup>107</sup>, «reitera o seu anterior apelo à inclusão dos contratos de seguro no âmbito de instrumento facultativo, acreditando que esse instrumento poderá ser particularmente útil para os contratos de seguro em pequena escala; sublinha que, no domínio do direito dos contratos de seguros, já foram realizados trabalhos preliminares com os Princípios do Direito Europeu dos Contratos de Seguros (PDECS), que devem ser integrados no direito europeu dos contratos e ser revistos e aprofundados»<sup>108</sup>.

Está em aberto o futuro dos *Princípios* – serão o 28.º regime ou transformar-se-ão no 2.º regime?

A alternativa que pugna pela elevação dos *Princípios* ao lugar de 28.º regime traduz-se em os acrescentar à lista dos 27 regimes nacionais. Ou seja, para lá destes últimos, existiria um regime (de carácter opcional) que as partes poderiam escolher para regular o contrato de seguro, tal como, em outros domínios, acontece com os Princípios UNIDROIT.

<sup>107</sup> 2011/2013(INI)

<sup>108</sup> Cfr. ponto 25 da Resolução.

O «Grupo do Restatement» manifesta algumas reservas a esta alternativa<sup>109</sup>. Apesar do teor do considerando 13 do Regulamento Roma I<sup>110</sup>, é duvidoso que este ato de direito derivado admita a possibilidade de as partes escolherem regras não vinculativas<sup>111</sup>.

A segunda alternativa consiste em os *Princípios* constituírem o «2.º regime». Esta via – preferida pelo «Grupo do Restatement» – consiste em verter os *Princípios* em um Regulamento da União que vigoraria em todo o território e que constituiria em cada Estado-Membro o 2.º *regime de contrato de seguro*.

Esta última alternativa, segundo o «Grupo do Restatement», apresentaria as seguintes vantagens<sup>112</sup>: *a)* as restrições em matéria de direito internacional privado não inibiriam a escolha deste instrumento opcional; *b)* este instrumento opcional poderia substituir inteiramente o direito nacional, incluindo as disposições imperativas; *c)* as disposições do Regulamento poderiam ser aplicadas aos contratos puramente «domésticos», uma vez que o «2.º regime» seria considerado direito integrante de cada Estado-Membro.

Acrescem, ainda, as seguintes vantagens<sup>113</sup>: *a)* o regulamento que adotasse os *Princípios* seria direito da União derivado e, por isso, o TJUE, através do mecanismo do reenvio prejudicial, poderia assegurar a interpretação uniforme; *b)* o regulamento seria aplicado pelas autoridades e supervisores nacionais como normas integrantes a ordem jurídica interna; *c)* as partes estariam dispensadas de provar o seu conteúdo; *d)* os provedores de justiça (ombudsman) para questões de seguros poderiam aceitar casos submetidos a este regulamento.

## 5. Conclusão

O universo da contratação do *D&O Insurance* é atravessado por uma marcada dimensão internacional. Esta vertente internacional surpreende-

<sup>109</sup> Cfr. HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW/JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. lxiv.

<sup>110</sup> «O presente regulamento não impede as partes de incluírem, por referência, no seu contrato um corpo legislativo não estatal ou uma convenção internacional»

<sup>111</sup> Cfr. HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW/JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. ixv.

<sup>112</sup> Cfr. HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW/JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. lxv.

<sup>113</sup> Cf. Cfr. HELMUT HEISS, *Introduction*, in: JÜRGEN BASEDOW/JOHN BIRDS/MALCOLM CLARKE/HERMAN COUSY/HELMUT HEISS (edited by), *Principles...*, cit., p. lxvi.

-se seja na operação internacional dos seguradores, seja na circunstância de as sociedades tomadoras do seguro exercerem atividades em vários países, seja no facto de ser perceptível uma certa padronização internacional das apólices do *D&O Insurance*.

No mercado interno, esta realidade empresarial «euro-móvel» (Base-dow) coexiste com a dimensão essencialmente nacional das normas materiais reguladoras do contrato de seguro. Os seguradores tendem a oferecer nos vários mercados apólices adaptadas às particularidades regulatórias de cada um dos países.

Perante a incompletude do mercado interno dos seguros, o «Grupo do Restatement» toma a iniciativa de condensar os *Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro* que ambicionam ser um instrumento opcional de lei uniforme. Para os administradores que correm riscos internacionais de responsabilidade civil, a possibilidade de se valerem de uma regulação do contrato de seguro válida e eficaz em todo o espaço do mercado interno constituiria uma significativa vantagem.

No entanto, este é um Projeto em curso. Concluído este projeto e imaginando que ele é vertido em um regulamento da União, um outro desafio se abre. O de convencer seguradores e tomadores de seguro a escolherem as disposições desta regulação uniforme.

**RESUMO:** Muito embora, na data da entrada em vigor do CSC, a unipessoalidade societária não fosse, de todo em todo, um fenómeno desconhecido, o facto é que o legislador português optou por não admitir a unipessoalidade originária. Nessa medida, o código contém desde o início da sua vigência uma norma (art. 84º, n.º 1), que responsabiliza pessoal e ilimitadamente o sócio único da sociedade por quotas supervenientemente unipessoal, pelas obrigações sociais. A norma em apreço visa(va) proteger os credores da sociedade e evitar a manutenção/consolidação das situações de unipessoalidade societária. Todavia, com a introdução no CSC do capítulo relativo às sociedades unipessoais por quotas, onde se prevê um conjunto de normas que visam especificamente proteger os credores sociais nas situações em que a conduta do sócio único possa ser de molde à diminuição da garantia patrimonial dos credores, designadamente nos casos de auto contratação (art. 270º-F), coloca-se a questão de saber como, e em que medida, se articulam ambos os regimes.

**ABSTRACT:** Although when the CSC came into force the unipersonality of a company was not unknown whatsoever, the truth is that the Portuguese legislator chose not to admit the original unipersonality. Therefore, the CSC contains since its coming into force a rule (art. 84º, nº 1) by which the sole partner of the Limited Liability Company that subsequently has a single holder, is responsible, by the social obligations. The so-named rule aim(s)(ed), firstly at protecting the company's creditors and secondly, at avoiding the maintenance/consolidation of subsequent company unipersonality situations. However, with the introduction in the CSC of a chapter referring to the (originally) unipersonal companies, that contains a set of rules aiming specifically at the protection of the social creditors in situations where the partner's conduct may lead to the asset guaranty decrease for the creditors, namely in cases of self-contracting (art. 270º-F), the question is posed of deciding how and in what measure both regimes connect.

PEDRO PIDWELL\*

## A tutela dos credores da sociedade por quotas unipessoal e a responsabilidade do sócio único \*\*

\*\* Este trabalho corresponde no essencial ao relatório apresentado no Seminário Especializado de Direito das Sociedades do Curso de Doutoramento em Direito, vertente de Ciências Jurídico-Empresariais, lecionado pelo Professor Doutor COUTINHO DE ABREU, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Sobre o texto original foram feitas algumas correções de forma e acrescentadas outras tantas referências doutrinárias consideradas úteis ao conteúdo da exposição.

\* Advogado  
e Administrador  
de Insolvência

## 1. A unipessoalidade societária na Ordem Jurídica Portuguesa<sup>1</sup>

Com a criação das sociedades por quotas de responsabilidade limitada na Alemanha nos finais do séc. XIX<sup>2</sup>, o movimento legislativo estendeu-se pela Europa e, neste aspeto, Portugal foi das primeiras ordens jurídicas a adotar o novo instituto<sup>3</sup>. O elemento central deste novo tipo de sociedade era conferir aos sócios o mesmo regime de responsabilidade limitada<sup>4</sup>, que até então era atributo exclusivo dos sócios (*rectius* acionistas) das sociedades anónimas. «A limitação da responsabilidade conseguida pelas sociedades anónimas tinha alguns inconvenientes. E desde logo: a sociedade anónima vinha desenhada como um ente de grande porte, capaz de mobilizar muitos capitais, mas dispendioso e pouco manejável para empreendimentos mais comedidos. A questão foi ultrapassada com a conceção de um novo tipo de sociedade comercial mais modesto, mas de responsabilidade limitada: o das sociedades por quotas<sup>5</sup>» que atribuía aos pequenos e médios empresários o benefício da responsabilidade limitada<sup>6</sup>. A evolução doutrinária do conceito acabou por levar a que se colocasse a questão de permitir ao comerciante, que exerce a sua atividade em nome próprio, beneficiar da *desresponsabilização* pessoal das dívidas do seu comércio<sup>7</sup>. A esta ordem de ideias não é alheio o facto de, de um modo

<sup>1</sup> O objeto do estudo vertente é (exclusivamente) a responsabilidade do sócio único da Sociedade Unipessoal por Quotas, nesse sentido escapam ao seu alinhamento as questões que se colocam no caso das Sociedades Anónimas Unipessoais.

<sup>2</sup> Lei Alemã de 20 de Abril de 1892.

<sup>3</sup> Lei das Sociedades por Quotas, de 11 de Abril de 1901.

<sup>4</sup> V. PEDRO MAIA, «Tipos de Sociedades Comerciais», in *Estudos de Direito das Sociedades*, 5.<sup>a</sup> Edição, vários autores, sob a coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU, 5.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 14, referindo que «a limitação da responsabilidade é um elemento nuclear do tipo de sociedade por quotas (...).».

<sup>5</sup> Assim MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 483.

<sup>6</sup> V. NOGUEIRA SERENS, «O (Verdadeiro) Leitmotiv da Criação pelo Legislador Alemão das «Sociedades com Responsabilidade Limitada» (Gesellschaften mit beschränkter Haftung), em *Direito das Sociedades* em Revista, Ano I, Vol. 2, 137-174, Almedina, Coimbra 2009, pág. 139, referindo que «[d]a (velha) sociedade por ações («sociedade anónima», na terminologia da nossa lei), essa nova sociedade (entre nós chamada «sociedade por quotas de responsabilidade limitada») herdou a característica fundamental da exclusão da responsabilidade pessoal e ilimitada dos sócios».

<sup>7</sup> Neste sentido BRITO CORREIA, «A Sociedade Unipessoal por Quotas», em *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, 631-650, Coimbra Editora, Coimbra 2007, referindo por um lado, admite-se em tese geral que «[t]udo começa pela necessidade sentida pelos comerciantes de limitar a sua responsabilidade, atendendo ao carácter arriscado de cer-

ou de outro, os comerciantes recorrentemente constituírem sociedades por quotas que, apesar de formalmente pluripessoais, eram na realidade (materialmente<sup>8</sup>) unipessoais<sup>9</sup>. Um dos exemplos mais salientes desta prática assentava na constituição de sociedades pluripessoais, em que um ou mais sócios eram, na realidade, *sócios-de-favor* (geralmente o cônjuge ou familiares próximos), deixando o exercício e comando da atividade societária entregue a(o) outro sócio, sendo a sociedade apenas um expediente para que este(s) pudesse(m) exercer a sua atividade empresarial sob os auspícios do *benefício* da responsabilidade limitada conferida pelo novo tipo de sociedade<sup>10</sup>.

Contudo, a doutrina e o legislador, não sendo alheios a este problema, permaneceram ligados à questão do significado etimológico da palavra *sociedade*<sup>11 12</sup>, bem como à natureza do ato constitutivo da sociedade que é um contrato<sup>13</sup> – pode ler-se no diploma preambular que publicou o Código

tas empresas» (pág. 633), e por outro lado, no que às sociedades unipessoais concerne, afirma que a questão «ganhou relevo, quando começaram a aparecer sociedades em que o número de sócios, inicialmente plural, se reduziu à unidade, por aquisição de todas as participações sociais por um só dos sócios» (pág. 635).

<sup>8</sup> Sobre a terminologia utilizada «materialmente unipessoal», v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica*, coleção teses, Almedina, Coimbra 2009, págs. 360 e 362.

<sup>9</sup> V. RICARDO COSTA em «Unipessoalidade Societária», Miscelâneas, n.º 1, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, 2003, pág. 42 e pág. 46, ponto 2.2.

<sup>10</sup> Segundo MANUEL DE ALARCÃO, «Sociedades Unipessoais», Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Suplemento XIII), 203-326, Coimbra 1961, pág. 205 e 206, as sociedades que «desde o momento da sua constituição, se encontram dominadas por um único sócio efetivo, único verdadeiramente interessado na empresa, dá-se o nome de *sociedades fictícias*. O que as distingue das unipessoais propriamente ditas é a existência *formal* ou aparente duma pluralidade de sócios» (italico nosso).

<sup>11</sup> Neste sentido v. CATARINA SERRA, «As novas sociedades unipessoais por quotas (algumas considerações a propósito do DL n.º 257/96 de 31 de Dezembro)», in *Scientia Iuridica*, Janeiro-Junho 1997, Tomo XCVI, n.ºs 265/267, págs. 120 e 121.

<sup>12</sup> V. BRITO CORREIA, «A Sociedade Unipessoal ...», pág. 634, afirmindo que estava subjcante ao conceito de sociedade a pluralidade de partes, e, nessa medida, «só faz(ia) sentido falar de sócio quando há(via) outros sócios».

<sup>13</sup> Por seu lado, CATARINA SERRA, «As novas sociedades unipessoais...», pág. 117, em nota citando RAUL VENTURA, *Dissolução e liquidação de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1994, refere o seguinte: «[t]enho como certo ser o termo «sociedade» impropriamente aplicado às «sociedades unipessoais». Prossegue afirmindo que «[c]om efeito, a palavra sociedade tem a sua origem etimológica na palavra latina *societas*, que significa associação, união, comunidades, conceitos que, como se sabe, implicam pluralidade de pessoas».

<sup>14</sup> No art. 980.º do Código Civil (CC), sob a epígrafe «Noção» apresentam-se os elementos essenciais do contrato de sociedade. O que vale por dizer que, em termos gerais, de acordo com a lei civil portuguesa, a criação de uma sociedade assenta num contrato. Este

das Sociedades Comerciais<sup>14</sup> o seguinte: «não deixa de ser verdade que entre nós (diferentemente do que acontece na Alemanha) nunca se admitiu - entre outras razões, por fidelidade à ideia da sociedade-contrato - a unipessoalidade originária<sup>15</sup> (...)» –, e portanto, demoraram<sup>16</sup> a conseguir ultrapassar a dificuldade conceptual que consistia na admissibilidade de constituir *ex novo*, por ato jurídico unilateral<sup>17</sup>, uma sociedade por quotas com um só sócio<sup>18</sup>.

deve consubstanciar um fim comum e de organização (v. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Vol. II, Sociedades Comerciais, Doutrina Geral, Universidade de Coimbra, 1968, pág. 51 e ss.). Relativamente às sociedades comerciais o art. 7.º, n.º 2, do CSC, não é tão exigente quanto a norma do CC, porquanto o ato gerador de uma sociedade é um contrato que deve ser celebrado pelo menos por duas pessoas, exceto quando a lei exija número superior ou permita número inferior (neste sentido v. CATARINA SERRA, «As novas sociedades unipessoais...», págs. 116 e 117).

<sup>14</sup> Decreto-Lei n.º 262/86 de 02 de Setembro. De ora em diante as disposições legais referidas sem indicação de origem devem ter-se como pertencentes ao Código das Sociedades Comerciais (CSC).

<sup>15</sup> A unipessoalidade societária ou a concentração das participações na titularidade de uma única pessoa representou invariavelmente algo indesejável, sendo mesmo encarado pela doutrina como uma contradição, primeiro em si mesma, posteriormente nos termos, heresia jurídica ou algo inconcebível; v. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial...*, pág. 148.

<sup>16</sup> «(...) rendendo-se tarde a uma realidade velha (...) « nas palavras de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...*, pág. 40

<sup>17</sup> Neste sentido CASSIANO SANTOS, «Sociedades Unipessoais por Quotas, Exercício Individual e Reorganizações empresariais – Reflexões a propósito do regime legal», em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. 1, Almedina, Coimbra 2009, pág. 116, refere que «a sociedade unipessoal, tendo apenas a participação de um sujeito, tem uma origem assente numa declaração ou ato unilateral». (itálico nosso)

V. BRITO CORREIA, *Direito comercial – Sociedades Comerciais*, Vol. II, 3.ª Tiragem 1997, AAFDL, Lisboa, 1989, pág. 223, «[a] constituição de uma sociedade unipessoal originária (não derivada de outra por transformação, fusão ou cisão) não pode, obviamente, ser um contrato, uma vez que nela intervém apenas uma parte, um sujeito. Trata-se seguramente de um negócio jurídico, que dá origem uma nova pessoa jurídica e cria relações jurídicas entre esta e o sócio único. O ato constitutivo dumha sociedade unipessoal é, pois, como não pode deixar de ser, um negócio jurídico unilateral.»

<sup>18</sup> Isto apesar de no Liechtenstein essa possibilidade ter sido admitida no primeiro cartel do século XX (contudo, em 1980 as disposições que regiam as sociedades unipessoais foram revogadas) – cfr. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 137, em nota. E apesar de em diversas ordens jurídicas europeias a sociedade unipessoal por quotas ser uma realidade antes da Diretiva 89/667/CEE (cfr. 12.ª Diretiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, em Matéria de Direito das Sociedades, Relativa às Sociedades de Responsabilidade Limitada com um Único Sócio), por exemplo na «Alemanha, em França, na Holanda, na Bélgica». Na Dinamarca admitia a possibilidade de constituição de uma sociedade de responsabilidade limitada

## **1.1. O estabelecimento individual de responsabilidade limitada (EIRL)**

Em Portugal, ainda antes da publicação do Código das Sociedades Comerciais (Decreto-lei n.º 262/86 de 02 de Setembro), o legislador estava ciente de que a atribuição do benefício da responsabilidade limitada ao comerciante (ou pequeno empresário) poderia funcionar como elemento catalisador do tráfico comercial e com a publicação do Decreto-lei n.º 248/86 de 25 de Agosto<sup>19</sup> criou o *Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada*<sup>20</sup> (*EIRL*).

O *EIRL* constituiu o primeiro grande teste ao princípio da contratualidade, pois, ao tempo entendia-se que a renúncia ao conceito de sociedade como contrato, contrariava a estrutura basilar do direito societário português. Assim, de modo a evitar a unipessoalidade *ab initio* da sociedade por quotas, a opção tomada foi no sentido de permitir que o comerciante afetasse à sua atividade um acervo de bens separado do seu próprio património pessoal, para responder pelo passivo comercial<sup>21</sup> (se houvesse). Apesar da bondade da intenção legislativa, facto é que o instituto não singrou no tráfico jurídico-comercial português, admite-se que por três motivos principais, a saber: (i) a atávica aversão lusa às novidades e mais do que isso, para o cidadão comum o conceito societário era familiar, já o *EIRL* constituía uma novidade absoluta e, eventualmente, difícil de apreender; (ii) as aliciantes vantagens fiscais que o exercício de uma atividade comercial sob a forma de sociedade apresenta e que a figura do *EIRL* nunca conseguiu igualar; (iii) e a publicação da referida 12.º Diretiva que, em 1989, admitiu expressamente que uma sociedade por quotas fosse *ab initio* constituída com um só sócio ou que, após a sua consti-

constituída por um só sócio fundador desde 1973» (cfr. SOVERAL MARTINS, «Código das Sociedades Comerciais – Alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 257/96, de 31 de Dezembro», in *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, Ano I, 1998 pág. 307, nota 4).

<sup>19</sup> Sucessivamente alterado pelo Decreto-lei n.º 348/98, de 06 de Novembro, pelo decreto-lei n.º 36/2000, de 14 de Março, pelo Decreto-lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março e pelo Decreto-lei n.º 08/2007, de 17 de Janeiro.

<sup>20</sup> Para uma descrição panorâmica do *EIRL* veja-se o que é dito por ENGRÁCIA ANTUNES, em «O Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada: Crónica de uma Morte Anunciada» em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano III, 2006, 401-442.

<sup>21</sup> No inicio do século XX o jurista austríaco OSKAR PISKO propõe a limitação da responsabilidade do comerciante individual, esta ideia foi acolhida pelo Código Civil do Liechtenstein de 1925 (art. 834.º e 896.º) – cfr. Brito CORREIA, «A Sociedade Unipessoal ...», pág. 635, e ENGRÁCIA ANTUNES, em «O Estabelecimento Individual ...», pág. 403.

tuição pluripessoal, as participações sociais passassem a ser detidas na totalidade por um só sócio<sup>22</sup>.

## 1.2. A unipessoalidade originária e superveniente

Atualmente, na ordem jurídica portuguesa, a unipessoalidade societária nas sociedades por quotas pode acontecer de duas maneiras<sup>23</sup>: (i) a sociedade é *ab initio* constituída com um só sócio e estamos em presença de uma sociedade que é *originariamente* unipessoal<sup>24</sup> (art. 7.º, n.º 2 e art. 270.º-A, n.º 1); (ii) de modo diverso, a unipessoalidade pode advir para a sociedade que foi regularmente constituída com mais do que um sócio, mas que por vicissitudes inerentes à atividade societária (ou dos próprios sócios), em momento posterior as participações sociais concentram-se num só sócio<sup>25</sup>, falando-se neste caso de unipessoalidade *superveniente*<sup>26</sup> (cfr. o n.º 1 do art. 84.º), que por via de regra, deve(ria) ser temporária<sup>27</sup>.

Assim, independentemente do modo através do qual a sociedade por quotas chegou à unipessoalidade – seja de forma originária, seja de forma superveniente – sobrevém àqueles dois tipos de sociedades unipessoais um aspecto substantivo comum, uma vez que, quer em um caso, quer em outro, a totalidade do capital social é detido por um único sócio. Este aspecto que, necessariamente, aproxima os dois tipos de unipessoalidade, pode induzir a (tentadora) conclusão de que, substantivamente, a socie-

<sup>22</sup> Segundo de perto CATARINA SERRA, «As novas sociedades unipessoais...», págs. 121 e ss.

<sup>23</sup> Sociedade unipessoal é aquela em que uma só pessoa é titular do conjunto das participações sociais; v. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial...*, pág. 146.

<sup>24</sup> V. PUPO CORREIA, *Direito Comercial, Direito da Empresa*, com a colaboração de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo, 10.º Edição, Revista e Actualizada, EDIFIRUM – Edições Jurídicas Ld.<sup>a</sup>, 2007, pág. 120.

V. RICARDO COSTA em *Unipessoalidade Societária*, pág. 41.

<sup>25</sup> A concentração de quotas num só sócio pode ocorrer por diversas razões, por exemplo, aquisição por um dos sócios das participações sociais de todos os demais, exclusão ou exoneração de sócio, cessão de quotas entre os sócios, transmissão para um terceiro da totalidade das quotas da sociedade.

V. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial...*, págs. 148 e ss.

<sup>26</sup> Neste sentido RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I (Artigos 1.º a 84.º), vários autores sob a coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU, Almedina, Coimbra 2010, págs. 967, referindo em anotação ao art. 84.º que este «tem na sua previsão uma outra vertente de unipessoalidade – a sociedade que, sendo originariamente plural, torna-se unipessoal porque o coletivo inicial de sócios se reduziu a um único sócio (unipessoalidade *superveniente ou derivada*)».

<sup>27</sup> V. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...*, pág. 135.

dade unipessoal originária e a superveniente, seriam *entes* societários de idêntica natureza, pois que, com a introdução no CSC dos artigos 270.<sup>º</sup>-A a 270.<sup>º</sup>-G, a unipessoalidade (superveniente) deixou de ser um problema na ordem jurídica portuguesa. Ora, aqui, é necessário ir um pouco mais de espaço, porquanto, se o sócio único aproxima os dois tipos de unipessoalidade, há um aspeto que os distingue de forma indelével, que é o modo como cada um dos tipos de sociedades foi constituído. Uma vez que, para o regime substantivo regulado pelo CSC e em particular no que concerne à responsabilidade do sócio único, parece não ser indiferente tratar-se de uma sociedade originária ou supervenientemente unipessoal, porquanto, um e outro caso têm origens e fundamentos legais distintos. Ou seja, no caso da *unipessoalidade originária*, a sociedade foi constituída desse modo e de acordo com as disposições legais aplicáveis (arts. 270.<sup>º</sup>-A a 270.<sup>º</sup>-G), e portanto a unipessoalidade não deverá constituir qualquer óbice ou entrave ao exercício da sua atividade social, nem tão pouco à tutela dos credores, clientes, fornecedores, funcionários, etc. Já relativamente às sociedades por quotas supervenientemente unipessoais, há uma diferença de vulto, na medida em que inicialmente foram constituídas sobre uma matriz plurisocietária. Assim, salvo os casos em que se opere a transformação<sup>28</sup> da unipessoalidade superveniente em unipessoalidade propriamente dita (art. 270.<sup>º</sup>-A, n.º 2 e n.º 3), poderá considerar-se que a unipessoalidade superveniente da sociedade por quotas constitui um momento *patológico* da sua vida enquanto ente societário<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Para uma análise da inexatidão da terminologia legalmente utilizada pelo art. 270.<sup>º</sup>-A, n.ºs 2 e ss, v. RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2002, pág 277 e ss, nota 261.

Também SOVERAL MARTINS, «Código das Sociedades Comerciais...», pág. 309, refere o seguinte: «[p]arece criticável que o legislador, a propósito da concentração superveniente das quotas na titularidade um único sócio, prefira falar de «transformação» (embora não se trate verdadeiramente de uma transformação), mas, quanto a passagem da unipessoalidade para uma sociedade por quotas plural, utilize antes o termo «modificar». Não se vê que haja que fazer aqui essa distinção, pelo que seria mais adequada a manutenção da mesma terminologia em ambos os casos.»

<sup>29</sup> V. RICARDO COSTA em «Código das Sociedades Comerciais em Comentário», págs. 968 e 969, afirmando que «[q]uando o CSC entrou em vigor, as sociedades compostas por um único sócio eram vistas como um instituto estranho, contraditório nos seus próprios termos e estranho na atuação que proporcionaria». (...) «Não admira, por isso, que a unipessoalidade fosse vista, na arquitetura do CSC, como uma realidade anómala e excepcional, que deveria ser remediada com a recomposição da pluralidade inicial ou, em alternativa, com o desaparecimento do tráfico de tal ente societário «desvirtuado». Isto é, o fenómeno da sociedade unipessoal foi recolhido no CSC sob a égide da generalizada convicção de que a pluralidade de sócios era, como regra, necessária para o nascimento da sociedade, mesmo que não fosse requisito imprescindível, ainda que desejável, para a sua subsistência».

## 2. O art. 84.<sup>º</sup> do CSC

O que vai dito acima resulta do facto de em 1986 o legislador societário estar longe de consagrar a possibilidade de ser constituída originalmente uma sociedade por quotas com um só sócio<sup>30</sup>, por isso pugnou por criar condições legislativas que impedissem a consolidação da posição das sociedades por quotas cujo universo de sócios se encontrava reduzido a um sócio. Ainda assim, não foi por isso que, na prática, se evitou a proliferação de sociedades por quotas, que apesar de serem constituídas por mais do que um sócio – por via de regra, dois ou três, não mais –, eram materialmente unipessoais. Para obviar o problema, o código previa a possibilidade de dissolução judicial<sup>31</sup> (agora administrativa<sup>32</sup>), das sociedades que por período superior a um ano<sup>33</sup>, mantivessem concentradas

<sup>30</sup> Ainda que tenha admitido expressamente a constituição de Sociedades Anónimas Unipessoais (art. 488.<sup>º</sup> do CSC). Para tanto bastava que a sócia única fosse uma sociedade por quotas, anónima ou em comandita por ações (art. 481.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1 do CSC) e que tivesse a sua sede no território nacional (art. 481.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2 do CSC).

<sup>31</sup> Não era esta a orientação que foi propugnada pelo *Projecto do Código das Sociedades Comerciais* (cfr. BMJ, n.<sup>º</sup> 327, Junho. 1983, pp. 43 e ss). Este, no art. 148.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, alínea e), previa a dissolução automática da sociedade unipessoal, sempre que esta durasse mais de um ano, desde que o sócio não requeresse a concessão de um prazo razoável que lhe permitisse reconstituir a situação originária, o que suspenderia a (acção de) dissolução da sociedade (v. cfr.. RICARDO COSTA em *Unipessoalidade Societária*, pág. 69, nota 42).

<sup>32</sup> Cfr. Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais publicado no Decreto-lei n.<sup>º</sup> 76-A/2006 de 29 de Março (RJPADLEC).

<sup>33</sup> A unipessoalidade superveniente como causa de dissolução da sociedade está dependente do decurso daquele prazo, que constitui como que uma expectativa legal na recomposição da pluripessoalidade societária. Assim, a causa da dissolução não é só a unipessoalidade superveniente da sociedade enquanto tal, mas sim esta acrescida do decurso do prazo legalmente imposto. Hoje, o procedimento de dissolução pode desencadear-se de duas maneiras: (i) por deliberação do sócio único [art. 142.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, alínea a) e n.<sup>º</sup> 3]; (ii) ou administrativamente, nos termos do disposto no artigos 4.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, alínea a) do RJPADLEC (Decreto-lei n.<sup>º</sup> 76-A/2006 de 29 de Março); aqui, o início voluntário do procedimento administrativo de dissolução, tendo legitimidade para apresentação do requerimento inicial, na Conservatória do Registo Comercial territorialmente competente, as entidades comerciais, os seus membros e sucessores, os credores, bem como os credores dos sócios. «O facto de o legislador português não fazer derivar da situação de *unipessoalidade superveniente* da sociedade por quotas uma dissolução automática da sociedade (e note-se que nem depois da reforma de 2006 este facto integra o elenco das causas de início oficioso do procedimento administrativo de dissolução que consta do artigo 5.<sup>º</sup> do RJPADLEC) exprime um desejo de tutela do interesse público na conservação da empresa (que prevaleceu sobre a tutela dos eventuais interesses dos credores pessoais do sócio único) – v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O âmbito de aplicação do artigo 270.<sup>º</sup>-F n.<sup>º</sup> 4, do CSC e a responsabilidade «ilimitada» do sócio único», em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol.

num único sócio a totalidade das quotas<sup>34</sup> [art. 142.º, n.º 1 alínea a)]. Mas não só, a defesa da sociedade por quotas, enquanto instituto jurídico de cariz marcadamente pluripessoal, resulta(va) também da responsabilização ilimitada do sócio único pelas obrigações sociais contraídas no período da concentração de quotas, em caso de declaração de insolvência da sociedade, desde que se fizesse prova de que, durante esse período, não foram observados os preceitos que estabelecem a afetação do património da sociedade ao cumprimento das respetivas obrigações sociais<sup>35</sup> (art. 84.º, n.º 1).

Assim, parece razoável admitir que, ao tempo, o pensamento legislativo assentava na seguinte ordem de ideias: a unipessoalidade superveniente é uma questão de facto, que se pretende transitória ou temporária<sup>36</sup>, e que a lei penaliza expressamente, ainda que de forma suave e tolerante<sup>37</sup>.

2, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 352, nota 3, citando RICARDO COSTA em «As Sociedades Unipessoais», in *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 31.

<sup>34</sup> Para uma análise detalhada sobre o regime de dissolução originariamente previsto no CSC, em que a unipessoalidade superveniente mantida por período superior a um ano, era causa de dissolução da sociedade, e com especial enfoque para a incapacidade desse pretérito regime em promover, quer a reposição da pluralidade dos sócios, quer a efetiva dissolução da sociedade v. RICARDO COSTA em *A Sociedade por Quotas Unipessoal...*, págs. 251 e ss. e em *Unipessoalidade Societária*, págs. 69 e ss.

<sup>35</sup> Neste caso a sanção é severa, porquanto implica para o sócio único, durante o período da concentração das quotas, a perda do benefício concedido à sociedade por quotas enquanto instituto jurídico, ou seja, a perda da irresponsabilidade pessoal do sócio perante os credores da sociedade.

<sup>36</sup> Tendencialmente transitória, porque, a pluripessoalidade pode (e deve) ser reposta, por um lado, e, por outro, pode legalmente consolidar-se nos termos do disposto no art. 270.º-A, n.º 2 e n.º 3.

<sup>37</sup> V. RICARDO COSTA, *Unipessoalidade Societária*, págs. 67 e ss.

Também, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «A tutela dos credores», pág. 352, refere que «[a] existência de sociedades unipessoais (...) começou por ser tolerada ainda antes de 1996 – mesmo o facto de o artigo 142.º do CSC prever que a situação de unipessoalidade derivada perdure durante um ano, até que possa ser requerida a dissolução da sociedade, revela alguma resignação do legislador a uma certa estabilidade da situação. Como a reação da ordem jurídica à redução do número de sócios nos casos em que este se torna inferior ao mínimo exigido por lei (incluindo a situação de unipessoalidade) é a possibilidade de ser requerida pelo sócio restante ou por qualquer credor social, a dissolução da sociedade, tal situação pode, perante a passividade dos legitimados para agir, perdurar no tempo ou, até, tomar-se definitiva. O sócio único pode estar interessado na situação de unipessoalidade, ou conformado com ela; e, neste caso, a sociedade apenas poderá ser dissolvida se algum credor, insatisfeito, o vier a requerer (a iniciativa nunca pode caber, para o efeito, ao Ministério Público). Ou seja, mesmo no caso das chamadas sociedades de capitais, a lei vem revelar-se permissiva com a estabilidade da unipessoalidade superveniente, situação que o

## 2.1. Âmbito de aplicação

Neste sentido, cumpre verificar se o atual regime normativo previsto no art. 84.<sup>º</sup> – cuja *ratio* visa a tutela dos credores sociais<sup>38</sup>, nos casos em que o sócio único não tenha respeitado a autonomia patrimonial da sociedade, através da sua responsabilização pessoal e ilimitada, evitando-se do mesmo passo a consolidação de situações de unipessoalidade superveniente<sup>39</sup> –, se aplica ou não às sociedades unipessoais por quotas originárias<sup>40</sup>.

Como vimos o artigo 84.<sup>º</sup> é uma trave de um edifício legislativo que foi construído em 1986, e que sofreu uma alteração substantiva em 1996, com a introdução do capítulo relativo às sociedades unipessoais por quotas. Para dilucidar o âmbito de aplicação deste normativo, será necessário, em primeiro lugar, verificar o seu alcance, relativamente às sociedades por quotas, que de forma superveniente se tornam unipessoais e, depois, indagar se o regime se aplica, por um lado, (i) às sociedades que apesar de originariamente pluripessoais, são de facto *materialmente* unipessoais; (ii) e, por outro lado, considerando as alterações ao CSC de 1996, se se aplica às sociedades por quotas originariamente unipessoais.

sócio único poderá manter indefinidamente, desde que consiga evitar a reação dos outros legitimados para requerer a dissolução da sociedade – os credores da sociedade».

<sup>38</sup> V. PINTO MONTEIRO e PEDRO MAIA, «Sociedades Anónimas Unipessoais e a Reforma de 2006», em Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 139, n.º 3960, 138-155, Coimbra Editora 2010, pág. 144, referindo que é o fato da dissolução das sociedades supervenientemente unipessoais não ser imediata que justifica a responsabilidade do sócio único previsto no n.º 1 do art. 84.<sup>º</sup>

<sup>39</sup> Neste sentido v. RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal*, págs. 68 e 69, referindo que «chegamos a este entendimento por ser nossa crença que o art. 84.<sup>º</sup> estava pensado para um sistema legislativo que como regra não admitia que a sociedade comercial se pudesse constituir pela vontade unilateral e exclusiva de um só sujeito e, por outro lado, que o único sócio de uma sociedade de responsabilidade limitada pudesse gozar do benefício da responsabilidade limitada».

<sup>40</sup> A denominação legal deste ente societário é *sociedade unipessoal por quotas*, contudo, admite-se que deveria utilizar-se a denominação *sociedade por quotas unipessoal*. Pois que esta designação está mais consentânea com o disposto no n.º 2 do art. 1.<sup>º</sup>, porquanto, esta norma dispõe do seguinte modo: «[s]ão sociedades comerciais aquelas (...) que adotem o tipo de sociedade em nome coletivo, de *sociedade por quotas*, de sociedade anónima, de sociedade em comandita simples ou de sociedade em comandita por ações». Sobre este aspetto v. RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal*, págs. 43 e ss, aduzindo razões para utilizar a designação sociedade por quotas unipessoal (SQU), designadamente afirmando que a introdução no CSC dos artigos 270.<sup>º</sup>-A a 270.<sup>º</sup>-G, não introduz um novo tipo social (cfr. art. 1.<sup>º</sup>, n.º 2), mas sim, e apenas, dita um conjunto de normas especiais respeitantes às SQU nos diversos momentos que o legislador considerou relevantes.

Inicialmente, quando foi publicado o CSC a unipessoalidade originária não era admitida<sup>41</sup>, porquanto o legislador entendia que a concentração das participações sociais na pessoa de um só sócio poderia constituir um fator indutor da *confusão* entre as esferas patrimoniais da sociedade e do seu único sócio. Assim, considerando que este aspeto poderia trazer consigo uma nota de insegurança ao tráfico comercial, designadamente adveniente da (eventual) perda da garantia patrimonial dos credores da sociedade, o legislador recorre ao efeito dissuasor da responsabilização ilimitada do sócio único (art. 84.º, n.º 1, primeira parte), que deste modo parece apresentar-se como uma norma que desconsidera o particular regime de limitação da responsabilidade que é própria do tipo social quotista<sup>42</sup>.

## 2.2. Requisitos de aplicação do art. 84.º do CSC

O art. 84.º<sup>43</sup>, apesar de cominar com a perda do benefício da responsabilidade limitada do sócio único, durante o período da concentração

<sup>41</sup> V. RICARDO COSTA, *Unipessoalidade Societária*, pág. 48 referindo que «quando se preparava o atual CSC, a doutrina já admitira que a unipessoalidade seria a melhor solução no desiderato de se dotar uma empresa individual como património autónomo de um regime capaz de salvaguardar todos os interesses atendíveis, porquanto a poucas alterações haveria que sujeitar a lei relativa a tais sociedades, para esconjurar os riscos que são implicados pela existência da sociedade de um único sócio. No entanto, a fidelidade ao paradigma contratualista na geração das sociedades fez recusar o expediente societário (...).».

<sup>42</sup> Cfr. infra os pontos 4. e 4.1..

Assim, RICARDO COSTA, em *Código das Sociedades Comerciais*, pág. 970 e 971, notas 15 e 16. V. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores*, pág. 361, em nota 12, indicando doutrina diversa refere que «[s]ão vários os autores que encontraram no artigo 84.º uma via para “desconsiderar” a personalidade jurídica da sociedade comercial.»

<sup>43</sup> V. MARIA FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores*, pág. 360 e 361, e nota 11, referindo, em síntese, que o art. 84.º, na esteira do art. 11.º, n.º 2 e n.º 3 do EIRL, estabeleceu «o mesmo tipo de responsabilidade, nas mesmas circunstâncias e preenchidos os mesmos pressupostos: se a sociedade se encontrar reduzida a um único sócio, este responde perante os credores sociais nos mesmos termos em que responde o titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Se não tivesse sido prevista esta regra para as sociedades comerciais, seria evidente a desvantagem na constituição de estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada e ficaria seriamente posta em causa a tentativa de, através da criação deste instituto, travar o recurso a sociedades fictícias. No fundo, tratou-se da harmonização do regime jurídico criado para duas figuras que se procurou que fossem alternativas. A verdade é que o facto de se ter previsto a responsabilidade ilimitada de um sócio de uma sociedade comercial, dada a sua personalidade jurídica, teve outro impacto a nível doutrinal.»

das quotas, exige a verificação dos seguintes requisitos: (i) declaração de insolvência da sociedade (por decisão transitada em julgado); (ii) e que seja feita prova de que, durante o período da concentração das quotas, houve confusão entre o património pessoal do sócio e o património da sociedade (art. 84.º, n.º 1). Sendo que, verificados estes pressupostos, a responsabilização do sócio único se mantém pelo período da concentração das participações sociais na sua pessoa, no caso de a insolvência ser declarada já após a reconstituição da pluripessoalidade (art. 84.º, n.º 2).

Sendo a sanção aplicável grave e ampla, afigura-se que não é de tal modo incisiva, que constitua o fator inibidor de situações de unipessoalidade superveniente, que o legislador almejava com a sua estatuição.

Neste sentido, pode suceder que apesar de as quotas estarem concentradas num só sócio, cuja conduta pessoal e societária consubstancia uma efetiva *confusão* entre esferas patrimoniais (a do sócio único e a da sociedade) e, ainda assim, não haver lugar à responsabilização daquele, pelo facto de a sociedade cumprir com as obrigações vencidas [art. 3.º do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (CIRE)]. Pois que, neste caso, falta um pressuposto essencial à responsabilização do sócio, isto é, o incumprimento das obrigações vencidas (e subsequente declaração de insolvência). Nessa medida, falta fundamento para que qualquer legitimado (art. 20.º do CIRE) interponha o requerimento inicial do processo de insolvência (art. 25.º do CIRE), e, por isso, não poderá o sócio único (apesar de comprovadamente prevaricador), no que à mistura de patrimónios diz respeito, vir a ser responsabilizado pessoal e ilimitadamente.

Por outro lado, mas na mesma linha, pode acontecer que a sociedade (supervenientemente unipessoal) caia em incumprimento generalizado das suas obrigações vencidas (art. 3.<sup>º</sup><sup>44</sup> do CIRE) – ou apesar do incumprimento ser (ainda e só) iminente, é de molde a constituir fundamento para que o próprio devedor (art. 2.º do CIRE), *in casu, a sociedade unipessoal superveniente*, se apresente à insolvência (art. 3.º, n.º 4 do CIRE) –, e seja declarada insolvente, contudo, apesar de o administrador de insolvência ter recorrido à ação de responsabilização<sup>45</sup> do sócio único [art. 82.º, n.º

<sup>44</sup> Cfr. o art. 3.º, n.º 1 do CIRE: «[é] considerado em situação de insolvência o devedor (leia-se a sociedade por quotas unipessoal superveniente) que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas. As sociedades por quotas unipessoais supervenientes são também consideradas insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao ativo (art. 3.º, n.º 2 do CIRE).

<sup>45</sup> O art. 82.º, n.º 2 (corpo) do CIRE, atribui ao administrador da massa insolvente legitimidade exclusiva para propor e fazer seguir as ações contra os responsáveis pelas dívidas do devedor insolvente. Nessa medida, «[e]nquanto gestor de património alheio, cabendo-lhe prover a conservação e frutificação dos direitos da sociedade insolvente e evitar o

2, alínea c) do CIRE], podem suceder vários cenários: (i) não é feita prova da violação dos preceitos legais que impõem a separação de patrimónios; (ii) prova-se que não houve violação daqueles preceitos; (iii) ou (com) prova-se que a violação dos preceitos relativos à separação de patrimónios em nada contribuiu para o incumprimento e consequente declaração de insolvência<sup>46</sup>. Portanto, também neste caso será difícil assacar ao sócio único, enquanto responsável legal<sup>47</sup>, a responsabilidade pessoal e ilimitada pelas obrigações sociais constituídas durante o período relevante em função do art. 84.<sup>º</sup>

### **2.2.1. A confusão entre o património do sócio único e o património social**

Por facilidade de exposição prossegue-se com referência ao segundo requisito exigido na parte final do n.<sup>º</sup> 1 do art. 84.<sup>º</sup> que dispõe do seguinte modo: «(...) não foram observados os preceitos da lei que estabelecem a afetação do património da sociedade ao cumprimento das respetivas obrigações».

A mistura ou confusão entre o património social e património do sócio único concretiza-se na utilização, por este dos bens da sociedade como se de bens próprios se tratassem, em prejuízo (manifesto) da consistência patrimonial da sociedade, e, consequentemente, com prejuízo da legítima expectativa dos credores sociais. Todavia, para responsabilizar o sócio único, não basta que a sua conduta seja pontual, deve tratar-se de uma prática abusiva e reiterada, que faz cessar a, necessária, relação de transparência com a sociedade, o que resulta na erosão da função de garantia<sup>48</sup>

agravamento da situação económica desta (art. 55.<sup>º</sup>, 1, b)), bem como acautelar os interesses dos credores sociais, o administrador da insolvência não deve poder renunciar ao direito de indemnização da sociedade nem transigir sobre ele.»; v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2.<sup>a</sup> Edição, IDET, Cadernos (n.<sup>º</sup> 5), Coimbra, Almedina, 2010, pág. 69, com referência a MARIA ELISABETE RAMOS, «A insolvência da Sociedades e a Responsabilidade dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português», *Prim@Facie* n.<sup>º</sup> 7, Jul./Dez. 2005, págs. 14 e ss. ([www.ccj.ufpb.br](http://www.ccj.ufpb.br)).

<sup>46</sup> Quanto a este aspetto, podem colocar-se algumas reservas, mas, ainda assim, não se vê como é que se poderá responsabilizar o sócio único, quando a situação de incapacidade de cumprir com as obrigações vencidas, pressuposto da declaração de insolvência, não resulta da violação das regras legais relativas à separação e patrimónios.

<sup>47</sup> Cfr. art. 6.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2 do CIRE: «(...) são considerados responsáveis legais as pessoas que, nos termos da lei, respondam pessoal e ilimitadamente pela generalidade das dívidas do insolvente, ainda que a título subsidiário».

<sup>48</sup> Considerada a função rainha do capital social – v. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, págs. 224 e ss. Muito embora a função de garantia do capital social esteja, pre-

que o capital social<sup>49</sup> representa para os credores. É isto que se extrai do n.º 1 do art. 84.º, ao exigir que, pela conduta abusiva do sócio único, saia prejudicada a «afetação do património da sociedade ao cumprimento das suas obrigações». Ou seja, a responsabilização ilimitada do sócio único impõe-se como uma *sanção de carácter excepcional*, que advém da condução abusiva e ruinosa da atividade societária, com mistura (também abusiva e ruinosa, pelo menos para a sociedade à vista do estado de insolvência declarada) de esferas patrimoniais e consequente declaração de insolvência. Isto é, a responsabilização ilimitada do sócio único pelas obrigações vencidas na pendência da concentração de participações sociais numa só pessoa constitui a *ultima ratio*.

Do que vai dito avulta o seguinte: por um lado, não basta que se verifique a unipessoalidade superveniente para que opere automaticamente a alteração do estatuto da responsabilidade do sócio único; e, por outro lado, basta que a sociedade (supervenientemente unipessoal) mantenha a viabilidade económica, para que não seja possível recorrer ao regime do artigo 84.º por falta de preenchimento de um requisito substantivo essencial. O que vale por dizer que as situações de unipessoalidade superveniente podem manter-se *ad aeternum*, pois desde que a sociedade se apresente economicamente viável ou, pelo menos, desde que o sócio único assegure o cumprimento das obrigações, a lei não consigna a imediata alteração do estatuto de responsabilidade do sócio único. Em bom rigor o preceito penaliza a conduta pessoal do sócio, que permite, admite ou propicia a falta de separação de patrimónios, e não a manutenção da uni-

sentemente posta em causa com a publicação do Decreto-lei n.º 33/2011 de 07 de Março que, em benefício do fomento do «empreendedorismo», e para «reduzir custos de contexto e de encargos administrativos para empresas e assegurar uma maior transparência das contas da empresa» autoriza que sejam os sócios a fixar livremente o capital social da sociedade [cfr. art. 1.º, alínea a) do citado Decreto-lei]. Assim o montante do capital social é livremente fixado no contrato de sociedade (art. 201.º do CSC na redação que lhe foi dada pelo art. 3.º do Decreto-lei n.º 33/2011, de 07 de Março), não podendo o valor nominal das quotas ser inferior a 1,00 € (art. 219.º do CSC na redação que lhe foi dada pelo art. 3.º do Decreto-lei n.º 33/2011, de 07 de Março). O que vale por dizer que no caso das sociedades unipessoais, a partir da entrada em vigor do presente decreto (entrada em vigor 30 dias após a publicação em 06 de Abril de 2011) o capital social pode ser apenas de 1,00 €.

<sup>49</sup> O capital social consubstancia um instrumento jurídico destinado à defesa e tutela dos interesses dos credores, constituindo um garante de recebimento dos créditos a quem negoceia com a sociedade em questão – cfr. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas, Estudos de Direito das Sociedades* sob a coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU, ALMEDINA, 5.ª Edição – 2002, págs. 136, 137 e 140 e ss.

pessoalidade superveniente enquanto tal<sup>50</sup>. Mas, ainda assim, a responsabilidade só é assacável ao sócio único, na justa medida em que a sua conduta faça diminuir a garantia patrimonial dos credores da sociedade. Aliás, não poderia ser outro o entendimento, em face da admissão das sociedades por quotas unipessoais (originárias). Este aspeto é central para o que ulteriormente se poderá dizer sobre a aplicação deste regime aos casos de unipessoalidade originária.

### 2.2.2. A declaração de insolvência

Chegados aqui, tendo como ponto de partida o *Direito Societário*, designadamente o artigo 84.º do CSC, e tomando em linha de conta os seus requisitos de aplicação é, precisamente, o primeiro destes – declaração de insolvência – que justifica a nota que segue. Assim, mudando de prisma, vamos olhar para o direito societário, partindo do *Direito Falimentar*. Tendo presente que na generalidade ou, pelo menos, na grande maioria dos casos de unipessoalidade (quer superveniente, quer originária), a gerência da sociedade é assegurada pelo sócio único, admite-se que o direito falimentar, designadamente o *incidente de qualificação da insolvência* (art. 185.º e ss do CIRE), pode dar um contributo válido para fundamentar a responsabilização do sócio único nos termos do regime substantivo em análise<sup>51</sup>.

Como ficou indicado acima, em termos genéricos, a situação de insolvência caracteriza-se pela incapacidade de o devedor cumprir com as obrigações societárias vencidas (art. 3.º, n.º 1 do CIRE). Nestas circunstâncias, uma vez declarada a insolvência, esta é considerada *culposa*, quando a conduta do gerente, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência, tenha contribuído de forma dolosa ou com culpa grave para criar, agravar e/ou consolidar a situação de insolvência (art. 186.º, n.º 1

<sup>50</sup> V RAUL VENTURA, *Em Dissolução e Liquidação*, pág. 192, referindo que «em vez (...) de aumentar a responsabilidade do sócio único só por causa da unipessoalidade, o CSC preferiu cominar a responsabilidade do dito sócio em função do seu comportamento, durante aquela situação.»

<sup>51</sup> V. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores*, pág. 364: «o aspetto que mais importa salientar quanto ao alcance do artigo 84.º do CSC é o de que a responsabilidade pessoal do sócio só tem lugar, caso ele tenha «misturado» os patrimónios pessoal e social, desde que a sociedade seja «declarada falida». Deste modo, existe uma ligação necessária entre a alteração do regime de responsabilidade do sócio e o direito falimentar (...).»

do CIRE), designadamente por ter utilizado em proveito pessoal, ou de terceiro(s), os bens da insolvente [art. 186.º, n.º 2, alínea d) do CIRE]<sup>52</sup>.

Esta referência, ainda que sintética, ilustra a possibilidade do amparo que o direito falimentar pode trazer para a responsabilização do sócio único em caso de unipessoalidade superveniente<sup>53</sup>. Apesar de exigir que a gerência seja ocupada pelo sócio único – pois, só assim, a conduta do gerente (enquanto tal) será indissociável da pessoa do sócio único –, parece sem contestação que, sendo a insolvência declarada culposa, há fundamento (acrescido) para (tentar) responsabilizar o sócio único. Mas mais, admite-se que esta hipótese é aquela em que os credores estarão mais próximo de conseguir a efetiva tutela dos seus interesses, ou seja, o resarcimento dos seus créditos através do património pessoal do sócio único. E este, enquanto gerente, para além da possibilidade de responsabilização pessoal e ilimitada pelas obrigações da insolvente (antes sociedade por quotas supervenientemente unipessoal), incorrerá, também, nas sanções que o direito falimentar atribui em caso de ser proferida uma sentença de qualificação culposa<sup>54</sup> [art. 189.º, n.º 2, alíneas b), c), d) e n.º 3 do CIRE].

<sup>52</sup> Da letra da lei resulta claramente que qualquer dos factos enumerados pelas alíneas a) a i) do n.º 2 do art. 186.º do CIRE constituem presunções *iuris et de iure*, nos termos do art. 350.º, n.º 2 do Código Civil (CC), que complementam a noção de insolvência culposa apresentada no n.º 1 do art. 186.º do CIRE. V. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*, Vol. II, Quid Iuris, Lisboa, 2005, pág. 14.

<sup>53</sup> V. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores*, pág. 370, referindo que «o artigo 84.º do CSC deve forçosamente, com a entrada em vigor do CIRE, recuperar uma função que entretanto se diluíra, e que é a de constituir o único meio de promover a responsabilização do sócio que é ou já foi formal ou materialmente único, depois de declarada a insolvência da sociedade, desde que ele, durante o período de «unipessoalidade», não tenha respeitado a separação entre o seu património pessoal e o património da sociedade agora insolvente».

<sup>54</sup> Os gerentes (na letra da lei administradores, veja-se o art. 186.º, n.º 1 do CIRE) da devedora, sociedade por quotas supervenientemente unipessoal, cujo estado de insolvência é qualificado como culposo (art. 185.º do CIRE), podem ser decretados inabilitados por um período de 2 a 10 anos [art. 189.º, n.º 2, alínea b)], inibidos para o exercício do comércio, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa [arts. 189.º, n.º 2, alínea c) do CIRE], perdendo, também, os créditos que detinham sobre a insolvência (cfr. art. art. 47.º, n.º 2 e n.º 1 do CIRE], sendo condenados na restituição dos bens ou direitos já recebidos [art. 189.º, n.º 2, alínea c) do CIRE]. Quer a inibição, quer a inabilitação, são oficiosamente averbadas no registo civil do gerente falso (art. 189.º n.º 3 do CIRE).

Quanto à inabilitação dos administradores cumpre referir que o Tribunal Constitucional decidiu declarar a constitucionalidade do artigo 189.º, n.º 2, alínea b), por violação dos artigos 26.º n.º 1 e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. A norma

### 2.3. A natureza jurídica da responsabilidade do sócio único

Em primeiro lugar, é preciso ter presente que a sociedade declarada insolvente entra em liquidação [art. 141.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, alínea e)], e que esta é regulada de acordo com o disposto na respetiva lei processual (art. 146.<sup>º</sup> *in fine*), no caso vertente as disposições do CIRE. Portanto, para caracterizar a natureza da responsabilidade do sócio único, deverá ser chamado o contributo do *direito falimentar*, que poderá ser decisivo ou, pelo menos, uma boa ajuda. Isto porque, o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação<sup>55</sup> da totalidade do acervo patrimonial do devedor insolvente e, consequente, repartição do produto obtido pelos credores (art. 1.<sup>º</sup>, 1.<sup>a</sup> parte do CIRE).

Precisando conceitos, dir-se-á que a totalidade do acervo patrimonial da devedora declarada insolvente constitui a massa insolvente e esta destina-se *prima facie* à satisfação dos credores da insolvência<sup>56</sup> (art. 46.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1 do CIRE). Assim, sendo o procedimento falimentar um requisito prévio da responsabilização do sócio único (art. 84.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, primeira parte), na prática esta será sempre posterior à liquidação falimentar, pelo menos posterior à deliberação de liquidação da massa<sup>57</sup> (art. 156.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3 do CIRE a *contrario sensu*<sup>58</sup>), proferida pela assembleia de credores na assembleia

vem sendo reconhecida como inconstitucional, pois a medida de inibição constante do artigo 189.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, alínea b), do CIRE, quando aplicada a administradores de sociedade comercial declarada insolvente, constitui uma limitação desproporcionalizada ao direito à capacidade civil daqueles, prevista no artigo 26.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, da CRP, devendo tal norma, nesse segmento, ser julgada inconstitucional [cfr. em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc//tc/acordaos/20090173.html>, o Acórdão n.<sup>º</sup> 173/2009, onde se ilustra detalhadamente, com referência aos diversos acórdãos e decisões sumárias do Tribunal Constitucional, o caminho percorrido na apreciação da constitucionalidade do art. 189.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2 alínea b)] – cfr. o nosso *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, Coimbra, Maio 2011, pág. 126, nota 535.

<sup>55</sup> Cfr. arts. 149.<sup>º</sup> a 170.<sup>º</sup> do CIRE.

<sup>56</sup> Salvo disposição em contrário e depois de pagas as próprias dívidas da massa (cfr. art. 51.<sup>º</sup>).

<sup>57</sup> Cumpre referir o seguinte: de acordo com o *Direito Societário* a sociedade declarada insolvente dissolve-se de imediato [art. 141.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, alínea e)] e entra em liquidação (arts. 146.<sup>º</sup> e ss), contudo a liquidação da insolvente é feita de acordo com o disposto no *Direito Falimentar* (ou, na terminologia atualmente em vigor, *Direito da Insolvência*), *ex vi* o disposto na parte final do n.<sup>º</sup> 1 do art. 146.<sup>º</sup> do CSC. Aqui, ao contrário do que sucede no direito societário, a sociedade pode ser recuperada pela aprovação de um plano de insolvência (art. 192.<sup>º</sup> e ss do CIRE) aprovado para o efeito [art. 195.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, alínea b) do CIRE].

<sup>58</sup> Naturalmente que se não for aprovada pela assembleia a apresentação de um plano de insolvência (cfr. art. 1.<sup>º</sup>, segunda parte e art. 192.<sup>º</sup> e ss do CIRE), o destino a dar à massa é

de apreciação do relatório (cfr. art. 155.º do CIRE). Avulta aqui um argumento de cariz adjetivo que não é despiciendo. Deste modo, na esteira «[d]o mentor da solução prevista no art. 84º<sup>59</sup>», admite-se que a responsabilidade do sócio único é (necessariamente) de natureza *subsidiária*<sup>60</sup> relativamente à necessária *excussão prévia*<sup>61</sup> da massa insolvente. Assim, só depois desta rateada, que por definição é insuficiente para cumprimento da globalidade das obrigações vencidas, é que intervém (a título subsidiário) a responsabilidade do sócio único<sup>62</sup>.

a liquidação com a finalidade prevista na primeira parte do art. 1.º do CIRE.

<sup>59</sup> V. o projeto legislativo inspirador do art. 84.º, n.º 1, FERRER CORREIA, «O problema das sociedades unipessoais», *BMJ* n.º 166, 1967, pág. 217, e em *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Livraria Atlântida, Coimbra 1948, pág. 266 e 267, defendendo que «[o] fundamento da (...) responsabilidade pessoal subsidiária [do sócio único] pelas obrigações da sociedade seria puramente objetivo», não sendo por isso necessário «provar que a insolvência da sociedade tivera por causa as irregularidades da administração, nem o acionista (leia-se sócio único) responderia apenas perante terceiros pelos danos infligidos à empresa através de uma administração gravemente descuidada».

<sup>60</sup> Assim, RICARDO COSTA, em *Código das Sociedades Comerciais*, pág. 977, «a responsabilidade do sócio único será *subsidiária* da responsabilidade da sociedade unipessoal em face dos sujeitos titulares de créditos constituídos entre o momento da produção de efeitos do facto gerador da unipessoalidade e a sentença de declaração de insolvência».

Por outro lado, «A solidariedade de devedores (...) só existe quando resulte da lei (...)» (cfr. art. 513.º do Código Civil). Ainda que pelas dívidas da sociedade responda a sociedade e, pessoal e solidariamente, os sócios (art. 997.º, n.º 1 do Código Civil), parece que às sociedades comerciais, beneficiárias de um regime jurídico próprio, este preceito de cariz civilístico não será aplicável, porquanto, parece ser contrário aos princípios gerais ou informadores (cfr. art. 2.º, parte final) da limitação da responsabilidade prevista no CSC para as Sociedades por Quotas em Geral (arts. 197.º e 198.º).

<sup>61</sup> Cfr. o art. 638.º, n.º 1 do Código Civil, bem como o n.º 2 do art. 997.º do Código Civil. Assumindo que a responsabilidade do sócio único é subsidiária da responsabilidade da sociedade devedora, declarada insolvente, parece admissível que este, contestando a ação de responsabilização, invoque o benefício da *excussão prévia*, aplicado analogicamente, na medida em que o património da insolvente deverá ser primeiro inteiramente liquidado para que se possa determinar a grandeza do montante por cumprir.

<sup>62</sup> Neste sentido RICARDO COSTA, em *Código das Sociedades Comerciais*, pág. 978, afirma que «a discutida responsabilidade constitui uma garantia *adicional* para terceiros, que funcionará depois de rateada a garantia *principal* constituída pelos bens da corporação unipessoal.». Em abono da solução que preconiza aduz o seguinte argumento: «esta solução é suficiente como fator de inibição do sócio único (no caso, de «responsabilidade limitada»), bastando para o dissuadir da prática de atos suscetíveis de fazer perigar a autonomia efectiva do património da sociedade».

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores*, pág. 268, nota 282, refere o seguinte: «o facto de o art. 84.º do CSC fazer depender a aplicação do seu regime da declaração de falência da sociedade em causa implica também, necessariamente, que o património do sócio só será afetado se o património social se revelar insuficiente para a satisfação dos credores.

## **2.4. A aplicação do regime em análise a realidades diversas da unipessoalidade superveniente**

Analisados os pressupostos de aplicação da norma e tendo por assente que, de acordo com a doutrina mais recente, este regime se aplica também às sociedades formal ou materialmente unipessoais<sup>63</sup>, considerando o que já foi dito, importa verificar se há algum obstáculo substantivo que impeça a sua aplicação às sociedades originariamente unipessoais<sup>64</sup>. Contra esta

Mesmo que se entenda que, ai, a responsabilidade do sócio é solidária e que os credores sociais poderão demanda-lo diretamente, o património deste só será realmente afetado pela diferença entre o valor da massa falida e o valor total das dívidas da sociedade».

Em sentido diverso v. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Volume II, Das Sociedades*, 3.<sup>a</sup> Edição, Reimpressão da Edição de Março de 2009, Almedina, Coimbra, Abril 2010, págs. 56 e 57, «[q]uando seja declarada em situação de insolvência uma sociedade reduzida a um único sócio, este responde ilimitadamente e a título principal (não subsidiária mas solidariamente com a sociedade) pelas obrigações sociais contraídas no período posterior à concentração das participações sociais, «contanto que se prove que nesse período não foram observados os preceitos da lei que estabelecem a afetação do património da sociedade ao cumprimento das respetivas obrigações» (n.<sup>o</sup> 1 do art. 84.º; v. tb. o n.<sup>o</sup> 2)». V. ANA MARIA PERALTA, «Sociedades unipessoais», in *Nova Perspectiva do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 266, que entende que esta responsabilidade do sócio deve ser solidária com a da sociedade, invocando duas razões: por um lado, e uma vez que o preceito se aplica a todos os tipos legais societários, só assim se alteraria o estatuto dos sócios de responsabilidade ilimitada (pois, de qualquer modo, estes sempre seriam subsidiariamente responsáveis pelas dívidas sociais); por outro lado, por decorrer do artigo 100.º do Código Comercial que a solidariedade é o regime regra nas obrigações comerciais.

<sup>63</sup> V. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores*, págs. 362 e 363, admitindo no seguinte: «o disposto no artigo 84.º» deve entender-se também aplicável, apesar de tal não resultar expressamente do texto legal, a situações de unipessoalidade material (...). Independentemente de todos os argumentos interpretativos que podem ser convocados, este alcance do texto legal deve ser aceite pela mera razão de que, de outro modo, será extremamente fácil evitar a sua aplicação: numa sociedade pluripessoal temporariamente reduzida a um único sócio, este facilmente encontraria um sócio de favor que, como um «escudo», impediria a sua responsabilização nos termos do preceito em análise'. E esta interpretação é reforçada (e não fragilizada) com a entrada em vigor das normas sobre a sociedade por quotas unipessoal: o direito societário é cada vez mais informado pela intenção de evitar (tornando basicamente inútil) o recurso a sociedades fictícias; a interpretação declarativa do artigo 84.º iria promovê-lo».

<sup>64</sup> Colocando a questão de saber se o regime estatuído no art. 84.º se aplica às situações de unipessoalidade originária, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores*, págs. 371 e 372, conclui afirmativamente, salvo quanto aos aspetos que estão especialmente regulados no regime previsto para as sociedades unipessoais regularmente constituídas, designadamente o disposto no art. 270.º-F para os negócios celebrados entre o sócio único e a sociedade.

hipótese (parte d)a doutrina apela a dois obstáculos (aparentemente) de monta: (i) um argumento teleológico e (ii) um argumento literal. Relativamente ao primeiro aspeto, cumpre referir a génesis do artigo: este faz parte do texto original do código e, por isso, na altura não tinha como finalidade a aplicação a sociedades unipessoalmente originárias (assim, desde logo porque estas não tinham existência legal). Por outro lado, aduz-se o argumento literal, pois que o texto da norma (art. 84.º, n.º 1) refere expressamente a «sociedade reduzida a um único sócio»<sup>65</sup>, concluindo-se assim que «a hipótese da sociedade unipessoal constituída nos termos dos arts. 270.º-A a 270.º-G está fora do (...) âmbito literal e da teleologia [do art. 84.º n.º 1]»<sup>66</sup>.

Ainda contra a possibilidade de responsabilização do sócio único da sociedade originariamente unipessoal por via do regime previsto no art. 84.º há um outro argumento doutrinário a ter em consideração, pois, há quem considere que este regime visa(va) obstar ao prolongamento da situação de unipessoalidade superveniente e desmotivar a consolidação na unipessoalidade de realidades originariamente pluripessoais. Portanto a aplicação daquele regime a realidades geneticamente distintas consiste num anacronismo que conduz a uma interpretação excessiva, ou seja, forçadamente para além da *ratio* do preceito. Este entendimento atém-se na seguinte ordem de ideias: antes da consagração da unipessoalidade quotista originária, admitiu-se que o art. 84.º pudesse ser, mediante interpretação analógica, a expressão possível de um princípio geral de superação da personalidade jurídica, relativamente às sociedades com um único sócio, salvaguardando-se assim, com recurso à analogia, a necessária e adequada tutela dos credores sociais. Porém, com a consagração da unipessoalidade originária, cujo regime contém um preceito que visa atingir

<sup>65</sup> V. RICARDO COSTA, em *Código das Sociedades Comerciais*, pág. 978.

<sup>66</sup> V. CASSIANO SANTOS, *A Sociedade Unipessoal por Quotas – Comentários e Anotações: aos artigos 270.º-A a 270.º-G do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora – 2009, pág. 137 e ss, que acrescenta o seguinte: «[p]ara mais, na melhor interpretação do art. 270.º-F, este é o preceito especial que resolve os problemas de confusão entre património social e património pessoal do sócio. Vale, ainda, um argumento *ad absurdum*: a aplicação, respeitando a sua letra, daquele preceito geral seria sempre «a sociedade reduzida a um sócio», o que levaria a que se pudesse aplicar apenas às [sociedades] unipessoais supervenientes e não às [sociedades unipessoais] originárias – consequência que introduziria uma dualidade injustificável e não se poderia aceitar. Por tudo isto, concluímos que o art. 84.º não se aplica as sociedades por quotas unipessoais, constituídas originária ou supervenientemente como tais, nos termos dos arts. 270.º-A e segs.. (assim, tb., [PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2006], pág. 387; em sentido próximo, e aparentemente com conclusão idêntica, já RICARDO COSTA, *A sociedade unipessoal*, pags. 411 e ss.)».

o mesmo resultado (art. 270.º-F) – ainda que com base em pressupostos distintos, aqui, a violação de regras estritas relativas à celebração de negócios entre a sociedade e o sócio único (art. 270.º-F, n.ºs 1 a 3), além a declaração de insolvência e a mistura de patrimónios entre o sócio único e a sociedade supervenientemente unipessoal (art. 84.º, n.º 1) –, mesmo em caso de declaração de insolvência, os credores podem alegar a violação da separação de patrimónios e invocar o dispositivo previsto no art. 270.º-F, n.º 4, para satisfação (ressarcimento) dos seus créditos. Em conclusão, dispensa-se o recurso ao art. 84.º, na medida em que o requisito da confusão patrimonial se subsume no n.º 4 do art. 270.º-F *extensivamente* aplicado<sup>67</sup>. Reconhecendo a clareza do raciocínio exposto, importa sublinhar o seguinte: uma vez declarada a situação de insolvência, independentemente da unipessoalidade ser originária ou superveniente, o eventual ressarcimento dos credores (da massa) realiza-se de acordo com o disposto no CIRE, e portanto parece que a declaração de insolvência enquanto requisito direta ou extensivamente aplicável não traz qualquer contributo no sentido de dilucidar a questão de saber se se aplica às sociedades originariamente unipessoais o disposto pelo art. 84.º.

## 2.5. Posição defendida

De todo o modo, admite-se que, quer num caso (art. 270.º-F) quer no outro (art. 84.º), em última análise o que está em causa é a *proteção dos interesses dos credores da sociedade* – independentemente de esta se encontrar (temporária ou definitivamente) reduzida a um só sócio ou ter sido constituída *ab initio* por um só sócio –, quando a conduta do sócio – seja por violação de regras legalmente impostas à negociação entre o sócio único e a sociedade art. 270.º-F, n.ºs 1 a 3), seja por mor de violação do princípio da separação de esferas patrimoniais (art. 84.º, n.º 1) –, é de molde a depauperar o património societário, pondo em risco o cumprimento das obrigações sociais. E portanto, em ambas as situações, o fundamento substantivo em que assenta a responsabilização ilimitada do sócio único é o mesmo, ou seja, a perda da garantia patrimonial da sociedade perante os seus credores. Tendo isto presente justifica-se o seguinte raciocínio: o legislador ao introduzir o capítulo referente às sociedades unipessoais por quotas<sup>68</sup> não ignorava o teor, quer da norma nova (art. 270.º-F, n.º 4) quer da norma antiga (art. 84.º, n.º 1), e naturalmente que terá

<sup>67</sup> Seguindo de perto RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal*, págs. 727 e ss.

<sup>68</sup> Assim na letra da lei (cfr. o Capítulo X, do Título III do CSC)

considerado a possibilidade de à nova realidade – as sociedades por quotas unipessoais originárias – se aplicar *in toto* o regime normativo da parte geral do CSC. Nesse sentido, é razoável admitir, que o legislador, ao permitir a coexistência das duas normas, estava (se não expressamente, pelo menos implicitamente) a admitir aplicar às novas realidades societárias o regime pré-existente no CSC.

Obstando a este caminho, pode colocar-se um entrave, ou seja, o que advém do argumento literal, porquanto, o n.º 1 do art. 84.º refere expressamente a «sociedade reduzida a um sócio». Assim, é mister apreciar se, por este motivo, a aplicação daquele regime pressupõe uma entidade societária de matriz pluripessoal. O que, na afirmativa, poderia constituir um *impedimento absoluto* da aplicação do regime às sociedades unipessoais originárias, por força da 2.ª parte do art. 270.º-G, que dispõe o seguinte: «[à] s sociedades unipessoais por quotas aplicam-se as normas que regulam as sociedades por quotas, *salvo as que pressupõem a pluralidade de sócios*<sup>69</sup>». Ora, como se verá de seguida, nem um nem outro aspeto podem proceder, porquanto, no primeiro caso, a realidade subjacente à aplicação do regime, ou melhor, o sujeito da sanção prevista no n.º 1 do art. 84.º é o sócio (de uma sociedade que é de facto unipessoal) e não a sociedade enquanto tal. E, por outro lado, relativamente ao argumento teleológico, é curial admitir que o legislador, ao introduzir no código o regime relativo às sociedades originariamente unipessoais, não ignorava a literalidade do estatuído no n.º 1 do art. 84.º, portanto, parece suficientemente claro que, com a introdução do regime relativo às sociedades unipessoais no CSC, a exegese normativa do art. 84.º deverá realizar-se tendo em consideração a ulterior introdução no CSC do capítulo referente às sociedades unipessoais originárias. A interpretação uniforme do regime substantivo na sua globalidade assim o exige. Portanto, num momento em que a unipessoalidade originária (enquanto tal) ganhou foros de alforria no *direito societário português* há 15 anos, não é estultícia admitir a aplicação às sociedades por quotas originariamente unipessoais o regime previsto pelo art. 84.º<sup>70</sup>.

<sup>69</sup> Cfr. art. 270.º-G, 2.ª parte. «A restrição da parte final [do art. 270.º-G] não pode ser interpretada à letra: a remissão não se pode pôr em termos de pura e simples aplicação ou não aplicação. Nem todos os preceitos que pressupõem a pluralidade de sócios são, sem mais, insuscetíveis de aplicação. Alguns são parcialmente aplicáveis (cedendo apenas na parte ou na medida em que pressupõem a pluralidade) e outros são aplicáveis com as adaptações decorrentes da existência de um só sócio.» (v. CASSIANO SANTOS, *A Sociedade Unipessoal por Quotas...*, pág. 117).

<sup>70</sup> Se bem a entendemos, já caminhava neste sentido CATARINA SERRA, «As novas sociedades unipessoais...», pág. 134, logo após a introdução do Capítulo X no CSC ao afirmar que merece destaque «a possibilidade de aplicação do art. 84.º do CSC, que determina

### **3. O artigo 270.º-F do CSC**

#### **3.1. A unipessoalidade originária.**

A sociedade por quotas unipessoal pode constituir-se *ab initio* – isto é, de modo originário –, ou resultar da concentração da totalidade das participações sociais num só sócio (art. 270.º-A, n.º 2). Sendo que, neste caso, a consolidação da unipessoalidade ocorre pela transformação da sociedade por quotas pluripessoal em sociedade por quotas unipessoal, para tanto, é necessária declaração de vontade (que, inclusivamente, pode fazer parte do título relativo à cessão de quotas) do sócio único, em que este manifeste a sua vontade em fazer operar aquela transformação na sociedade (art. 270.º-A, n.º 3). Após esta, deixam de aplicar-se à (nova) sociedade as disposições contratuais que pressuponham a pluripessoalidade (art. 270.º-A, n.º 4).

Como já foi dito, à data da publicação do CSC, a limitação da responsabilidade da sociedade constituída só por um sócio não era uma temática que fosse estranha, quer à doutrina, quer ao legislador. Ainda assim, naquele momento, relativamente às sociedades por quotas unipessoais, a opção legislativa foi no sentido da não admitir este (sub)tipo societário. Contudo, a questão (re)colocou-se com acuidade acrescida, após a publicação da 12.ª Diretiva do Conselho (89/667/CEE) e, com a transposição do seu texto para a ordem jurídica portuguesa<sup>71</sup>, foi incluído no CSC o Capítulo X (artigos 270.º-A a 270.º-G), cujo regime, justificado pela matriz unipessoal destes entes societários, acresce ao disposto para as sociedades por quotas em geral ou de natureza pluripessoal. «Na verdade, o legislador regulou apenas as especialidades de regime das sociedades unipessoais e estabeleceu expressamente, no art. 270.º-G, que, no mais (isto é, no não previsto em especial) vale o regime (geral) das sociedades por quotas – e, naturalmente, porque o mesmo se dá com estas, vale igualmente o regime da Parte Geral<sup>72</sup>».

a perda do benefício da responsabilidade limitada quando o sócio único expõe o património social a fins extrassociais. Embora tenha sido concebido num momento em que o sistema era adverso à unipessoalidade e o seu âmbito seja restrito às situações de falência da sociedade (...).

<sup>71</sup> A transposição da 12.ª Diretiva ocorreu com um significativo atraso, porquanto, de acordo com o teor do seu art. 8.º, deveria ter sido transposta até 31 de Dezembro de 1991.

<sup>72</sup> Assim CASSIANO SANTOS, *A Sociedade Unipessoal por Quotas*, págs. 47 e 48.

### 3.2. A auto-contratação

A atribuição da responsabilidade limitada a um ente societário, cuja estrutura social é constituída apenas por um único sócio, colocou reservas quanto à possibilidade de abusos da própria personalidade, porquanto, os mecanismos internos de fiscalização das sociedades repousam, em grande parte, na pluralidade dos sócios. E, portanto, não havendo pluralidade de sócios resulta intensificado, por um lado, o risco de total instrumentalização da sociedade e, por outro, a possibilidade de confusão entre as esferas patrimoniais do sócio único e da sociedade unipessoal<sup>73</sup>. Nesse sentido, para evitar a lesão dos interesses dos credores da sociedade, foram introduzidas na lei um conjunto de regras exigentes, relativas à contratação entre a sociedade e o sócio único, que valem para os negócios que o sócio único realiza com a sociedade unipessoal (art. 270.º-F), «seja quem for que atue em representação da sociedade. Isto é, as normas em causa são aplicáveis tanto nos casos em que o sócio único celebra um negócio com a sociedade intervindo ao mesmo tempo como gerente, como naqueles outros em que o gerente que atua em representação da sociedade é um terceiro<sup>74</sup>».

A auto-contratação (ou auto-negociação) pode, as mais das vezes, traduzir-se no prejuízo da sociedade e, nesse sentido, coloca em perigo a expectativa de cumprimento desta perante os seus credores. Nessa medida, (i) os contratos entre a sociedade unipessoal e o sócio único devem servir a prossecução do objeto social<sup>75</sup> (art. 270.º-F, n.º 1); (ii) para além disso, os contratos devem obedecer à forma escrita, se não for outra a forma legalmente exigida (art. 270.º-F, n.º 2); (iii) e todos os documentos relativos à celebração de contratos entre o sócio único e a sociedade, bem como os documentos relativos à negociação dos contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade, devem ser patenteados conjuntamente com o relatório de gestão e documentos de prestação de contas (art. 270.º-F, n.º 3). A violação destas regras – que visam assegurar lisura e transparência de procedimentos na contratação entre sócio único e a sociedade unipessoal,

<sup>73</sup> V. RICARDO COSTA, *Unipessoalidade Societária*, págs. 131 e ss.

<sup>74</sup> Assim SOVERAL MARTINS, «Código das Sociedades Comerciais...», pág. 312, referindo em nota que «parece que são igualmente aplicáveis quando a sociedade é representada por mandatários ou procuradores nomeados para a prática de determinados atos ou categorias de atos, nos termos do disposto no número 6 do artigo 252.º.»

<sup>75</sup> Como se verá adiante mais de espaço, negócio celebrado entre o sócio único e a sociedade deve ter sempre como fim a prossecução do objeto da sociedade (sob pena de invalidade). O que equivale a dizer que para ser válido, deve respeitar a capacidade de a sociedade obter um lucro, atribuível ao sócio único, como resulta do artigo 6º do CSC e, além disso, servir a prossecução do seu objeto.

e trazer segurança (jurídica) às pessoas que com as sociedades unipessoais interagem no tráfico comercial, designadamente os seus credores<sup>76</sup> –, implica de um passo, (i) a nulidade<sup>77</sup> dos negócios jurídicos celebrados (ii) e a responsabilização pessoal ilimitada do sócio único (art. 270.º-F, n.º 4).

Há quem perfilhe a ideia de que o fundamento deste regime assenta no princípio do *contrato consigo mesmo*<sup>78</sup>, pois que o art. 261.º do Código

<sup>76</sup> Assim, ainda no âmbito do art. 5.º, n.º 1 da 12.ª Diretiva – que reza do seguinte modo: «[o]s contratos entre o sócio único e a sociedade por ele representada devem ser lavrados em ata ou assumir a forma escrita.» –, v. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade*, pág. 149, afirmando que «(...) é imposta uma certa transparência nas relações contratuais entre sócio e sociedade, a fim de os terceiros melhor poderem fazer valer eventuais direitos». No mesmo sentido v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores*, pág. 404, referindo que «[o] artigo 270.º-F do CSC destina-se a promover a transparência e a facilidade de controlo da actuação do sócio único».

<sup>77</sup> V. SOVERAL MARTINS, «Código das Sociedades Comerciais...», págs. 313 e 314, admitindo a nulidade como sanção «para a inobservância de forma ou para a não prossecução do objeto social», mas considerando excessiva para o caso em que a documentação referente ao negócio «que não foi apresentado com o relatório de gestão e os documentos de prestação de contas ou para o negócio que não foi posto a consulta de qualquer interessado na sede da sociedade.»

<sup>78</sup> V. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O âmbito de aplicação do artigo 270.º-F n.º 4...», págs. 204 e ss., «[p]ode ver-se no artigo 270.º-F do CSC uma manifestação do princípio da proibição do contrato consigo mesmo (embora o âmbito de aplicação deste preceito se estenda às situações em que a sociedade e representada, na celebração do contrato, por alguém que não seja o seu único sócio), uma resposta à já vetusta questão de saber se pode o sócio de uma sociedade unipessoal figurar num contrato ao mesmo tempo enquanto representante a sociedade (na qualidade de gerente ou através de outrem que desempenhe essas funções) e em seu nome individual.»

V. CATARINA SERRA, «As novas sociedades unipessoais...», pág. 137, «[e]stamos perante um caso de «contrato consigo mesmo» – do sócio enquanto sujeito com o sócio enquanto administrador e representante legal da sociedade – ou de «autocontrato», em que, sendo, em princípio, o sócio quem exclusivamente forma e manifesta a vontade da sociedade, não existe a saudável contraposição de interesses de que depende o equilíbrio de todo o negócio bilateral.»

Em sentido diverso COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade*, pág. 149, referindo-se ao art. 5.º, n.º 1 da 12.ª Diretiva, págs. 149 e ss., diz o seguinte: «[n]o estado atual do nosso direito, deve continuar a defender-se não valer a proibição do negócio consigo mesmo para as sociedades unipessoais. No fundo, os interesses do sócio estranhos a sua participação na sociedade e os interesses da sociedade não conflituam (substancialmente, aqueles interesses do sócio e os da sociedade são tudo interesses da mesma pessoa; substancialmente ou, se se quiser, indiretamente, o património social pertence ao sócio; as “perdas” que por via dos negócios celebrados entre sociedade e sócio se registem no património social são compensadas pelos “ganhos” registados no património de afetação geral do mesmo sócio o património global deste fica, imediatamente, na mesma; as referidas

Civil (CC) determina a anulabilidade «[d]o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, a não ser que o representado tenha especificadamente consentido na celebração», ou que o negócio exclua pela sua natureza a «possibilidade de um conflito de interesses». Contudo, em bom rigor, neste regime civilístico, o que está causa é a regulamentação da relação de interesses entre representante e representado, de modo a que aquele não usufrua de um benefício *ilegítimo* com o inerente e consequente prejuízo deste<sup>79</sup>. Tanto mais que no caso de a realização do negócio ser validada por consentimento do representado, a anulabilidade não opera<sup>80</sup>.

Coisa que não sucede no regime societário (art. 270.º-F), pois aqui, para além do interesse da representada (sociedade por quotas originariamente unipessoal), está em causa a tutela dos interesses de todos aqueles que com ela interagem no tráfico comercial, designadamente o dos credores sociais. Ou seja, no âmbito da lei societária, e, em particular, no que às regras de auto contratação diz respeito (art. 270.º-F, n.ºs 1 a 3), em termos de *ratio legis* parece prevalecer a salvaguarda do interesse dos

perdas da sociedade são perdas suportadas pelo sócio ao nível do património social). É certo que os referidos negócios “constituem um expediente fácil e cómodo ao alcance do interessado para defraudação dos credores da sociedade”. Todavia, os credores têm à disposição, além dos meios de defesa geral (acção de simulação, impugnação pauliana), mecanismos previstos na lei societária (...).

RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal*, pág 680, nota 888, refere que COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade*, pág. 149, no âmbito do disposto no n.º 1 do art. 5.º da 12.ª Diretiva «tomou posição no polémico debate sobre a aplicação (com a consequente invalidade por via do art. 261.º do Código Civil), ou não da disciplina do «negócio consigo mesmo» às relações jurídicas estabelecidas entre a sociedade unipessoal e o seu sócio único, para nele responder negativamente (propugnando a redução teleológica da norma no que respeitasse às sociedades unipessoais), como era comum na doutrina que se tinha debruçado sobre o assunto, por falta do antagonismo de interesses que fundamenta esse regime invalidante.»

<sup>79</sup> No mesmo sentido v. MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, «O problema da responsabilidade do sócio único perante os credores da sociedade por quotas unipessoal», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 3, 2005, pág. 75, referindo que «[o] art. 261.º do [Código Civil] tem como *ratio* evitar que o conflito de interesses conduza a um benefício do representante em prejuízo do representado.»

<sup>80</sup> Note-se que a invalidade do artigo 270.º-F do CSC até à reforma de 2006 (Decreto-lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março), podia ser afastada pelo «consentimento» – na escritura pública de constituição ou alteração – da sociedade unipessoal representada, o que também contribuía para que se aceitasse que este preceito era expressão da proibição de celebração de negócio consigo mesmo.

credores sociais<sup>81</sup> sobre o (eventual) prejuízo que aquela possa causar ao património da sociedade<sup>82</sup>. «A função proeminentemente assumida pelas disposições do preceito parece ser a de limitar a potencialidade de dano, no interesse dos terceiros credores que empreendem relações com uma [sociedade unipessoal originária]<sup>83</sup>», o que justifica o regime previsto pelo art. 270.º-F, tanto mais que o recurso ao disposto nos arts. 72.º e ss. pode acarretar grandes dificuldades probatórias por um lado, e por outro o recurso ao art. 84.º – admitindo, como admitimos supra, que se aplica aos casos de unipessoalidade originária – pressupõe a declaração de insolvência (transitada em julgado) e a violação da «afetação do património da sociedade às respectivas obrigações». Assim, através do conjunto de regras que compõe este regime, o credor da sociedade por quotas unipessoal dispõe de um meio de reação expedito e de âmbito alargado, porquanto em caso de incumprimento por parte da sociedade, basta que esta, na negociação com o sócio único, não tenha preenchido os requisitos legalmente exigidos – de fundo (art. 270.º-F, n.º 1), de forma (art. 270.º-F, n.º 2) e de publicidade (art. 270.º-F, n.º 3) –, para que os negócios celebrados sejam declarados nulos e o sócio passe a responder pessoal e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade<sup>84</sup>.

### 3.3. O âmbito da prossecução do objeto da sociedade

Identificado o propósito em que assenta o regime jurídico vertente (art. 270.º-F) e atento os requisitos exigidos pela norma, cumpre delimitar o âmbito de aplicação das sanções aplicáveis. Neste sentido o aspecto a considerar é que a violação de qualquer um dos requisitos exigidos pelos n.ºs 1

<sup>81</sup> Parece ser este o entendimento de RICARDO COSTA, «As sociedades unipessoais», pág. 59, quando refere que «[a]jinda no que se refere à *ratio* da exclusão do benefício da responsabilidade limitada para o único sócio de uma SQU na hipótese prevista no artigo 270.º-F repare-se que a personalidade jurídica da SQU não é posta em causa, apenas se vai buscar a responsabilidade pessoal, ilimitada e genérica do sócio único.»

<sup>82</sup> MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, «O problema da responsabilidade...», págs. 75 e 76, referindo-se ao alcance do art. 270.º-F afirma que «[d]aqui parece resultar que a lei não adota como critério o interesse da sociedade para balizar a licitude do negócio (...).» Prosegue concluindo que «[a] adopção do art. 270.º-F veio, segundo cremos, a reconhecer a incapacidade do art. 261.º CC para salvaguardar os interesses (...) dos credores nesta matéria.»

<sup>83</sup> Assim RICARDO COSTA, «As sociedades unipessoais», pág. 59

<sup>84</sup> Assim SOVERAL MARTINS, «Código das Sociedades Comerciais...», pág. 314 afirmado que na parte final do n.º 4 do art. 270.º-F «parece que se quis dizer foi que o sócio único passa a responder ilimitadamente pelas obrigações da sociedade.»

a 3 do art. 270.º-F implica *de preceito* a nulidade do negócio e a responsabilização ilimitada do sócio único. Quer a forma (escrita se outra não for legalmente exigida), quer a publicidade (mediante disponibilização dos documentos negociais conjuntamente com o relatório de gestão e prestação de contas), enquanto requisitos formais, são de verificação objetiva, e, nessa medida, não apresentam dificuldades interpretativas de maior, já o mesmo não sucede com o requisito substantivo: prossecução do objeto social (art. 270.º-F, n.º 1).

O conceito substantivo: «prosecução do objeto da sociedade» não é de apreensão imediata, pois, de um lado estão em causa interesses de terceiros, que podem ser especialmente defraudados pelos negócios entre o sócio e a sociedade<sup>85</sup>, e de outro estão os interesses da sociedade e do tráfico em geral, que não deve ser obstaculizado por critérios de atuação societária demasiado estritos. Assim, a delimitação do conteúdo da expressão não deve sacrificar o justo equilíbrio entre estes dois interesses. Nessa medida, a sua ponderação conduz ao seguinte entendimento: *servir o objeto* significa que o negócio deve ser necessário, útil ou conveniente à prossecução das atividades inscritas no estatuto como objeto da sociedade. Valem, deste modo, aqueles negócios que se integram no cerne do exercício do objeto, mas também aqueles que dele podem ser instrumentais, e a instrumentalidade é tomada com alguma amplitude, pois basta que o negócio seja conveniente à prossecução do objeto<sup>86</sup>. Por fim, apesar de ter sido necessário caminhar de espaço para delimitar o pressuposto substantivo subjacente à prossecução do objeto da sociedade, importa acautelar que a violação deste pressuposto, à imagem dos outros de natureza formal, é também de apreciação objetiva. Isto é, no caso concreto, uma vez delimitado o âmbito da prossecução do objeto social, um determinado (auto-)negócio ou contém em si mesmo a virtualidade de servir aquele objeto ou não, sendo que (naturalmente) esta avaliação é feita objetivamente, quer em função do ato quer em função (da prossecução) do objeto a servir.

<sup>85</sup> Esta lesão presume-se se o contrato entre o sócio único e a sociedade não se enquadram no âmbito da atividade determinada pelo próprio sócio para a prossecução do escopo lucrativo.

<sup>86</sup> Assim CASSIANO SANTOS, *A Sociedade Unipessoal*, pág. 111.

### **3.4. Aplicação e adequação das sanções aplicáveis pela violação das regras de auto-contratação**

Agora importa investigar, por um lado, de que modo é que as sanções previstas – (i) nulidade e (ii) responsabilidade ilimitada do sócio (art. 270.º-F, n.º 4) – se tornam operativas, e por outro, se a amplitude da sua aplicação conjunta é, ou não, adequada<sup>87</sup>.

Não contestando a adequação das sanções previstas e o modo simultâneo pelo qual operam, sublinha-se que, ao contrário daquilo que sucede com o disposto no art. 84.º, o art. 270.º-F não exige expressamente o prejuízo societário e consequente diminuição da tutela dos credores<sup>88</sup>. Este aspeto parece conferir às sanções atribuídas pelo incumprimento das regras estabelecidas nos n.ºs 1 a 3 do art. 270.º-F, uma natureza diversa entre si. Assim, a *nulidade* assume-se como uma combinação de cariz marcadamente *preventivo*, já a *responsabilização ilimitada do sócio único* tem, como não podia deixar de ser, natureza *sancionatória*. Pode ser este aspeto que justifica a aplicação conjunta das duas sanções. Considerando que este conjunto de normas estabelece *prima facie* regras de conduta, no sentido de assegurar a transparência dos negócios (auto)celebrados perante os interessados, poderia admitir-se que a nulidade, pelas suas características próprias<sup>89</sup>, seria suficiente para assegurar a proteção dos interesses dos

<sup>87</sup> De acordo com MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 489, «a nulidade do negócio prevaricador representaria uma sanção insuficiente. Tendo providenciado para a conclusão de um contrato executá-lo, mau grado a sua invalidade: é sabido que tais negócios prosseguem, em geral, o objetivo da descapitalização da sociedade ora em causa. Os credores sociais são as vítimas tendenciais desse tipo de atuação. A sanção da ilimitação de responsabilidade – e, portanto, da cessação do privilégio da limitação da mesma – surge como o passo mais natural para estabelecer o equilíbrio perturbado».

<sup>88</sup> Cfr. supra 4.º § do ponto 3.2..

V. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores*, pág. 388 e nota 55, referindo que «nenhuma das consequências previstas para o incumprimento de algum dos requisitos legais é afastada pelo facto de o negócio em causa não ser, em si mesmo, apto para causar qualquer prejuízo ao representado, [c]omo nomeadamente o caso em que o negócio é gratuito para a sociedade».

<sup>89</sup> Os efeitos da nulidade encontram fundamento teleológico em motivos de interesse público predominante (v. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, pág. 610), esta é invocável a todo o tempo, por qualquer interessado ou pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal (art. 286.º do Código Civil), e uma vez declarada tem efeitos retroativo à data da celebração do negócio, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível o valor correspondente (art. 289.º, n.º 1 do Código Civil). Sendo interessado todo aquele que tem interesse legítimo em agir, ou seja, aquele que tenha um interesse juridicamente

credores. Contudo, tendo presente que em número não despiciendo de casos, possa estar em causa lesão significativa do património social e, consequentemente, perda da garantia patrimonial dos credores, o legislador acresceu a cominação da responsabilidade ilimitada do sócio único.

Atendendo a que o preenchimento das formalidades exigidas pelas regras que resultam dos n.ºs 1 a 3, do art. 270.º-F é de verificação objetiva e que a norma não exige o prejuízo da sociedade, todo e qualquer negócio celebrado entre a sociedade e o sócio único que não cumpra com aqueles requisitos é inválido (*rectius nulo*). Assim, coloca-se a questão de saber se a responsabilidade ilimitada do sócio se limita aos efeitos do negócio inválido ou, pelo contrário, a responsabilização ilimitada do sócio único traduz a intenção legislativa de o responsabilizar, dai em diante, pela totalidade das obrigações societárias<sup>90</sup>. Tendo assumido que a nulidade em si poderia constituir sanção bastante para proteger a sociedade e os seus credores, só a primeira hipótese faz sentido, pelo que, em caso de violação daquelas formalidades, a responsabilidade do sócio deve restringir-se aos efeitos prejudiciais para a sociedade resultantes do ato inválido<sup>91</sup>. A solução contrária consubstanciaria uma alteração ao regime legal da responsabilidade do sócio único, de carácter punitivo, que não se justifica à luz dos interesses da sociedade e dos credores, desde logo porque do ato inválido

protegido que tenha sido afetado pelo negócio em causa. Portanto, em caso de incumprimento por parte da sociedade, naturalmente que o credor terá interesse em agir (art. 605.º n.º 1 do Código Civil), dito de outra forma, só há interesse em agir se o negócio tiver causado prejuízo à sociedade ou se esta ficou impossibilitada de solver as suas dívidas perante os credores ou, pelo menos, essa possibilidade resultou agravada por via desse negócio.

<sup>90</sup> V. MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, «O problema da responsabilidade...», pág. 75.

<sup>91</sup> Neste sentido MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores*, pág. 392 e ss., e em «O âmbito de aplicação do artigo 270.º-F n.º 4 ...», pág. 235, refere em síntese que «deve a letra do n.º 4 do artigo 270.º-F (que estabelece as consequências da violação do disposto nos números 1 a 3 do mesmo artigo), na parte em que diz «e responsabiliza ilimitadamente o sócio» (ainda se prevê nessa norma que são nulos os negócios jurídicos assim celebrados), deve ser interpretada no sentido de determinar a responsabilidade ‘ilimitada’ do sócio pelos prejuízos causados à sociedade pela celebração do negócio jurídico em causa e pela respectiva nulidade».

V. CASSIANO SANTOS, *A Sociedade Unipessoal*, pág. 116, referindo o seguinte: «(...) resta concluir que a responsabilidade em questão é a decorrente da violação das regras legais e da consequente nulidade do negócio e dos efeitos desta: o sócio responde pelas consequências que o negócio teve para a sociedade e pelas consequências que a declaração de nulidade acarreta. Quer dizer: negócio é nulo e não produz qualquer efeito, tudo se passando juridicamente como se não tivesse sido realizado. Contudo, a simples execução (ilícita) do negócio e a reposição das coisas no estado anterior ou a sua impossibilidade poderá acarretar danos para a sociedade e para o credor – *é esta a responsabilidade do sócio*» (itálico nosso).

não resulta, quer para a sociedade, quer para terceiros, qualquer dano ou prejuízo efetivo. Neste sentido, a responsabilização do sócio único pela totalidade das obrigações sociais por violação das regras de contratação entre a sociedade e o sócio único parece ser excessiva e sem justificação plausível<sup>92</sup> <sup>93</sup>.

Como vimos o regime proposto pelo art. 270.º-F visa salvaguardar a transparência e facilitar o controlo da atuação do sócio único. Nesta medida, as suas consequências, designadamente a responsabilização do sócio único pela globalidade das obrigações societárias, não devem ultrapassar a intenção legislativa, que fica plenamente conseguida com a interpretação proposta, isto é, limitar a potencialidade de dano aos credores que com a sociedade unipessoal interagem no tráfico jurídico-comercial. Entendimento diverso, isto é, admitir que a violação do disposto no art. 270.º-F (ainda que extensivamente) se destina a regular todas as situações que se entenda justificarem a derrogação do princípio legal da separação entre os patrimónios societários e do sócio único, acabaria por ter consequências nefastas: (i) incentivo à dissolução das sociedades unipessoais originárias existente; (ii) e recurso à pluripessoalidade fictícia<sup>94</sup>. Isto é, aquilo que o legislador quis evitar com a introdução do Capítulo X no CSC.

<sup>92</sup> V. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...*, pág. 399, «[m]esmo tendo em conta que o artigo 270.º-F visa tutelar os interesses dos credores sociais, além daqueles da sociedade, a letra da lei diz em nosso entender, demais: pode ser obtida uma tutela satisfatória de ambos os grupos de interesses com a mera consagração expressa da obrigação de resarcimento da sociedade pelos danos resultantes do negócio (podendo os credores sociais sub-rogar-se, nos termos gerais, à sociedade para o exercício desse direito), e a legitimação direta dos credores da sociedade para o exercício desse direito quando, em virtude do negócio em causa, o património social se tenha tomado insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos»

<sup>93</sup> Pugnando a responsabilização do sócio único pela globalidade das obrigações sociais v. RICARDO COSTA, «As Sociedades Unipessoais», pág. 56 e ss, em nota, refere o seguinte: «[n]ão parece que esta sanção se refira apenas às eventuais consequências obrigacionais de um negócio em concreto que tenha' violado os requisitos da norma, até porque (...) esse negócio, nesse caso, é nulo. O que se entende é que a lei pretendeu pressionar o sócio único a observar essas normas de segurança. Desde que o não faça, a partir desse momento, além da nulidade dos negócios (bastará um só), será responsável ilimitadamente (a título subsidiário, como será mais razoável (...)), pelos débitos contraídos a partir de então pela [sociedade unipessoal originária] ».

<sup>94</sup> V. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...*, págs. 404.

### **3.5. A natureza jurídica da responsabilidade pessoal e ilimitada do sócio único**

Para caracterizar a natureza jurídica da responsabilidade do sócio único no âmbito do art. 270.<sup>º</sup>-F, é necessário ter presente que aqui, ao contrário do que sucede com o regime do art. 84.<sup>º</sup>, não se exige a declaração de insolvência da sociedade, e portanto a responsabilização do sócio único opera dentro da normal atividade societária. Isto é, em caso de violação das regras atinentes à auto-negociação (art. 270.<sup>º</sup>-F, n.<sup>º</sup>s 1 a 3), o interessado pode arguir a invalidade do ato, esta ser declarada cessando os efeitos do negócio e, consequentemente, o sócio único responder com o seu património pessoal perante o dano causado pela omissão daquelas regras. Assim, assumindo que a responsabilização do sócio único se limita ao ato inválido e aos seus efeitos, parece razoável admitir que a sua responsabilização seja solidária com a sociedade<sup>95</sup>.

### **4. A responsabilização do sócio único e a desconsideração da personalidade coletiva**

Em termos, necessariamente sintéticos – pois uma abordagem mais aprofundada desta problemática, não caberia, de todo em todo, na economia deste relatório –, sublinhe-se que o aspecto central no que à desconsideração da personalidade coletiva diz respeito é a «derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjetiva e/ou patrimonial da pessoa coletiva em face dos seus membros<sup>96</sup>». O efeito da derrogação do princípio da separação patrimonial, isto é, da separação entre o património da sociedade e, *in casu*, do sócio único, consiste na possibilidade de ser este

<sup>95</sup> V. CASSIANO SANTOS, *A Sociedade Unipessoal*, pág. 55, que refere o seguinte: «[p]ensamos, pois, que não há que optar (...) entre qualificar a responsabilidade como solidária ou subsidiária – embora seja por ação do credor ou da outra parte que se opera a re-imputação e isso redunde, na prática, numa espécie de subsidiariedade, pois que ele só atuará nesse sentido (e só terá efetivo interesse) caso o património da sociedade se revele insuficiente». Contudo, bem vistas as coisas, apesar de este aspecto revelar uma certa subsidiariedade, parece que esta não releva no que tange à natureza jurídica da responsabilidade do sócio único. Porquanto, afigura-se que aquela subsidiariedade advém da insuficiência patrimonial da sociedade para cumprir com uma determinada obrigação social (vencida). Mas aqui o que está em causa é a natureza jurídica da responsabilidade em que o sócio único incorre por força da violação do disposto nos n.<sup>º</sup>s 1 a 3 do art. 270.<sup>º</sup>-F, ou seja, quem e em que medida, responde perante a demanda do credor. A exposição de motivos supra nos pontos 3.4. e 3.5 levou-nos a concluir que a responsabilidade do sócio é solidária da da sociedade.

<sup>96</sup> Assim COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...*, pág. 205.

e/ou o seu património a responder perante obrigações originariamente constituídas em nome da sociedade<sup>97</sup>. Contudo, esta transferência de responsabilidade só (deve) acontece(r), quando o comportamento do sócio seja atentatório da integridade que a garantia patrimonial da sociedade (deve) representa(r) perante todos aqueles que com ela *giram* no tráfico comercial. Ora, como vimos, uma das práticas que coloca em risco aquela integridade é, precisamente, a *promiscuidade* entre o património da sociedade e o património do sócio único (usualmente disfarçada através de *opacidade contabilística*).

A desconsideração da personalidade societária<sup>98</sup>, enquanto mecanismo de responsabilização do sócio, ultrapassa o substrato fundamental em que assenta a responsabilidade limitada das sociedades comerciais, e por isso o recurso a esta solução não deve ser isenta de cuidados, para evitar que por esta via resulte vazia a limitação da responsabilidade concedida às sociedades por quotas unipessoais. Quer isto dizer que a utilização desta solução deverá ser, como exige a integridade do sistema, de carácter subsidiário e judicialmente casuístico. Isto é, só se coloca a questão de recurso à *desconsideração da personalidade jurídica* se os problemas em causa não encontrarem resposta direta no âmbito da legislação societária. «Uma vez que existem no nosso direito societário vários meios de responsabilização direta dos sócios perante os credores sociais, deve determinar-se capazmente o respetivo âmbito de aplicação e devem identificar-se os problemas de tutela dos credores sociais a que podem dar resposta; ou seja, devem analisar-se todas as possibilidades de responsabilização direta dos sócios que, no nosso direito societário, podem assegurar a tutela dos inte-

<sup>97</sup> V. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*, Boletim da Faculdade de Direito, STUDIA IVRIDICA 33, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2004, pág. 232.

<sup>98</sup> «*Piercing veil* ou *disregarding the corporate entity* que, entre nós, tem sido traduzida por «desconsideração (ou superação) da personalidade jurídica das sociedades comerciais». «Com a afirmação desta doutrina – que, no direito continental se verificou, pioneiramente na Alemanha, com a teoria do *Durchgriff* – pretende-se, sempre que há uma utilização abusiva do regime societário por parte dos sócios, *ultrapassar* («*trespassar*») a separação que entre estes e a sociedade existe por força da atribuição a esta de personalidade jurídica. I. é, quando os sócios utilizam a figura societária para conseguir fins não permitidos pelo Direito, «*trespassa*-se a máscara da personalidade jurídica» atribuída à sociedade, fazendo imputar as suas obrigações aos respetivos sócios. São várias as situações que podem justificar a aplicação da teoria do *Durchgriff*. Uma dessas situações, unanimemente referida pela doutrina, é (...) «confusão entre patrimónios» (...)» (V. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do Capital Social...*, págs. 233 e 234).

resses dos credores sociais perante a atuação destes, quando essa ponha em causa a capacidade de a sociedade cumprir as suas obrigações<sup>99».</sup>

#### 4.1. A solução do art. 84.º

O aspecto central que interessa para este estudo prende-se, claro está, com a mistura de patrimónios<sup>100</sup>. Aqui, como vimos, o comportamento (abusivo<sup>101</sup>) do sócio pode resumir-se a (i) episódios pontuais ou a (ii) uma prática habitual e reiterada, acompanhada pela (quase) ausência de organização contabilística da sociedade, o que torna muito difícil, se não impossível, identificar os concretos atos de violação da autonomia patrimonial. É a este tipo de conduta que se dirige a solução (*desconsiderante*) prevista no art. 84.º. Ainda assim, este regime, apesar de consignar a responsabilidade pessoal do sócio único em caso de indissociabilidade de patrimónios exige a prévia declaração de insolvência, o que retira a sociedade (insolvente) do tráfico jurídico. De todo o modo, este facto não impede que se trate de uma verdadeira solução desconsiderante, porquanto a sociedade só se extingue com o registo do encerramento do processo após o rateio final [art. 234.º, n.º 3, art. 230.º, n.º 1 alínea a) e art. 182.º todos do CIRE], o que vale por dizer que, nos termos propostos supra, o sócio único pode (e deve) ser responsabilizado em tempo de vida da sociedade. Em conclusão se o parâmetro aferidor da qualificação do regime previsto no art. 84.º como solução desconsiderante depende do facto de o sócio único poder ser responsabilizado (nos termos acima referidos) durante a existência do ente societário enquanto tal –pois, só neste caso se opera uma alteração do regime da responsabilidade limitada da sociedade por quotas unipessoal –, verifica-se que assim sucede, pelo que,

<sup>99</sup> Assim, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...*, pág. 60, 62 e 63.

<sup>100</sup> E consequente perda de garantia patrimonial por parte dos credores. Aliás, para proceder à alteração do regime de responsabilidade da sociedade comercial (no caso por quotas unipessoal), é mister que esteja verdadeiramente em causa a sua capacidade de cumprir perante os seus credores.

<sup>101</sup> V. COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade...*, pág. 207 e 208, referindo que no *Dur-chgriff* a dogmática alemã, por intermédio de Serick, desenvolveu as *teorias do abuso*, que assumem uma dupla vertente, a vertente objetiva e a vertente subjetiva. A primeira pressupõe a utilização do ente societário de modo contrário à sua função ou fim, ou seja, neste caso há «abuso do instituto»; a vertente subjetiva exige um intencional «abuso da forma jurídica» da pessoa coletiva, assim, há abuso quando com a ajuda da pessoa coletiva são eludidas ou contornadas disposições legais ou deveres contratuais ou prejudicadas fraudulentamente terceiro.

de acordo com essa ordem de ideias e com o *aport* do direito falimentar, se conclui pela afirmativa<sup>102</sup>.

#### 4.2. A solução do art. 270.º-F

Uma parte significativa da doutrina interpreta o disposto no art. 270.º-F de modo a que, por via desta norma, se estabeleça um regime de responsabilização do sócio único por todas as obrigações sociais da sociedade unipessoal por quotas, o que corresponde, no fundo à vontade em encontrar na lei resposta para uma questão que grosso modo tem merecido uma solução desconsiderante: a mistura patrimonial ou (até) de esferas jurídicas.

É quando se coloca a questão da confusão patrimonial, que a doutrina tem sentido a necessidade de recorrer à responsabilização do sócio, que o mesmo é dizer, à solução de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. Pois que não sendo um caso de aplicação do regime previsto no art. 84.º, desde logo porque não há fundamento para declaração de insolvência<sup>103</sup>, dificilmente o credor conseguirá responsabilizar o autor da (e pela) mistura de patrimónios. Desde logo, por razões de ordem *prático-processual*, na medida em que os credores sociais não estão em posição de igualdade de armas com o sócio único, e por isso resulta-lhes muito mais difícil fazer prova dos pressupostos da responsabilidade. Por outro lado, o regime do art. 270.º-F tem como fundamento promover a transparência e facilidade de controlo da atuação do sócio único, pelo que as consequências das cominações plasmadas no disposto no seu n.º 4 não devem ir além daquele desiderato, que, tendo como pano de fundo a defesa dos interesses dos credores, fica perfeitamente conseguido com a limitação ao dano potencial resultante da (eventual opacidade na) auto negociação.

De acordo com a posição tomada supra, a responsabilização do sócio único pela violação das formalidades previstas nos n.ºs 1 a 3 do art.

<sup>102</sup> Em sentido diverso CASSIANO SANTOS, *A Sociedade Unipessoal*, pág. 53, refere o seguinte: «(...) o caso é distinto do art. 84.º: neste não há uma desconsideração, mas antes uma responsabilidade própria e solidária do sócio, juntamente com a da sociedade que assumiu a responsabilidade, com fundamento numa atuação específica em três planos (dois pessoais e que supõem uma imputação presumida ao sócio de condutas – a conformação com a situação ilícita de unipessoalidade e o desrespeito pelos preceitos que estabelecem a afetação do património social ao cumprimento das responsabilidades da sociedade – e outro objetiva e independente de qualquer contributo do sócio – a situação declarada de insolvência) ».

<sup>103</sup> Cfr. supra os pontos 2.2., 2.2.1. e 2.2.2. e os arts. 3.º, 18.º e 20.º do CIRE..

270.º-F – que será sempre acompanhada da declaração de nulidade e respetiva cessação de efeitos à data da celebração do negócio –, não configura uma alteração do regime de responsabilidade limitada da sociedade. Isto é, à responsabilidade da sociedade pelo cumprimento das suas obrigações acresce concomitantemente a responsabilidade pessoal e ilimitada do sócio único, relativamente aos efeitos do ato em concreto.

## 5. Conclusão

Tendo presente que no caso do art. 84.º se exige (i) a declaração de insolvência da sociedade (art. 84.º, n.º 1, primeira parte) e (ii) a violação dos preceitos legais de afetação do património societário ao cumprimento das obrigações sociais (art. 84.º, n.º 1, segunda parte) – o que, em bom rigor, pressupõe que a condução da atividade da sociedade unipessoal, por parte do sócio único, seja contabilisticamente opaca e para a sociedade materialmente danosa<sup>104</sup> –, com a declaração de insolvência da sociedade, adveniente da incapacidade de esta responder perante os seus credores, estes podem ressarcir-se através do produto da massa e, uma vez esta excutida, através do património do sócio único por violação das regras de separação patrimonial. Assim, na prática, é o universo de credores da massa que acabará por beneficiar da (eventual) responsabilização do sócio único<sup>105</sup>.

<sup>104</sup> V. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «O âmbito de aplicação do artigo 270.º-F n.º 4...», pág. 233, referindo o seguinte: «o artigo 84.º do CSC deve forçosamente, com a entrada em vigor do CIRE, recuperar uma função que entretanto se diluíra que é a de constituir o único meio de promover a responsabilização do sócio que é ou já foi formal ou materialmente único, depois de declarada a insolvência da sociedade, desde que ele, durante o período de «unipessoalidade», não tenha respeitado a separação entre o seu património pessoal e o património da sociedade agora insolvente».

<sup>105</sup> Esta asserção avulta, desde logo, do facto de o resultado patrimonial adveniente da procedência da ação de responsabilização (art. 82.º do CIRE) reverter em benefício da massa, e portanto a ser incluído no produto a ratear pelo universo de credores reconhecidos e devidamente graduados na sentença de verificação e graduação de créditos (art. 140.º do CIRE). Este aspeto coloca um problema curioso, porquanto, em sede de unipessoalidade superveniente consolidada – isto é, uma sociedade cujo sócio não usou da prerrogativa concedida pelo disposto no n.º 3 do art. 270.-A –, pode acontecer que, para além das obrigações incumpridas e constituídas no período da concentração das quotas, outras haja cuja constituição seja prévia à situação de unipessoalidade. Nessa medida, uma vez declarada a situação de insolvência, na prática quer as obrigações pré-unipessoalidade quer as pós-unipessoalidade serão objeto de verificação e graduação de créditos em comum e, portanto, em tese é admissível que o sócio único possa vir a ser responsabilizado por obrigações que se constituíram antes do período da unipessoalidade superveniente.

Por seu turno, a responsabilização do sócio único pela violação das formalidades previstas para a auto-contratação (art. 270.º-F, n.ºs 1 a 3) funciona de modo distinto. Porquanto, de acordo com o entendimento acima expandido, restringe-se aos efeitos danosos provocados pelo(s) negócio(s) considerado(s) inválido(s), perante o interessado que suscitou a invalidade. Ou seja, neste caso, ao contrário da vocação (executiva<sup>106</sup> e) universal do regime previsto pelo art. 84.º, o art. 270.º-F tem uma vocação eminentemente personalística ou individual.

Do exposto deflui que o círculo de incidência de uma e outra norma não se sobrepõem<sup>107</sup>, desde logo porque, no caso do art. 270.º-F, a responsabilização do sócio único ocorre(rá) durante o período de normal atividade do ente societário. Já no caso do art. 84.º as coisas acontecem de modo diverso, porquanto se exige a prévia declaração de insolvência, o que em termos societários implica a dissolução da sociedade, e nessa medida, pode dizer-se que, em boa medida, a sociedade enquanto tal já não existe<sup>108</sup>.

Ora, como é bom de ver, quer um quer outro regime, pela natureza dos seus pressupostos, são de aplicação independente entre si, sem embargo de

veniente, e, portanto, fora do âmbito de aplicação do disposto no art. 84.º. Naturalmente que não é este o propósito legal, uma vez que a responsabilização do sócio resulta de procedimento próprio (ação de responsabilização do sócio único nos termos do art. 82.º do CIRE), mas basta que o demandado (responsável legal, que o mesmo é dizer o sócio único) não conteste devidamente para que seja responsabilizado por obrigações que não lhe são legalmente assacáveis.

<sup>106</sup> Na medida em que pressupõe a declaração de insolvência que é uma execução de carácter universal (art. 1.º do CIRE).

<sup>107</sup> Parece ser também esta a opinião de PINTO MONTEIRO e PEDRO MAIA, «Sociedades Anónimas Unipessoais ...», pág. 146, quando referem que «[q]uanto às sociedades unipessoais por quotas (...), a aplicação do art. 84.º já tem conteúdo útil: uma vez que ressalvado o caso da violação do art. 270.º-F, o sócio único da sociedade por quotas *não é responsável pelas dívidas desta*, o art. 84.º *acrescenta* efetivamente uma responsabilidade perante os credores que, na ausência desta norma, o sócio único da sociedade unipessoal por quotas *não teria ou poderia não ter*»

<sup>108</sup> Sem prejuízo de que se disse supra no ponto 4.1 parte final, com referência ao n.º 3 do art. 234.º, à alínea a) do n.º 1 do art. 230.º e ao art. 182.º todos do CIRE. Isto é, na letra da lei a sociedade só se extingue com registo do encerramento do processo. Com a declaração de insolvência surge a massa insolvente, que beneficia de independência jurídica face à insolvente. No rigor dos termos, a massa insolvente constitui-se com o acervo patrimonial/empresarial da sociedade devedora (*rectius insolvente*). Consequentemente, quer a massa insolvente, quer a sociedade insolvente, coexistem temporalmente uma com a outra. Em bom rigor, a massa insolvente extingue-se com o encerramento da liquidação (cfr. o art. 169.º e 182.º, n.º 1 do CIRE), já a sociedade subsiste até ao registo do encerramento do processo (art. 234.º, n.º 3, do CIRE).

em determinadas circunstâncias a responsabilização do sócio único poder suceder-se sequencialmente, ou seja, preenchidos que forem os requisitos de aplicação de cada um dos regimes, em primeiro lugar de acordo com o disposto no art. 270.<sup>º</sup>-F e depois por força do disposto no art. 84.<sup>º</sup>

## Bibliografia

- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Curso de Direito Comercial, Volume II, Das Sociedades*, 3.ª Edição, Reimpressão da Edição de Março de 2009, Almedina, Coimbra 2010.
- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Da Empresarialidade. As empresas no direito*, Almedina, Coimbra 1996.
- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, 2.ª Edição, IDET, Cadernos (n.º 5), Almedina, Coimbra 2010.
- ALARÇAO, MANUEL DE, «Sociedades Unipessoais», Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Suplemento XIII), 203-326, Coimbra 1961.
- ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, *Sociedades Comerciais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2006.
- ALMEIDA, MARGARIDA AZEVEDO DE, «O problema da responsabilidade do sócio único perante os credores da sociedade por quotas unipessoal», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 3, 2005.
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, «o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada: Crónica de uma Morte Anunciada» em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano III, 2006, 401-442.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra 2005.
- CORREIA, A. FERRER, *Lições de Direito Comercial*, Vol. II, Sociedades Comerciais, Doutrina Geral, Universidade de Coimbra, 1968.
- CORREIA, A. FERRER, «O problema das sociedades unipessoais», *BMJ* n.º 166, 1967, P-183-217.
- CORREIA, A. FERRER, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Livraria Atlântida, Coimbra 1948.
- CORREIA, Luís BRITO, «A Sociedade Unipessoal por Quotas», em *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, 631-650, Coimbra Editora, Coimbra 2007.
- CORREIA, Luís BRITO, *Direito Comercial – Sociedades Comerciais*, Vol. II, 3.ª Tiragem 1997, AAFDL, Lisboa 1989.

- CORREIA, MIGUEL J. A. PUPO, *Direito Comercial, Direito da Empresa*, com a colaboração de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo, 10.º Edição, Revista e atualizada, EDIFIRUM – Edições Jurídicas Ld.ª, Lisboa 2007.
- COSTA, RICARDO, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português*, Almedina, Coimbra 2002.
- COSTA, RICARDO, «As sociedades unipessoais», in *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra 2002, 25-63.
- COSTA, RICARDO, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, Vol. I (Artigos 1.º a 84.º), vários autores sob a coordenação de J. M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra 2010.
- COSTA, RICARDO, «Responsabilidade civil societária dos administradores de facto», in *Temas Societários, Colóquios n.º 2* - IDET, Coimbra, Almedina 2006.
- COSTA, RICARDO, «Unipessoalidade Societária», *Miscelâneas*, n.º 1, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, Coimbra 2003.
- CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra 2006.
- DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas, Estudos de Direito das Sociedades* sob a coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra 2002.
- DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*, Boletim da Faculdade de Direito, *STUDIA IVRIDICA* 33, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 2004.
- FERNANDES, Luís A. CARVALHO E LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – Anotado*, Vol. II, *Quid Iuris*, Lisboa 2005.
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 13.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra 2002.
- MAIA, PEDRO, «Tipos de Sociedades Comerciais», in *Estudos de Direito das Sociedades*, 5.ª Edição, vários autores, sob a coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra 2002.
- MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, «Código das Sociedades Comerciais – Alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 257/96, de 31 de Dezembro», in *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, Ano I, 1998.
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO e PEDRO MAIA, «Sociedades Anónimas Unipessoais e a Reforma de 2006, em Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 139, n.º 3960, 138-155, Coimbra Editora 2010.
- PERALTA, ANA MARIA «Sociedades Unipessoais», in *Nova Perspetivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra 1988, 251-267.
- PIDWELL, PEDRO, *O Processo de Insolvência e a Recuperação da Sociedade Comercial de Responsabilidade Limitada*, Coimbra Editora, grupo Wolters Kluwer, Coimbra, Maio 2011.
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra 1985.

- RAMOS, MARIA ELISABETE, «A insolvência da Sociedades e a Responsabilidade dos Administradores no Ordenamento Jurídico Português», *Prim@Facie* n.º 7, Jul./Dez. 2005, ([www.ccj.ufpb.br](http://www.ccj.ufpb.br)).
- RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, «O âmbito de aplicação do artigo 270.º-F n.º 4, do CSC e a responsabilidade «ilimitada» do sócio único», em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. 2, Almedina, Coimbra 2009.
- RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra 2009.
- SANTOS, FILIPE CASSIANO, *A Sociedade Unipessoal por Quotas – Comentários e Anotações: aos artigos 270.º-A a 270.º-G do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora, Coimbra 2009.
- SANTOS, FILIPE CASSIANO, «Sociedades Unipessoais por Quotas, Exercício Individual e Reorganizações empresariais – Reflexões a propósito do regime legal», em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. 1, Almedina, Coimbra 2009.
- SERENS, M. NOGUEIRA, «O (Verdadeiro) Leitmotiv da Criação pelo Legislador Alemão das «Sociedades com Responsabilidade Limitada» (Gesellschaften mit beschränkter Haftung), em *Direto das Sociedades em Revista*, Ano I, Vol. 2, 137-174, Almedina, Coimbra 2009.
- SERRA, CATARINA, «As novas sociedades unipessoais por quotas (algumas considerações a propósito do DL n.º 257/96 de 31 de Dezembro)», in *Scientia Iuridica*, Janeiro-Junho 1997, Tomo XCVI, n.ºs 265/267, págs. 115-142.
- VENTURA, RAÚL, *Dissolução e liquidação de sociedades*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra 1999.

## **Textos para publicação**

A Revista aceita a apresentação de textos inéditos para publicação, sujeita a parecer favorável da Comissão de Redacção e à disponibilidade de espaço.

Cada texto não deverá exceder 75.000 caracteres (contando espaços e incluindo notas de rodapé) e deverá observar as seguintes regras gráficas:

- Nomes de autores referidos em texto: em caracteres normais
- Nomes de autores referidos em notas: em maiúsculas pequenas
- Títulos de livros (monografias e obras colectivas): em itálico
- Títulos de textos inseridos em revistas e em obras colectivas: entre aspas, em caracteres normais
- Nomes das revistas: em itálico
- Sinal de aspas primacialmente usado: « » (as chamadas aspas francesas ou baixas)
- Ausência de espaço entre uma palavra e um sinal de pontuação
- Uso das abreviaturas adoptadas pela Revista (v. lista inserida nas primeiras páginas)
- Os textos deverão ser enviados por correio electrónico para *dsr@almedina.net* ou por via postal para:

*DSR – Direito das Sociedades em Revista*  
Secretariado da Redacção  
Edições Almedina, SA  
Rui Dias  
Rua Fernandes Tomás, n°s 76, 78, 80  
3000-167 Coimbra





# DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA

DIRECTOR: RUI PINTO DUARTE  
JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU  
PEDRO PAIS DE VASCONCELOS

## CUPÃO DE ASSINATURA

NOME	<input type="text"/>
MORADA	<input type="text"/>
CÓD. POSTAL	<input type="text"/> - <input type="text"/> <input type="text"/> LOCALIDADE <input type="text"/>
TELEFONE	<input type="text"/> N° CONTRIBUINTE <input type="text"/>
PROFISSÃO	<input type="text"/>
EMAIL	<input type="text"/>

2 NÚMEROS AVULSO **€40**

ASSINATURA (2 NÚMEROS/ANO) **€35** (DESCONTO DE **12,5%**)  
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA  
DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA (2 NÚMEROS) DO ANO

2  0

DATA    -   -

ASSINATURA

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA  
ASSINATURA DA REVISTA DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA – JOAQUIM MACHADO, S.A.,  
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para [assinaturas@almedina.net](mailto:assinaturas@almedina.net).

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS  
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: [editora@almedina.net](mailto:editora@almedina.net)





## AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRETO (ADC)

ENTIDADE 1 0 6 4 4 4 NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

## AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRETOS

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50

CONTRIBUINTE FISCAL

DATA 

--	--	--	--

 = 

--	--

 = 

--	--

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE <sup>(1)</sup>	INICIA A MÊS	ANO	TERMINA A MÊS	ANO

<sup>(1)</sup> REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

## PROCEDIMENTOS

- Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
  - Remeter a ADC para:  
**EDIÇÕES ALMEDINA SA**, Rua Fernandes Tomás, n.<sup>o</sup>s 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para [sdd@almedinanet.net](mailto:sdd@almedinanet.net).
  - Qualquer alteração que pretenda efetuar a esta autorização basta-  
rá contactar as **EDIÇÕES ALMEDINA SA** por qualquer forma escrita
  - Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradece-  
mos informação escrita sobre as alterações efetuadas.
  - Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)
  - Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

## INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efetuar as seguintes operações:

- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
  - Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
  - Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

RARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS  
Telefone: 229 851 003 Fax: 229 851 001 Email: sdd@almedina.net

