

**A CONSOLIDAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO
GRUPO**

PERANTE OS CREDORES SOCIAIS

**(DA RELAÇÃO DE SIMPLES DOMÍNIO, NA SITUAÇÃO DE
SOLVÊNCIA E DE INSOLVÊNCIA NO GRUPO)**

Dissertação de Mestrado no âmbito do Curso de Mestrado Forense da Faculdade de
Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa.

Orientação do Exmo. Senhor
Professor Doutor Paulo Olavo Cunha

Ricardo Oliveira Venâncio

Aluno número 142711030

Março de 2013

**A CONSOLIDAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO
GRUPO**

PERANTE OS CREDORES SOCIAIS

**(DA RELAÇÃO DE SIMPLES DOMÍNIO, NA SITUAÇÃO DE
SOLVÊNCIA E DE INSOLVÊNCIA NO GRUPO)**

Dissertação de Mestrado no âmbito do Curso de Mestrado Forense da Faculdade de
Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Lisboa.

Orientação do Exmo. Senhor
Professor Doutor Paulo Olavo Cunha

Ricardo Oliveira Venâncio

Aluno número 142711030

Março de 2013

AGRADECIMENTOS

À Joana,

Ao meu irmão,

Aos meus pais.

ADVERTÊNCIAS

O presente Estudo tomou por referência o Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 02 de Setembro, na redação da Lei 66-B/2012, de 31 de Dezembro, e o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, na redação da Lei 16/2012, de 20 de Abril.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	3
ADVERTÊNCIAS.....	4
ÍNDICE.....	5
INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I – Grupos de Sociedades.....	13
1. Sociedades em relação de grupo – caracterização.....	13
2. Caso particular das sociedades em relação de domínio e constituídas por contrato de subordinação.....	13
2.1 A direção unitária da sociedade-mãe.....	14
2.2 O papel da fiscalização no grupo societário. Breve nota.....	16
3 Responsabilidade no seio do grupo.....	18
3.1 A responsabilidade da sociedade-mãe no grupo de direito e no grupo de facto – enunciação.....	18
4 O problema do levantamento da personalidade coletiva no grupo de facto.....	18
4.1 Enunciação.....	18
4.2 A relação de domínio no grupo de facto.....	18
4.3 Os custos sociais que giram em torno da personalidade coletiva.....	20
4.4 A coligação societária. Levantamento da personalidade.....	21
4.5 Responsabilidade limitada ou ilimitada?.....	25
CAPÍTULO II – Insolvência no grupo.....	27
5. Insolvência no grupo.....	27
5.1 Pressupostos da insolvência.....	27
5.2 Os efeitos da situação de insolvência na relação do grupo societário.....	28
5.3 A problemática da apensação de processos.....	29
5.3.1 Enunciação legal.....	29
5.3.2 Apensação de processos. A problemática da unificação substancial.....	30
5.3.3 Requerimento da declaração de insolvência.....	34
5.3.4 Requerimento da apensação de processos.....	35
5.3.5 Órgãos da insolvência.....	37

5.3.6 Graduação dos créditos da insolvência no caso de ser deferida a apensação processual ou substancial.....	38
5.4 Jurisprudência Portuguesa.....	40
5.5 Jurisprudência do Tribunal Constitucional.....	45
CONCLUSÃO.....	48
BIBLIOGRAFIA.....	50

INTRODUÇÃO

O Direito das Sociedades é, desde os primórdios até à atualidade, o direito que perspetiva a existência das sociedades como seres autónomos, dotados de uma personalidade jurídica, uma orgânica e um “*modus operandi*” próprio, que varia de sociedade para sociedade, à semelhança do que sucede com as pessoas. Tal como estas, cada sociedade possui os seus próprios valores, estrutura, fins – *in casu*, o lucro – e prossegue uma atividade económica. Acompanhando a modernidade da sociedade civil – globalmente –, se os indivíduos precisam de contactar uns com outros para se instruírem e encontrarem formas de cooperação, para uma melhor prossecução das suas atividades e seus objetivos, também as sociedades acompanham este fenómeno, começando a juntar-se, visando melhores resultados económicos.

Foi nesta linha de pensamento que nasceram os *grupos societários*¹.

Grupo societário será o somatório de um conjunto de sociedades comerciais que, pese embora sejam dotadas de personalidade jurídica própria, se submetem a uma direção unitária² e comum que é exercida por uma dessas sociedades³ sobre as restantes⁴.

A direção unitária será logicamente encarada sob diferentes perspetivas, consoante se esteja a pensar no contexto societário da sociedade-filha ou no da sociedade-mãe. Assim, da perspetiva da sociedade-filha, basta que haja a perceção que entre as diferentes irmãs se verifica uma política de direção comum⁵ exercida pela

¹ No Direito Societário português, a matéria dos grupos societários encontra-se regulada nos artigos 481.º a 508.º E) do Código das Sociedades Comerciais, no âmbito do qual são reguladas relações intersocietárias a diversos níveis: i) sociedades em relação de simples participação (artigos 483.º e 484.º); ii) sociedades em relação de participações recíprocas (artigo 485.º); iii) sociedades em relação de domínio (artigos 486.º e 487.º); e iv) sociedades em relação de grupo (artigos 488.º a 508.º).

² Engrácia Antunes, *Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002 pp. 114-120.

³ Em termos técnicos, será a sociedade “dominante”, ou, em sentido figurativo, a “sociedade -mãe”.

⁴ Em termos técnicos, estaremos a falar das sociedades “dominadas”, ou, em sentido figurativo, das “sociedades-filhas”, ou mesmo, entre as “filhas”, de “sociedades-irmãs”.

⁵ Para Margarida Vila Franca, “Da Responsabilidade da Sociedade-Mãe perante os Credores da Sociedade-Filha no Direito Societário Português”, pp- 22-24, para que se efetive a política de direção comum no Grupo, é necessário a manifestações de diversos fenómenos, que se concretizam por três vias: i) Política geral do grupo, onde se inclui um “*orçamento global*” para o grupo e uma “*política financeira global*”, nos termos em que se propõe o financiamento das “filhas” para que possam desenvolver as suas atividades; ii) Através da manifestação de condicionalismos do funcionamento das sociedades-filhas, concretamente, em três parâmetros: na “*formação dos gestores e altos funcionários das sociedades-filhas*”, na “*criação de órgãos informais para encontros*

sociedade-mãe para que a relação de grupo se consuma, ainda que facticamente, com manifestação de uma unidade empresarial, financeira e económica. Diferentemente, a direção unitária surge aos olhos da sociedade-mãe enquanto instrumento de coordenação nos mesmos níveis evidenciados pelas sociedades-filhas⁶.

Como se torna perceptível, à definição aqui avançada e à sua concretização retiramos dois elementos fundamentais caracterizadores desta estrutura societária, por um lado, a subordinação das sociedades-filhas à direção da sociedade-mãe e, por outro, a independência jurídico-formal entre as sociedades do grupo⁷, porquanto, como se disse e conforme resulta da definição consagrada na doutrina, as sociedades pertencentes a um grupo não perdem a sua personalidade jurídica individual, nem os seus órgãos sociais.⁸

Está pacificamente enraizado o entendimento que os grupos societários surgiram com vista a interiorizar o próprio mercado, reduzindo custos de transação⁹.

O grupo societário surge, assim, enquanto nova forma de organização societária, como uma estrutura capaz de – sob a égide do domínio de uma sociedade através da direção unitária por si exercida sob as demais sociedades comerciais pertencentes ao grupo – gerar enormes vantagens¹⁰ para este, seguindo uma linha estratégica definida pela sociedade-mãe face aos interesses empresariais e económicos do grupo societário.

No entanto, uma análise mais detalhada sobre a possível organização e funcionamento do grupo societário pode, desde logo, alertar-nos para diversos problemas, entre os quais, a posição jurídica dos credores sociais face a uma possível

de quadros pertencentes às sociedades-filhas e sociedade-mãe” e na “divulgação de manuais e regulamentos internos que reservem para a “mãe” a competência decisória em determinadas áreas financeiras”; iii) Ao nível da organização, uma vez que a “mãe” chama para si, determinadas áreas funcionais, tais como “áreas de investigação e desenvolvimento, marketing, produção, vendas ou recursos humanos”.

⁶ Parece-nos que o melhor entendimento será visto do ponto de vista da sociedade-filha uma vez que, se a direção unitária se limitasse a ser um instrumento de cooperação, então o que melhor se figurava seria a figura de um grupo paritário, que continha na sua génese um contrato celebrado entre as diversas sociedades.

⁷ Uma vez que se assim não fosse, o fenómeno em estudo não seria o grupo societário, mas sim o da fusão, previsto nos artigos 97.⁹ e seguintes do Código das Sociedades Comerciais, cujo regime foi recentemente alterado pelo DL 53/2011 de 13 de Abril.

⁸ Discordamos da definição sufragada pela doutrina, nomeadamente, no tocante à permanência – ou não –, da personalidade jurídica individual “intocável” – pelo menos à partida –, das sociedades do grupo, e traçamos um caminho diferente, que será desenvolvido neste estudo.

⁹ Assim, Diogo Pereira Duarte, *Aspetos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Grupo*, p-105.

¹⁰ A sociedade-mãe: i) centraliza na sua esfera de competências diversas áreas funcionais, suportando os seus custos, capazes de dinamizarem a atividade desenvolvida pela sociedade-filha, maximizando os seus lucros (v.g. investigação); através do grupo, e no seio do próprio grupo, transaciona capital, pessoal, funcionalidades, entre outras... para potenciar as diversas sociedades do grupo, mediante as suas áreas de intervenção, e o mercado em que atua.

situação de dificuldade económica ou, em última *ratio*, de sobrevivência de uma determinada sociedade-filha e aos correspondentes pagamentos pelos créditos por esta já constituídos.

Centrar-nos-emos neste tema, que será o principal objeto deste estudo.

Com efeito, a enorme crise mundial que afeta em larga escala não só a situação económica dos Estados, mas também as relações das sociedades comerciais com o mercado e com os credores traz para cima da mesa a necessidade de aprofundar os estudos sobre estas matérias.

Em Portugal, numa altura em que o país se encontra comprometido com o programa de intervenção financeira – liderado pela Troika¹¹ – importa olhar para o grupo societário da base para o topo, afastando o ditame tradicional do topo para a base. Por outras palavras, devido ao contexto político, económico e social que o nosso país, a Europa e o mundo “industrializado” vivem, o maior foco de interesse e de preocupação centra-se agora na sociedade-mãe, enquanto titular da hegemonia sobre as sociedades-filhas, perante a cada vez maior necessidade de encontrar respostas e formas de garantir a satisfação dos créditos que os credores sociais têm sobre as sociedades do grupo, nomeadamente, sobre as sociedades-filhas¹² e a forma como a sociedade-mãe procura eximir-se do cumprimento dos mesmos, enquanto “líder” do grupo.

Em boa verdade, todos estes fenómenos não têm sido resolvidos de forma unívoca pelo Direito das Sociedades, embora cada vez mais se verifique um aumento da preocupação da doutrina e da jurisprudência em estudar tais matérias para que, de alguma forma, seja possível encontrar respostas mais claras e principalmente, mais justas para todos os intervenientes. Nesse sentido, tem existido nos últimos anos em Portugal uma crescente preocupação com o estudo e análise do grupo societário, desde logo, na academia.

Como será evidenciado ao longo deste estudo, o legislador omitiu uma previsão no direito societário que regulasse, efetiva e claramente, as relações de grupo constituídas por simples domínio, compreendendo uma disciplina jurídica autónoma das restantes figuras de grupos existentes.

¹¹ Portugal encontra-se intervencionado desde 2011 por esta “*Organização*”, levada a cabo pela atuação conjunta do FMI – Fundo Monetário Internacional, do BCE – Banco Central Europeu, e da CM – Comissão Europeia.

¹² Numa análise primitiva, e sem assumirmos, para já, o compromisso de propor uma alteração legislativa, hoje, os credores sociais, deparando-se com uma realidade de grupo societário, poderão situar-se numa linha de incerteza de verem satisfeitos os seus créditos perante uma determinada sociedade-filha se a esta for imposta, pela sociedade-mãe, uma constante e significativa transferência de património e capital intragrupo.

Fruto desta omissão, a doutrina tem caminhado para a aplicação analógica do regime de outras figuras jurídicas, mormente, de diferentes tipos de grupos para esta relação de grupo societário.

Contudo, ainda que reconheçamos um imperioso progresso nos trabalhos desenvolvidos nesta matéria pela doutrina e pela jurisprudência, ainda não é claro, em nossa opinião, quais as condições, formas e sobre que limites poderá a sociedade dominante exercer a influência dominante (direção unitária, com todas as manifestações que evidenciaremos ao longo do estudo) sobre as sociedades dominadas sem que dessa atuação resultem implicações, nomeadamente, tomando o exercício dessa influência como premissa que consubstancia a medida em que deverá manifestar-se a responsabilidade patrimonial das sociedades do grupo, e dos seus patrimónios, perante os credores sociais.

Pretendemos com este estudo partir do que, em nossa assunção, é a direção unitária, ou seja, o centro da gravidade social do grupo em que a sociedade dominante consegue instrumentalizar as sociedades dominadas, com influência direta nas políticas económicas seguidas, na falta de independência decisória das dominadas e na falta de autonomia patrimonial destas face ao património da sociedade dominante. O que queremos evidenciar é que a direção comum visará, além de definir uma política empresarial geral e comum para o grupo, implementar diretivas criadas pela dominante nas diferentes sociedades do grupo, manifestando uma total transferência de soberania das dominadas para a dominante consubstanciando, para além da política económica, a política financeira, pessoal, organizacional e administrativa.

Acontece que, se em termos prático/fáticos é relativamente simples caracterizar e descrever o grupo, a sua existência, bem como os moldes em que se desenvolve a direção unitária, em termos jurídicos esta análise não é, de todo, simples. Porquanto, o legislador não deixou ao conhecimento público o que entende ser a direção unitária, nem como esta se manifesta.

Por esta razão, tem a doutrina, nos últimos anos, avançado com importantes contributos sobre o que entende sobre a questão aqui em apreço.

Em igual forma, permitimo-nos avançar com aquelas que consideramos serem manifestações da sua existência.

Em nosso entendimento, para que se efetive a direção unitária, é suficiente que se verifique qualquer tipo de manifestação da centralização das políticas financeiras do grupo (planificação, execução e fiscalização), uma vez que, é condição para que o grupo

seja credível aos olhos do exterior e solvente e organizado do ponto de vista interno. Tal como consideramos esta manifestação como condição suficiente, também demonstraremos neste estudo que manifestações desta concentração em áreas como a gestão (v.g. pessoal, organização, marketing, produção) é condição suficiente para descortinar a existência da direção unitária no grupo. Neste último conjunto de situações, se for facilmente percecionável a autonomia patrimonial entre as diferentes sociedades, então, as consequências em matéria de apuramento de responsabilidades serão, necessariamente, diferentes das por nós aqui tratadas.

Se estas manifestações alterarem a organização e funcionamento das sociedades, também os credores sociais serão afetados com estas modificações no seio do grupo societário, desde logo, porque a direção unitária manifestar-se-á, inevitavelmente, no capital social, que se tornará permeável no património das sociedades dominadas. Por outras palavras, com esta configuração societária os credores sociais verão a sua posição creditícia perante a sociedade ser afetada por esta relação entre as sociedades do grupo, podendo, em última instância, ver o seu direito de crédito não passar apenas disso mesmo, um direito, em virtude do património da devedora já ter sido transferido para outra qualquer sociedade do grupo.

Assim, para evitar tal situação, na falta de instrumento legal de proteção dos credores, no nosso ordenamento jurídico, proporemos o levantamento da personalidade coletiva para que se possa englobar o património das diferentes sociedades do grupo, e, posteriormente, liquidado e distribuído pelos credores.

No direito a constituir, proporemos também alterações legislativas, que poderão resolver toda – ou parte – desta problemática.

Como tal, entendemos que, pela natureza da figura do levantamento da personalidade, esta figura poderá ser acionada para efetivar a responsabilidade de quem, na verdade e facticamente, deveria assumir uma atuação que outrora foi desenvolvida e que, até então, em virtude de vigorar nas sociedades de capitais o princípio basilar da responsabilidade limitada, não lhe seria imputável, mas que, se a este instituto juntar-se as alterações legislativas que proporemos, terá todo o sentido de existir.

Uma nota, para referir que tomaremos posição quanto ao facto de saber o que acontece quando se presume existir a influência dominante no seio do grupo, e sobre quem recairá o ónus para afastar essa presunção.

Avançaremos para a questão em que determinada sociedade do grupo possa deparar-se com uma situação de insolvência e seja necessário requerer a apensação de

processos, arrastando para a insolvência outra (ou outras) sociedade do grupo, com vista à melhor tutela dos credores sociais.

Assim, discutiremos neste estudo a apensação processual e material, seus eventuais pressupostos e quais os resultados possíveis que poderá ter o seu alcance; quem tem e poderá ter a legitimidade para requerer a apensação dos supra mencionados processos; o que acontecerá aos distintos órgãos da insolvência, caso seja deferida a apensação material; e em que termos poderá ser aglomerado e graduado o património do grupo para depois ser distribuído pelos credores sociais. Como tal, e visando garantir o cumprimento do princípio da igualdade entre credores, consideramos essencial propor uma alteração legislativa ao artigo 86.º do C.I.R.E, que desenvolveremos ao longo do presente estudo.

Finalizaremos este estudo comentando a mais recente jurisprudência sobre a matéria por nós aqui tratada, com vista a dotar o intérprete de uma visão prática das questões aqui abordadas.

CAPÍTULO I – GRUPOS DE SOCIEDADES

1. SOCIEDADES EM RELAÇÃO DE GRUPO – CARACTERIZAÇÃO.

Nos grupos¹³ de sociedades são as pessoas coletivas – concretamente, as sociedades comerciais (de capitais) –, titulares das participações sociais¹⁴ existentes.

É do aglomerado de participações das diversas sociedades que surgem os grupos, podendo estes ser de facto (ou grupo económico) ou de direito.

De acordo com a lei societária portuguesa – e pensando no grupo de direito – estes podem ser constituídos por relação de (ou tendente ao) domínio total, quando detém pelo menos 90% do capital social de uma outra sociedade. Tal aquisição pode suceder, inicialmente, quando se constitui uma sociedade (Artigo 488.º, n.º 1 do C.S.C.); ou então quando uma outra já se encontra constituída, e se verifica a obtenção do capital integral por uma sociedade (Artigo 489.º, n.º 1 do C.S.C.) – domínio superveniente.

O que há de comum no grupo, seja ele de facto ou de direito, é a existência de uma direção comum – seja ela, mais ou menos, vinculante – em função da modalidade do grupo em análise.¹⁵

2. CASO PARTICULAR DAS SOCIEDADES EM RELAÇÃO DE DOMÍNIO E CONSTITUÍDAS POR CONTRATO DE SUBORDINAÇÃO.

Entende-se que, pelo menos, duas sociedades estão em relação de domínio quando uma exerça uma posição de domínio sobre a outra, isto é, quando uma detém

¹³ O grupo é, segundo a definição avançada por Paulo Olavo Cunha, “uma qualquer modalidade mais ou menos estruturada e formalizada de colaboração entre sociedades para a realização de uma finalidade comum. Esta é a ideia de Grupo que se aplica às situações previstas no Código das Sociedades Comerciais; mas de certo modo é também perfeitamente admissível e válida para caracterizar (as chamadas) relações de grupo em sentido puramente económico”, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2012, 5.ª edição, pp – 956 e 958.

¹⁴ Acções ou Quotas, se estivermos a falar de uma Sociedade Anónima, ou de uma Sociedade por Quotas, respetivamente.

¹⁵ Reportamo-nos às modalidades de Grupo elencadas pelo Artigo 482.º do Código das Sociedades Comerciais.

participações sociais na ordem de poder exercer uma influência dominante nessa Sociedade.

Com efeito, pode acontecer que uma sociedade detenha mais de 50% do capital social de outra sociedade – encontrando-se numa relação de simples domínio –, ou a hipótese de a participação que uma determinada sociedade comercial tem numa ser superior a 90% do capital social [estamos perante uma relação de grupo com domínio total, que pode ser constituído originária (artigo.º 486.º do C.S.C.) ou supervenientemente (artigo.º 490.º do C.S.C.) Assim sendo, os efeitos que daqui advirão, em matéria de organização e gestão do grupo, serão variados¹⁶, principalmente nas questões relativas à detenção superveniente de 90% do capital social e aos procedimentos a tomar pela sociedade detentora deste¹⁷].

Diferente será quando a relação de domínio, ou melhor, a direção efetiva se materializa em virtude da celebração de um contrato de subordinação. Por outras palavras, pode uma sociedade subordinar a sua gestão a uma outra (mantendo os seus órgãos intactos), mediante a celebração de um contrato, seja a contraente a sociedade dominante ou não.

2.1 A DIREÇÃO UNITÁRIA DA SOCIEDADE-MÃE

Constituído o grupo cumpre agora fazer um breve apontamento, nomeadamente, na medida em que se concretiza o poder de dirigir os destinos, ainda que de forma genérica, das sociedades integrantes no grupo.

Neste sentido, a lei¹⁸ atribui o direito de dar instruções¹⁹ à sociedade diretora após ter sido celebrado o contrato de subordinação podendo, inclusive, estas serem desvantajosas para as sociedades subordinadas²⁰, caso tenham em vista o interesse do

¹⁶ Embora não seja objeto do nosso estudo que propomos realizar.

¹⁷ Para melhor compreensão, vide Paulo Olavo Cunha: “Direito Das Sociedades Comerciais”, 2012, 5ª edição, Almedina, p – 965.

¹⁸ Código das Sociedades Comerciais.

¹⁹ As instruções são o “*instrumento através do qual se opera a subordinação da gestão da sociedade inferior. Elas estão limitadas, por definição à gestão.*”, cf. Maria Augusta França, “A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo”, 1990, p – 42.

²⁰ Por “subordinadas” entenda-se, aqui, serão os órgãos competentes da administração dessas sociedades. Assim, Maria Augusta França, “*A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*”, 1990, AAFDL, p- 32.

grupo²¹, cumprindo às sociedades subordinadas o dever de acatar e cumprir estas instruções, desde que lícitas (artigo.º 503.º do C.S.C).

Estas instruções parecem também aplicáveis aos grupos de facto, por força do disposto no artigo.º 491.º do C.S.C.

As instruções materializam-se em diretrizes, com vista a padronizar e delinear a atividade de gestão que será levada a cabo pela administração da sociedade subordinada encontrando-se, assim, duplamente limitada: por um lado, pela competência própria dos acionistas desta sociedade e, por outro, pelas diretrizes oriundas da sociedade diretora²². Por isso, há quem entenda que o interesse a atender deverá ser o interesse próprio de cada sociedade, reservando apenas ao interesse geral do Grupo uma relevância residual²³.

Enuncia o número 1 do artigo 503.º que “*a sociedade diretora tem o direito de dar à administração da sociedade subordinada instruções vinculantes*”. Ora, é especialmente relevante a questão de descortinar se estamos perante um verdadeiro direito ou se, na prática, consiste num dever e que efeito produz a sua efetivação nos órgãos das sociedades subordinadas.

A intenção do legislador foi clara. O sentido desta norma visa conferir à sociedade diretora ou dominante a faculdade de instruir a sociedade subordinada, sem que a mesma seja obrigatória. Pode colocar-se a seguinte questão: sendo um direito, e não um dever, se a sociedade dominante não instruir a dominada e esta atuar com total independência e autonomia na gestão, em caso de dívidas resultantes dessa atuação ou de apuramento de responsabilidade, a quem caberá responder perante os credores sociais?

Pese embora, se possa pensar que, se é claro numa determinada situação em que não houve qualquer instrução ou em que a sociedade dominada agiu com total

²¹ Ainda que sejam instruções que careçam de autorização prévia ou parecer de um outro órgão da sociedade subordinada, e esta não seja concedida, não deixa de ser legítima e a sociedade subordinada tem o dever de a cumprir, nos moldes em que for emitida pela sociedade diretora. Assim, também João Labareda e Luís A. Carvalho Fernandes, “De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)”, *Direito das Sociedades em Revista*, Março de 2012, Ano 4, Vol. 7, p – 138.

²² Não aprofundaremos o âmbito das instruções uma vez que não é esse o cerne do presente estudo.

²³ Maria Augusta França, “*A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*”, 1990, *AAF DL*, p – 94. A autora vai mais longe, ao evidenciar que o interesse geral do grupo é, muitas vezes, impraticável por não existir no seio do grupo a informação da situação de cada sociedade integrante do grupo. Concordamos com a autora, por isso perfilhamos a ideia de que, para contornar esta situação de incerteza no grupo, deve existir no grupo a obrigatoriedade das operações realizáveis pelos órgãos de gestão das diversas sociedades tenham que ser previamente informados à gestão do órgão da sociedade diretora, e esta tenha que se pronunciar, sem efeitos vinculativos, sobre o ato em questão.

autonomia, a verdade é que o legislador, para evitar qualquer situação de insegurança jurídica, resolveu a questão ao inserir na lei societária o artigo 501.º. Com efeito, este preceito vem responsabilizar a sociedade diretora pelas dívidas constituídas pela subordinada, embora responda primeiro a sociedade dominada, e só depois de decorrerem 30 dias em que a subordinada se constituiu em mora, responderá a diretora (artigo 501.º do C.S.C.).

Esta questão é muito importante, nomeadamente, no que concerne à questão de conhecer o momento em que os credores da subordinada se encontram sob a expectativa de que esta sociedade se encontrava sob a direção da sociedade diretora quando contrataram com a primeira, para ser aferida a medida da responsabilidade no grupo. Mais à frente retomaremos este ponto.

O que é importante realçar em matéria de direção unitária são os efeitos que se verificam quando se constitui uma relação de grupo societário. Com efeito, e pensando no caso particular das sociedades subordinadas – as “filhas” –, parece-nos óbvio que a sua inclusão no grupo societário implica a diluição do seu interesse social e da sua autonomia organizativa porque, empiricamente, os órgãos deliberativos (assembleia geral) e os de gestão (a gerência – para as sociedades por quotas – e o conselho de administração – para as sociedades anónimas –) da sociedade diretora – da “mãe” – têm uma participação muito importante na administração da sociedade dominada (v.g. se elegem a maioria dos membros do órgão de gestão). Consequentemente, se é assim, então verifica-se também a perda de autonomia patrimonial da sociedade-filha.

É desta forma que, contornando os normativos legais, a sociedade – “mãe” consegue transferir verbas entre as “filhas” e destas para a “mãe”, encapotadas por eventuais prestações de serviços intragrupo²⁴.

2.2 BREVE NOTA SOBRE O PAPEL DA FISCALIZAÇÃO NO GRUPO SOCIETÁRIO.

Existe um problema no grupo que cumpre evidenciar para melhor compreender o seu funcionamento antes de avançarmos para o tema principal do nosso estudo.

Ao conselho fiscal, enquanto órgão de controlo da sociedade, compete, a título geral, fiscalizar toda a administração²⁵.

²⁴ V.g. a “mãe” presta à “filha” um serviço administrativo ou técnico sem qualquer relevância nem fundamento prático só para justificar a transferência de fundos entre as sociedades do Grupo.

No entanto, se é claro que a fiscalização da administração apenas se deve bastar pelo cumprimento da legalidade da atuação da gestão, deve esse órgão – sempre que, pela análise contabilística, se depreenda com determinadas operações ou atos que possam ser ruinosos para as contas da sociedade – alertar a gestão para as eventuais consequências dos seus atos devendo inclusive emitir parecer não vinculativo, que remete à administração da sociedade a responsabilidade total pela prática de atos de gestão que se revelem de alto risco ou, no limite, ruinosos.

Em relação ao grupo não deve ser diferente este entendimento. Mas em relação a esta realidade surge uma dificuldade: o conselho fiscal da sociedade diretora não terá, à partida, contacto com os registos contabilísticos das demais sociedades do grupo, uma vez que, entre estas existe o princípio da personalidade jurídica autónoma e, como tal, cada sociedade terá o seu próprio órgão de fiscalização.

Como tal, não faz qualquer sentido existir, em princípio, uma gestão comum no grupo (pelo menos, na prática) e uma fiscalização própria de cada sociedade no grupo. É por essa razão que se deveria entender o grupo de sociedades como um todo ou, se assim não for, deveria existir no grupo o dever de articulação dos diferentes órgãos de fiscalização das diversas sociedades e o órgão de fiscalização da sociedade superior para que, não só a gestão das sociedades do grupo, ainda que em sentido lato, esteja no âmbito de controlo do órgão de administração da sociedade diretora ou dominante, mas também possa estar no domínio do órgão de fiscalização da sociedade diretora ou dominante a atividade fiscalizadora dos órgãos de controlo das diversas sociedades que compõem o grupo.

Tomámos esta análise com vista ao melhor funcionamento do grupo por um lado, e por outro, por uma maior transparência do grupo para maior proteção dos credores sociais, porquanto, para que estes saibam com o que podem contar quando contratam com alguma das sociedades do grupo.

²⁵ O regime geral da competência do conselho fiscal consta do artigo 420.º do C.S.C.

3 RESPONSABILIDADE NO SEIO DO GRUPO

3.1 *A RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE-MÃE NO GRUPO DE DIREITO E NO GRUPO DE FACTO – ENUNCIÇÃO.*

Relativamente ao grupo de direito, coube ao artigo 501.º do C.S.C. definir em que termos se verifica a responsabilidade da sociedade-mãe perante os credores sociais. Já quanto aos grupos de facto, o legislador reservou, em matéria de responsabilidade da sociedade-mãe perante credores sociais, a resposta no número 4 do artigo 83.º do C.S.C.

Ou seja, a lei reconhece o grupo e o poder de direção unitária da sociedade-mãe para os grupos de direito, tutelando os credores da forma como expusemos. Para os grupos de facto a ideia é de que, no grupo, existe um princípio basilar, a autonomia (ao contrário do grupo de direito, que aponta atenções para o centralismo), que se concretiza – não num poder de direção – no exercício do domínio da sociedade-mãe na assembleia geral, através do exercício de voto, ou em matéria de designação e destituição de membros dos órgãos sociais da sociedade participada (conselho de administração ou gerência), sob pena de, se assim não for, poder responder nos termos do preceito já referenciado.

4 O PROBLEMA DO LEVANTAMENTO DA PERSONALIDADE COLETIVA NO GRUPO DE FACTO

4.1 *ENUNCIÇÃO.*

A questão a que iremos procurar responder é a de saber quais (se é que existem) os custos sociais, consoante o ajustamento que se fizer entre o que se entende por personalidade coletiva, e como se efetiva a relação de domínio, no grupo de facto.

4.2 *A RELAÇÃO DE DOMÍNIO NO GRUPO DE FACTO*

Para que se estabeleça a relação de domínio entre a sociedade dominante e a sociedade dominada e se materialize a chamada “influência dominante”, é necessário

que exista uma situação de dependência entre as dominadas e a dominante. Com o propósito de objetivar esta relação, a lei (cf. número 2 do artigo.º 486.º do C.S.C) estabelece três presunções não cumulativas²⁶. Se tais presunções se verificarem, então podemos dizer que estamos perante um grupo de facto. Também é necessário referir que, para uma sociedade ser considerada dominante, é preciso que a “influência exercida” não seja fruto de um qualquer acontecimento ocasional. Por outras palavras, é necessário que se verifique um circunstancialismo com carácter de continuidade para que se crie, dentro e fora do grupo societário, pelo menos a aparência da existência permanente da influência dominante levada a cabo pela sociedade dominante sobre as demais sociedades integrantes no grupo.

Necessário, por uma questão de despistagem e para sublinhar o que já foi dito atrás, será deixar claro que a estes grupos só poderão pertencer sociedades de capitais²⁷: é necessário que as sociedades envolvidas revistam a forma de sociedades por quotas, sociedades anónimas ou sociedades em comandita por ações.

E olhando para o regime legal dos grupos, verificamos que a direção económica foi um fenómeno que o legislador consagrou no Código das Sociedades, nomeadamente, para dar sentido e condições de funcionalidade aos grupos²⁸, deixando que as suas relações sejam constituídas por simples domínio, sem qualquer fonte normativa semelhante. Ainda assim, consideramos que deva ser permitida a direção económica, de igual forma, neste tipo de grupo – sob pena de virmos negada a realidade própria do grupo e a racionalidade do seu funcionamento uma vez que deve ser traço comum em qualquer relação de grupo societário a manifestação da direção e da dependência.

Este tipo de grupo societário tem sido tratado, em nosso entendimento, de forma imprópria, completamente díspar do sentido de garante da funcionalidade e da repartição de riscos, dentro deste. É precisamente entre estes dois vetores (por um lado a autonomia jurídica de cada sociedade – centrada na conservação da personalidade jurídica própria de cada uma – e por outro a permissão da unidade económica no Grupo) que surgem as maiores dúvidas quanto à justeza da repartição dos custos sociais perante uma realidade societária desta dimensão.

²⁶ Diogo Pereira Duarte, *Aspetos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*, 2004, FDL, p - 100.

²⁷ Cf. Engrácia Antunes, “*O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas*”, “Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço”, vol. II, Almedina, 2002, p-96.

²⁸ Concretamente, assim fez para as relações de grupo paritário; de grupo constituído por contrato de subordinação e para o grupo constituído por domínio total – artigos 492.º, 502.º e 503.º do C.S.C.

4.3 OS CUSTOS SOCIAIS QUE GIRAM EM TORNO DA PERSONALIDADE COLETIVA

No seguimento do entendimento que temos vindo a perfilhar, a estruturação do Grupo nos moldes que traçámos implica – como é facilmente perceptível, para que aquele possa, na prática, funcionar sob a égide da direção unitária – uma subversão daquilo que a lei considera ser a autonomia e independência da personalidade jurídica de cada sociedade individualmente considerada, abrindo – utilizando o ensinamento de Diogo Pereira Duarte – “um fosso entre realidade e Direito, que implica o surgimento de novas soluções jurídicas”²⁹.

Ensina o autor que o Código das Sociedades Comerciais apenas consagra a personalidade coletiva das sociedades enquanto ente social individual e independente, prosseguindo um interesse e uma vontade própria.

Ora, se é assim, será correto remetermos este entendimento para os grupos de sociedades? É aqui que ocorre uma lacuna na lei societária portuguesa – bem como dos seus princípios – que, por isso, necessita ser mudada urgentemente: não podemos entender a personalidade coletiva enquanto manifestação da individualidade e centro autónomo de cada sociedade individualizada (pertencendo ao grupo) se, sob o ponto de vista do funcionamento estratégico do grupo, é aplicada a direção económica unitária, submetendo-se as dominadas ao controlo da dominante. É aqui que surgem os custos sociais que nos trazem a este estudo, e é sobre eles que nos debruçaremos, para demonstrar que, mediante determinados circunstancialismos, o levantamento da personalidade das diferentes sociedades do grupo será a única solução para garantir o cumprimento do princípio da *par conditio creditorum*³⁰.

Neste sentido, e apesar do sistema normativo não ter regulado a matéria da responsabilidade nos grupos de simples relação de domínio, tem-se entendido que, também aqui, se aplica o regime pensado para as relações de domínio total e as reguladas por contrato de subordinação, ou seja, perante as dívidas da sociedade-filha, responde subsidiariamente o património da sociedade dominante, desde logo, porque

²⁹ “Aspetos do levantamento da personalidade coletiva nas sociedades em relação de domínio”, 2004, FDL, p - 107.

³⁰ É o princípio que determina uma posição igualitária dos credores sociais, nos termos do número 1 do Artigo 604.º do Código Civil, a menos que o Direito percecione determinadas causas em que pode existir uma preferência de uns credores face a outros na satisfação dos seus créditos.

não só a filha tem a seu cargo o dever de seguir instruções (inclusive, desvantajosas para si, desde que lícitas, tendo como único propósito o interesse do grupo) da sociedade-mãe e, por outro, em virtude de, na maior parte dos casos, existir uma constante transferência de patrimónios entre as diversas sociedades do grupo como se tratasse de um património comum.

Este último ponto traduz-se num perigo relevante de ocorrer uma confusão de patrimónios em que poderá haver um total e constante desrespeito pela autonomia patrimonial das diferentes sociedades que compõem o grupo – ainda que contabilisticamente provada, poderá trazer as mais gravosas consequências a nível dos “custos sociais”, concretamente, perante os credores das “filhas”, mas também das “mães”. O mesmo acontecerá se a direção do grupo aumentar e diminuir (através de transferências intersocietárias) as diferentes participações sociais, de modo sistemático, iludindo a confiança que os credores depositam na garantia de verem salvaguardada a saúde financeira da sociedade perante a qual contrataram³¹. Isto vale, igualmente, para os credores da sociedade-mãe, uma vez que, por exemplo, se esta repartir a sua participação social pelas “filhas”, as garantias de cumprimento dos seus créditos serão diminutas podendo ser, em última instância, os credores da sociedade dominante altamente prejudicados.

4.4 A COLIGAÇÃO SOCIETÁRIA. LEVANTAMENTO DA PERSONALIDADE.

No grupo de facto é frequente colocar-se em causa a independência das diferentes sociedades, desde logo, porque todo o grupo se movimenta através da já conhecida direção unitária comum. Só que, sublinhamos novamente, é preciso descortinar se existe equidade entre, por um lado, a permissão da direção unitária comum no grupo e, por outro, a proteção dos credores sociais.

E chegados aqui, não podemos deixar de discordar do entendimento do legislador português, que não reconheceu as insuficiências na regulação normativa para

³¹ Vamos utilizar um exemplo, já enunciado em trabalhos anteriores, desenvolvido por Diogo Pereira Duarte. Avança assim, o autor: “*Se uma Sociedade A detém um capital social inicial de 5.000 Euros, integralmente realizado, mas se o utiliza para a aquisição de uma participação na sociedade B, que por sua vez participa na sociedade C, o que se verifica é que embora apenas existam, no global, 5.000 Euros para a garantia dos créditos que sobre as três tenham terceiros, cada uma delas tem um capital social de 5.000 Euros, o que faria supor a existência de 15.000*”, *Aspetos do levantamento da personalidade coletiva nas sociedades em relação de domínio, 2004, FDL, p-112.*

os grupos de Facto, em relação de domínio. O mais grave é que o legislador conhece – ou devia conhecer – a precaridade a que pode chegar a sociedade dominada numa relação de domínio, bem como os seus credores, e nada regulamenta para resolver a situação, desprotegendo não só as sociedades dominadas, como os credores sociais do grupo.

Poderemos então questionar: porque não aplicar – uma vez que há falta de norma expressa para os grupos de facto –, o regime da responsabilidade ilimitada dos artigos 501.º e 502.º do C.S.C., previsto para as relações de grupo constituídas por contrato de subordinação às relações de simples domínio?

Seria uma hipótese, de facto³². Existindo este regime, ou um outro, já se nos afigurava possível desaplicar o regime do levantamento da personalidade coletiva, pois, passaria a existir uma norma expressa que resolveria a situação, pelo menos, para os grupos constituídos por contrato de subordinação e para o domínio total. Caso não existisse tal norma, ou se entendermos que a mesma não se aplica às relações de simples domínio, então não será descabido aplicar, por exigência do próprio sistema e princípios societários – e por mais que não seja, tendo em vista o princípio da *par conditio creditorum* – o levantamento da personalidade coletiva.

Como vimos, embora não se encontre regulação normativa específica e concreta para as relações de domínio permitindo assim, por vontade do legislador (como se nos afigura), o exercício da direção unitária comum – e, conhecendo a prática empresarial portuguesa –, entendemos que o legislador ficou aquém das necessidades de regulação no que concerne à relação de domínio.

Contudo, não estamos a pensar em hipóteses de imputar aos administradores a responsabilidade civil pelos seus atos – pois, não é essa a temática do nosso estudo.

O que tentamos novamente sublinhar é a manifesta imprecisão, – e até se quisermos, confusão – na determinação da política de direção unitária que é exercida no seio do grupo e que pode consubstanciar um resultado desastroso, sob o ponto de vista da proteção dos credores sociais. E se assim é, ou seja, se todo o grupo atua centralizado na sociedade dominante, de forma reiterada – e voltamos à ideia da verificação de confusão de patrimónios entre as diversas sociedades que compõem o grupo de facto –,

³² Ainda assim, insuficiente, por determinar que a subordinante/ou dominante (depende do termo) apenas responde após o termo do contrato de subordinação/ou o termo da relação de domínio total. Isto é relevante, uma vez que a insuficiência patrimonial da subordinada/dominada pode ocorrer ainda durante a vigência do contrato de subordinação/ou do domínio total, e aí ainda não é exigível a responsabilidade da “mãe”, o que pode levar, no limite, à insolvência da “filha”.

então deve também a responsabilidade perante credores ser centralizada sob pena de, se assim não for, trazer enormes prejuízos aos credores do grupo.

Seguindo o que temos vindo a avançar no presente estudo, a sociedade-mãe responderá, em regra, pelas dívidas da filha. Se assim é, responderá pelas dívidas da filha se for demonstrado que estas resultaram da exclusiva atuação (autónoma) desta? A resposta terá de ser negativa. Com efeito, entendemos que, se não ocorreu qualquer fenómeno que tenha fragilizado a esfera jurídica e patrimonial da filha (subcapitalização; transferência de património ou instruções que colocariam a filha numa situação de debilidade face ao mercado e aos credores), então deve somente ser a filha, com o seu próprio património, a responder perante os credores.

Embora na teoria as coisas se expliquem de forma simplificada, na prática, na maior parte das vezes é difícil demonstrar de quem foi realmente a autoria de determinado ato ou contrato perante terceiros. Por isso, entendemos que, na hipótese de ocorrerem dificuldades na determinação da autoria, deverá recair sobre a sociedade-mãe o ónus de demonstrar que a autoria (bem como a não existência de outro qualquer fenómeno ilustrativo da direção comum) foi exclusivamente da dominada e, se o não conseguir demonstrar, cairá sobre si a responsabilidade pela atuação da sociedade pertencente ao grupo, perante os credores sociais.

Esta ideia, que avançamos, justifica-se, em primeira linha, por caberem à sociedade dominante os privilégios de ter constituído o grupo, e numa outra visão, tal exigência levar a um especial zelo nas demonstrações contabilísticas e na necessidade de existir, no grupo, documentação de todas as operações realizáveis em si próprio, com vista a facilitar a produção de prova. Reconhecemos, porém, que, em determinadas situações é difícil saber quem foi o verdadeiro mentor da ação.

Por outras palavras, no grupo societário poderá ocorrer que determinada ação, embora seja exercida (exteriormente) pela sociedade-filha, é alvo de inúmeros contributos, orientações e finalidades – por quem detém o poder de direção, ou seja, a “mãe” –, o que dificulta a qualificação desta ação, entendendo-se como sendo uma atuação autónoma e independente da sociedade dominada.

Por essa razão, o legislador previu a figura da responsabilidade subsidiária da sociedade dominante para os casos da relação do grupo constituído por contrato de subordinação e por domínio total. E torna-se claro, desde logo, porque se existem incoerências entre as personalidades jurídicas das diferentes sociedades do grupo e a manifestação da direção unitária nele, nesses casos, deverá essa ação ser imputada a

todo o grupo, como forma de dar cumprimento a princípios da transparência no sistema societário, bem como com vista ao aperfeiçoamento da tutela de confiança dos credores que, a título voluntário e de boa-fé, contrataram com alguma das sociedades do grupo convencidos que estariam (ou não) perante uma sociedade que estaria a atuar de forma autónoma (ou não), preservando (ou não) a sua própria personalidade jurídica e possuindo (ou não) património suficiente para solver os seus compromissos. E, se assim é, então a autoria da filha é uma autoria imediata, sendo mediato todo o trabalho de preparação levado a cabo pela “mãe”, caracterizador do grupo de facto, numa situação de domínio. A este respeito, ensina Diogo Pereira Duarte que, estamos perante um: “Grupo centralizado, extremamente hierarquizado que apresenta à disposição de uma sociedade, com poderes para definir uma atuação concertada, uma rede de sociedades dependentes dispostas (adstritas) a agir como meros departamentos ou secções da sociedade dominante”,³³ de forma continuada, levando a considerar este Grupo como um Grupo qualificado³⁴, porque é da “mãe” que vêm as diretrizes e é através dela que é exercida a direção económica unitária, que leva as “filhas” a adotarem determinados comportamentos.

E materializa-se, por exemplo, nas assembleias gerais das dominadas quando, por exemplo, a dominante surge representada através dos seus administradores, enquanto titulares das participações sociais da dominada³⁵, exercendo, assim, a influência dominante no seio da sociedade-filha. Outro exemplo prático de domínio será a possibilidade de designação e destituição (nos termos dos artigos 252.º número 2, do artigo.º 257.º e do artigo 403.º, número 1 do C.S.C.) dos administradores da sociedade-filha levada a cabo pelos administradores da sociedade-mãe. Para além destes, outros poderiam ser evidenciados, tais como a participação no capital social, a partilha de sede entre as diferentes sociedades do grupo, ou a mobilidade interna de trabalhadores do grupo, ou a celebração dos contratos de trabalho com uma sociedade, exercendo a sua atividade numa outra sociedade do grupo, e sendo a primeira a efetuar os pagamentos dos vencimentos.

³³ “Aspetos do levantamento da personalidade coletiva nas sociedades em relação de domínio”, 2004, FDL, p -245.

³⁴ Cf. Diogo Pereira Duarte, “Aspetos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio”, pp- 245.

³⁵ Cf. Engrácia Antunes, *Os Poderes nos Grupos de Sociedades: O Papel dos Acionistas e dos Administradores na Direção da Empresa e do Grupo*, in “Os Problemas do Direito das Sociedades”, Coimbra, 2003, pp – 158.

4.5 RESPONSABILIDADE LIMITADA OU ILIMITADA?

Nos grupos podem ocorrer (e, na prática, acontecem frequentemente) fenómenos opostos àqueles que prossupõem a responsabilidade limitada. Estamos a pensar na subcapitalização e na confusão de esferas, enquanto fenómenos que em nada respeitam o princípio da responsabilidade limitada, trazendo ao grupo de sociedades riscos sociais, principalmente, sob o ponto de vista do interesse dos credores sociais.

Se para alguns tipos de grupo societário (contrato de subordinação e domínio total), o legislador consagrou mecanismos que permitem a subalternização dos interesses da sociedade dominada perante o interesse do grupo, por domínio da “mãe” (artigo 502.º do C.S.C.), para os grupos de facto constituídos por relação de simples domínio, o legislador não consagrou qualquer tipo de regime semelhante. Talvez se perceba, então, por que razão não concedeu nenhum regime especial de proteção de credores. Com certeza considerou que, apesar de poder ser constituído o grupo de facto, cada sociedade preservaria a sua personalidade jurídica própria e atuaria no comércio autonomamente, sendo que os seus administradores agiriam sempre atendendo aos interesses da sua sociedade, e não os interesses das restantes sociedades do grupo, cumprindo os deveres gerais a que estão adstritos pelo artigo 64.º do C.S.C., devendo preservar o seu próprio património. Assim, para este tipo de grupo societário não se vislumbraria, em momento algum, a possibilidade de desconsideração de cada sociedade face a um “qualquer interesse do grupo”. Por isso não existe para este tipo de grupo societário previsão normativa semelhante à do artigo 501.º do C.S.C.

Contudo, por vezes, a realidade não é como perspetivamos.

Se uma sociedade não se encontrar capitalizada segundo princípios de racionalidade contabilística, pode ocorrer que não consiga alcançar rácios de solvabilidade para cumprir com os compromissos que acorda com terceiros. A acontecer, por determinação da política de direção do grupo, tratar-se-á de uma efetiva manifestação do abuso da personalidade coletiva, abrindo novamente as portas para uma responsabilidade de todo o grupo perante os credores sociais. Assim é, pois, a subcapitalização põe em causa a separação – e a conseqüente autonomia – das personalidades de cada sociedade do grupo e a correspondente responsabilidade limitada de cada entidade do grupo, embora haja quem entenda que, depende da tutela de aparência a autonomia das diferentes sociedades do grupo e que, em função dessa,

deva, ou não, ser o património total do grupo a responder perante todos os credores sociais³⁶ das diferentes sociedades do grupo.

Salvo melhor entendimento, julgamos que existindo um grupo de facto assente na relação de domínio, e verificados todos os pressupostos que o determinam, estamos perante uma direção unitária. Como tal, e sabendo que perante situações de confusão de esferas jurídicas das diferentes sociedades, deve – independentemente da qualificação que dermos aos diferentes tipos de credores das sociedades do grupo – ser consolidado o património do grupo.

Mas na falta de regime próprio para atos não individualizáveis aplica-se por analogia o regime do Artigo 501.º do C.S.C.?

Salvo melhor opinião, entendemos que não, sob pena de todo este trabalho do levantamento da personalidade coletiva do grupo, desmoronar.

Perante esta lacuna e perante o cenário legislativo existente, propomos o caminho do levantamento da personalidade coletiva quando se comprove a desconsideração da sociedade dominada pela política que lhe é imposta pela sociedade dominada, pois, só assim é conferida a tutela dos credores sociais da sociedade dominada, em virtude da prossecução de uma política contrária ao interesse da sociedade dominada.

Para finalizar, se for demonstrada a atuação dolosa dos administradores ou dos acionistas, em determinado ato individualizável, devem estes ser chamados a responder civilmente, perante os credores sociais, nos termos dos artigos 72.º e 78.º do C.S.C. Cumpre fazer, contudo, uma ressalva, pois, em matéria de responsabilidade dos acionistas é necessário demonstrar, com clareza, que estes foram parte da “manobra” que levou as dominadas e a dominante a assumirem riscos, face aos quais saberiam que dificilmente iriam conseguir resultados positivos³⁷.

Não poderemos avançar sem propormos, neste sentido, a seguinte alteração legislativa, com vista a aproximar o grupo de facto do grupo constituído por domínio total e por contrato de subordinação:

³⁶ Diogo Pereira Duarte faz mesmo a distinção entre aquilo que considera serem os credores voluntários (os que conhecem a situação da sociedade, e que por essa razão, sabem com o risco que podem contar no momento da constituição do crédito) e os credores involuntários (os restantes), para efeitos de relativizar a necessidade do levantamento da personalidade coletiva do grupo, para tutelar a posição dos diferentes credores. Para melhor compreensão, ver a obra do autor, *“Aspetos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio”*, 2004, FDL, pp – 272 a 275.

³⁷ Ficamos por aqui uma vez que não é este o âmbito do nosso estudo.

«Artigo 488.º-A (Responsabilidade para com os credores da sociedade dominada, num grupo de facto, em relação de simples domínio)

1. *A sociedade dominante responderá perante os credores da sociedade dominada se existir direção unitária e se se verificar a desconsideração da sociedade dominada. O mesmo se aplica se a dominada, ou qualquer credor, demonstrar a confusão de património existente entre a sociedade dominante e a dominada.*
2. *Nesta relação de grupo presume-se a existência da direção unitária exercida pela sociedade dominante, até prova em contrário, levada a cabo por qualquer sociedade do grupo.*
3. *O ónus da prova para afastar essa presunção caberá à sociedade dominante.*
4. *No caso de se verificar o disposto no número 1 sem ser afastada, nos termos do n.º 3, a presunção estabelecida nos termos do número 2 do presente artigo, será levantada a personalidade coletiva, respondendo perante os credores sociais todo o património do grupo, se for caso disso. »*

CAPÍTULO II – INSOLVÊNCIA NO GRUPO

5. INSOLVÊNCIA NO GRUPO.

5.1 PRESSUPOSTOS DA INSOLVÊNCIA.

Como é enunciado pela letra do número 1 do artigo 1.º do C.I.R.E.³⁸, o processo de insolvência “*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 se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e repartição do produto obtido pelos credores*”.

³⁸ Código de Insolvência e Recuperação de Empresas.

Ao nosso estudo, em particular, importa destacar o ato de liquidar o património do devedor insolvente³⁹, com vista à repartição do produto da venda pelos credores sociais.

A pessoa coletiva encontrar-se-á numa situação de insolvência quando se verifique qualquer uma das situações plasmadas no artigo 3.º do C.I.R.E., e o processo de insolvência poderá ser desencadeado, nos termos dos artigos 18.º a 20.º do C.I.R.E., por qualquer credor, pelo Ministério Público, pelo próprio devedor ou responsável legal pelas suas dívidas⁴⁰.

5.2 OS EFEITOS DA SITUAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NA RELAÇÃO DO GRUPO SOCIETÁRIO

Cumpra agora evidenciar alguns efeitos que provocam a situação de insolvência no grupo societário, concretamente, face à posição da sociedade-mãe e da sociedade-filha, no que diz respeito ao ativo e ao passivo patrimonial.

Quando uma das sociedades (excluindo a sociedade-mãe) do grupo seja declarada insolvente importa perceber o que ocorre, à partida, relativamente ao ativo e ao passivo patrimonial e que ação terá de desenvolver a sociedade-mãe perante a insolvência de uma qualquer sociedade-filha.

Quanto ao ativo patrimonial – ou seja, o ativo em sentido lato – a questão não levanta dúvidas de grande complexidade, pois, se existe uma relação de grupo, constituída por uma relação de domínio, é à sociedade-mãe (dominante) que se destinam os ativos que restam à sociedade declarada insolvente, uma vez que é detentora da totalidade ou quase totalidade do capital social da sociedade-filha. Não será assim nas relações de grupo constituídas por contrato de subordinação, uma vez que, neste grupo a sociedade-filha apenas subordina a sua gestão à gestão da sociedade diretora – e não a sua titularidade.

No que concerne ao passivo patrimonial, a situação varia consoante estejamos perante um grupo societário constituído por contrato de subordinação ou por relação de domínio pelas mesmas razões que evidenciámos para o ativo patrimonial e, para além

³⁹ Assumimos *devedor insolvente* a pessoa coletiva, nos termos da alínea a) do número 1 do artigo 2.º do C.I.R.E.

⁴⁰ Cf. Maria do Rosário Epifânio, in *“Manual de Direito da Insolvência”*, Almedina, 4.ª edição, 2012, p-30.

disso, extingue-se o contrato de subordinação, uma vez que, é dissolvida a sociedade-filha⁴¹.

Se, ao invés, for a sociedade-mãe declarada insolvente e se estivermos perante uma relação de grupo constituída por contrato de subordinação, o contrato cessa os seus efeitos e o grupo extingue-se porque a sociedade-mãe é dissolvida. Para além deste efeito, a declaração de insolvência da sociedade-mãe determina a impossibilidade do dever de garante a que está, à partida, a sociedade-mãe incumbida perante as sociedades-filhas e os credores sociais.

5.3 A PROBLEMÁTICA DA APENSAÇÃO DE PROCESSOS.

5.3.1 ENUNCIÇÃO LEGAL.

O anterior regime do C.P.E.R.E.F.⁴² previa, no que aos grupos de sociedades concerne, a coligação das sociedades solventes quando uma outra se encontrasse em processo de insolvência⁴³ podendo, assim, o património destas responder perante os credores sociais da sociedade insolvente quando esta já não tivesse capacidade para cumprir perante os credores sociais.

Tal solução foi abandonada pelo C.I.R.E., que no ponto 20 do seu preâmbulo, nega a possibilidade das “*falências derivadas*” ou “*por arrastamento*”.

Mediante a leitura do artigo.º 86.º do C.I.R.E., facilmente se percebe que foi intenção do legislador, em matéria de sociedades em relação de grupo, permitir a apensação de processos – chamando à ação outras sociedades do grupo, insolventes – quando seja declarada insolvente uma sociedade do grupo⁴⁴.

Em sentido contrário ao que o preceito enunciado agora dispõe era permitida, à luz do número 3 do artigo 1.º do C.P.E.R.E.F., com a redação do Decreto-Lei número

⁴¹ Conforme o artigo 141.º, número 1, alínea e), conjugado com o regime dos artigos 506.º, número 3, alínea a) e 492.º, número 5, todos do C.S.C.

⁴² Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência.

⁴³ Número 1 do Artigo 3.º do C.P.E.R.E.F., com a redação dada pelo Decreto-Lei número 315/98, de 20 de Outubro.

⁴⁴ Assim, João Labareda e Luís A. Carvalho Fernandes, in “*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*”, *Quid Juris*, pp- 356-357.

315/98 de 20 de Outubro, a coligação ativa de sociedades em relação de domínio ou de grupo ou com balanços e contas consolidadas⁴⁵.

Em breves palavras, poderão ser apensados ao processo de insolvência – mediante requerimento do administrador da insolvência – os processos em que tenha sido declarada a insolvência de pessoas que legalmente respondem pelas suas dívidas, como é o caso das sociedades em relação de grupo. No caso de uma determinada sociedade do grupo ser declarada insolvente poderão, à primeira vista e à luz do número 2 deste preceito legal, ser apensados os processos em que tenha sido declarada a insolvência de sociedades que esta sociedade domine ou que com ela se encontre em relação de grupo.

O legislador, com esta previsão, parece ter querido conferir maior proteção aos credores, por um lado, e, por outro, dotar o processo de insolvência de maior celeridade.

Fica claro que podem ser apensados processos que se encontrem a correr em tribunais com diferente competência material. Se estes tribunais forem tribunais de competência genérica (comuns) ou de competência especializada (de comércio), é claro, pela leitura do número 3 deste preceito, que a apensação deverá ser requerida no processo de competência especializada, devendo o outro processo ser apenso a este.

5.3.2 – APENSAÇÃO DE PROCESSOS. A PROBLEMÁTICA DA UNIFICAÇÃO SUBSTANCIAL

Da leitura conjugada dos números 1 e 2 do artigo 86.º do C.I.R.E. resulta que poderá haver apensação de processos quando tenha sido declarada a insolvência de uma determinada sociedade comercial relativamente aos processos em que tenha sido declarada a insolvência de sociedades em relação de grupo constituído por contrato de subordinação ou por domínio, que a sociedade “mãe” domine. Cumpre saber, ademais, se esta apensação de processos poderá traduzir-se numa “*unificação substancial*”⁴⁶.

Em nosso entendimento, o número 2 do artigo 86.º do C.I.R.E. não deve ser lido do ponto de vista estritamente literal. Com efeito, se for declarada insolvente uma

⁴⁵ Assim, Luís M. Martins, in “Processo de Insolvência”, Anotado e Comentado, Almedina, 2009, p – 231.

⁴⁶ Cf. Ana Perestrelo de Oliveira “A insolvência nos Grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo”, Direito das Sociedades em Revista, ano 1 (2009), número 4, p- 1013.

sociedade do grupo e posteriormente vier a ser também declarada insolvente uma outra sociedade do grupo, afigura-se fazer sentido promover a consolidação dos dois processos e dos patrimónios das sociedades envolvidas – como forma de garantir maior satisfação dos credores de ambas as sociedades – quando for de tal forma visível o peso da direção unitária da sociedade-mãe sobre a sociedade-filha e a relação de proximidade existente entre ambas, que conduzirão o agente económico a considerá-las como um património comum, em detrimento da liquidação individual que resultaria da interpretação literal do n.º 2 do artigo 86.º C.S.C.

Para que se possa efetivar a consolidação substantiva é necessário que se verifiquem duas premissas: em primeiro lugar, deve existir uma norma habilitadora – estamos a pensar no artigo 501.º do C.S.C. ou no número 3 do artigo 84.º do C.S.C –, e verificada a existência desta primeira premissa, caberá perceber se estão reunidos os pressupostos para o levantamento da personalidade coletiva.

Este último ponto reporta-nos um conjunto de dúvidas e de entraves. Desde logo, porque o sistema legal português está pensado sob a égide “uma pessoa, uma personalidade jurídica”. Logo, sem mais, não é possível proceder ao levantamento da personalidade no grupo nem a existência de um grupo societário pressupõe a possibilidade do grupo responder como se fosse apenas uma entidade jurídica, com um único património, perante os diferentes credores sociais das diversas sociedades do grupo.

João Labareda e Luís A. Carvalho Fernandes encontram nestas palavras, fundamento para obstem ao levantamento da personalidade coletiva no grupo.⁴⁷

Já outros, reconhecem que, sem mais, não é possível nem necessário proceder-se à liquidação conjunta das sociedades do grupo. Para que o inverso se verifique é necessário que o ordenamento jurídico (através da norma expressa ou através dos princípios gerais do direito) conceda uma janela de abertura para a consolidação material. Desde logo, esta deverá ser permitida por uma previsão legal habilitadora da consolidação substantiva e, ainda quando a génese do grupo – estamos a pensar na direção unitária – seja utilizada para prejudicar terceiros. Consideramos que esta possa ser uma solução possível, caso não exista outro comando normativo que tutele a posição dos credores.

⁴⁷ De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de Grupo) “, Direito das Sociedades em Revista, ano 4 (Março de 2012), volume VII, p – 164, 165 e 173.

Consideramos que o ponto de partida deve ser o segundo entendimento, mas não ficamos por aqui.

Entendemos que, no âmbito do processo de insolvência no grupo societário, quando se verifique uma relação de domínio que se materializa por diversos fatores – tais como: a existência de contas consolidadas do grupo; utilização de uma única conta bancária para todas as sociedades do grupo; partilha de bens entre as empresas do grupo; dificuldade em distinguir quais são os ativos e os passivos de cada empresa do grupo, bem como as diferentes contabilidades, entre outros – fará todo o sentido deixar a apensação processual e dar lugar à apensação substancial, levantando-se a personalidade jurídica das empresas intervenientes nestas relações societárias para, em conjunto, responderem perante os credores sociais.

E isto será assim, desde logo, porque – se entendermos ser este regime aplicável a qualquer relação de grupo constituído por domínio – o nosso ordenamento jurídico, no Artigo 501.º C.S.C., refere que cabe à sociedade-mãe responder perante a totalidade das dívidas das sociedades-filhas. O legislador foi claro, visando a proteção dos credores sociais⁴⁸.

Por isso, entendemos que, verificada a existência da norma legal habilitadora, (Artigo 501.º C.S.C.) se ocorrer a insolvência simultânea de uma sociedade-filha e da sociedade-mãe, e tiver havido qualquer um dos fenómenos de partilha que evidenciámos (pressupostos do levantamento da personalidade), fará todo o sentido dar lugar à apensação material (no sentido de ser possível a liquidação conjunta das sociedades, sustentada pelo número 2 do Artigo 86.º do C.I.R.E.), que assenta, em termos formais, na consolidação processual, que se materializa na consolidação substancial, por considerarmos que será o melhor caminho para garantir a tutela dos credores sociais.

Do ponto de vista do direito a constituir, poderá o legislador, num futuro próximo e para evitar as divergências no entendimento do número 2 do Artigo 86.º do C.I.R.E., legislar no sentido de dar proveniência ao nosso entendimento. Neste sentido propomos inserir um número 3 e um número 4 ao Artigo 86.º do C.I.R.E.:

⁴⁸ Assim, Ana Perestrelo de Oliveira “*O legislador reconhece, nesta norma que, sendo uma sociedade integralmente controlada por outra, desaparecem os valores que implicam a total separação de patrimónios. Embora não se atinja a personalidade jurídica autónoma das duas sociedades, procede-se ao levantamento da personalidade coletiva para o limitado, mas importante, aspeto da responsabilidade por dívidas*”, “A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo”, Revista de Direito das Sociedades, Ano 1 (2009), número 4, p-1008.

Artigo 86.º

«

1...

2...

3. *No caso específico da insolvência simultânea da sociedade dominante e da sociedade dominada, numa situação de grupo societário, em que não seja possível distinguir os ativos e os passivos das diferentes sociedades, bem como as respetivas contabilidades, serão apensadas materialmente ambos os processos se assim o requerer qualquer credor social.*

4. *No caso de sociedades em relação de domínio, se for declarada insolvente a sociedade dominada, deverá recair sobre a sociedade dominante que exerce o poder de direção, ainda que se encontre solvente, o dever de responder ilimitadamente pelas obrigações contraídas pela dominada desde a data do início daquela relação de dependência, se tiver havido direção unitária comum, bem como a confusão de patrimónios entre as sociedades, devendo a dominante ser chamada ao processo, se essa for a vontade do administrador da insolvência ou de qualquer credor.*

5... (anterior número 3)

»

Fica assim aberta a possibilidade de, por via do número 2 do Artigo 86.º do C.I.R.E., no caso em que é declarada insolvente a sociedade-mãe sendo, posteriormente, declarada insolvente a sociedade-filha, proceder-se à apensação processual para ambas as sociedades e – verificadas as particularidades que fizemos referência – proceder-se de igual forma à apensação substancial, formando uma massa comum, tendo em vista a melhor proteção dos credores. O mesmo sucederá se for declarada insolvente em primeiro lugar a sociedade-filha e só em momento posterior a sociedade-mãe⁴⁹. Quer esta última hipótese, quer a primeira estão pensadas para situações em que se verifica o controlo económico, através do exercício da direção unitária bem como para as situações em que se verifica o abuso (ou confusão) de personalidade jurídica coletiva das diferentes sociedades do grupo⁵⁰.

⁴⁹ Assim, também Ana Perestrelo de Oliveira, “A insolvência nos grupos de sociedades”, Revista de Direito das Sociedades, Ano I (2009), nº 4, pág. 1012.

⁵⁰ Em sentido contrário, Ana Perestrelo de Oliveira, “A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo”, RDS, ano I (2009), número 4, p-1012, considera que o número 2 do Artigo 86.º do C.I.R.E. apenas admite a apensação, no que concerne à relação de domínio total no Grupo, para a situação em que é a declarada insolvente em primeiro lugar a sociedade-mãe, sendo posteriormente declarada insolvente a sociedade-filha, e para a situação em que ocorre primeiramente a declaração de insolvência para a sociedade-mãe e só em momento posterior ocorre a declaração de insolvência da sociedade-filha,

Expressamos igual entendimento no caso de ser declarada insolvente a sociedade-filha e a sociedade-mãe continuar solvente, nos termos do n.º 4, que propomos ao artigo 486.º do C.I.R.E.

5.3.3 – REQUERIMENTO DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA.

É, em princípio, à sociedade que se encontra insolvente ou numa situação de insolvência eminente que cumpre requerer ao Tribunal a declaração de insolvência⁵¹. Trata-se de um dever que deve ser executado pelo órgão de gestão da sociedade em questão.

Nas sociedades em relação de domínio ou constituídas por contrato de subordinação este será, em nosso entendimento, um dever do órgão de gestão da sociedade subordinada, que poderá ser alvo de instrução no sentido de a promover, por parte do órgão da sociedade dominante ou diretora. Se a instrução for dada no sentido da não promoção da declaração de insolvência, deve a mesma ser considerada ilícita, recaindo, por isso, o dever da sociedade-filha em não “acatar” tal instrução e, ao invés, deve proceder ao requerimento de declaração de insolvência sob pena de ver repercutir-se sobre si a responsabilidade inerente pela correspondente inércia manifestada.

Contudo, se o órgão de gestão da sociedade dominada nada fizer, não fica eximida da responsabilidade inerente, porquanto, é da sua mais elementar competência requerer a declaração de insolvência quando se verificarem os seus pressupostos, uma vez que, este órgão é quem melhor conhece e executa a gestão diária da empresa, tendo acesso a toda a informação e demais contabilidade da empresa.⁵²

Mas isto não quer dizer que está vedado ao órgão de gestão da sociedade-mãe a faculdade de, *per si*, requerer a declaração de insolvência da sociedade-filha, em virtude da posição social que ocupa no seio da desta sociedade, antes pelo contrário. No entendimento por nós perfilhado, tratar-se-á de uma faculdade – e não um dever – uma vez que, por opção ou por negligência poderá a “mãe” não deter, no que às sociedades-

só para o caso de existir o abuso de personalidade jurídica no grupo. Já para o caso do domínio exercido apenas no plano económico, considera a autora que este preceito apenas encontra aplicação quando se verifica em primeiro lugar a declaração de insolvência da sociedade-mãe e em momento posterior a declaração de insolvência da sociedade-filha. Para a situação inversa, entende a autora que terá que ser encontrada outra via.

⁵¹ Cf. Artigo 18.º, número 1 do C.I.R.E.

⁵² Assim, também João Labareda e Luís A. Carvalho Fernandes, ob cit..p- 144.

filha concerne, a informação necessária para perceber a situação de insolvência ou de insolvência eminente destas. Como tal, não cairá, em primeira análise, sobre a “mãe” o dever de requerer a declaração da insolvência das “filhas”, embora responda perante os credores destas, caso os seus patrimónios sejam insuficientes para satisfazer os créditos de terceiros – mormente, os credores sociais –, de igual forma, tenha ou não a “filha” cumprido o dever de requerer a declaração da insolvência.

As consequências pelo não requerimento deverão recair apenas sobre a sociedade “filha”.⁵³

5.3.4 – REQUERIMENTO DA APENSAÇÃO DE PROCESSOS.

Resolvido o problema de saber a quem compete o dever de requerer a declaração de insolvência no grupo, cumpre agora esclarecer a quem competirá esse dever, em matéria de apensação de processos.

Se nos limitarmos a fazer uma leitura do preceito (artigo 86.º, n.º 1 do C.I.R.E.), a primeira ideia que nos salta à vista é de que o legislador apenas conferiu ao administrador da insolvência a faculdade de requerer a apensação de processos de insolvência.

Luís A. Carvalho Fernandes e João Labareda manifestaram-se neste sentido⁵⁴, perante o corpo normativo do preceito em análise.

Os autores consideram que, para além do administrador da insolvência, mais ninguém tem legitimidade para promover a apensação dos processos de insolvência. E retiram esta conclusão pelo teor da norma que, em seu entender, reflete a intenção do legislador em apenas atribuir essa faculdade ao administrador da insolvência.

⁵³ Com semelhante entendimento, João Labareda e Luís A. Carvalho Fernandes, “De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)”, *Direito das Sociedades em Revista*, Março de 2012, ano 4, vol. VII, p- 145, referem que há razões para rejeitar a existência do dever da “mãe” requerer a declaração de insolvência da “filha” *“uma primeira prende-se com o próprio teor literal do artigo 19.º do C.I.R.E. Não há nele nenhum indicador nem vestígio que (...) aponte no sentido de conferir os titulares dos órgãos sociais da sociedade dominante qualquer atribuição relacionada com o cumprimento do dever de apresentação de sociedades dominadas, (...) o dever de apresentação onera diretamente os administradores da sociedade dominada insolvente (...). Por isso, uma instrução da dominante nada traria de novo, nada acrescentaria, nem modificaria, limitando-se a ordenar fazer aquilo a que, por imperativo legal, a administração da dominado já está obrigada.”*

⁵⁴ Com efeito, os Autores, “De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)”, *Direito das Sociedades em Revista*, Março de 2012, ano 4, vol. VII, pp – 156 e seguintes.

Contudo, não podemos concordar.

Com efeito, parece-nos que a interpretação literal do preceito parece comprometer os credores sociais quando se verifique a inércia do administrador.

Passamos a explicar.

O legislador entende que o administrador da insolvência, no exercício das suas funções, atuará sempre de acordo com as melhores práticas, sendo imparcial. No entanto, a prática diz-nos que nem sempre é assim.

E se, de facto, a razão estiver do nosso lado – ou seja, se estiverem reunidas as condições para que o administrador da insolvência deva requerer a apensação e este não o faça, ainda que seja solicitada pelos credores (para nós, é irrelevante a percentagem do crédito que cada credor detém sobre a massa insolvente, podendo qualquer um manifestar a sua posição), e a apensação seja indispensável para que os credores possam ver satisfeitos os seus créditos, nomeadamente, a apensação substancial – quem tutela a sua posição?

Em nosso entendimento, deve existir uma intervenção do juiz sempre que se verifiquem os pressupostos para a apensação (processual ou substancial) e o administrador a não requeira e seja essa a pretensão dos credores sociais, por iniciativa do próprio juiz ou por requerimento dos interessados, por duas razões essenciais: a primeira, no caso de a recuperação das empresas não seja possível ou solicitada, o C.I.R.E. tem em vista a liquidação do património do devedor com vista à satisfação dos créditos dos credores sociais; de outra ótica, apesar da independência que deve existir na atuação do administrador da insolvência, ele é um intermediário que visa “resolver” o processo, ou seja, recuperar a empresa insolvente – caso a mesma seja recuperável – e levar avante a pretensão dos credores. Se os credores pretendem a apensação de processos e os pressupostos da mesma se encontrarem verificados, deverá recair sobre o administrador da insolvência o dever de a requerer e, se assim não for, deve o juiz, como último garante da legalidade, ordenar a apensação.

Por último, consideramos que o requerimento da apensação processual ou substancial tanto pode resultar de processo em que se encontra a sociedade-mãe como de ação judicial que recaia sobre a sociedade-filha⁵⁵.

⁵⁵ Em sentido contrário, João Labareda e Luís A. Carvalho Fernandes, ob. cit.pp-160-161. Estes autores consideram que a apensação apenas pode ser requerida no processo considerado principal (onde se encontra a sociedade dominante).

Neste sentido, avançaremos com uma proposta de alteração legislativa, que resultará no seguinte contributo:

«Artigo 86.º (Apensação de Processos de Insolvência)

1. *A requerimento do administrador da insolvência ou de qualquer credor, serão apensados aos autos os processos em que haja sido declarada a insolvência de sociedades comerciais que legalmente respondam pelas dívidas do insolvente ou, tratando-se de pessoa singular casada, do seu cônjuge, se o regime de bens não for o da separação.*
2. ...
3. ... *(nossa proposta de alteração)*
4. ... *(nossa proposta de alteração)*
5. ... *(anterior número 3)* »

5.3.5 – OS ÓRGÃOS DA INSOLVÊNCIA

Quanto aos órgãos da insolvência (administrador da insolvência, assembleia de credores e comissão de credores – se existir), cumpre escrutinar o que lhes sucede quando é deferida a apensação de processos.

Se a apensação requerida for a apensação processual e esta for deferida, é entendimento da doutrina⁵⁶, que caso os processos corram autonomamente deverão permanecer os diferentes órgãos da insolvência, sem qualquer supressão ou unificação. Se assim não fosse, isto é, se nestes casos se verificasse a unificação de algum destes órgãos, seria com certeza posta em causa – no caso específico do administrador da insolvência – , a independência que deveria existir no desempenho das suas funções, entre os processos de insolvência; no que se refere à situação particular da assembleia de credores, uma presumível unificação retiraria o sentido e a funcionalidade deste órgão, uma vez que, tem por função reunir os credores da insolvência, logo, não faria qualquer sentido unificá-lo, juntando numa só assembleia (de credores), os credores das diferentes sociedades apensadas se depois os processos correm autonomamente.

Por estas razões, seguimos o entendimento da doutrina, nesta matéria.

⁵⁶ João Labareda e Luís A. Carvalho Fernandes, Direito das Sociedades em Revista, Março de 2012, ano 4, vol. VI, Almedina, p- 162, 163 e 170 e 171.

Mas se refletirmos na hipótese de ser requerida a apensação substancial e a mesma for deferida pelo juiz, então a solução terá de ser diferente, pois, como já referimos, ocorrerá uma unificação da massa insolvente das sociedades envolvidas. Assim, quanto ao administrador da insolvência, se o processo passar a ser apenas um, deixa de fazer sentido existirem duas pessoas para exercer a mesma função. Nesta situação, será desejável cessar as funções de um dos dois administradores da insolvência – propomos que seja o administrador da insolvência do processo com menor complexidade ou com menores créditos e credores a cessar funções, porquanto será mais fácil transferir as informações relevantes para o administrador do processo com maior complexidade.

Igual solução será apontada para a assembleia de credores e para a comissão de credores, se esta última existir. Repare-se, se unificamos os diferentes processos de insolvência, então unifica-se, automaticamente, a assembleia de credores, juntando num só órgão todos os credores da – agora – massa insolvente comum, podendo chegar a situações de entendimento alargado quanto a matéria de elaboração de planos de insolvência ou, mesmo, quanto à definição de como irá ser efetivada a liquidação conjunta do património do grupo.

5.3.6. – GRADUAÇÃO DOS CRÉDITOS DA INSOLVÊNCIA NO CASO DE SER DEFERIDA A APENSAÇÃO PROCESSUAL OU SUBSTANTIVA

Admitindo a consolidação substancial e a unificação dos créditos existentes numa única massa da insolvência, cumpre agora tecer algumas considerações de como será feita a respetiva graduação dos créditos que constituem a massa insolvente⁵⁷.

Sendo o processo de insolvência, um processo de execução universal, nos termos do artigo 1.º, o C.I.R.E.⁵⁸ – no caso de uma típica situação de insolvência – o Código gradua os créditos da insolvência pela seguinte ordem taxativa (artigo.º 48.º n.º 4 do C.I.R.E.), garantindo dessa forma o cumprimento do princípio da *par conditio creditorum*:

⁵⁷ Como se sabe, a massa insolvente compreende os mais variados créditos sociais, como os bens móveis, os bens imóveis e todo e qualquer direito apreendido pelo administrador da insolvência, todos tendo por finalidade última a satisfação dos credores através da sua liquidação.

⁵⁸ Vide Artigo 47.º e seguintes do C.I.R.E.

- Em primeiro lugar serão pagos os créditos garantidos, ou seja, aqueles que beneficiam de uma garantia real sobre um determinado bem que integra a massa insolvente);

- Em segundo lugar serão pagos os créditos privilegiados, ou seja, aqueles que beneficiam de privilégios creditórios gerais-mobiliários e imobiliários, que não são considerados garantias reais uma vez que não incidem sobre qualquer bem individualizado da massa insolvente;

- Em terceiro lugar serão pagos os créditos comuns, ou seja, são os créditos que não são qualificados de garantidos, privilegiados nem subordinados;

- E em último lugar, serão pagos os créditos subordinados, ou seja, aqueles que o legislador, nos Artigos 48.º e 177.º do C.I.R.E., qualificou como tais, pertencendo a pessoas especialmente relacionadas com o devedor⁵⁹.

Os créditos da insolvência são naturalmente graduados nestes trâmites e é esta a ordem pela qual são satisfeitos.

Na hipótese da apensação substancial de processos de insolvência tal configuração não deverá ser diferente.

Ora bem, assumindo que se verificou o deferimento da apensação substancial dos processos de insolvência (continuamos a pensar nas hipóteses em que se verifica uma relação de domínio – ou seja, um grupo de facto –, em que é exercido o controlo da organização e do funcionamento da sociedade dominada pela sociedade dominante) pelo tribunal, os créditos das sociedades envolvidas – a “mãe” e a “filha” – transferem-se para uma massa comum. Como se graduam?

A questão parece-nos, relativamente, simples. Pegando na graduação de créditos que o C.I.R.E. disciplina, como acabámos de enunciar, fazemos a seguinte leitura:

- Os créditos garantidos não sofrerão qualquer alteração, uma vez que, incidem sobre um determinado bem da massa. Logo, havendo duas massas insolventes ou apenas uma, a satisfação destes créditos não será afetada, desde logo, porque esse crédito garantido incide sobre um determinado bem, que poderá estar na massa da empresa A ou B. A junção de créditos para este tipo de credores é irrelevante, pois, estes acompanham o bem onde quer que ele esteja, pelo que não serão minimamente afetados.

⁵⁹Cumprir fazer uma breve nota para dizer que, ainda antes destes quatro tipos de créditos serem satisfeitos, serão pagas, em primeiro lugar, as dívidas da massa, nos termos da leitura conjugada dos Artigos 51.º e 172.º do C.I.R.E.

- Quanto aos créditos privilegiados, se os titulares destes concorriam entre si anteriormente, em cada empresa, autonomamente, passam todos a concorrer entre si perante a massa – que se torna de todos⁶⁰.

- Quanto aos créditos comuns, continuarão a ser satisfeitos após terem sido satisfeitos os que forem garantidos e privilegiados, unificando-se numa só massa, concorrendo os credores comuns em igual medida perante todo este “bolo” comum.

- Por último, quanto aos créditos subordinados, continuarão a ser satisfeitos em último lugar, ou seja, só após terem sido satisfeitos todos os restantes créditos (garantidos, privilegiados e comuns). Se, porém, qualquer destas sociedades for credora da outra, neste mútuo processo de insolvência no qual foi deferida a apensação substancial, consideramos que qualquer uma das sociedades alvo da apensação é considerada titular de um crédito subordinado, porquanto, será considerada uma credora especialmente relacionada com o devedor, seja porque exerceu a influência dominante no seio da dominada, seja porque é a sociedade dominada que, embora seja alvo da influência da “mãe”, tem uma relação especial com esta⁶¹.

5.4 – A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA

No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18 de Janeiro de 2011, processo número 255/10.2T2AVR-E.C1, (relator Fonte Ramos), em que é considerado

⁶⁰ Ana Perestrelo de Oliveira utiliza um exemplo, para dissipar alguma dúvida que possa ocorrer nesta sede. A autora admite que este tipo de credores possa ser afetado, negativamente e positivamente: “*Os trabalhadores de uma sociedade do grupo com privilégio mobiliário geral (nos termos do Artigo 333.º do Código do Trabalho), passarão a concorrer, como credores privilegiados com os trabalhadores das outras sociedades do Grupo.*”, “*A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo*, Revista de Direito das Sociedades, Ano 1 (2009), número 4, p -1014. A autora quer dizer que os trabalhadores da sociedade com menor património serão afetados positivamente, uma vez que vêm reforçada a possibilidade de verem satisfeitos os seus créditos. No sentido inverso, encontram-se os trabalhadores da sociedade com maior património. No entanto, em nosso entendimento, continua a ser garantido o princípio do *par conditio creditorum* uma vez que este grupo de facto, que traz subjacente um domínio exercido pela “mãe” sobre a filha (ou sobre as “filhas”), terá de aceitar esta ingerência, para garantir maior equidade entre a facilidade de influência que aplica na direção da sociedade dominada e os riscos que resultam dessa atuação, que recairão sobre si, tutelando a parte considerada mais fraca – a sociedade dominada.

⁶¹ Em igual entendimento, Diogo Pereira Duarte, “*Aspetos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio*”, 2004, p-152 (relativamente aos créditos subordinados): “*Em caso de falência, a sociedade-mãe, na generalidade dos casos, aparece a par dos demais credores a reclamar os seus créditos*”. Como é considerada uma pessoa especialmente relacionada com o devedor, vê os seus créditos serem satisfeitos em último lugar.

insolvente um grupo societário, vem ao processo uma sociedade credora da sociedade dominante (não pertencente ao grupo) requerer a apensação de processos nos termos do número 2 do artigo 86.º do C.I.R.E.

O caso em análise trata de um verdadeiro grupo societário constituído por domínio total – o que manda aplicar o regime do artigo 501.º do C.S.C. –, senão vejamos: as várias sociedades têm a mesma sede, sendo o mesmo administrador da insolvência – tendo este inclusive afirmado nos vários relatórios de insolvência que apresentou estarem perante um grupo societário e que se deve à má prestação de uma das sociedades a insolvência das restantes – em todos os processos do grupo, contanto, ainda, com administrações comuns.

Com a declaração de insolvência das sociedades que integram o grupo societário cessa a relação deste, sendo individualizado cada um dos diferentes patrimónios das respetivas sociedades. Contudo, não cessa a responsabilidade da sociedade-mãe para com os credores das sociedades-filhas.

Neste processo, o recorrente (credor da sociedade dominante) vem requerer a apensação dos diferentes processos da insolvência, pois, o administrador da insolvência o não fez. Entende o recorrente que incumbe como administrador um verdadeiro dever de requerer a apensação de processos, quando se verificarem os seus pressupostos, e que se este não o fizer, deve fazê-lo o juiz, por sua iniciativa, ou por requerimento de qualquer interessado (credores). É pretensão do recorrente, não a apensação meramente processual, mas sim a apensação substancial dos diferentes processos judiciais, por entender que só assim se garante o cumprimento do princípio do *par conditio creditorum*⁶².

Contudo, o Tribunal não considerou válido, nem o pretendido, nem os fundamentos invocados pelo recorrente. Com efeito, considera o Tribunal ser da exclusiva competência do administrador da insolvência a faculdade de requerer, ou não, a apensação dos diferentes processos de insolvência não podendo, nem o juiz, nem os credores, requerer a apensação dos processos, confiando nas qualidades, mérito e

⁶² Com efeito, diz o recorrente no referido acórdão que “a apresentação à insolvência, de forma separada, ainda que simultânea, de várias sociedades de um mesmo grupo apenas aproveita aos credores das sociedades dominadas, uma vez que estes vêm os credores da sociedade dominante serem excluídos do concurso ao património da sua devedora, ao passo que continuam a poder concorrer, em pé de igualdade, com os credores da sociedade dominante, ao património desta. Este resultado é contrário às disposições do C.S.C. e do C.I.R.E., colidindo com a boa-fé, aqui materializada no princípio *par conditio creditorum*, segundo o qual o processo de insolvência deve ser norteadado pela igualdade de tratamento entre credores.”

competência do administrador da insolvência a decisão de requerer ou não a apensação de processos⁶³.

Quanto à possibilidade da apensação substancial dos processos requerida pela recorrente, entende o Tribunal não ser possível levar por diante a sua pretensão, em virtude de não existir, no enquadramento legal português, possibilidade de coligação nos grupos societários, e que é característica normal do grupo a “*unidade económica do todo e a pluralidade jurídica das partes*”, pelo que não será uma norma específica, como o artigo 501.º do C.S.C., ou aquilo a que chama “*necessidades do sistema*”, fundamento suficiente para o levantamento da personalidade individual de cada uma das sociedades, para permitir a consolidação patrimonial e a consequente divisão do produto do património pelos credores do grupo.

Cumpre-nos apreciar.

Tem sido propósito do nosso estudo demonstrar que deve o Direito da Insolvência seguir os princípios gerais do direito, por ser um processo altamente inclinado para a dissolução das sociedades insolventes e consequente liquidação do seu património para posterior divisão do produto pelos credores sociais.

Voltamos a sublinhar esta ideia, agora sustentada numa hipótese prática, que o regime do Artigo 86.º do C.I.R.E., nomeadamente quanto a quem compete requerer a apensação da insolvência, pois, já demonstrámos que a inércia do administrador da insolvência retira qualquer hipótese dos credores pugnares pelos seus créditos. Será, então, um reflexo de injustiça e de violação do princípio da *par conditio creditorum*, a não conferência da possibilidade da consolidação substancial quando os seus pressupostos se verificarem. É verdade que cumpre ao direito tutelar a parte mais fraca, – que, reportando ao objeto do nosso estudo, são as sociedades dominadas, bem como os seus credores sociais – no entanto, não nos parece que os credores das sociedades dominantes possam ser tratados de forma diferente. Assim é, pois, no grupo, quem terá vantagens com o mesmo será, à partida, a sociedade dominante, o que não se traduz

⁶³ Com efeito, diz o tribunal no citado acórdão, com sustento nos números 2 e 3 do Artigo 86.º do C.I.R.E., que “*caberá ao administrador judicial aquilatar das vantagens e dos inconvenientes da apensação de processos; porque lhe cabe avaliar o benefício da apensação, não se encontra vinculado ao dever de a requerer – verificada uma situação legitimadora da apensação, verificados os pressupostos de que depende, ela terá ou não lugar conforme seja ou não requerida pelo administrador, cuja decisão traduz um ato discricionário do mesmo; o juízo de mérito sobre os benefícios da apensação ficou confinado, em exclusividade, ao administrador (...) na convicção de que a sua independência será garante suficiente da razoabilidade do que decidir e que as implicações que daí possam decorrer, mormente na sua dimensão económica e nos procedimentos de liquidação, serão adequadamente ponderadas e avaliadas por quem terá a competência técnica, a equidistância e a independência exigidas ao bom desempenho do encargo.*”

necessariamente em que os credores desta tenham para si os frutos dessas mesmas vantagens, desde logo, porque pode a sociedade dominante transferir o património para as “filhas”, como já se deixou evidente neste estudo.

Consideramos, por estas razões, injusto que a lei confira a possibilidade, aos credores da sociedade-filha, de concorrerem ao património dessa sociedade, a título exclusivo, e, ainda, tenham a possibilidade de concorrer ao património da sociedade dominante, quando aos credores da sociedade-mãe está vedado o exercício de igual ação – sem ao menos poderem demonstrar que houve transferência propositada do património da sociedade dominante para as dominadas. É esta a nossa principal crítica a este acórdão.

Um outro acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27 de Julho de 2010, processo número 255/10.2TAVR-B.C1, (relator Carlos Gil), conta um história semelhante, vindo à ação um credor da sociedade dominante – para além de reclamar por uma decisão aprovada em assembleia de credores – requerer ao Tribunal que se digne, em substituição do administrador da insolvência (uma vez que, este entendeu não requerer a apensação de processos), a ordenar a apensação de processos para que as demais sociedades do grupo, as dominadas – entretanto declaradas insolventes –, possam juntar os diversos patrimónios num só e, após liquidá-lo, repartirem o produto do mesmo pelos credores das “filhas” e da “mãe”.

Embora o Tribunal tenha entendido que poderia existir matéria para que o administrador da insolvência tivesse requerido a apensação processual de processos, entendeu também que essa é uma mera faculdade que, apenas, deve obedecer ao melhor juízo deste, e que não está legalmente habilitado, o juiz, para se fazer substituir ao administrador da insolvência. Para além disto, vem ainda dizer que a lei não permite a consolidação substancial dos patrimónios das sociedades do grupo, desde logo, porque a acontecer, na hipótese sub-júdice, a violação do princípio da *par conditio creditorum* verificar-se-ia se os credores da sociedade dominante pudessem concorrer ao lado dos credores das sociedades dominadas ao património destas⁶⁴. Partilhamos as críticas que fizemos em acórdão anterior.

⁶⁴ Afirma o Acórdão, já na parte final, que “os credores de uma SGPS sabem ou têm o dever de saber que a sua devedora apenas e em regra é titular de participações sociais noutras sociedades.”

Outra história curiosa, conta-nos o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7 de Setembro de 2010, processo número 213/10.72AVR-A.C1, (relator Jorge Arcanjo). Neste acórdão, existe uma relação de grupo, tal como a dos acórdãos anteriores e com as mesmas problemáticas, com exceção para uma questão que evidenciamos: a recorrente é credora de uma das sociedades que pertence ao grupo e da sociedade que se tornou insolvente. Como a sociedade credora não veio à ação reclamar o seu crédito nem veio opor de embargos à sentença declaratória de insolvência⁶⁵, considerou a recorrente poder sub-rogar-se, nos termos do regime existente no Código Civil⁶⁶, substituir-se ao credor.

O Tribunal esclareceu que não podia a apelante sub-rogar-se, nos termos do artigo 606.º do Código Civil, para fazer valer o seu direito aos embargos, porquanto, a sub-rogação não é automática, dependendo da verificação de determinados pressupostos e visando a impugnação da sentença declaratória da insolvência – com base em factos novos “*suscetíveis de afastar os fundamentos da declaração da insolvência*”, não parecendo ao Tribunal existir fundamento na pretensão da apelante para exercer tal ação, desde logo porque também as normas da insolvência não lhe conferiam tal direito⁶⁷.

Face a esta problemática e decisão, fica a seguinte pergunta por responder: como se pode tutelar a credora “externa” de uma sociedade que tem créditos por reclamar e que não o faz, de forma a ficar (também ela) numa situação que a levou à insolvência, senão pela figura da sub-rogação, ainda que por analogia, e utilizada a título subsidiário?

Para Diogo Pereira Duarte⁶⁸, pode o credor, numa situação de desconsideração do interesse social da dominada levada a cabo pela sociedade dominante, sub-rogar-se diretamente (nos termos do Artigo 606.º e seguintes do Código Civil) à sociedade dominada e exigir ele próprio à sociedade dominante a compensação devida pelos danos provocados.

⁶⁵ Nos termos da alínea d) do número 1 do Artigo 40.º do C.I.R.E.

⁶⁶ Artigo 606.º do Código Civil.

⁶⁷ Cf. Artigo 40.º, número 1 do C.I.R.E.

⁶⁸ “*Havendo uma política geral de subordinação prejudicial do interesse da sociedade dependente, por causa de um interesse económico exterior à sociedade, prejudicial para a sociedade dependente, em resultado da prossecução de uma direção unitária comum – o que terá de ser demonstrado pelo credor da sociedade dependente – poderá o credor exigir a satisfação do seu crédito, tanto à sociedade dependente como à dominante.*” *Aspetos do levantamento da personalidade coletiva nas sociedades em relação de domínio, 2004, FDL, p-310.*

E faz ainda o autor referência ao entendimento do Professor Engrácia Antunes, que aponta requisitos para tal pretensão poder proceder. Assim, descreve o autor duas situações: a primeira ocorre, caso a sociedade-mãe se encontre solvente, para que o credor possa sub-rogar-se à sociedade-filha, é necessário que esta já tenha requerido judicialmente a compensação, a ser paga pela “mãe” e o tribunal já a tenha condenado a pagar e esta ainda não tenha procedido à liquidação; a segunda, que se verifique uma situação de insolvência⁶⁹.

Julgamos que a razão estará com Diogo Pereira Duarte.

Com efeito, não fará sentido, existindo o regime do Artigo 606.º e seguintes do Código Civil, sujeitar o credor a uma espera que pode ser prolongada podendo, inclusivamente, por falta dessa mesma compensação, perder capacidade para solver ele próprio os seus compromissos, arriscando tornar-se insolvente, com todas as consequências e efeitos que, certamente, lhe advém.

5.5 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O Tribunal Constitucional, no Acórdão 339/2011 de 4 de Outubro de 2011, processo número 822 10, foi chamado a pronunciar-se sobre a seguinte hipótese: perante uma relação de grupo, constituída por domínio total, foi decretada a insolvência, quer da sociedade *holding*, quer das referidas sociedades participadas. A recorrente pugnou, por diversas vias e sem sucesso, pela apensação e liquidação conjunta do património das três sociedades insolventes, em ordem a evitar que o ativo das sociedades dominadas fosse distribuído apenas pelos respetivos credores, deixando os ativos da “sociedade-mãe” a partilhar por estes, reduzido a participações sociais que ficaram sem qualquer valor.

O recurso visa a apreciação da constitucionalidade de algumas normas, entre as quais, o número 2 do Artigo 86.º do C.I.R.E., bem como o Artigo 501.º do C.S.C., uma vez que, entende a recorrente (credora da sociedade dominante) existir violação da constitucionalidade quando se interpretam estas duas normas, nomeadamente no artigo 13.º da C.R.P, no sentido “*de não existir apensação necessária dos processos de insolvência de várias sociedades em relação de grupo por domínio total, mesmo que*

⁶⁹ Diogo Pereira Duarte, Aspetos do Levantamento da Personalidade Coletiva nas Sociedades em Relação de Domínio, p -311.

elas formem uma só empresa, pelo facto de o património do grupo societário não dispor de autonomia patrimonial, não sendo legalmente um património autónomo, e também pelo facto de a alínea a) do número 1 do Artigo 2.º do C.I.R.E. permitir a apresentação à insolvência de quaisquer pessoas coletivas, incluindo qualquer sociedade comercial, mesmo que pertença a um grupo societário”; e também no sentido de Artigos 20.º e 202.º da C.R.P., quando se interpreta o número 2 do artigo 86.º do C.I.R.E. de que — mesmo num caso de processos de insolvência de sociedades em relação de grupo por domínio total — cabe exclusivamente ao administrador da insolvência o poder discricionário de requerer ou não a apensação de processos, estando o Tribunal vinculado a ordenar a apensação quando a mesma for requerida pelo administrador da insolvência, e estando aquele impedido de ordenar a apensação dos processos, quer oficiosamente, quer a requerimento de um sujeito processual interessado.

Sobre o sentido da norma do número 2 do artigo 86.º do C.I.R.E., considera a recorrente que esta deve ser adequadamente interpretada em função da realidade do grupo societário a que se reporta.

Por outras palavras, se um grupo societário se comporta como uma única entidade, nomeadamente, a nível da gestão do património, então, na altura em que as sociedades do grupo são dissolvidas, o mesmo deve continuar a ser considerado como um único património, sendo liquidado no seu todo e distribuído perante os credores sociais das diferentes sociedades que compõem o grupo.

Contudo, não foi este o entendimento que o Tribunal fez deste preceito legal. Diz-nos o acórdão citado que, a apensação de que falamos apenas deverá ser considerada se for levada por diante em termos processuais, não deixando qualquer hipótese para a possibilidade de apensação patrimonial. É este o entendimento do Tribunal.

Faz notar, contudo, o acórdão, que há uma nova corrente – que julgamos ser o princípio da mudança no paradigma societário em matéria de apensação de processos no processo de insolvência, a qual perfilhamos –, nomeadamente, Ana Perestrelo De Oliveira⁷⁰, que acredita na possibilidade de o sistema normativo abrir portas à consolidação dos patrimónios das diferentes sociedades, com vista a uma liquidação

⁷⁰ “A insolvência nos grupos de sociedades: nota sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo”, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I (2009), n.º 4, p- 1000 e seguintes.

conjunta, como melhor forma de tutelar os diferentes credores do Grupo repondo, assim, a justiça na repartição dos riscos de quem contrata com as sociedades do Grupo.

Mas o Tribunal vai fazer cair por terra esta razão. Para o Tribunal, não é possível entendimento diferente daquele que propugna, e destaca o contributo da autora, sem o perfilhar, pois, em seu entendimento, não existe no nosso ordenamento jurídico norma que permita trilhar um outro caminho que não o já definido pelo Tribunal e pela jurisprudência portuguesa.

Já quanto ao interesse comum dos credores, igual entendimento tem o Tribunal, à semelhança do que evidenciou perante a matéria da apensação prevista no número 2 do artigo 86.º do C.I.R.E., porquanto, defende a não existência da “apensação necessária” entre os diversos processos de insolvência das diferentes sociedades do grupo, uma vez que, se a lei determinou que assim fosse, pela política legislativa, não deve caber ao Tribunal apreciação em sentido contrário com base em princípios constitucionais.

Nestes termos, concluiu o Tribunal indeferir o recurso apresentado⁷¹.

⁷¹ Citando o Acórdão: “Improcede, pois, o recurso quanto à norma do número 2 do Artigo 86.º do C.I.R.E. na dimensão em que dela se conhece e da qual resulta que não cabe ao juiz ordenar ao administrador da insolvência que requeira a apensação dos processos de insolvência”.

CONCLUSÃO

Este estudo evidencia uma determinada hipótese em que ordenamento jurídico português consegue proporcionar ao intérprete o contacto com vários ramos do direito, em simultâneo, perante uma determinada situação jurídica.

Ao que ao nosso estudo importa sublinhar, está em causa o fenómeno da responsabilidade nos grupos societários, prevista no Código das Sociedades Comerciais (nos preceitos *supra* referidos) perante terceiros, mormente, credores sociais, quando alguma sociedade do grupo se encontra com dificuldades económicas, inclusive, quando sobre si é declarada a sentença de insolvência, com o regime da apensação de processos prevista e regulada no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas (no preceito *supra* referido).

A verdade é que a ordem jurídica confere permissão para que as pessoas coletivas, tal como as empresas, se agrupem com intuito de alcançar uma atividade (comercial ou não) visando a obtenção de lucro.

Consideramos que se verificou, no que ao Direito da Insolvência respeita, um retrocesso legislativo em Portugal, o qual lamentamos. Concretamente, o C.P.E.R.E.F. permitia a coligação societária em matéria falimentar para sociedades em relação de grupo, tendo sido permitida a apresentação conjunta de pedidos de insolvência de diversas sociedades do grupo, bastando que para isso existissem relações que facilmente as indicassem como membros de um grupo societário. E bem!

Em resposta àqueles que entendem que a junção do património do grupo num todo e a conseqüente divisão do mesmo pelos credores numa situação de insolvência, penalizará os credores de uma sociedade do grupo que se encontrava – ainda que aparentemente, “saudável” em termos financeiros à data da declaração da insolvência da outra sociedade – responderemos que, pelo facto de essa sociedade manifestar indícios de “saúde”, tal manifestação poderá dever-se ao facto de o grupo ter privilegiado essa sociedade em detrimento de outras, por transferência de património (quicá da insolvente) para essa, redução de custos com pessoal, aumento do investimento, entre outros cenários possíveis.

Ainda que assim não seja, os resultados positivos em algumas sociedades do grupo devem aproveitar, ainda que indiretamente, as restantes, por outro lado, devem os

resultados negativos afetar, necessariamente, todas as sociedades do grupo, devendo incidir, conseqüentemente, sobre os credores das mesmas.

Com efeito, até à entrada em vigor do C.I.R.E., o entendimento jurisprudencial seria no sentido de, dissolvida a autonomia económica das sociedades dominadas – materializando-se na gestão de estas serem instrumentalizadas por diretivas fixadas nas suas assembleias gerais pela administração da dominante, através da participação social – e havendo sido declarada insolvente alguma das sociedades do grupo teriam as demais que ser “arrastadas” para a insolvência.

Com o abandono desta previsão normativa do C.P.E.R.E.F. pelo surgimento do C.I.R.E., consideramos, como já referimos, ser um tremendo retrocesso em matéria dos grupos societários e de proteção dos credores dos grupos quando a insolvência “bate à sua porta”.

Contudo, o caminho desenvolvido durante largos anos pela doutrina tem sido importante para colmatar as omissões legislativas nesta matéria.

Após a realização deste estudo, acreditamos que muitos outros contributos terão de ser dados para que, de uma forma geral, a academia tenha a força que se lhe reconhece para que o legislador possa, num futuro próximo, dar novo contributo legislativo às leis já existentes.

Com efeito, este estudo visou compreender as razões que estão subjacentes a esta problemática da responsabilidade da sociedade-mãe para com os credores sociais da sociedade-filha numa situação de insolvência; para tal, cumpriu-nos o desafio de propor uma solução que nos parece ser mais justa e célere do ponto de vista substantivo e processual, tendo como pano de fundo a necessidade de pugnar por um funcionamento coerente, equitativo e transparente das sociedades em relação de grupo, como forma de garantir aos credores sociais destas sociedades uma satisfação igualmente célere e consolidada dos seus créditos, sem colocar em risco os princípios societários que estão subjacentes ao funcionamento das empresas em Portugal.

Da nossa parte, para além dos contributos ao longo deste estudo, avançamos com duas sugestões legislativas, com o propósito de ajudar a solucionar estes problemas, caminhando para soluções que entendemos ser mais justas e céleres, contribuindo para uma maior transparência e rigor na organização e funcionamento dos grupos societários, e equidade no dirimir dos litígios entre os grupos e terceiros, mormente, credores sociais.

BIBLIOGRAFIA

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, e Alexandre Soveral Martins, “Grupos de sociedades. Aquisições tendentes ao domínio total”, Almedina, Coimbra, 2003;

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, e Maria Elisabete Ramos, “Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores”, IDET, Miscelâneas, número 3 Coimbra, Almedina, 2004, pp 8-55;

Albuquerque, Pedro de, “Declaração da situação de insolvência”, in Direito, 2005;

Antunes, José Augusto Engrácia, “O direito dos sócios da sociedade-mãe na formação e direção dos grupos societários”, UCP, Porto, 1994;

Antunes, José Augusto Engrácia, “A aquisição tendente ao domínio total. Da sua constitucionalidade”, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;

Antunes, José Augusto Engrácia, “Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2002;

Antunes, José Augusto Engrácia, “Os poderes nos grupos de sociedades. O papel dos acionistas e dos administradores na formação e na direção da empresa de grupo”, in Problemas do direito das sociedades, Almedina, Coimbra, 2002. Pp- 153-165;

Brito, Diogo Lorena e Carlos Osório de Castro, “A concessão de crédito por uma SGPS às sociedades por ela dominadas (ou às sociedades nacionais indiretamente dominadas através de uma sociedade estrangeira) e o artigo 481.º, número 2 do C.S.C., in Direito, 2005;

Cordeiro, António Menezes, “O levantamento da personalidade coletiva no direito civil e comercial” Almedina, Coimbra, 2000;

Cordeiro, António Menezes, “ A lealdade no direito das sociedades”, in ROA, 2006;

Cordeiro, Pedro, “ A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais”, AAFDL, Lisboa, 1994;

Correia, Francisco Mendes, “Transformação de sociedades comerciais” – Delimitação do âmbito de aplicação no direito privado português. Almedina, 2009;

Costa, Ricardo Alberto Santos, “Desconsiderar ou não desconsiderar: eis a questão”, in BOA, número 30, 2004;

Cunha, Tânia Meireles da, “Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais – A culpa nas responsabilidades civil e tributária”. 2ª Edição. Almedina, Coimbra, 2009;

Cunha, Paulo Olavo, “Direito das sociedades comerciais”, 5ª edição, Almedina, 2012;

Duarte, Diogo Pereira, “Aspetos do levantamento da personalidade coletiva nas sociedades em relação de domínio”, FDL, 2004;

Epifânio, Maria do Rosário, “Efeitos da declaração de insolvência sobre o insolvente no novo código da insolvência e de recuperação de empresas”, Revista de Direito da UCP – 2005, vol. XIX, Tomo II, pp- 191-203;

Epifânio, Maria do Rosário, “Manual de direito da insolvência”, 2012;

Estaca, José Nuno Marques, “O interesse da sociedade nas deliberações sociais” – Almedina. 2003;

Esteves, Maria José; Amorim, Sandra Alves e Valério, Paulo “Código da insolvência e da recuperação de empresas”, Anotado, VidaEconómica, 2012.

Fernandes, Luís A. Carvalho e 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) “, in Direito das Sociedades em Revista, ano 4 (Março de 2012), volume VII;

Figueira, Eliseu, “Desconsideração da personalidade jurídica das sociedades de capitais”, in TJ, números 4 e 5, 1990, pp- 76-88;

Franca, Margarida Roque de Andrade Vila, “Da responsabilidade da sociedade-mãe perante os credores da sociedade-filha no direito societário português” – Tese de Mestrado. UCP. 2005;

França, Maria Augusta, “A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo” – AAFDL 1990;

Freitas, José Lebre de, “Pressupostos objetivos e subjetivos da insolvência”, in Them., Edição Especial. Novo Direito da Insolvência, 2005, pp- 11-23;

Labareda, João, “Notas sobre a prestação de garantias das sociedades comerciais a dívidas de outras entidades”, Direito Societário português – algumas Questões. Quid Iuris, Lisboa, 1998. Pp- 167-195;

Leitão, Luís Menezes, “Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado” e “Direito da Insolvência”, 2012;

Marcelo, Paulo Lopes, “A blindagem da empresa plurissocietária” – Almedina, 2002;

Martins, Luís M. “Processo de insolvência”, Anotado e Comentado, Almedina, 2009.

Oliveira, Ana Perestrelo de, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?”, Revista de Direito das Sociedades, ano I (2009), número 1;

Oliveira, Ana Perestrelo de, “Grupos de sociedades e deveres de lealdade: por um critério unitário de solução do conflito do grupo”, Tese de Doutoramento, Almedina, 2012;

Oliveira, Ana Perestrelo de, “A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo”, Revista de Direito das Sociedades, ano I (2009), número 4;

Oliveira, Ana Perestrelo de, “Ainda sobre a liquidação conjunta das sociedades em relação de domínio total e os poderes do administrador da insolvência: a jurisprudência recente dos tribunais nacionais”, Revista de Direito das Sociedades, ano III (2011), número 3;

Oliveira, Ana Perestrelo de, “A responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo”, Almedina, Coimbra, 2007;

Oliveira, Ana Perestrelo de, “Insolvência nas sociedades em relação de grupo: de novo pela consolidação substantiva das massas patrimoniais”, I Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, 2013, pp- 290 – 306.

Pinho, Amílcar Brito de, “Responsabilidade dos sócios por atos da sociedade”, in Textos (CEJ), número especial, Sociedades Comerciais, 1994/1995, pp – 51-81;

Pinto, Alexandre Mota e Jorge Manuel Coutinho de Abreu, “Código das sociedades em comentário”, 2010;

Ribeiro, Maria de Fátima, “A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica”, Tese de Doutoramento, Almedina, 2012;

Ventura, Raúl, “Dissolução e liquidação de sociedades” – Almedina, Coimbra, 1993;

Ventura, Raúl, “Participações unilaterais de sociedades em sociedades, e sociedades gestoras de participações noutras sociedades”, in SI, XXIX, 1980, pp- 19-101;

Jurisprudência:

- Acórdão da Relação de Coimbra, de 18 de Janeiro de 2011, relator Fonte Ramos;
- Acórdão da Relação de Coimbra, de 7 de Setembro de 2010, relator Jorge Arcanjo;
- Acórdão da Relação de Coimbra, de 27 de Julho de 2010, relator Carlos Gil;
- Acórdão do Tribunal Constitucional número 339/2011, de 4 de Outubro de 2011;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Dezembro de 2003, relator Proença Fouto.