

Universidade Católica Portuguesa  
Mestrado em Direito e Gestão

Dissertação – Trabalho Final de Mestrado

# **“Da protecção dos credores sociais no âmbito dos grupos de facto de base pessoal”**

---

Orientação por Professora Doutora Fátima Gomes e  
Mestre J. C. Tudela Martins

**Cláudia Oliveira Canastra**

142711069

Julho de 2013

## **Resumo**

O presente trabalho pretende, em primeiro lugar, constatar a existência de problemas que surgem no âmbito dos grupos de facto de base pessoal, nomeadamente, e tendo conta as características dos mesmos e a não consagração de um regime especial, no que à tutela dos credores sociais diz respeito.

Em segundo lugar, e partindo de uma breve análise do ordenamento jurídico português, é pretendido encontrar e discutir soluções para os problemas identificados, soluções de prevenção (*ex ante*), mas sobretudo de responsabilização dos sócios pelas actuações danosas.

**Palavras-Chave:** Grupos de facto de base pessoal; Sociedades familiares; Protecção dos Credores Sociais; Responsabilidade dos sócios; Responsabilidade dos gestores de facto; Desconsideração da personalidade colectiva.

## **Abstract**

The aim of the present study is, firstly, to verify the existence of problems related to *interpersonal relationships based business groups*, especially, and considering the characteristics of these type of groups and the un-existence of a especial legal regulation, in what regards the creditors protection.

Secondly, and after a brief analysis of the portuguese legal system, it is one's purpose to find and discuss solutions, prevention solutions (*ex ante*), but mostly solutions that allow shareholders to be held responsible for their harmful actions.

**Keywords:** Interpersonal relationships based Business Groups; Family Businesses; Creditors protection; Shareholders responsibility; *De facto* Managers responsibility; Piercing the corporate veil.

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>Índice de Figuras .....</b>	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>Abreviaturas .....</b>	<b>5</b>
<b>1.</b>	<b>Nota Introdutória aos Grupos de Facto de Base Pessoal: Conceito Adoptado .....</b>	<b>6</b>
<b>1.1.</b>	<b>Enquadramento económico .....</b>	<b>10</b>
<b>1.2.</b>	<b>Enquadramento jurídico .....</b>	<b>15</b>
<b>2.</b>	<b>Dos Grupos de Facto de Base Pessoal – Problematização – Caso Prático .....</b>	<b>17</b>
<b>3.</b>	<b>Da Protecção dos Credores Sociais no âmbito dos Grupos de Facto de Base Pessoal – Discussão de Soluções.....</b>	<b>21</b>
<b>3.1.</b>	<b>Das soluções consagradas em outros ordenamentos jurídicos.....</b>	<b>22</b>
3.1.1.	Presunção da existência de um grupo com base no princípio da facticidade.	23
3.1.2.	Desconsideração da Personalidade Colectiva e as alternativas da eliminação da regra da responsabilidade limitada dos sócios pelas dívidas sociais e do dever de indemnizar dos sócios .....	25
3.1.3.	Responsabilidade do Gestor de Facto .....	28
3.1.4.	Subordinação de créditos .....	29
<b>3.2.</b>	<b>Das soluções existentes no Direito português.....</b>	<b>30</b>
3.2.1.	Em especial, da hipótese da admissibilidade da figura da desconsideração da personalidade colectiva .....	35
3.2.2.	Em especial, do instituto da responsabilidade civil .....	39
<b>3.3.</b>	<b>Das soluções na jurisprudência .....</b>	<b>42</b>
<b>3.4.</b>	<b>Abordagem económica .....</b>	<b>47</b>
<b>4.</b>	<b>Considerações Finais .....</b>	<b>50</b>
<b>5.</b>	<b>Referências Bibliográficas .....</b>	<b>52</b>

## **I. Índice de Figuras**

GRÁFICO 1 – SITUAÇÃO PROFISSIONAL ANTERIOR.....	10
GRÁFICO 2 – SITUAÇÃO SÓCIO FACE À EMPRESA ANTERIOR .....	10

## II. Abreviaturas

AAVV Autores Vários

AktG Aktiengesetz

Art. Artigo

CCivil Código Civil

CIRE Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

cit. Citado/a

coord. Coordenação

CSC Código das Sociedades Comerciais

CVM Código Valores Mobiliários

LSA Ley das Sociedades Anónimas

LSRL Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada

n.º Número

Ob. Obra

p. Página

PME Pequenas e Médias Empresas

pp. Páginas

ss. Seguintes

Vol. Volume

## 1. Nota Introdutória aos Grupos de Facto de Base Pessoal: Conceito Adoptado

Os grupos de sociedades, tal como os entendemos na actualidade, com a inerente diversidade que o conceito implica, decorrem da evolução do comércio e do mundo empresarial, nomeadamente da evolução das estruturas económicas e da necessidade de adaptação das mesmas a uma realidade cada vez mais global e complexa.

De um ponto de vista jurídico, no entanto, e pese embora, os esforços que têm vindo a ser desenvolvidos e a consciência da importância cada vez maior da definição do tema<sup>1</sup>, o enquadramento legal que lhes deveria estar subjacente é ainda, a nosso ver, insuficiente, o que levantará alguns problemas e questões que pretendemos explorar *infra*.

Quanto a este ponto e a título introdutório, se começara por adiantar que, tal como apontado por JADAU<sup>2</sup>, é “ilusório pensar na possibilidade de se encontrar um conceito global de grupo de sociedades”.

Assim, conscientes desta dificuldade, para mera contextualização, partimos dos conceitos mais gerais (económicos e jurídicos).

As definições económicas de grupo de sociedades ou grupo de empresas têm apontado como principais características distintivas de um grupo a diversificação estratégica e o controlo/direcção comum, sendo que é ainda referido por alguns autores a existência de *controlo familiar* como característica habitual, embora não essencial<sup>3</sup> dos mesmos.

As definições jurídicas, em sentido complementar, e dando especial ênfase à definição dada por ENGRÁCIA ANTUNES relativamente a grupo de sociedades<sup>4</sup> em sentido estrito, têm definido o mesmo como um “conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que,

---

<sup>1</sup> Nomeadamente na União da Europeia, com destaque para o Anteprojecto da 9.ª Directiva – Directiva dos Grupos em 1984, o projecto sugerido pelo *Forum Europaeum on Group Law* em 1998, o Relatório *Winter* em 2002 – o qual se reflectiu na Comunicação 2003/02841 –, o Report of the Reflection Group on the EU Company Law em 2011 e, bem assim, mais recentemente, o Plano de Acção: Direito das sociedades europeu e governo das sociedades - um quadro jurídico moderno com vista a uma maior participação dos acionistas e a sustentabilidade das empresas.

<sup>2</sup> Na tradução de ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, Os Grupos de Sociedades, – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, 2002, p. 52.

<sup>3</sup> Por exemplo, FISMAN, RAYMOND J.; KHANNA, TARUN, “Facilitating Development: The Role of Business Groups”, Harvard Business School Competition & Strategy Working Paper Series, Working paper number: 98-076, 1998, p.3, disponível em [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=98801](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=98801).

<sup>4</sup> Para maior desenvolvimento do tema, ver também BORGES, SOFIA LEITE, Grupos de Facto e Grupos Informais – Relatório de Mestrado em Ciências Jurídicas – F.D.U.L. – Seminário de Direito Comercial. Coord. Oliveira Ascensão e Pedro Pais de Vasconcelos, 2000, p. 9; OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade – Por um critério unitário de Solução do “Conflito do Grupo”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 25 e ss.; ABREU, JORGE COUTINHO, Da Empresarialidade – As empresas no Direito, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1999, p. 271.

conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária e comum”<sup>5</sup>, daqui se retirando, tal como também já se adiantava da definição económica genérica, a relevância que assumem dois elementos, a independência jurídica e, em especial, a direcção económica unitária<sup>6</sup>, esta última como o verdadeiro elemento caracterizador da definição de grupo, e que se traduz “fundamentalmente na existência de uma política económico-empresarial geral e comum para o conjunto das sociedades agrupadas” – *corporate planning process*.

Na lei portuguesa, os conceitos gerais (como os aqui apresentados) não foram adoptados na sua pureza, tendo prevalecido o princípio do contrato em detrimento do princípio de facticidade, pelo que apenas são grupos de sociedades, não aqueles em que existir uma direcção económica unitária fáctica, mas sim aqueles que tiverem subjacentes à sua constituição um dos instrumentos jurídicos previstos, taxativamente, na lei – domínio total, contrato de subordinação ou contrato de grupo paritário.

Os grupos de facto de base pessoal, realidade em que nos pretendemos centrar e que justifica este primeiro enquadramento, estão, como se entenderá, excluídos do regime especial dos grupos de sociedades, pois que o poder de direcção que lhes está associado tem origem diversa das situações previstas legalmente e enunciadas *supra*.

A existência de controlo fáctico<sup>7</sup> e a, conseqüente, existência de um grupo<sup>8</sup> de facto não devem, no entanto, ser desconsiderados, tanto mais porque “são as necessidades económicas e a imaginação do empresário que determinam a tipologia grupal, não as categorias legais que verdadeiramente balizam a escolha económica daquele”<sup>9</sup>.

Assim, e porque foram estes grupos afastados do conceito técnico-jurídico – que evidentemente e como melhor se perceberá não acompanhou o desenvolvimento das estruturas económicas – cremos ser relevante demonstrar a importância dos mesmos, bem como o impacto que a sua desconsideração tem na realidade económico-jurídica.

---

<sup>5</sup> Assim, ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, Os Grupos de Sociedades, Ob. cit., p. 52.

<sup>6</sup> No mesmo sentido, CÁNDIDO PAZ-ARES em AURÉLIO MENÉNDEZ Y OUTROS, Lecciones de Derecho Mercantil, “Lección 22: Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades” Segunda Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 484, definindo que só fará sentido a designação de grupo de sociedades quando a diversidade das empresas-membro está sujeita a uma estratégia geral definida por um núcleo central que a articula a actividade de todas.

<sup>7</sup> Colocando a questão nestes termos, eventualmente até se poderá dizer que no caso dos grupos em relação de domínio total também não é um instrumento jurídico que está subjacente à sua constituição, antes sim uma situação factual, “à qual a lei atribui a consequência necessária de constituição de um grupo, para efeitos de aplicação de um regime determinado”, tal como exposto por SIMÕES, ANA RAQUEL LOPES, A insolvência das sociedades coligadas e dos grupos de sociedades, Coord. Menezes Cordeiro e Manuel Carneiro da Frada, Setembro de 2006, Lisboa, p. 17.

<sup>8</sup> Quanto a grupos de facto, BORGES, SOFIA LEITE, Grupos de Facto e Grupos Informais, Ob. cit., p. 5.

<sup>9</sup> ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, Os Grupos de Sociedades, Ob. cit., p. 72.

Pelo que, e para uma aproximação ao tema, iremos definir como grupos de facto de base pessoal aqueles em que o elemento central e unificador serão os sócios (eventualmente maioritários), comuns a várias estruturas societárias e os quais poderão assumir uma função efectiva de gestão ou simplesmente ter uma forte influência fáctica, mas não formal, na direcção das várias sociedades, potenciando pela sua actuação a existência de uma direcção unitária comum.

Concretizando, existirá um grupo de facto de base pessoal quando, através de um conjunto de pessoas, máxime sócios, que detém influência em diferentes sociedades, essas estruturas societárias passem a estar interligadas e dependentes de um “centro decisório externo”<sup>10</sup> que lhes é comum<sup>11</sup>.

Mais, se deve acrescentar que nos grupos de facto de base pessoal (nos quais nos centramos) essa interligação entre sociedades depende da existência de fortes laços pessoais, mormente familiares – “*laços que cimentam a unidade económica do grupo e que asseguram o exercício de uma direcção empresarial comum*”<sup>12</sup>, definida, em última análise, pelas relações de cariz pessoal existentes entre os sócios e gestores das sociedades e pelo domínio fáctico-económico (diga-se, ignorado pela lei) que essas permitem.

Há, como tal, e em referência ao carácter familiar característico da maioria destes grupos, que fazer uma breve referência às empresas familiares<sup>13</sup>, frisando algumas das especificidades que lhes estão inerentes, das quais se destaca, para a nossa exposição, o interesse comum entre sócios (proprietários) e gerentes (quem controla efectivamente), os quais estarão em sintonia, não só por vínculos jurídicos, mas também e principalmente, por vínculos de parentesco<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> BORGES, SOFIA LEITE, Grupos de Facto e Grupos Informais, Ob. cit., p. 44.

<sup>11</sup> “Centro decisório [necessariamente] externo”, tendo em conta as situações de incompatibilidade quanto à união pessoal de administradores, directores ou gerentes que existem na lei e que, no âmbito dos grupos de facto de base pessoal, tendem a ser ultrapassadas pela utilização das ligações pessoais existentes e, por exemplo, pela entrega de cargos de gestão a “testas de ferro”, i.e. responsáveis de confiança que permitam que seja mantido o controlo das sociedades e a gestão de facto pelo(s) sócio(s) efectivamente controlador(es). A este propósito, devendo referir-se o entendimento de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, Grupos de Sociedades e Deveres, Ob. cit., pág. 557, quanto ao conceito de gestão de facto e à questão de não se justificar para a A. (bem, a nosso ver) o critério que alguns autores acrescentam quanto à necessidade de prática de actos com eficácia externa para além dos necessários, designadamente “exercício de uma influência duradoura e intensa sobre a administração por quem não é administrador *de jure*”.

<sup>12</sup> ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, Os Grupos de Sociedades, Ob. cit., p. 76.

<sup>13</sup> Que de acordo com o *Final Report of the Expert group* da Comissão Europeia entitulado “*Overview of Family–Business–relevant issues: research, networks, policy measures and existing studies*”, representam 60% das empresas europeias, sendo que a grande maioria serão PME’s.

<sup>14</sup> ESPINOSA, FRANCISCO JOSÉ ALONSO, “La empresa familiar como problema”, em *Revista de Derecho Mercantil*, Número 283, Civitas, Thomson Reuters, Enero-Marzo 2012, p. 33 e ss.

Em síntese, e face até ao ora exposto, em nosso entendimento, os grupos de facto de base pessoal caracterizar-se-ão, então, essencialmente por: a) existir um *controlo* sobre várias sociedades comerciais exercido por uma só pessoa (ou grupo restrito de pessoas), que define(m) uma “*direcção económica unitária*”; b) as sociedades terem, na maior parte dos casos, *carácter familiar*, e adoptarem a forma de *sociedades por quotas*, por ser essa a “mais favorável à existência de um ambiente “intimista”, nomeadamente entre todos os sócios e entre estes e o exercício das funções de gestão e fiscalização da vida societária”<sup>15</sup>, e; c) o *sócio(s) controlador(es)* agir(em) como gestor(es) de facto, “delegando” os cargos de gestão a pessoas de sua confiança.

Assim, partindo das características *supra* identificadas, através da interligação de vários elementos de estudo, se compreende o peso que os mesmos têm na realidade económica e no tecido empresarial português (embora não tenham sido analisados como tal), desde logo, porque, em regra, estes grupos são constituídos por *micro, pequenas ou médias empresas* (PME) do sector não financeiro – que, curiosamente, em 2010, representavam 99,9% do conjunto do sector empresarial português.<sup>16</sup>

Mais porque, desse universo das PME’s a constituir em Portugal, de acordo com um estudo realizado pelo IAPMEI que se reporta a dados de 2007, constava que: cerca de 34,3% dos empresários/ empreendedores admitiam já ter outras empresas e pretender manter essas participações (54,7%), “conjugando o seu papel de empresário em várias unidades empresariais”<sup>17</sup> (conforme se verifica nos gráficos *infra*); que, a experiência empresarial na família já existia em 62,2% dos casos; que, se registava uma evidente tendência da maioria dos empreendedores nacionais (86,6%) para investir em projectos empresariais conjuntamente com membros da sua família, e que, percentualmente, essa circunstância se traduzia no facto de 48,7% das sociedades que se incluem nesta realidade serem constituídas por vários elementos de uma mesma família.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Colectiva”*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 22.

<sup>16</sup> “Evolução do Setor Empresarial em Portugal, 2004-2010”, Instituto Nacional Estatística Edição 2012, Lisboa, disponível em [www.ine.pt](http://www.ine.pt).

<sup>17</sup> “Observatório da Criação de Empresas” – Resultados do Inquérito de 2007, IAPMEI – Direcção de Planeamento e Estudos, Agosto de 2008, p. 8, disponível em [www.iapmei.pt](http://www.iapmei.pt).

<sup>18</sup> “Observatório da Criação de Empresas”, *supra* cit., p. 17.



Gráfico 1 – Situação Profissional anterior



Gráfico 2 – Situação sócio face à empresa anterior

No mesmo estudo é ainda referido que existe uma opção “praticamente de forma exclusiva pela adopção de duas formas jurídicas – nos casos em que existe um sócio, as *start-ups* adquirem a forma de sociedades unipessoais (38,2%); nos casos em que existem dois ou mais sócios, a escolha recai sobre a forma de sociedade por quotas (61,5%).”<sup>19</sup>

A importância destes grupos na economia portuguesa aparece-nos, assim, como evidente. Pelo que, no mesmo sentido, cremos estar clara a necessidade de os mesmos serem considerados legalmente, sob pena, de não estando, se verificarem situações de abuso na utilização dos mesmos, que se poderão simultaneamente traduzir em situações de desprotecção e injustiça face a quem se relaciona com os mesmos, os credores – como exploraremos *infra*.

## 1.1. Enquadramento económico

A título justificativo e em termos económicos, porque no fundo é a perspectiva de criação de riqueza que leva à adaptação das estruturas das empresas, existem várias motivações para a criação de um grupo de sociedades, das quais se destacam:

1. Possibilidade de mitigação do risco empresarial pela diversificação das actividades das empresas-parte, o que permite a partilha de risco, a diminuição da probabilidade de *default*, bem como a diminuição do impacto das flutuações cíclicas do *core business*<sup>20</sup>;

<sup>19</sup> “Observatório da Criação de Empresas”, *supra* cit., p. 18.

<sup>20</sup> PATTANAYAK, ANORANJAN, “Business Groups, Strategic Ownership and Firm Value”, 2009, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1523751>, p. 3.

2. Possibilidade de criação de um mercado interno de capitais eficiente que permita uma mais fácil obtenção de meios e alocação de recursos para investir, com a consequente redução do custo da dívida internamente<sup>21</sup> (“*co-insurance effect*” inter grupo) e mantendo-se a possibilidade de continuar a recorrer ao mercado externo;
3. Possibilidade de adquirir vantagens de integração: vertical (não há privação de matérias-primas e existirá um melhor preço), horizontal (reforço da quota de mercado e redução dos custos fixos) ou diversificada (áreas geográficas e produtos diversificados)<sup>22</sup>; e consequentemente,
4. Possibilidade de consolidar poder de mercado<sup>23</sup>;
5. Gestão mais racional – pela existência de políticas e objectivos comuns – e possibilidade de especialização funcional;
6. Custos de separação e formação muito menores e sem limites legais, ao contrário dos casos da cisão e fusão, respectivamente;
7. Redução substancial dos *transaction costs*;
8. Redistribuição dos riscos da exploração empresarial e diminuição dos *bankruptcy costs* – no caso de insolvência as restantes sociedades não responderão, o que se traduz para os accionistas numa vantagem do grupo, conseguida pelo instituto da responsabilidade limitada<sup>24</sup>.

Em complemento, e porque diferentes estruturas de controlo e gestão têm impactos também diferentes nos custos de agência, financiamento externo e lógica de diversificação<sup>25</sup>, no caso dos grupos de facto de base pessoal, em que o controlo e a gestão estarão associados, ao contrário do que sucede nas demais empresas em que existe separação das funções, *em princípio*<sup>26</sup>, os custos de agência tradicionais, que estão geralmente associados aos gestores e à prossecução por estes de interesses próprios, desaparecem, já que, não raras vezes, os gestores são também membros da família, o que se traduzirá numa maior coesão (esta permitida pela pressão familiar) e no alinhamento de interesses no seio do grupo.

<sup>21</sup> BYUN, HAE-YOUNG; CHOI, SUNHWA; HWANG, LEE-SEOK; KIM, ROBERT G., “Business Group Affiliation, Ownership Structure, and the Cost of Debt”, 2012, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2031438>.

<sup>22</sup> ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit., pp. 63-69.

<sup>23</sup> PATTANAYAK, MANORANJAN, Ob. cit., p. 3.

<sup>24</sup> Entre outros, BIANCO, MAGDA; NICODANO, GIOVANNA, “Business Groups and Debt”, 2002, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=302649](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302649).

<sup>25</sup> CUERVO-CAZURRA, ALVARO, “Business Groups and Their Types”, Art. cit., p. 2.

<sup>26</sup> Sublinhado nosso que tem como objectivo frisar o facto de que não obstante a associação entre controlo e gestão é possível que os problemas de agência não desapareçam por completo.

Há, no entanto, a registar um diferente problema de agência no âmbito deste tipo de grupo – *owner-debtholder agency problem*<sup>27</sup> – que se traduz essencialmente na existência de um conflito de interesses entre quem controla a empresa e está disposto a investimentos com maior risco e que permitam maior retorno económico e quem é credor/ financiador que, independentemente do retorno da empresa só será reembolsado pelo capital e juros contratados, preferindo, por isso, políticas de investimento com menor risco, ainda que signifiquem menor retorno imediato para a empresa.

A este *owner-debtholder agency problem* está ainda intrinsecamente ligado outro problema: *moral hazard*<sup>28</sup>, já que pelo facto de os sócios controladores deterem mais e melhor informação relativamente aos projectos em que pretendem investir, *i.e.*, de haver assimetria de informação entre mutuário e mutuante, têm também um incentivo para tentarem retirar vantagens junto dos investidores, quer antes do empréstimo, quer depois, já que nada impede que, após conseguir o empréstimo, o mutuário aja “*in such a way as to increase the probability of default in an effort to increase the probability of very high returns*”<sup>29</sup>”.

Pelo que, e conscientes dessa circunstância e do conflito de interesses inerente à mesma, já que o risco dos investimentos terá um impacto diferente em cada uma das partes, os credores, aquando do pedido de financiamento externo por parte das empresas e dos grupos, tenderão a exigir também mais condições e a impor mais constrangimentos, o que se traduz geralmente num agravamento da taxa de juro cobrada, como forma de antecipação do facto de sócios controladores pretenderem investir em processos mais arriscados no âmbito das sociedades controladas.

No que respeita ao financiamento externo e ao recurso à dívida<sup>30</sup>, no caso dos grupos de facto de base pessoal, o problema acentua-se ainda mais, porque o controlo das empresas está a cargo de um grupo restrito – família –, sem que haja grande possibilidade de

---

<sup>27</sup> CUERVO-CAZURRA, ALVARO, “Business Groups and Their Types”, Art. cit., p. 8.

<sup>28</sup> *Idem*, p. 4.

<sup>29</sup> GUTTENTAG, JACK; HERRING, RICHARD, “Credit Rationing and Financial Disorder” em *The Journal of Finance*, Volume 39, n.º 5, Dezembro de 1984, pp. 1359-1382, disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-6261.1984.tb04912.x/pdf>, p. 1369.

<sup>30</sup> Que no caso dos grupos de facto de base pessoal e, não obstante, ser usado como fonte de investimento inicial em apenas 24,2% dos casos, já que a primazia é dada ao capital social, quando usado representa em média 59,7% das despesas de investimento dessas empresas, segundo “Evolução do Setor Empresarial em Portugal, 2004-2010”, Instituto Nacional Estatística Edição 2012, Lisboa, disponível em [www.ine.pt](http://www.ine.pt).

Sendo que, no mesmo estudo é constatado que o passivo a curto prazo das PME’s em muitos casos representa 56% do total do activo, evidenciando um grau de dependência face aos credores, embora não total.

A escolha pelo financiamento através de capitais alheios é, em muito justificada, pelo menor custo da dívida relativamente ao custo dos capitais próprios e tem sido fomentada pelos programas estatais de apoio às empresas, nomeadamente por parte do IAPMEI em parceria com a Banca e Sociedades de Garantia Mútua que através dos contratos PME INVEST concedem empréstimos adequadas às necessidades de cada empresa.

fiscalização externa ou de evitar que, em casos de quase insolvência de uma das empresas, haja transferência de recursos dessa para outras do mesmo grupo, o que significa maior tendência por parte dos financiadores em exigir “*additional controls on asset use to minimize their expropriation by family shareholders*”<sup>31</sup>, reflectindo-se numa taxa de juro contratual ainda mais elevada.

Acresce que, a existência de responsabilidade limitada dos sócios, a qual permitiu indubitavelmente um desenvolvimento económico, veio trazer um desequilíbrio na assunção de riscos da actividade empresarial, externalizando-os e fazendo-os recair, em última análise, sobre os credores sociais. Aquando da existência de um grupo de facto de base pessoal, o desequilíbrio é ainda maior, pois há nesses casos uma clara inversão do sentido de risco da actividade empresarial<sup>32</sup>, em que o credor de uma das sociedades passa virtualmente a assumir o risco da actividade global do grupo, sem que tenha contra-garantias face ao incumprimento das restantes sociedades de que não é credor efectivo.

Para além disso, num grupo de sociedades, assiste-se também a uma alteração da lógica económica de base, em que perde relevância a rentabilidade individual<sup>33</sup> de cada empresa componente e passa a ser feita uma gestão com vista ao sucesso global do grupo, mas não de cada empresa em si considerada, o que dificulta, em grande medida, nomeadamente quando não há consciência das empresas que são parte do grupo de facto, a análise de risco de crédito por parte dos credores, pois que ao ser parte de um grupo, embora a empresa detenha um património próprio, o mesmo deixa de ter “um valor *a se*”, já que as transferências de activos sociais, ainda que possam ocorrer de modo informal, passam a existir frequentemente entre as empresas de um grupo, quer sejam de capital, pessoal ou mesmo de *know-how*.

Quanto à lógica de diversificação-outro dos factores influenciado pela estrutura do grupo-pode dizer-se que a mesma é impulsionada pela própria dinâmica familiar e pela percepção de novas oportunidades, por exemplo, por parte dos sócios, sendo o processo bastante mais simples e havendo facilidade na obtenção de recursos para investir entre empresas, já que não existe tensão entre a propriedade económica e a gestão.

---

<sup>31</sup> CUERVO-CAZURRA, ALVARO, “Business Groups and Their Types”, Art. cit., p. 9.

<sup>32</sup> ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, Os Grupos de Sociedades, Ob. cit., p. 140.

<sup>33</sup> ANTUNES, J. ENGRÁCIA, Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários, Estudos e Monografias, Universidade Católica Portuguesa, p. 13.

Quando a diversificação de portefólios ocorra na mesma indústria ou indústrias adjacentes, o que ocorre com frequência neste tipo de grupos, é um aproveitamento de economias de escala e sinergias, bem como a redução de custos transversais às várias empresas<sup>34</sup>.

Acresce que, no caso dos grupos de facto de base pessoal, a diversificação é feita pelos próprios sócios<sup>35</sup> e não pela empresa, o que a nosso ver poderá minimizar (mas não eliminar) o problema da diminuição da produtividade geral do grupo<sup>36</sup> e o efeito “*new toy*” em que há mais foco numa empresa (a mais recente) em detrimento da(s) mais antiga(s) e que no fundo são as *cash cows*<sup>37</sup>.

Se não existir um intuito abusivo na utilização do grupo, e se existir um plano para cada empresa que pertence ao mesmo (o qual estará definido pelo centro decisor externo e pela própria política direcção económica comum), poderá chegar-se a uma re-alocação de recursos mais eficiente, com menores custos e utilização de uma linha de mercado interna que permita a disponibilização de meios das *cash cows* para as *stars*.

De onde se retira que, ainda que haja maior dificuldade de acesso ao crédito - o qual se afigura como um dos maiores problemas<sup>38</sup> -, se o objectivo for a criação e riqueza, possível será com estes grupos conseguir uma melhor *performance*<sup>39</sup> e maior eficiência produtiva que permita suportar as taxas de juros e condições adicionais exigidas.

Também neste sentido, o surgimento do regime de capital social livre para as sociedades por quotas, veio permitir que o investimento necessário para o controlo neste tipo de grupos<sup>40</sup> fosse menos oneroso – facilitando a proliferação de grupos de facto de base pessoal, com as vantagens que lhe estão inerentes, mas também como os perigos que dos mesmos poderão advir e do qual destacamos a possibilidade de descapitalização no seio do grupo, bem como a constituição de sociedades subcapitalizadas.

---

<sup>34</sup> GOMES, JOÃO; LIVDAN, DMITRY, “Optimal Diversification: Reconciling Theory and Evidence” in *The Journal of Finance*, Vol. LIX, n.º 2, Abril 2004, pp. 507-535, disponível online em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-6261.2004.00641.x/pdf>.

<sup>35</sup> Nesse sentido, não havendo um risco tão evidente de cada uma das empresas se afastar do seu *core business* e características essenciais, e havendo, em contrapartida, a possibilidade de com a diversificação reduzir o risco empresarial.

<sup>36</sup> SCHOAR, ANTOINETTE, “Effects of Corporate Diversification on Productivity” in *The Journal of Finance*, Vol. LVII, n.º 6, Wiley-Blackwell, DECEMBER 2002, pp. 2379-2403, disponível online em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1540-6261.00500/pdf>.

<sup>37</sup> Em referência à matriz BCG.

<sup>38</sup> Como também apontado por 57,7% dos empreendedores portugueses, segundo consta do estudo “Observatório da Criação de Empresas” cit., p. 34.

<sup>39</sup> CUERVO-CAZURRA, ALVARO, “Business Groups and Their Types”, Art. cit., p. 11.

<sup>40</sup> Referir a este propósito que de um ponto de vista estrutural, os grupos de facto de pessoal poderão ser considerados grupos de estrutura horizontal, em oposição à estrutura piramidal, o que significa que o(s) sócio(s) controlador(es) detém quotas em cada empresa (ou uma influência relacional) que permite controlar cada uma separadamente por controlo directo, o que pressuporá, como tal, uma grande investimento de capital na construção de um grupo deste tipo.

Atendendo ao *supra* referido, poderemos concluir que de uma forma geral as estruturas económicas e o mercado financeiro têm vindo a criar mecanismos de defesa, numa tentativa de conciliar o crescimento e desenvolvimento empresarial e simultaneamente assegurar os seus direitos. Sucede que, a nosso ver, essas respostas têm-se vindo a revelar insuficientes, devendo, como tal, em complemento, surgir uma resposta jurídica que seja mais efectiva e eficiente na resposta a abusos.

## **1.2. Enquadramento jurídico**

O regime jurídico dos grupos de sociedades previsto no actual Código das Sociedades Comerciais (CSC) não considera a realidade dos grupos de facto de base pessoal, como já se referiu. Pelo que, e na falta de regulamentação específica, vigoram as regras do direito societário geral, pensado para as situações de correspondência entre sociedade e empresa e não já para as empresas plurissocietárias. Ora, a essência uma empresa de estrutura unissocietária será, senão oposta, pelo menos diversa, da essência de um grupo de sociedades (empresa plurissocietária), o que envolve uma diversidade nos problemas e questões que as suas existências levantam, e que o significa a necessidade de se encontrarem soluções jurídicas diversas que reflectam e respondam a essa diferença em conformidade, bem como à discrepância que vai surgindo entre identidade económica e identidade jurídica.

Em primeiro lugar, em referência aos grupos de facto de base pessoal, sendo certo que há alguma dificuldade em criar um critério geral de identificação real deste tipo de grupos, designadamente pelo facto de o “centro decisor externo” nem sempre ser claramente perceptível para o mundo exterior, ou porque o sócio controlador delega cargos de gestão em outrem, ou por em cada uma das empresas assumir papéis diferentes (sócio controlador numa, sócio minoritário, mas gestor noutra, em que quem detém o controlo no contrato de sociedade será algum familiar), importará no futuro discuti-lo como faze-lo e pensar na sua configuração jurídica.

Mais porque, a existência de um poder de direcção de “instância superior” ao próprio interesse social cria, de um ponto de vista dos deveres de lealdade e de uma perspectiva de

justiça material, a necessidade de acautelar interesses daqueles que estão dependentes desse poder de direcção, leia-se, as sociedades e os respectivos credores sociais.<sup>41</sup>.

O reconhecimento dos grupos de facto de base pessoal será tão mais importante quanto a estes últimos, porque são eles que permitem também o crescimento do grupo através das relações comerciais que com ele estabelecem. Assim, e só havendo transparência nas transacções entre sociedades-irmãs perante os credores se conseguirá chegar a soluções mais justas e evitar situações de abuso que fragilizem a posição dos mesmos, de si já debilitada pelo próprio regime jurídico (ainda que outras vantagens se retirem dessas regras).

Veja-se, a título de exemplo: o princípio do capital social livre, nos termos do artigo 201.º do CSC, que se traduzirá na possibilidade de constituição de empresas subcapitalizadas; a dificuldade de fiscalização interna nas sociedades por quotas, que potencia a existência de comportamentos oportunistas por parte dos sócios-gerentes e poderá levar à dissipação do património social e à descapitalização das sociedades; a dificuldade de fiscalização interna que representa um maior obstáculo a nível probatório em acções de responsabilidade civil, designadamente quando os sócios controladores sigam interesses próprios; a existência frequente de gerentes de facto, pelo que se impõe mecanismos para a sua responsabilização quando tal seja necessário; a irrelevância legal da existência de grupos de facto na graduação de créditos da insolvência que poderá acarretar situações materialmente injustas para os credores; e, a insuficiência das consequências da qualificação da insolvência como culposa (artigo 189.º do CIRE) quanto à responsabilização dos sócios/ gerentes.

Em suma, e como já se tem adiantado, a resposta jurídica quanto à protecção dos credores sociais é ainda incipiente, pelo que, para além do reconhecimento deste tipo de grupo enquanto tal, importará sobretudo discutir eventuais soluções para os problemas que vão surgindo/ têm vindo a surgir.

---

<sup>41</sup> Não fazendo sentido, no âmbito dos grupos de facto pessoal tal como os definimos, incluir também os sócios minoritários/livres, pelo que, embora, admitamos que, mesmo no âmbito dos grupos de facto de base pessoal possam existir alguns problemas a este nível, afastar-nos-emos dessa questão. Há, no entanto, a frisar a importância de medidas como a garantia de lucros ou o direito de exoneração previstos no artigo 499.º do Código das Sociedades Comerciais.

## 2. Dos Grupos de Facto de Base Pessoal – Problematização – Caso Prático

No seguimento do exposto e de forma a facilitar a compreensão de toda exposição anterior, bem como a subsequente, cremos ser vantajoso apresentar, assim, duas situações-exemplo que melhor ilustram alguns dos problema que entendemos existir e relativamente ao quais, em consequência, pensamos deverem ser discutidas e adiantadas soluções:

*1ª situação: A, Lda. é uma sociedade comercial que tem como objecto social o fabrico de rolhas de cortiça. São sócios da mesma Bernardo, com 50% do capital social, e Catarina detentora dos restantes 50%. Bernardo e Catarina são casados. E é gerente da sociedade, de momento, Catarina, embora a oscilação entre gerentes seja frequente.*

*B, Lda. tem o mesmo objecto social que A, Lda., tendo sido constituída alguns anos depois. O capital social nominal desta sociedade é de € 4 (quatro euros) – o que levanta desde logo a questão de saber se a sociedade foi constituída com o capital suficiente para a realização do seu objecto social ou se estamos perante uma situação de subcapitalização originária<sup>42</sup>, devendo por isso haver lugar à responsabilização dos sócios fundadores.*

*São sócios da B, Lda. Bernardo (40%), Catarina (20%), António (20%), cunhado de ambos e gerente da sociedade, de momento, e João (20%), pai de Catarina, também gerente, de momento.*

*A, Lda. e B, Lda. estão localizadas na mesma área geográfica, pelo que dada a proximidade entre as duas sociedades (em diferentes âmbitos), estas partilham alguns equipamentos, trabalhadores e know-how – o que adiante-se poderia significar a existência de benefícios para ambas, nomeadamente pela criação de economias de escala e aproveitamento eficiente de recursos.*

*A A, Lda no decorrer da actividade que desenvolve contraiu junto da Banca vários empréstimos, supostamente para reforço do fundo de maneio e apoio à tesouraria, tendo-se obrigado em contrapartida ao pagamento de prestações mensais para liquidação das*

---

<sup>42</sup> Para aprofundamento dos problemas e soluções relacionados com a subcapitalização de sociedades vide, por exemplo, RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, “O Capital Social das Sociedades por Quotas e o Problema da Subcapitalização Material” em Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal, Coord. MARIA MIGUEL CARVALHO E PAULO DE TARSO DOMINGUES, Almedina, 2011; DOMINGUES, PAULO DE TARSO, “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano III, Vol. 6, Almedina, Outubro 2011; DUARTE, RUI PINTO, “Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial”, *Fisco*, N.º 76/77, Ano VIII, Lex, Março/Abril 96.

*responsabilidades inerentes aos mesmos. Sucede que, tem transferido grande parte do valor desses fundos para a B, Lda., por exemplo a título de pagamento por prestação de serviços (serviço outsourcing de fabrico de rolhas). A A, Lda. tem, em suma, vindo a sofrer uma descapitalização progressiva a favor de B, Lda – descapitalização que não é facilmente perceptível pelos credores sociais (mesmo que haja análise dos dados contabilísticos da sociedade), o que vai gerar uma situação de possível aproveitamento por parte dos sócios e gerentes, os quais têm tendência para tentar externalizar o risco empresarial.*

*A, Lda. deixou assim de conseguir cumprir as suas obrigações junto dos credores, banca e fornecedores. Pelo que, e perante o incumprimento, o Banco DD, um dos seus maiores credores, resolveu os contratos e tentou, de forma a ver ressarcido o seu crédito, uma acção judicial para cobrança de dívida, no âmbito da qual e após as diligências de 1.ª fase, veio a constatar que A, Lda. não tinha quaisquer bens imóveis ou móveis sujeitos a registo em seu nome e que, inclusive, a sede da sociedade estava devoluta de bens e pessoas, sendo que o imóvel já havia sido vendido a uma outra sociedade empresa, cujo objecto social é a mediação imobiliária, a sociedade H, S.A. – o que torna, como tal, difícil a procedência de uma acção de impugnação pauliana (artigos 610.º e seguintes do CCivil) pela dificuldade da prova da má fé desta última sociedade. Certo será que, se a sociedade vier a ser declarada insolvente, o Administrador de Insolvência poderá sempre utilizar da faculdade prevista nos termos do artigo 120.º do CIRE, mas não havendo insolvência dificilmente haverá procedência numa acção (como a exposta) que pretenda o retorno do bem ao património da A, Lda. para ressarcimento de créditos, o que significa necessariamente uma desvantagem para os credores.*

*Em seguimento, e tendo verificado o Banco DD que existiam outras acções executivas pendentes contra a sociedade e que a mesma se encontrava em situação de insolvência, tal como a prevêem os artigos 3.º e 20.º do CIRE, requereu a insolvência da A, Lda., a qual foi decretada.*

*Da lista de créditos reclamados que veio a ser elaborada pelo Administrador de Insolvência no âmbito do processo de insolvência veio a constar também como credora a B, Lda. – que alegava a existência de créditos perante a A, Lda. no âmbito de uma entrega de rolhas de cortiça fabricadas e pelas quais não havia sido alegadamente paga. Sendo que, o crédito da B, Lda., não se enquadrando directamente em quaisquer das circunstâncias previstas nos artigos 48.º e 49.º do CIRE, foi reconhecido como comum.*

Ora, quem não tem contacto directo com a realidade destas sociedades não consegue ter consciência de que A, Lda. e B, Lda. têm uma relação privilegiada entre si, tanto mais porque os gerentes não são os mesmos nas duas sociedades. Mas certo é que existe, no caso em apreço e nos semelhantes, sendo o crédito de B, Lda. graduado como comum, uma situação de injustiça face aos demais credores. O crédito de B, Lda., como adiante se explorará, deveria, pelo menos, ser considerado como subordinado e não ser pago *pari passu* com o restantes.

Do caso exposto, e em traços gerais, se percebem assim alguns problemas que vão surgindo no âmbito da (des)protecção dos credores sociais pelo facto de não se reconhecer a existência destes grupos de facto de base pessoal, os quais merecem análise e discussão de soluções. Destacamos nomeadamente as questões relacionadas com a graduação de créditos de sociedades-irmãs, mas também as de eventual responsabilização dos sócios pela descapitalização de uma das sociedades em favor de outra e com claro desfavor dos credores da primeira – questões para as quais pretendemos encontrar respostas ao longo do presente trabalho.

*2ª situação: C, Lda. tem como objecto social a prestação de serviços médico-dentários. São sócios da mesma Andreia (50%) e Joaquim (50%). Actualmente, Andreia é a gerente.*

*Nessa qualidade (ao abrigo do artigo 19.º do CIRE) e alegando a impossibilidade de cumprir as obrigações perante os credores, nomeadamente devido à situação económica actual, à dificuldade de angariar novos clientes e à grande competitividade do sector, requereu a insolvência da sociedade, tendo a mesma sido decretada.*

*No Relatório elaborado pelo Administrador de Insolvência, nos termos do artigo 155.º do CIRE, foi entretanto constatado que a C, Lda. não tinha bens cujo valor expectável de realização fosse superior a € 5.000,00, pelo que foi proposto que o processo fosse encerrado por insuficiência da massa, ao abrigo dos artigos 230.º d) e 232.º do CIRE. Mais constava do referido relatório que a maioria dos bens que a insolvente utilizava no exercício da sua actividade estavam por ora desaparecidos e eram propriedade de entidades bancárias que os teriam disponibilizado no âmbito de contratos de locação financeira. Foi ainda dado conhecimento de que nas antigas instalações da C, Lda., as quais eram arrendadas, tinha agora sede a sociedade D, Lda., cujo objecto social é também a prestação de serviços médico-dentários.*

*Da D, Lda. são sócios Andreia (30%), Joaquim (20%), João (20%), filho dos primeiros, e Carlos (30%), seu primo e actual gerente. Sendo que, esta sociedade terá iniciado a sua actividade sensivelmente um mês depois da insolvência de C, Lda. – o que levanta algumas questões, pois que, se os principais motivos de insolvência eram a competitividade do sector e a dificuldade de angariar clientes, como se justifica que dois dos antigos sócios da ora insolvente tenham querido investir numa sociedade com o mesmo objecto social e com igual localização?*

Existe, a nosso ver, no caso em apreço uma situação pouco clara no que respeita à actuação dos sócios, a qual deve ser analisada, já que, ainda que os mesmos não tenham qualquer obrigação de continuar uma sociedade se assim não o desejarem, sempre se dirá que deverão ter uma postura de seriedade quanto às obrigações que assumiram perante os credores e ser responsabilizados se vier a ser provada a sua falta de diligência/ culpa na gestão da sociedade – como adiante melhor se explorará.

*Ainda no âmbito do processo de insolvência da C, Lda. veio a constatar-se ainda que dos créditos reconhecidos constavam créditos de trabalhadores, os quais foram graduados provisoriamente como privilegiados, ao abrigo dos artigos 333.º n.º 1 b) do Código do Trabalho e 47.º n.º 4 a) do CIRE. Reclamaram a esse título, por valores alegadamente devidos, Andreia e Joaquim, bem como Miguel, um funcionário, este com valores reclamados muito inferiores aos dos primeiros.*

Para questões como a última, e se o imóvel fosse eventualmente da sociedade e a questão se colocasse, o artigo 49.º n.º 2 a) do CIRE já preveria que os créditos de Andreia e Joaquim fossem tidos como subordinados. Acontece porém, não raras vezes, que se os demais credores não alegarem a qualidade de sócios, os valores reclamados por esses são pagos primeiramente, o que se traduz numa situação de injustiça.

Assim, e atentos os exemplos apresentados, se poderá afirmar a existência de relações privilegiadas entre A, Lda. e B, Lda. e C, Lda. e D, Lda. (quanto a estas últimas, pelo menos, quanto à carteira de clientes) e que, embora possam não ser evidentes para todos os que com elas contrataram/ contratam, pois que os gerentes de direito são diferentes, surgem aqui como evidentes pela existência de um núcleo de gestão de facto que aproveitando-se da sua condição cria, por vezes, situações desvantajosas para os credores sociais, os quais vêem nesses casos em muito reduzida a possibilidade de ver ressarcidos os seus créditos.

### 3. Da Protecção dos Credores Sociais no âmbito dos Grupos de Facto de Base Pessoal – Discussão de Soluções

De “que serve afinal um direito [direito do credor] se desaparecem as condições [garantias] do seu exercício efectivo?”<sup>43</sup>”

A resposta surge como uma evidência e, como tal, é neste sentido que a nosso ver deverá evoluir o direito dos grupos, em especial dos grupos de facto de base pessoal, continuando como um direito contra abusos<sup>44</sup>, tal como foi originalmente pensado, embora numa vertente diversa – grupo e sociedades *vs.* credores em oposição a sociedade-mãe *vs.* sociedades-filhas.

Em Portugal e à semelhança do que acontece em outros ordenamentos jurídicos, como se verá, o direito especial dos grupos não contemplou os designados grupos de facto. Existe, então, um vazio legislativo que carece de preenchimento, nomeadamente, e correndo o risco de repetição, de forma a que possam ser acautelados os direitos dos credores sociais, especialmente quanto às situações cada vez mais frequentes de descapitalização no seio do grupo e de utilização abusiva da estrutura plurissocietária.

Assim, no que respeita aos grupos de facto de base pessoal, o preenchimento desse vazio legislativo deverá, em primeiro lugar, passar pela sua legitimação, cabendo designadamente “ao intérprete-aplicador (...) a reconstrução crítica do sistema, a busca de mecanismos de composição e tutela dos interesses em jogo<sup>45</sup>”.

É neste sentido que, através da reconstrução crítica do sistema, se poderá desde logo dar como legitimado o poder de direcção neste tipo de grupos, já que ao abrigo do artigo 259.º do CSC se atribui a legitimidade de gestão aos sócios, cumprindo-se o requisito que exige o consentimento dos mesmos e restando apenas para que o poder de controlo seja legítimo o cumprimento de outro requisito: a exigência de, pelo menos, neutralidade da estratégia global para cada sociedade dependente<sup>46</sup>, quando a mesma não seja favorável.

Mais, este requisito de neutralidade é importante, não só de uma perspectiva de legitimidade, mas também quanto à tutela dos credores sociais, uma vez que, se não existir prejuízo para a sociedade com que se relacionam, o seu crédito estará também à partida

---

<sup>43</sup> ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, Os Grupos de Sociedades, Ob. cit., p. 139.

<sup>44</sup> Assim, COUTINHO DE ABREU em Da empresarialidade – As empresas no Direito, Ob. cit., p. 250.

<sup>45</sup> OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Ob. cit., p. 138.

<sup>46</sup> BORGES, SOFIA LEITE, Grupos de Facto e Grupos Informais, Ob. cit., p. 37.

assegurado. Aliás, é o facto de este requisito não ser por vezes cumprido aquando da existência de um grupo de facto de base pessoal, nomeadamente nos casos de descapitalização *inter* grupo, que coloca em perigo o ressarcimento de créditos, não estando acautelados sequer os designados credores fortes<sup>47</sup>.

Assim, quando se verifique que a actividade social foi gerida de forma a prejudicar os credores sociais, bem como em desfavor de uma sociedade do grupo em especial, importará tomar medidas de correcção, nomeadamente quando, em última análise, o património da sociedade se torne insuficiente para satisfação dos respectivos créditos – *ex post*; mas também *ex ante*, eventualmente através de um reforço das normas relativas ao capital social, da fiscalização da actividade das sociedades e da exigência de maior transparência das transacções entre sociedades, bem como das mesmas com os sócios.

É nosso objectivo, face ao exposto, e atendendo ao facto de que no âmbito preventivo se está dependente da reformulação da legislação existente, centrarmo-nos nas respostas e soluções que poderão ser encontradas e aplicadas *ex post* e que deverão ter origem em institutos jurídicos já existentes e com possibilidade de aplicação extensiva às situações de abuso no âmbito dos grupos de facto de base pessoal.

Por ora, não obstante, e antes de estudarmos soluções concretas para o ordenamento jurídico português, procederemos a uma breve incursão pelo direito comparado, nomeadamente pela análise de algumas figuras que têm vindo a surgir e que se poderão revelar úteis para a resolução dos problemas.

### **3.1. Das soluções consagradas em outros ordenamentos jurídicos**

De uma forma geral, diga-se, a pluralidade dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, mesmo aqueles que, à semelhança do português, e que são uma minoria, têm adoptado o modelo

---

<sup>47</sup> A este propósito referir a distinção entre as duas categorias: credores involuntários e voluntários/ fortes, os primeiros como aqueles que suportam em pleno as consequências, sem que tenham possibilidade de evitar ou negociar e os segundos aqueles que têm poder negocial suficiente para exigir garantias adicionais para os respectivos créditos. Em defesa destes últimos, e embora possam parecer assegurados os seus créditos, a terminologia na actualidade poderá não ser tão acertada, nomeadamente porque existe uma grande facilidade em ludibriar e ainda que restem as garantias adicionais prestadas, geralmente pessoais pelos sócios/ gerentes, também nesse âmbito se corre cada vez mais o risco da dissipação de património pessoal a favor de outrem – sendo que quanto a esta questão, de forma a minimizar os prejuízos causados neste âmbito, refira-se a possibilidade de intentar uma acção de impugnação pauliana, nos termos dos artigos 610.º e seguintes do CCivil.

global<sup>48</sup> de regulação, não têm dado grande relevância à questão dos grupos de facto, não existindo um regime-modelo já pensado e construído, do qual se possa partir ou retirar experiências e conclusões.

Pelo que, assim como se infere do modelo de regulação parcial, e perante a falta de respostas de um regime específico dos grupos, se deverá equacionar, como adiantámos, a construção de soluções de entre os institutos jurídicos já existentes, entre os quais destacámos: a presunção da existência de um grupo com base no princípio da facticidade – o qual se apresenta como um mecanismo de legitimação do grupo *ex ante*; a desconsideração da personalidade colectiva e as alternativas de eliminação da regra da responsabilidade limitada dos sócios pelas dívidas sociais ou do dever de indemnizar – estes como últimos meios para a responsabilização dos sócios quando haja abuso da personalidade colectiva ou de grupo; a responsabilidade do gestor de facto e a subordinação de créditos – esta apenas com aplicação quando já exista insolvência da sociedade em causa.

### **3.1.1. Presunção da existência de um grupo com base no princípio da facticidade**

A presunção da existência de um grupo com base no princípio da facticidade é um mecanismo exclusivo do direito alemão que pretende essencialmente permitir a inclusão de alguns grupos de facto no conceito de grupo de sociedades e, dessa forma, permitir que a integridade do património e potencial empresarial<sup>49</sup> das sociedades dependentes estejam mais protegidos. Recorre, para tal, à presunção de que “a sociedade que dispõe da *potencialidade* de exercício da direcção unitária (influência dominante) a exerce *efectivamente* (direcção unitária)”<sup>50</sup> e, por isso, constitui com as sociedades dominadas um grupo”.

Em paralelo com esta presunção e permitindo que a mesma saia reforçada, o direito alemão enfatiza também o conceito de dependência, o qual surge na lei das sociedades anónimas (§17 AktG) como “a possibilidade de uma empresa exercer (directa ou indirectamente)

---

<sup>48</sup> Modelo que defende a criação de regras específicas para os grupos de sociedades, em oposição ao modelo de regulação parcial que assenta na ideia de que é “desnecessária a criação de uma disciplina legal sistemática ou global”, sendo suficiente recorrer aos institutos gerais do direito, cfr. ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit., p. 166.

<sup>49</sup> KOPPENSTEINER, HANS-GEORG, “Os Grupos no Direito Societário Alemão”, em *Série Miscelâneas*, n.º 4 do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, Coimbra, Março de 2006, p. 16.

<sup>50</sup> ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit., p. 32.

influência dominante sobre uma sociedade”<sup>51</sup> e o qual permite que a partir da relação de dependência presumida – ou seja, da existência de maioria dos votos na assembleia geral e da propensão dos administradores para actuarem em conformidade com o interesse do accionista dominante – se presuma também a existência de direcção unitária.

A direcção unitária e o exercício de influência dominante surgem, então, como critérios para aferir da existência do grupo mas, principalmente, como critérios que permitem determinar se existe eventualmente abuso de influência, com consequente desvantagem para a sociedade dependente, a qual é proibida por lei<sup>52</sup> (§311 AktG).

O regime descrito tem, ainda assim, aplicação limitada, pois que quando a sociedade dependente seja uma sociedade por quotas, o regime alemão faz assentar a protecção da mesma na imposição de deveres de lealdade, negando a aplicação analógica (solução que é oposta à do restante regime legal).

A jurisprudência alemã, ciente da lacuna existente, tem vindo, não obstante, a construir a figura dos grupos de facto qualificados, os quais compreenderão aqueles grupos em que a sociedade dependente deixa de ter autonomia suficiente para a sua própria subsistência e deixa de ser possível avaliar actos isoladamente, revelando-se, como tal, necessária a aplicação analógica como meio de salvaguardar os interesses sociais.

Inicialmente, a aplicação analógica (analogia *legis*) ficaria dependente de dois requisitos cumulativos: a) “existência de direcção continuada e completa (...), e; b) verificação de uma situação de abuso do poder de direcção<sup>53</sup>”, acrescidos de uma “prova de resistência<sup>54</sup>”, em que se concluísse que um gestor responsável teria conduzido a actividade da sociedade dependente de forma diferente e não prejudicial à mesma. Em suma, o poder de direcção seria legítimo, desde que não abusivo.

Sucedo porém que, a experiência apurada permitiu chegar à conclusão de que a definição de comportamento abusivo era de difícil concretização, pelo que, como requisito adicional,

---

<sup>51</sup> KOPPENSTEINER, HANS-GEORG, “Os Grupos no Direito Societário Alemão”, em *Série Miscelâneas*, n.º 4 do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, Coimbra, Março de 2006, p. 12.

<sup>52</sup> Como reforço desta proibição, é de destacar a exigência legal da apresentação de um relatório, em que sejam expressas as actividades realizadas/partilhadas entre as sociedades e no qual deverão ser especificadas as prestações em causa, as contraprestações e, essencialmente, a inexistência de desvantagens.

O referido relatório é obrigatoriamente revisto por peritos que ficam solidariamente responsáveis pelo aí descrito. No entanto, e porque a sua publicação não é obrigatória, o seu interesse prático fica diminuído.

<sup>53</sup> BORGES, SOFIA LEITE, Grupos de Facto e Grupos Informais, Ob. cit., p. 30

<sup>54</sup> *Idem*, p. 30.

sempre será necessário que exista um “indício de danosidade do acto<sup>55</sup>” que permita concluir que foram gerados danos no património da sociedade dependente.

Em sentido totalmente contrário, KOPPENSTEINER<sup>56</sup> concluiu que, independentemente de quaisquer requisitos, nunca será admissível a aplicação analógica, pois que não poderá ser aplicada a uma situação ilegal, como será o caso dos grupos de facto qualificado, uma solução prevista para uma situação legal.

Assim, a título conclusivo, e após breve análise do tema se poderá adiantar que, ainda que não haja por ora acordo quanto à forma de tratar os grupos de facto, a consideração da existência de uma presunção de grupo com base no princípio da facticidade revela a importância do tema e vem consagrar-se, no direito alemão, como uma primeira medida para a legitimação dos mesmos e, sobretudo, como uma possível medida de protecção *ex ante* dos credores sociais.

### **3.1.2. Desconsideração da Personalidade Colectiva e as alternativas da eliminação da regra da responsabilidade limitada dos sócios pelas dívidas sociais e do dever de indemnizar dos sócios**

A desconsideração da personalidade colectiva ou *Durchgriff*, a eliminação da regra da responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais e o dever de indemnizar os sócios, quando se verifique a culpa e haja lugar à aplicação do instituto da responsabilidade civil por factos ilícitos, são figuras jurídicas que, embora com diferentes pressupostos e consequências jurídicas, têm vindo a surgir nos diversos ordenamentos como resposta ao abuso da personalidade colectiva pelos sócios e, conseqüente, tentativa de responsabilizar os mesmos perante os credores sociais.

O instituto da desconsideração da personalidade colectiva é o mais controverso e surgiu inicialmente, ainda que os argumentos concretos que cada autor utilize para fundamentar a utilização do mesmo sejam diversos, como uma tentativa de dar resposta efectiva ao problema da tutela dos credores sociais.

---

<sup>55</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>56</sup> *Idem*, pp. 26-27.

No ordenamento jurídico alemão, em especial na jurisprudência alemã, é um instituto fortemente discutido, mas generalizadamente aceite, ainda que aplicado apenas *caso a caso* e com carácter subsidiário.

A propósito do mesmo têm surgido várias teorias justificativas do levantamento da personalidade colectiva, nenhuma dominante, as quais podem ser enquadradas nos seguintes grupos<sup>57</sup>:

- a) teorias do abuso subjectivo (utilização da pessoa colectiva para fins diferentes dos previstos pelo legislador);
- b) teorias institucionais do abuso (utilização da pessoa colectiva contra o fim institucional através da violação de princípios fundamentais do sistema jurídico e económico);
- c) teorias de aplicação da norma (desconsideração da personalidade colectiva dependente da finalidade e sentido da norma a aplicar na decisão);
- d) teorias mistas – em que as posições anteriores enunciadas se completam na fundamentação da desconsideração.

O instituto da desconsideração da personalidade colectiva também tem tido alguma expressão no ordenamento jurídico americano, onde surgiu inicialmente sob a figura do *piercing the corporate veil*, nomeadamente como resolução dos problemas de grupos de sociedades, mais concretamente quando exista uma forte relação entre as sociedades, uma conduta errante ou fraudulenta e umnexo causal entre comportamento lesivo e perda a compensar.

Por sua vez, o direito brasileiro consagrou no artigo 50.º do Código Civil a própria figura, estabelecendo que, em caso de abuso da personalidade colectiva, possa existir extensão da responsabilidade “aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”, embora se exija como pressuposto indispensável para a sua aplicação a existência de uma situação de insuficiência patrimonial ou insolvência<sup>58</sup> e continue a ser necessária a construção jurisprudencial para a sua aplicação<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Colectiva”, Almedina, Coimbra, 2012, p. 102.

<sup>58</sup> FRAZÃO, ANA, “Desconsideração da Personalidade Colectiva e Tutela de Credores” em Questões de direito societário em Portugal e no Brasil, Coord. Fábio Ulhoa Coelho e Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, 2012, pp. 495 e 496.

<sup>59</sup> Neste sentido, e no que aos grupos económicos diz respeito, o entendimento tem sido da admissão da desconsideração da personalidade colectiva. Veja-se, por exemplo, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, REsp 968.564/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/12/2008, DJe 02/03/2009, no qual está previsto que deve existir desconsideração “quando verificado que a empresa devedora pertence a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, e, ainda, quando se visualizar a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé

Face à dificuldade de aplicação generalizada do instituto da desconsideração, bem ao seu carácter casuísta, têm ganho relevo figuras alternativas, como seja a da eliminação da regra de responsabilidade limitada dos sócios e do dever de indemnizar dos mesmos.

A propósito destas figuras esclarecer apenas que a distinção entre a desconsideração da personalidade colectiva em sentido estrito e a eliminação da regra da responsabilidade limitada tem origem no direito alemão e na distinção que aí existe quanto a “*Durchgriff de imputação (...) e Durchgriff de responsabilidade*”<sup>60</sup>, sendo ainda de referir quanto a esta última que nesses casos não há uma verdadeira desconsideração, pois a sociedade continua a existir e “a ser o titular de todas as relações jurídicas que estabeleceu com terceiros”<sup>61</sup>, pelo que só após insuficiência do património dessa haverá lugar à responsabilidade dos sócios – que deixam de poder invocar, dada a sua actuação, o benefício da responsabilidade limitada.

O direito italiano tendo por base as teses “negativistas” que propõem a revisão do conceito de pessoa colectiva, tem concluído pela utilização da figura do empresário oculto e pela desnecessidade da desconsideração da personalidade colectiva, com preferência pela opção de atribuir aos sócios controladores uma responsabilidade por dívidas alheias, assente não na sua qualidade de sócio, mas sim na de “empresário oculto”<sup>62</sup>.

O direito espanhol tem vindo a preferir a aplicação do regime da responsabilidade civil extra-contratual aos sócios (com todos os pressupostos inerentes) como forma de efectivação dos direitos dos credores<sup>63</sup> quando haja abuso da personalidade colectiva – ou seja, a escolha pelo dever de indemnizar.

Do exposto *supra*, se pode concluir que não é pacífica a utilização de qualquer um dos institutos descritos, nomeadamente pelas consequências que a aplicação dos mesmos implica. Há, como tal, ainda uma forte discussão quanto ao tema e, em especial, quanto à admissibilidade ou não admissibilidade da figura da desconsideração da personalidade colectiva, embora a tendência é de que se procurem alternativas à tutela dos credores sociais.

---

com prejuízo a credores”, disponível online em [https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/dj/abreDocumento.jsp?seq\\_publicacao=1605&seq\\_documento=2250544&data\\_pesquisa=02/03/2009&versao=impressao&nu\\_seguimento=00001&tipo\\_documento=documento&parametro=968564&ids=2249755.2250544](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/dj/abreDocumento.jsp?seq_publicacao=1605&seq_documento=2250544&data_pesquisa=02/03/2009&versao=impressao&nu_seguimento=00001&tipo_documento=documento&parametro=968564&ids=2249755.2250544).

<sup>60</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Colectiva”*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 134.

<sup>61</sup> *Idem*, p. 137.

<sup>62</sup> *Idem*, p. 119.

<sup>63</sup> Assim, MÁRIA DE FÁTIMA RIBEIRO, Ob. cit., p. 210 e GOIKOETXEA, ROSA OTXOA-ERRARTE, *La Responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su sociedad*, *Monografía asociada a Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 34, Aranzadi, Thomson Reuters, 2010, pp. 266 e ss.

### 3.1.3. Responsabilidade do Gestor de Facto

Outra figura que tem surgido como meio de tutela dos credores sociais, e a qual cremos ser importante destacar, é a da responsabilidade do administrador de facto.

Efectivamente, e ainda que o conceito não esteja definido como tal, a possibilidade de responsabilizar o *administrador de facto* já está prevista, por exemplo, nos ordenamentos jurídicos italiano e espanhol.

Estabelece, nesse sentido, o Código Civil Italiano, no *artigo 2476, comma 7.º*, que a acção de responsabilidade da sociedade pode ser exercida não só contra gerentes e administradores, mas também contra sócios não gerentes que tenham intencionalmente permitido a prática de actos danosos para a sociedade<sup>64</sup>.

Quanto ao direito espanhol, e para além de prever a responsabilização no âmbito do direito civil<sup>65</sup>, prevê também a mesma no âmbito do direito da insolvência<sup>66</sup>.

O problema da aplicação deste instituto jurídico revela-se então, não quanto à legitimação da figura, mas sim quanto ao preenchimento e construção do próprio conceito, embora a propósito do mesmo se possa adiantar que se poderá considerar *administrador de facto* aquele que exerça essa actividade:

- a) de modo continuado e estável;
- b) com independência;
- c) com conhecimento dos sócios e da própria sociedade;
- d) de forma efectiva quanto à gestão, desempenhando o papel equivalente a um administrador de direito, e
- e) de forma directa, ou seja, frente a terceiros<sup>67</sup>.

Atendendo ao referido, se poderá adiantar que esta é uma figura jurídica que no âmbito dos grupos de facto de base pessoal se pode revelar fulcral, sendo como tal importante acompanhar a evolução da mesma nos ordenamentos jurídicos que a adoptaram, para além do português, tentando daí retirar experiências e adiantar soluções.

---

<sup>64</sup> Sendo certo que, a norma não é uma norma específica para grupos de sociedades, a sua aplicabilidade no âmbito dos grupos de facto de base pessoal pode revelar-se de grande utilidade, pelo alcance que permite.

<sup>65</sup> Artigo 133.2 da LSA (*Ley de Sociedades Anónimas*), introduzido pela Ley 26/2003 e aplicável às sociedades “por quotas” pelo artigo 69.º da LSRL (*Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*).

<sup>66</sup> Artigo 172.2.1º da *Ley Concursal*.

<sup>67</sup> ÚREBA, ALBERTO ALONSO; EZQUERRA, JOANA PULGAR, “Relación de Grupo y Administrador de Hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 29, Thomson, Aranzadi, 2007-2, p. 28.

### 3.1.4. Subordinação de créditos

Em última *ratio* e com aplicação apenas nos casos em que já se verifique a insolvência da sociedade em causa e seja necessário proceder à graduação equitativa dos créditos dos seus credores, é de referir o mecanismo da subordinação de créditos.

Este instituto, o qual no ordenamento jurídico americano se designa por *equitable subordination*, teve aí consagração legal, devendo ser aplicado como meio de “responder a abusos do poder de controlo”<sup>68</sup> quando exista uma conduta fraudulenta.

No direito alemão, e embora inicialmente estivesse previsto apenas para os empréstimos feitos pelos sócios em fase de “crise” da empresa visada, pressupondo-se, nesses casos, que o detentor de capital pretendia apoiar a empresa através de instrumentos de capital próprio - “*eigenkapitalersatz*”, na versão actual da lei, já se aplica automaticamente a todos os empréstimos dos sócios, sem necessidade de qualquer outro requisito, embora se contemplem duas excepções: a) quando os sócios/ accionistas não forem directores da empresa e b) quando não detenham mais de 10% do capital, o que significa que a subordinação existirá apenas para aqueles sócios com influência decisiva na gestão<sup>69</sup>.

Quanto ao ordenamento jurídico espanhol e, apesar de no mesmo não existir um regime específico dos grupos de sociedades<sup>70</sup>, o regime da insolvência foi pioneiro, considerando como créditos subordinados todos aqueles que estiverem especialmente relacionados com o devedor (nomeadamente também no âmbito de empresas familiares<sup>71</sup>).

O direito português seguiu a mesma linha, tendo consagrado semelhante regra no artigo 49.º do CIRE. Neste sentido, a questão que se levanta quanto a este instituto, e uma vez que o mesmo é genericamente aceite, será então a da suficiência do regime existente, mormente se contempla todas as situações e circunstâncias a que o mesmo se deveria aplicar.

---

<sup>68</sup> OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*. Ob. cit., p. 640.

<sup>69</sup> VERSE, DIRK A., “Shareholder Loans in Corporate Insolvency – A New Approach to an Old Problem”, *German Law Journal*, Vol. 9, n.º 9, 2008, pp. 1109 e ss.

<sup>70</sup> IRUJO, JOSÉ MIGUEL EMBID, “Um paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo de grupo en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 30, Thomson, Aranzadi, 2008, p. 21.

<sup>71</sup> GOMÉZ, MARÍA ANGUSTIAS DÍAZ, “La sociedad familiar de capital: reflexiones sobre su organización y la incidencia del concurso de acreedores”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 38, Thomson Reuters, Aranzadi, Año 2012-1, p. 199 e ss.

### 3.2. Das soluções existentes no Direito português

No seguimento do exposto, e uma vez que não existe um regime específico e/ou concretamente delineado de tutela dos credores sociais no âmbito dos grupos de facto de base pessoal, importa encontrar no ordenamento jurídico português soluções que possam ser úteis, ainda que provisórias, na resposta aos problemas que, a nosso ver, vão surgindo e os quais estão directamente relacionados com as características próprias do tipo de grupo, nomeadamente o facto de serem geralmente constituídos por sociedades por quotas e de carácter familiar e intimista, o que dificultará a fiscalização da actuação dos sócios controladores.

Na procura de soluções e a título introdutório importante será referir que no âmbito dos grupos (de direito) de sociedades, em especial nas sociedades em relação de grupo por contrato de subordinação, mas aplicável também aos grupos constituídos por domínio total por força do artigo 491.º do CSC, a protecção dos credores sociais da sociedade subordinada surge contemplada, existindo “a favor destes credores uma garantia excepcional para os respectivos créditos, consistente na imposição de uma *responsabilidade pessoal e ilimitada da sociedade directora* por todas as obrigações da sociedade subordinada que hajam sido constituídas antes da celebração, durante a vigência, e até ao termo do contrato de subordinação<sup>72</sup>” (artigo 501.º do CSC).

Assim, e não sendo essa norma aplicável ao caso em concreto, em termos gerais se começará por adiantar que, da análise do Código das Sociedades Comerciais<sup>73</sup> (CSC) se retira a existência de um conjunto de normas que estão, em certa medida, pensadas como meio de tutela mínima dos direitos dos credores sociais (que investindo na actividade empresarial vão partilhar o risco inerente à mesma), as quais poderão sim ter aplicabilidade *in casu*. São elas, as normas de conservação do capital (artigos 32.º a 35.º), as normas de apreciação anual da situação da sociedade (com destaque para o artigo 70.º quanto à prestação de contas e obrigatoriedade de registo das mesmas) e, em especial, as que correspondem à responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade (artigos 64.º e 71.º a 84.º).

---

<sup>72</sup> ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, Os Grupos de Sociedades, – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, 2002, p. 798.

<sup>73</sup> Decreto-Lei n.º 262/86 de 2 de Setembro, alterado mais recentemente pelo Decreto-Lei n.º 53/2011, de 13 de Abril e Lei n.º 66-B/2012 de 31 de Dezembro.

No que respeita às normas de conservação do capital, o artigo 32.º, n.º 1 do CSC surge como uma importante norma de tutela do ponto de vista preventivo, isto porque proíbe a distribuição de bens aos sócios quando o capital próprio seja inferior ao capital social e reservas não distribuíveis, o que de certo modo limita a actuação abusiva de um sócio controlador em desfavor dos credores. É também, não obstante, uma norma que no âmbito dos grupos de facto de base pessoal e, nomeadamente, numa situação de descapitalização *inter grupo*, poderá ter pouca relevância, não só porque o controlo do valor do capital próprio é difícil para os credores sociais, mas também porque que nesses casos a distribuição de bens é feita em moldes informais, como por exemplo, supostas transacções comerciais entre as sociedades irmãs.

O artigo 34.º n.º 3, por sua vez, ao atribuir aos credores a faculdade de propor uma acção para a restituição de certas importâncias recebidas indevidamente pelos sócios, vem possibilitar uma maior tutela de interesses *a posteriori*<sup>74</sup>, embora também a este nível se coloquem problemas de controlo e, principalmente, de prova, pois incumbe aos credores o ónus de provar que havia conhecimento da irregularidade por parte dos sócios (tal como consta do n.º 4 do mesmo artigo), mas também os demais requisitos para a aplicação da responsabilidade civil extracontratual (artigo 483.º do CCivil), uma vez que entre esses, e por remissão deste artigo para os artigos 72.º e 78.º do CSC, não haverá “relação obrigacional em sentido estrito algum”<sup>75</sup>.

A título de solução provisória sempre se poderá dizer, porém, que se revelaria útil, principalmente no âmbito da questão que propomos estudar, encontrar um conjunto de critérios pelos quais se presumisse o conhecimento, invertendo-se dessa forma o ónus de prova e passando a prova do não conhecimento para os sócios que, alegadamente, receberam indevidamente os bens não distribuíveis.

Quanto às normas de apreciação anual da situação da sociedade, o artigo 70.º ao exigir o registo da prestação de contas de uma sociedade vem promover uma maior transparência<sup>76</sup> e

---

<sup>74</sup> Referir ainda o artigo 514.º do CSC que prevê a aplicação de multa quando haja distribuição ilícita de bens da sociedade.

<sup>75</sup> OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, “Uma proposta de coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais” em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano V, Vol. 9, Semestral, Almedina, Março de 2013, p. 76.

<sup>76</sup> Promovida também pelo facto de a omissão em actos externos estar sujeita à aplicação de uma coima (artigo 528.º n.º 2), embora a este propósito de possa dizer que os valores previstos para as coimas são insuficientes para desencorajar o desrespeito.

oferecer a possibilidade de uma maior fiscalização por parte dos credores<sup>77</sup>, o que será um importante ponto de partida.

No âmbito dos grupos de facto de base pessoal, a criação de uma norma com semelhantes características e *ratio* poderia, como tal, tornar-se eventualmente útil na protecção (*ex ante*) dos credores, nomeadamente se fosse definida a obrigatoriedade para os sócios e gerentes de declarar, aquando da prestação de contas da sociedade, outras participações sociais que detivessem em outras sociedades, como já acontece, por exemplo, para as sociedades anónimas (artigo 447.º do CSC), nas quais se exige inclusive que a comunicação do número de acções detidas por membros dos órgãos de administração e fiscalização seja feita também relativamente às acções detidas por familiares, bem como para as sociedades em relação de simples participação, de participações recíprocas e de domínio (artigos 484.º e 485.º do CSC) e ainda as sociedades abertas quando o titular detenha uma participação qualificada (artigos 16.º e 20.º do CVM) – embora para o nosso caso em concreto merecesse revisão o conceito de “participação qualificada”.

A divulgação de informação relevante e a transparência revelam-se assim para a resolução do nosso tema como questões centrais, pelo que, a nosso ver, e não obstante o relevo das normas de responsabilização para situações de abuso *a posteriori*, deve ser reforçada a configuração de normas preventivas.

É nesse sentido que, deverá ainda fazer-se uma breve referência ao dever de lealdade, defendido por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, na esteira de ZÖLLNER, como princípio “orientador na elaboração de soluções (...) para os mais significativos problemas” nos grupos de sociedades<sup>78</sup>, em especial nos grupos de facto, pois que o respeito deste mesmo princípio permitirá fazer “coincidir a realidade económica com a realidade jurídica<sup>79</sup>” e assim estabelecer linhas gerais e limites à actuação dos mesmos.

Estando na génese deste dever o princípio da boa-fé, com tudo o que o mesmo pressupõe<sup>80</sup>, a imputação de deveres de lealdade torna-se multidireccional no seio do grupo, impondo-se

---

<sup>77</sup> A qual estará, pelo menos um pouco, salvaguardada nos termos do artigo 522.º do CSC.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Ob. cit., p. 17.

<sup>79</sup> *Idem*, p. 484.

<sup>80</sup> Na acepção mais comum e nas palavras de ANA PRATA, Dicionário Jurídico (Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária), Volume I, 5.ª Edição Actualizada e Aumentada, Almedina, Coimbra, 2009, p. 214, a boa fé é “a consideração razoável e equilibrada dos interesses dos outros, a honestidade e a lealdade nos comportamentos e, designadamente, na celebração e execução dos negócios jurídicos”.

aos vários entes que o constituem, e nomeadamente impondo a esses um dever de protecção genérico dos interesses dos credores sociais.

Este dever de lealdade surge assim como um ideal a seguir nas relações *inter-grupo*, devendo assumir-se como um princípio estruturante, com funções de:

- a) Legitimação do próprio grupo no sistema jurídico;
- b) Regulação<sup>81</sup> das responsabilidades no seio do mesmo;
- c) Protecção quanto aos demais intervenientes que interagem com entidade grupal, sendo que quanto a este último ponto se distinguirá entre “protecção preventiva” aquando da formação do grupo<sup>82</sup>, ou protecção *ex post*/ protecção repressiva, devendo, nesta medida, o respeito pelos deveres/ princípio da lealdade ser apurado em cada caso concreto, por exemplo quanto a deliberações sociais tomadas<sup>83</sup>, e efectivado pelo mecanismo da responsabilidade civil.

Quanto às regras de responsabilidade civil, efectivamente o CSC, e no que respeita à protecção dos credores sociais, previu uma série de situações.

Este instituto será então o que afigura mais indicado para dar resposta aos abusos na utilização dos grupos de facto de base pessoal, não só porque é aquele que em termos legislativos está melhor previsto e pensado, mas também por ser aquele que é menos controverso e desestabilizador da ordem jurídica, como se explorará adiante.

Quanto à protecção dos credores sociais e extravasando o âmbito do CSC importará ainda focar alguns aspectos do CIRE, nomeadamente os referentes à subordinação de créditos e ao conceito de gestor de facto.

Os artigos 48.º e 49.º do referido diploma legislativo preveem assim quanto à subordinação de créditos, que deverão ser considerados subordinados e, como tal graduados e pagos em último lugar, entre outros, os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, devendo considerar-se para os devidos efeitos que são “*havidos como especialmente relacionados com o devedor pessoa colectiva:*

- a) *Os sócios, associados ou membros que respondam legalmente pelas suas dívidas, e as*

---

<sup>81</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>82</sup> Nomeadamente pela imposição de limites ao controlo, como por exemplo, imposição de deveres de informação prévios ou necessidade de justificação de deliberações.

<sup>83</sup> É nesta fase que será expectável mais sucesso na aplicação do princípio, designadamente porque a verificação do incumprimento dos deveres de lealdade levará possivelmente ao surgimento de uma obrigação de compensar pelo prejuízo causado.

*peças que tenham tido esse estatuto nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; b) As peças que, se for o caso, tenham estado com a sociedade insolvente em relação de domínio ou de grupo, nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários, em período situado dentro dos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; c) Os administradores, de direito ou de facto<sup>84</sup>, do devedor e aqueles que o tenham sido em algum momento nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência; e d) As peças relacionadas com alguma das mencionadas nas alíneas anteriores por qualquer das formas referidas no n.º 1”, leia-se laços familiares.*

A subordinação de créditos numa fase em que a sociedade já está insolvente surge, como se entenderá, como um dos últimos recursos para a salvaguarda dos direitos dos credores, não permitindo que quem se encontre numa das situações previstas seja tratado em paridade com os demais e promovendo assim o respeito pelo princípio da igualdade na sua vertente negativa de tratar diferente, o que é diferente, tal como o mesmo também surge previsto no artigo 194.º do CIRE.

A nosso ver, e no que respeita aos credores dos grupos de facto de base pessoal, existem ainda aspectos a melhorar / acrescentar às situações já enunciadas no artigo 49.º, sendo de destacar o que está directamente relacionado com os créditos das sociedades-irmãs, as quais não sendo tidas como parte de um grupo de direito, não são consideradas como preenchendo o requisito de subordinação do crédito e, como tal, vão ser graduadas *pari passu* com os restantes credores, embora entre as mesmas exista uma relação privilegiada, promovida essencialmente porque os núcleo controlador será o mesmo.

Assim, e ainda que quanto a esse facto se possa alegar que, se assim não fosse, os credores da sociedade-irmã reclamante sairiam prejudicados, também se poderá alegar, em sentido contrário, que os credores da insolvente saem prejudicados face à primeira. Surge, como tal, uma nova questão relativa à igualdade dos credores das várias sociedades do grupo, a qual não se afigura de fácil resposta.

Ainda no âmbito CIRE, será importante referir a figura do incidente de qualificação e as necessárias consequências que advém do mesmo, nomeadamente a obrigação, por parte das peças afectadas pelo incidente, de indemnizar os credores no valor dos créditos não satisfeitos. O artigo 189.º, n.º 1, alínea e) esclarece nesse sentido que a indemnização poderá

---

<sup>84</sup> Sublinhado nosso.

ser exigida “até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados”.

A propósito dos grupos que nos propomos estudar e relativamente ao artigo 189.º, mais será relevante mencionar que poderão ser responsabilizados/ afectados pelo incidente também os administradores de facto, muito embora não exista, por ora, a concretização do conceito que na lei é utilizado, o que dificulta, como tal, a sua aplicação generalizada. A doutrina portuguesa tem, a propósito, vindo a considerar “*administrador de facto quem, sem título bastante, exerce directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente) funções próprias de administrador de direito da sociedade*”<sup>85</sup>.

Atentos então ao que já foi exposto e ao próprio ordenamento jurídico português no seu todo, resta centrar-nos no instituto da responsabilidade civil, como aquele que terá maiores potencialidades na resposta aos problemas da tutela dos credores sociais. Não poderemos deixar, no entanto, de fazer uma breve referência à figura da desconsideração da personalidade colectiva, cuja aplicabilidade tem vindo a ser discutida na doutrina e jurisprudência portuguesas e que é vista por alguns como uma solução viável, de última ratio, na protecção dos mesmos credores.

### **3.2.1. Em especial, da hipótese da admissibilidade da figura da desconsideração da personalidade colectiva**

Em Portugal, e à semelhança do que também acontece noutros ordenamentos jurídicos, como já se adiantou, a figura da desconsideração da personalidade colectiva tem vindo a ser discutida, nomeadamente no que à protecção dos credores sociais diz respeito, pelo que faz sentido uma abordagem da mesma, em especial, no que concerne às suas eventuais potencialidades e fragilidades.

Por ser um “mecanismo de criação doutrinária e jurisprudencial<sup>86</sup>”, este instituto jurídico apenas tem sido considerado quanto a certos grupos de casos, embora mesmo quanto a esses não se dispense uma apreciação casuística dos resultados; é assim uma figura que tende a ser vista /aplicada com carácter de excepcionalidade, o que se justifica, em última análise, pelo

---

<sup>85</sup> ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE; RAMOS, ELISABETE, “Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores”, em *Série Miscelâneas*, n.º 3 do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, Coimbra, Outubro de 2004, p. 43.

<sup>86</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, “Desconsideração da Personalidade Colectiva e Tutela de Credores” em *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil*, Coord. Fábio Ulhoa Coelho e Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, 2012, p. 516.

facto de uma hipotética admissão generalizada da mesma poder acarretar “o risco de abalo social da figura da limitação da responsabilidade do sócio – figura esta cujo papel no desenvolvimento económico é universalmente reconhecido<sup>87</sup>”.

Em termos conceptuais, e também de forma a melhor compreender a controvérsia que a figura tem gerado, se entenderá por *desconsideração da personalidade colectiva*<sup>88</sup> a “operação pela qual a personalidade jurídica de uma pessoa colectiva é afastada, retirada”<sup>89</sup>, permitindo, em consequência, a responsabilização directa dos sócios<sup>90</sup> perante os credores sociais quando seja insuficiente o património da sociedade (i.e., para além, da que eventualmente haja sido estabelecida no contrato de sociedade, nos termos do artigo 198.º do CSC).

Como assim se compreenderá, a admissibilidade da figura da desconsideração terá de ter necessariamente carácter subsidiário e ser analisada *caso a caso*, apenas devendo ser “invocada quando inexistir outro fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou da sociedade que se pretende atacar”<sup>91</sup>. Não obstante este facto, e verificada a necessidade de resposta quanto a algumas situações que têm vindo a surgir com frequência, tem sido genericamente considerada a utilização desta figura quanto a quatro grupos de casos<sup>92</sup>, a saber: subcapitalização<sup>93</sup>, controlo de sociedade por um sócio<sup>94</sup> e abuso da personalidade comercial, confusão entre esferas jurídicas da sociedade e dos sócios, *maxime* também de patrimónios<sup>95</sup> e relações de domínio grupal.

---

<sup>87</sup> DUARTE, RUI PINTO, “Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial”, *Fisco*, n.º 76/77, Ano VIII, Lex, Março/Abril 96, p. 63.

<sup>88</sup> *Durchgriff* na língua alemã, ou mais concretamente, *Haftungsdurchgriff* (embora, tal como expõe MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, nesta acepção não haja, em rigor, desconsideração da personalidade colectiva que continua a existir em si mesma), e *Piercing the corporate veil* como equivalente na língua inglesa.

<sup>89</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *A Tutela dos Credores*, Ob. cit., p. 68.

<sup>90</sup> Sendo a este nível importante diferenciar, desde logo, como é feito por MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO E COUTINHO DE ABREU entre a responsabilidade de gerentes e administradores (que podem ser também sócios) e a responsabilidade dos sócios propriamente dita, sendo que só em relação a estes se poderá eventualmente justificar a desconsideração da personalidade colectiva.

<sup>91</sup> Acórdão STJ de 3 de Fevereiro de 2009, explicado no ponto 3.3.

<sup>92</sup> Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 25 de Março de 2010, Processo n.º 3980/07.1, Relator Teles de Menezes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ccf0bcd0ac303c5e8025771f00469e0a?OpenDocument>.

<sup>93</sup> Cujas probabilidades aumentam com afixação do capital social livre no âmbito das sociedades por quotas (artigo 201.º do CSC) e que se traduz na insuficiência de bens necessários à prossecução do objecto social da sociedade em causa.

<sup>94</sup> No sentido de prossecução de interesses próprios em detrimento do interesse social (violação do dever de lealdade) e não relativamente à mera detenção do controlo.

<sup>95</sup> Que ocorre quando não existe separação entre património pessoal e património das sociedades e há um claro prejuízo para o património social.

COUTINHO DE ABREU, um dos autores que admite a utilização da figura como meio de responsabilizar “somente sócios (enquanto tais)”<sup>96</sup>, mas já não gerentes, incluiu também a descapitalização provocada como um novo grupo de casos.

A nosso ver, e no âmbito dos grupos de facto de base pessoal, este último grupo poderá efectivamente vir a assumir grande relevância, tanto mais porque demonstra também que o recurso a manobras de descapitalização tem sido tão significativo que justifica um novo enquadramento.

A propósito da descapitalização, o Autor refere assim que, quando haja claro abuso da personalidade colectiva e a sociedade seja utilizada como “instrumento de inflicção de danos aos credores<sup>97</sup>” e os sócios “continuem a mesma actividade em outra sociedade (...) em vez de (re)investirem na sociedade em crise”, haverá abuso de direito, havendo lugar à responsabilização dos mesmos sócios, nomeadamente através do recurso à figura da desconsideração.

PAULO DE TARSO DOMINGUES, defendendo também a admissibilidade da figura, vem dar força a este entendimento, pois defende o Autor que o fundamento para aplicação da mesma deverá passar necessariamente por uma conjugação entre a responsabilidade aquiliana e a figura do abuso de direito, esta última podendo surgir como fundamento último da ilicitude<sup>98</sup>.

Em sentido diverso e contra a admissibilidade<sup>99</sup>, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO entende que “se as pretensões dos credores sociais puderem ser satisfeitas através do recurso a institutos jurídicos legalmente consagrados, não deve recorrer-se a este mecanismo de contornos vagos e imprecisos, fruto da elaboração – entre nós, errática – da doutrina e da jurisprudência e propiciador de casuísmo e insegurança jurídica”<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, “Diálogos com a Jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores para com os credores sociais e desconsideração da personalidade colectiva” em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano II, Vol. 3, Semestral, Almedina, Março de 2010, p. 52.

<sup>97</sup> ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, “Diálogos com a Jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores para com os credores sociais”, Ob. cit., p. 57.

<sup>98</sup> Tal como considerado por PAULO DE TARSO DOMINGUES no que diz respeito à subcapitalização em “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano III, Vol. 6, Almedina, Outubro 2011, p. 115.

<sup>99</sup> Excepto no que respeita à mistura de patrimónios, no âmbito da qual a admite, já que anteriormente foi posta em causa a autonomia patrimonial da sociedade. A este propósito, vide RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, “Desconsideração da Personalidade Colectiva...”, Ob. cit, pp. 539 – 543.

<sup>100</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, “Desconsideração da Personalidade Colectiva...”, Ob. cit, p. 519.

Nesse sentido, acaba por esclarecer que mesmo no âmbito da responsabilização dos sócios, o recurso ao instituto da responsabilidade civil por factos ilícitos (que existirá se se considerar a existência de culpa) afastará sempre a necessidade de utilizar a figura, sendo que em última análise será sempre a responsabilização dos administradores e gerentes, de direito e de facto, o meio mais adequado para a tutela dos credores sociais, pois que “a responsabilização directa dos sócios perante os credores sociais (...) não se apresenta adequada [nomeadamente nos casos de subcapitalização], por ser juridicamente infundada e excessiva<sup>101</sup>”.

Mesmo no caso específico da descapitalização e o qual tem algum interesse para a nossa exposição, a Autora afasta a necessidade de recorrer à desconsideração da personalidade colectiva, porque mais uma vez entende que o que está em causa é a responsabilidade de membros dos órgãos de gestão e não dos próprios sócios, sobre os quais *in casu* poderá eventualmente e decorrente do dever de lealdade existir uma obrigação de indemnizar; mas mesmo nesse caso, a obrigação será sempre perante a sociedade (que desaparece) e não perante os credores sociais, pois que ainda que seja “consensual que à sociedade não é reconhecido nenhum direito à existência”<sup>102</sup> e que “estando uma sociedade em crise (actual ou iminente), os sócios não têm o dever de a recapitalizar”, certo é também que não poderá ser “permitido aos sócios agravar ou espoletar a crise descapitalizando a sociedade, liquidando-a «a frio» ou inanimando-a em detrimento dos credores sociais. Menos ainda quando eles *continuam a mesma actividade em outra sociedade*”<sup>103</sup>.

Como meio alternativo da tutela de credores, nos casos de descapitalização, entende assim MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO que se poderá recorrer, por exemplo, às regras que tutelam os direitos de propriedade intelectual, nomeadamente equacionando uma responsabilização da sociedade constituída pelos danos causados quando haja por parte desta actos de concorrência desleais face à descapitalizada.

Do exposto se retira então que, não obstante as eventuais potencialidades que pudessem advir da admissibilidade da figura no âmbito da protecção dos credores sociais dos grupos de facto de base pessoal, nomeadamente numa situação de insuficiência patrimonial culposa de uma das sociedades, a aplicação da mesma sempre seria *in casu* e em última *ratio*, porque

---

<sup>101</sup> *Idem*, pp. 532-537.

<sup>102</sup> *Idem*, pp. 539.

<sup>103</sup> ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, “Diálogos com a Jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores para com os credores sociais e desconsideração da personalidade colectiva” em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano II, Vol. 3, Semestral, Almedina, Março de 2010, p. 57.

sempre será preferível a responsabilização por outros meios, designadamente aqueles que têm consagração legal e menos impacto na segurança jurídica e económica, como será o caso do instituto da responsabilidade civil.

### 3.2.2. Em especial, do instituto da responsabilidade civil

No ordenamento jurídico português, como já adiantado anteriormente, as normas referentes à efectivação da responsabilidade civil têm bastante relevo, estando previstas em termos genéricos no Código Civil (artigos 483.º e seguintes), mas também no Código das Sociedades Comerciais e CIRE, entre outros diplomas.

Assim, e no âmbito da protecção dos credores nos grupos de facto de base pessoal, será desde logo importante destacar algumas das normas previstas no CSC, bem como no CIRE

O artigo 72.º do CSC prevê, por exemplo, a responsabilização de membros da administração para com a sociedade quando exista desrespeito pela *business judgment rule* e sub-deveres que lhe estão inerentes – *duty of loyalty* e *duty of care* –, ou seja, quando o gestor não tenha actuado com responsabilidade e racionalidade empresarial, desrespeitando os deveres também previstos no artigo 64.º do CSC

O regime jurídico societário da responsabilidade civil pela administração vai, como tal, no sentido de exigir como requisitos fundamentais a “culpa dos membros do órgão da administração e a ilicitude da conduta”<sup>104</sup>, embora não dispensado a existência de dano e nexos de causalidade. O artigo 82.º do CIRE, embora não expressamente, segue a mesma lógica técnico-jurídica.

Do artigo 72.º n.º 1 resulta também, ao contrário do que acontece nas acções de responsabilização perante os credores sociais, como adiante se verá, que a “sociedade lesada (ou os sujeitos legitimados para propor a acção social de responsabilidade) beneficia(m) da presunção de culpa dos administradores<sup>105</sup>”, competindo a estes provar que procederam com a diligência devida.

---

<sup>104</sup> RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES, “A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português”, disponível em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/insolvencia.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/insolvencia.pdf), p. 9.

<sup>105</sup> RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES, “A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português”, disponível em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/insolvencia.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/insolvencia.pdf), p. 10.

Não obstante, e ainda que se reconheça a importância desta previsão legal, certo é que nos grupos de facto de base pessoal, dado o carácter intimista e familiar dos mesmos, dificilmente este tipo de acção surgirá como meio de defesa da sociedade, em primeiro grau, e dos credores sociais, num segundo grau.

Maior relevância terá nesse sentido, a nosso ver, a possibilidade de os credores sociais intentarem uma acção autónoma contra os gestores ou administradores com vista à tutela dos seus direitos. Prevê o n.º 1 do artigo 78.º do CSC que seja possível o pedido de responsabilização quando o *património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos*.

O n.º 2 do mesmo artigo dota ainda os credores da faculdade de se sub-rogarem nos direitos da sociedade quando esta haja que ser indemnizada, e nem os sócios, nem a própria o requeiram. Esta possibilidade de sub-rogação é tão mais importante no âmbito dos grupos de facto, porque a acção de responsabilidade proposta pela sociedade depende da deliberação dos sócios, assim como consta do artigo 75.º do CSC, que serão quem efectivamente controlará a gestão (apesar de poderem existir gestores de direito) e, como tal, quem será primeiramente responsável pelos prejuízos a serem reclamados.

A propósito do artigo 78.º importa acrescentar apenas que é generalizadamente aceite pela doutrina<sup>106</sup> que o mesmo foi parcialmente revogado quando a sociedade esteja insolvente, já que nesse caso se aplicará o artigo 82.º, n.º 3, alínea a) do CIRE, que atribui exclusiva legitimidade ao Administrador de Insolvência quanto a acções sociais de responsabilidade, deixando os credores de poder exercer directamente o seu direito, o que se justifica, nomeadamente “à luz do princípio *par conditio creditorum*”<sup>107</sup> e à necessidade de existir um “pagamento proporcional a todos os credores”<sup>108</sup>, sem que nenhum obtenha vantagem em prejuízo dos demais.

O artigo 79.º do CSC, na mesma linha que o já analisado artigo 78.º, vem permitir também que terceiros possam responsabilizar os sócios por danos que estes lhe directamente tenham causado. Necessário será para a sua efectivação que, para além do cumprimento dos requisitos da ilicitude e da culpa, se verifique a existência de uma relação de causalidade

---

<sup>106</sup> Assim, Coutinho de Abreu, Maria de Fátima Ribeiro e Maria Elisabete Gomes Ramos.

<sup>107</sup> RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES, “A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português”, disponível em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/insolvencia.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/insolvencia.pdf), p. 18.

<sup>108</sup> RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, A Tutela dos Credores, Ob. cit., p. 486.

entre o facto e o dano efectivamente e directamente causado (o que decorre da remissão que o artigo faz para os termos gerais da responsabilidade civil).

Mais se esclarece ainda que, relativamente às acções de responsabilidade previstas nestes dois artigos, uma vez que as mesmas se assumem com carácter extracontratual e não existe qualquer derrogação prevista quanto ao princípio geral do ónus da prova em matéria de responsabilidade civil, necessariamente será aos credores/ *lesado(s) que incumbe provar a culpa do autor da lesão*, assim como previsto no artigo 487.º n.º1 do Código Civil, o que se traduz numa dificuldade acrescida na aplicação dos respectivos regimes, a qual deverá ser tida em especial consideração pelos tribunais portugueses.

Da análise ao Código das Sociedades Comerciais na perspectiva da protecção dos credores sociais, resta, porém, destacar ainda o artigo 80.º, o qual estende o âmbito de imputação de responsabilidade a outras pessoas com funções de administração, legitimando dessa forma a responsabilização do administrador de facto – *i.e.*, aquele que desempenha funções de gestão que lhe foram *confiadas*, mas que não assume propositadamente o cargo.

Questão que se coloca quanto a este artigo é, portanto, a da possibilidade do mesmo também abranger a responsabilização do sócio controlador, que será aquele que usa efectivamente o seu poder para gerir as sociedades e o grupo, mas que não se assume como gerente de direito.

A propósito desta figura de sócio controlador tem entendido MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO que a responsabilização directa do mesmo deverá efectivar-se “através da aplicação das regras que vigoram no domínio da responsabilidade dos dirigentes da sociedade”<sup>109</sup>. Entendimento com o qual concordamos e que nos parece deixar uma margem de abertura para se considerar que também o artigo 80.º se possa aplicar nesses casos, nomeadamente porque não será difícil uma recondução desta figura ao conceito de *gerente de facto*.<sup>110</sup>

Certo é também que independentemente da situação em causa (gestão de facto ou controlo por sócio controlador) será imprescindível a aplicação directa das normas de responsabilidade previstas para os gerentes de direito, pois só desse modo será possível garantir igualdade material de situações.

---

<sup>109</sup> In *Tutela dos Credores*, Ob. cit., p. 457.

<sup>110</sup> ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE; RAMOS, ELISABETE, “Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores”, em *Série Miscelâneas*, Nº 3 do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, Coimbra, Outubro de 2004, p. 41.

Mais, e enquanto não existir consagração legal e a admissão expressa da responsabilização do gerente de facto no direito das sociedades (à semelhança do já ocorrido no ordenamento português nos direitos penal, fiscal e insolvência), não resta outra opção que não seja a de interpretar extensivamente o conceito de gerente e aplicar também ao gerente de facto as normas referentes à responsabilidade civil.

A título de conclusão do tema, se adiantará que o que maior importância tem no âmbito dos grupos de facto de base pessoal é a possibilidade dos credores sociais virem a requerer directamente a responsabilização dos gerentes (de direito, de facto ou enquanto sócios controladores), uma vez que de outra forma pouca aplicabilidade terão as normas de responsabilidade, pois seria no mínimo “inverosímil qualquer das sociedades (pelos gerentes respectivos) ou qualquer sócio delas intentar acção de responsabilidade contra os sócios desleais a favor da sociedade”<sup>111</sup>.

Assim sendo, e estando-se no âmbito da responsabilidade civil extra-contratual ou aquiliana são pressupostos da mesma, o facto ilícito – que neste contexto é ilícito de resultado e que pode equivaler à emissão de instruções desvantajosas, ou no geral, à violação de deveres de lealdade que conduzam à impossibilidade fáctica de satisfação dos créditos, ou seja, a situações de abuso de direito; a culpa – a ser apreciada de acordo com a diligência de um gestor/ sócio criterioso e ordenado e não só de acordo com a diligência do pai de família, tal como transparece do regime civil geral; o dano – correspondente à não existência de compensação e impossibilidade fáctica de satisfação do credor e, também, o nexo de causalidade entre a acção – instruções – e o dano – insusceptibilidade de ser pago.

São estes pressupostos que perante cada situação têm de ser analisados de modo a aferir se há lugar ou não à responsabilidade dos gerentes das sociedades parte do grupo. Sendo que, a propósito dos mesmos, restará apenas fazer notar a existência de algumas dificuldades para os credores sociais, nomeadamente, como já adiantado *supra*, as relativas à questão do ónus da prova quanto ao requisito da culpa culpa, bem como a questão da causalidade directa – como melhor se verá adiante na análise jurisprudencial ao tema.

### **3.3. Das soluções na jurisprudência**

---

<sup>111</sup> ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, “Diálogos com a Jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores para com os credores sociais e desconsideração da personalidade colectiva” em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano II, Vol. 3, Semestral, Almedina, Março de 2010, p. 60.

Tal como se retira da análise *supra*, a responsabilidade de sócios ou gerentes aquando da existência de situações de abuso (que culminem na diminuição dos direitos dos credores sociais) tem de ser analisada tendo em conta as várias circunstâncias de cada caso concreto, o que significa que a jurisprudência tem então um papel preponderante na resposta às questões jurídicas que vão surgindo.

É nesse sentido, de forma a melhor esclarecer e enfatizar os principais problemas que têm surgido no âmbito do tema que nos propomos tratar, bem como para tentar compreender quais as tendências de resposta ao mesmo, que apresentamos e analisamos sucintamente os quatro acórdãos seguintes<sup>112</sup>, os quais, embora não o refiram directamente, correspondem a situações de abuso no âmbito de grupos de facto de base pessoal que se traduziram em prejuízo para os credores sociais.

Vejamos,

1. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Fevereiro de 2009<sup>113</sup>: AA e BB são sócios e gerentes da sociedade EE, Lda.

EE, Lda. era proprietária de um imóvel, o qual vendeu à sociedade LL, Lda. – sociedade a que AA estava também ligado – por um preço bastante inferior ao seu preço real.

A sociedade LL, Lda. vendeu também posteriormente o referido prédio, mas pelo seu real valor.

A venda evitou então “a entrada nos cofres da EE, Lda. do montante devido pelo justo valor da propriedade vendida”, o que se veio a traduzir num prejuízo para os demais sócios da sociedade, mas também para os credores sociais da mesma.

O Tribunal, perante o exposto, veio a concluir que, ainda que os gerentes tenham sido mandatados para encetarem as negociações para a venda e outorga da escritura do imóvel pela Assembleia Geral, a responsabilidade dos mesmos não se encontra excluída pelo actual artigo 72.º n.º 5, estando preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil e não havendo, como tal, necessidade de recorrer à utilização da figura da desconsideração da personalidade colectiva.

---

<sup>112</sup> Fruto de pesquisa em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) através de descritivos que poderiam sugerir a existência de grupos de facto de base pessoal, embora os mesmos nunca sejam descritos e evidenciados como tal.

<sup>113</sup> Processo 08A33991, Relator Paulo Sá, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/da51ae2f23646dd0802575b4002dac33?OpenDocument>.

A título de comentário ao Acórdão referir apenas duas questões. Primeira: que o facto de existirem outros sócios permitiu que fosse possível recorrer ao artigo 77.º do CSC, o que nem sempre sucede nos grupos de facto de base pessoal. Segunda: que há uma clara preferência pelas regras da responsabilidade, em detrimento da utilização da figura da desconsideração da personalidade colectiva, perspectiva com a qual concordamos.

2. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22 de Junho de 2009<sup>114</sup>: C, Lda., da qual eram sócios HH e II, havia celebrado com B, Lda. um contrato de franquia, do qual resultava para a C, Lda., de entre outras obrigações, a obrigação de pagamento *de royalties* mensalmente.

Sucedeu que, a primeira veio a incumprir os termos do referido contrato, pelo que B, Lda. procedeu à resolução do mesmo.

Com a resolução do contrato, C, Lda. cessou a sua actividade. Porém, veio B, Lda. apurar que a primeira havia cedido os seus estabelecimentos à D, Lda. e E, Lda., sociedades recém-constituídas, com o mesmo objecto social, cujas sócias são FF e GG, casadas com HH e II, sendo que é este último o gerente de ambas as novas sociedades. Mais apurou que os equipamentos utilizados na actividade das mesmas são propriedade da C, Lda.

Perante o exposto, B, Lda. requereu a desconsideração da personalidade colectiva quanto à D, Lda. e E, Lda. para que as mesmas fossem responsabilizadas pelas dívidas de C, Lda.

Na análise da questão, o Tribunal fez depender a aplicação da figura da desconsideração da personalidade colectiva do objectivo inerente à constituição das sociedades, *i.e.* se foi ou não iludir e prejudicar terceiros.

No caso em apreço concluiu que a constituição das sociedades teve “como única finalidade frustrar a possibilidade de a requerente obter o pagamento do seu crédito e exigir o cumprimento das demais obrigações contratuais” e entendeu, por isso, que a situação foi claramente violadora das regras da boa fé e se deveria, em consequência, admitir a desconsideração da personalidade colectiva, com fundamento no artigo 334.º do Código Civil que “permite a sua imediata aplicação *de jure condito*”.

---

<sup>114</sup> Processo n.º 1201/09.1TBMAI.P1, Relator Maria de Deus Correia, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/330df7ab1b3b355c802575e1004e1416?OpenDocument>.

O Acórdão refere ainda que mesmo que se entendesse que não poderia ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade colectiva para responsabilizar D, Lda. e E, Lda. pelas dívidas de C, Lda. facilmente teria procedência uma acção de impugnação pauliana e poderia ter sido decretado o arresto dos bens da requerida.

Quanto à responsabilidade dos gerentes nos termos do artigo 78.º do CSC, considerou o Tribunal que a mesma é subsidiária e que, como é possível contar com o património que foi transferido para a D, Lda. e E, Lda. para garantia do crédito, não haverá fundamento legal para arrestar bens dos gerentes.

A propósito deste Acórdão é de fazer notar que, ao contrário do primeiro, se deu prevalência à aplicação da figura da desconsideração da personalidade colectiva (embora com recurso à figura do abuso de direito) em detrimento de uma possível aplicação directa de regras de responsabilidade civil ou mesmo de uma acção de impugnação pauliana, o que não nos deixa de causar alguma surpresa, embora compreendamos o sentido de justiça que está inerente à própria decisão.

3. Acórdão da Relação do Porto de 20 de Abril de 2004<sup>115</sup>: B, Lda., da qual são gerentes CC, DD e EE, recebeu dois fornecimentos de A, Lda., tendo se comprometido a pagar os mesmos pelo aceite de letras. Sucede que, na data de vencimento das mesmas, não liquidou qualquer valor.

A, Lda. de forma a ser ressarcida pelo seu crédito e tendo tomado conhecimento da insuficiência do património da B, Lda. – que foi sendo progressivamente descapitalizada à medida que aumentaram as dificuldades em cumprir as obrigações – veio requerer a responsabilização solidária dos gerentes CC, DD e EE, os quais se apurou que entretanto já tinham constituído outra sociedade com o mesmo objecto social, na mesma sede e continuavam a desenvolver desse modo a sua actividade.

Atento o caso em apreço, o Tribunal enquadrou a questão no sentido de apreciar a responsabilidade dos gerentes para com os credores sociais, prevista no artigo 78.º do CSC, tendo desde logo afastado consideração do levantamento da personalidade colectiva.

---

<sup>115</sup> Processo n.º 0421545, Relator Cândido Lemos, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/437c036684f21f1f80256e8500477875?OpenDocument>.

Esclareceu nesse sentido que aplicação do referido artigo está sujeita ao preenchimento de alguns requisitos, nomeadamente: a) inobservância culposa de uma disposição legal destinada à protecção dos credores sociais, b) existência de um nexo de causalidade entre a acção do gerente e o dano causado ao credor e c) insuficiência do património social.

Veio a concluir assim que não ficou demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta omissiva dos gerentes de não apresentação à insolvência da sociedade e o prejuízo advindo de tal para a autora (cujo crédito era de aproximadamente 11 mil contos e nunca teria sido ressarcido quando a sociedade apenas tinha bens que valessem 2 mil contos). Pelo que, não se afigura possível a responsabilização dos gestores nestes termos.

Quanto ao Acórdão ora explorado, apesar de compreendermos a lógica inerente ao mesmo, nomeadamente a necessidade de existirem requisitos que balizem a tomada de decisões neste tipo de casos, não podemos concordar com a decisão que daí resulta, uma vez que nos parece que a mesma é materialmente injusta e peca por excesso de formalismo nos fundamentos em que se baseia.

4. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 2 de Fevereiro de 2010<sup>116</sup>: C, Lda., credora no processo de insolvência de B, Lda., que tinha como gerente EE, foi ao processo apresentar impugnação quanto à qualificação dos créditos reconhecidos à D, Lda., da qual os únicos sócios eram EE e HH, sua mulher, pois entendia que os mesmos deveriam ser considerados como subordinados, e não comuns.

Para apreciação do caso, o Tribunal começou por esclarecer que os critérios existentes para a subordinação de créditos previstos no artigo 48.º do CIRE eram taxativos, nomeadamente porque a categoria de créditos subordinados é uma excepção e, como tal, deverá merecer uma interpretação restritiva, não podendo por esse motivo considerar-se os critérios aí elencados como meramente exemplificativos.

---

<sup>116</sup> Processo n.º 171/07.5TBOBR-C.C1, Relator Carlos Moreira, disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/abbfc3eec2c882f7802576da0034508c?OpenDocument&Highlight=0,sociedade,conjuges>.

Não obstante o *supra* descrito, considerou também o Tribunal que deve ser permitida uma interpretação “abrangente e plástica” das alíneas, a qual deve ser feita de forma adequada e justa e em função dos contornos de cada caso concreto.

Assim e atento às características do caso apresentado, o Tribunal veio a entender que, pelo facto de existir acesso a informação privilegiada da insolvente por parte da D, Lda., EE e HH, bem como por existir uma estreita correlação/confusão entre as esferas patrimoniais dos vários intervenientes, se deveria considerar a interpretação abrangente das alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 49.º, o qual vem concretizar o artigo *supra* referido, e cujas alíneas quais remetem para os conceitos de relação de domínio e de administração de facto e de direito.

Na linha do exposto, foi assim concluído pela desnecessidade de recorrer ao instituto da desconsideração da personalidade colectiva (por o mesmo ser subsidiário), mas também pela necessidade de afastar interpretações “com excessivo rigor formal”. O crédito reclamado foi em consequência qualificado como subordinado.

Relativamente a este Acórdão, e comparativamente ao anterior, parece-nos essencialmente relevante fazer notar a especial atenção que é dada à necessidade de justiça material em detrimento da interpretação excessivamente formal dos requisitos legais. Assim, e ainda que reconheçamos que a fundamentação *in casu* possa não ser muito sólida, também entendemos que, dada a falta de respostas na legislação em vigor quanto ao tema, se torna, por vezes, necessário que se siga um caminho como este.

Face a todo o exposto, voltamos a reiterar o nosso entendimento quanto à importância de reconhecer os grupos de facto de base pessoal como uma realidade, sob pena de se verificarem situações de injustiça para com os credores sociais, nomeadamente quando não existam juízes que entendam a complexidade dos problemas que surgem no âmbito dos mesmos (de forma semelhante à neste último Acórdão).

### **3.4. Abordagem económica**

Os grupos de facto de base pessoal, quando não haja abuso na sua utilização por parte dos sócios controladores, permitirem a partilha de competências *inter-partes* e a re-alocação eficiente de recursos, o que possibilita simultaneamente a criação de riqueza e aumento do

bem-estar social. Ganham nesse sentido alguma relevância no mundo económico, como já referimos.

Não obstante, conforme já expressado também *supra*, é nosso entendimento que os mecanismos de defesa do próprio mercado não se têm revelado suficientes no âmbito da protecção dos credores sociais, pelo que necessário será a procura de soluções jurídicas que permitam colmatar essa falha – tal como tentámos demonstrar.

As soluções jurídicas apresentadas não podem, porém, ser aplicadas sem que haja uma análise dos impactos que as mesmas têm no sistema económico. Assim, e para além da escolha de uma solução com base no critério de justiça material, a solução *a final* deverá ser também necessariamente uma que seja eficiente e que não signifique uma redução do bem-estar social<sup>117</sup>.

Sendo que, e de forma a clarificar o conceito, se dirá que é eficiente, em sentido de PARETO, a alocação de recursos quando já não seja possível que ninguém melhor sem piorar o bem-estar de outrem; bem como, se dirá, no sentido complementar dado por KALDOR HICKS, que é eficiente o resultado sempre que, ainda que haja um impacto negativo na esfera de alguém, haja possibilidade de compensação por quem ganhou, compensação que não tem de ser efectiva, mas que tem de pelo menos de se traduzir numa disponibilidade teórica para compensar até ao limite da perda sem ultrapassar o benefício.

Da aplicação destes conceitos aos grupos de facto de base pessoal, há então a retirar duas conclusões, a nosso ver. A primeira, e visando o conceito de PARETO, é de que, nesta perspectiva, só haverá eficiência na prossecução do interesse de grupo quando pelo menos uma das sociedades pertencentes ao mesmo beneficiar da situação em causa e simultaneamente não existam impactos negativos em qualquer das outras (relativamente às quais se exige pelo menos neutralidade na acção – o que significa também necessariamente que a descapitalização de uma sociedade em favor de outra não poderá ser nunca aceite).

A segunda, relacionada com a teoria das vantagens compensatórias de KALDOR HICKS, é de que há uma total consonância entre esta regra económica e as normas de responsabilidade civil, podendo a presente teoria vir a revelar-se um meio bastante eficaz para definir o valor de indemnizações que venham a ser aplicadas.

---

<sup>117</sup> SHAVELL, STEVEN; KAPLOW, LOUIS, “Fairness versus Welfare: Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice” - Discussion Paper n.º. 411, John M. Olin Center for Law, Economics, and Business at Harvard Law School, Março de 2003, disponível em [http://papers.ssrn.com/abstract\\_id=391060](http://papers.ssrn.com/abstract_id=391060).

Do ora exposto também se retira, como já se havia frisado, que as teorias são complementares, sendo que a primeira terá maior relevo como critério de actuação para os agentes económicos *ex ante*, tal como acontece com o dever de lealdade; e a segunda terá um maior impacto em situações *ex post*, de correcção de comportamentos.

No seguimento da distinção, e de um ponto de vista de actuação preventiva, haverá ainda a referir, embora não esteja directamente relacionada, a importância da criação de um sistema de incentivos (que cremos ser um bom ponto de partida) que promova a procura de eficiência no seio grupo e que conseqüentemente desencoraje o surgimento de comportamentos oportunistas, nomeadamente por parte de sócios controladores. Em referência, e ainda que seja certo que a configuração de um sistema com tais características não se afigura fácil tarefa, sempre poderá equacionar que a promoção da transparência e a redução de custos financeiros para as sociedades poderão ter um papel relevante no mesmo, pelo que há que fazer referência à questão dos sistemas de *cash-pooling*.

Assim e no âmbito de um grupo de facto de base pessoal, um sistema de *cash-pooling* significaria, em primeira análise, que o saldo das sociedades-irmãs passaria a ser comum e que, como tal, haveria maior disponibilidade de *cash/liquidez*, o que certamente também potenciaria a consolidação de linhas internas de crédito, a alocação mais eficiente de recursos e uma significativa redução de custos.

Mais, e permitindo maior transparência quanto às transferências *inter grupo*, significaria também uma eventual alteração da percepção que os credores, nomeadamente a banca, têm do grupo, com possibilidade de impacto na disponibilidade para financiamentos e taxas de juros apresentadas para os mesmos.

Em teoria, o *cash-pooling* poderia ainda levar ao fortalecimento da imagem do grupo no mercado, quer considerado em si próprio, quer relativamente a cada uma das sociedades que o constituíssem, pois às mesmas estaria associado um mecanismo de suporte.

Em conclusão, não obstante as vantagens *supra* descritas, é evidente que o sistema também suscita algumas questões, quer quanto à independência financeira de cada sociedade – que quase desaparece –, quer quanto à tutela dos credores sociais que passam a partilhar o risco de grupo e não só o da sociedade com que inicialmente contrataram<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Ob. cit., p. 504.

Quanto a este último ponto, é porém nosso entendimento que na realidade a partilha de risco já ocorre nos grupos de facto de base pessoal mesmo sem a existência destes sistemas de *cash pooling*, pelo que seria hipócrita apresentar essa questão como uma desvantagem, já que, pelo menos com a legitimidade do sistema haveria transparência e efectivo conhecimento das relações entre sociedades.

#### **4. Considerações Finais**

Entendemos os grupos de facto de base pessoal como um importante motor da economia, os quais permitem a criação de riqueza, de postos de trabalho, de desenvolvimento e ainda a revitalização de certas áreas geográficas em que estão inseridos, daí o foco que pretendemos dar-lhes.

Entendemos também, no entanto, que o facto dos mesmos não serem considerados enquanto tal acarreta prejuízos para quem com os mesmos contrata, nomeadamente quando as estruturas são utilizadas de forma abusiva. Os credores sociais, *máxime* os que não têm noção da existência do grupo e da partilha de risco da actividade empresarial tal como ela existe na realidade, são os principais penalizados, pois acabam por assegurar o risco da actividade na totalidade, dada a impossibilidade de verem ressarcidos os seus créditos.

A curto prazo, e admitindo dificuldade em criar ou explorar mecanismos de tutela preventiva dos direitos dos credores sociais que sejam verdadeiramente efectivos, resta-nos então encarar o problema e respectivas soluções do ponto de vista da aplicação dos mecanismos de responsabilização *a posteriori* – estratégia que seguimos *supra* e no âmbito da qual merecem destaque as normas de responsabilidade civil.

No mesmo sentido, é ainda de frisar a importância que a jurisprudência, face à situação de indefinição que existe, tem tido e vai continuar a ter, pelo que nos resta, a esse nível, esperar também que a procura da verdade material se sobreponha às aplicações demasiado formalistas da lei.

A médio prazo, e uma vez que não é expectável que ocorra a curto prazo, importante seria como solução começar pela definição dos elementos que permitem identificar a existência de um grupo de facto de base pessoal, para que pelo menos as normas de responsabilidade

civil e direito da insolvência pudessem dar resposta aos problemas que vão surgindo desta indefinição, sem necessidade de grandes interpretações extensivas das mesmas.

Por fim, e a longo prazo, perante a existência inegável e abrangente dos grupos de facto de base pessoal como os aqui definimos, não vemos como seja possível evitar, pelo menos, o seu reconhecimento legislativo, o qual aguardamos. O ideal porém seria mais do que isso, seria uma revisão no direito dos grupos, embora ainda não estejamos preparados para adiantar em que exactos moldes.

## 5. Referências Bibliográficas

AAVV, *Final Report of the Expert group: “Overview of Family–Business–relevant issues: research, networks, policy measures and existing studies”*, Comissão Europeia, Bruxelas, 2009, disponível em <http://ec.europa.eu>

AAVV, *Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Comissão Europeia, Bruxelas, 2002, disponível em [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf)

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, “II – Responsabilidade dos administradores para com os credores sociais e desconsideração da personalidade colectiva” em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano II, Vol. 3, Semestral, Almedina, Março de 2010

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, “Subcapitalização de sociedade e Desconsideração de Personalidade Colectiva” em Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal, Coord. Maria Miguel Carvalho e Paulo de Tarso Domingues, Almedina, 2011

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, Curso de Direito Comercial, Volume II – (Das Sociedades), Almedina, 4ª Edição, Coimbra, Novembro, 2011

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, Da empresarialidade (As empresas no Direito), Coleção teses, Almedina, Novembro 1999, Reimpressão

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE; RAMOS, ELISABETE, “Responsabilidade Civil dos Administradores e de Sócios Controladores” em Miscelâneas, n.º 3, Almedina/ Idet, 2004

ANTUNES, JOSÉ AUGUSTO QUELHAS LIMA ENGRÁCIA, Os Direitos dos Sócios da Sociedade-mãe na formação e Direcção dos Grupos Societários, Estudos e Monografias, UCP – Editora, Porto, 1994

ANTUNES, JOSÉ AUGUSTO QUELHAS LIMA ENGRÁCIA, Os Grupos de Sociedades (Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária), 2ª Edição, Revista e Actualizada, Almedina, Coimbra, Maio de 2002

AURÉLIO MENÉNDEZ Y OUTROS, Lecciones de Derecho Mercantil, “Lección 22: Uniones de Empresas y Grupos de Sociedades”, Segunda Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2004

BORGES, SOFIA LEITE, Grupos de facto e grupos informais – Relatório de Mestrado em Ciências Jurídicas – F.D.U.L. – Seminário de Direito Comercial. Coord. Oliveira Ascensão e Pedro Pais de Vasconcelos, 2000 (não publicado)

BREALEY, RICHARD A.; MYERS, STEWART C., Principles of Corporate Finance, The McGraw-Hill Companies, Seventh Edition, 2003

BYUN, HAE-YOUNG; CHOI, SUNHWA; HWANG, LEE-SEOK; KIM, ROBERT G., “Business Group Affiliation, Ownership Structure, and the Cost of Debt”, 2012, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2031438>

CABRAL, JOÃO MIGUEL SANTOS, “O Administrador de Facto”, *Revista do CEJ*, Dossier Temático Verdade, Justiça e Comunicação, N.º 10, 2.º Semestre 2008

CÉBRIA, LUIS HERNANDO, “¿Sociedad Dominante Administradora de Hecho? Más Allá Del Velo Corporativo” em *Revista de Derecho Mercantil*, Número 280, Civitas, Thomson Reuters, Abril-Junio 2011, p. 133 e ss.

CUERVO-CAZURRA, ALVARO, “Business Groups and Their Types” em *Asia Pacific Journal of Management*, n.º 23, 2006, pp. 419-437, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1060602>

CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª. Edição, Almedina, Coimbra, 2012

DOMINGUES, PAULO DE TARSO, “O novo regime do capital social nas sociedades por quotas”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano III, Vol. 6, Almedina, Outubro 2011

DUARTE, RUI PINTO, “Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial”, *Fisco*, N.º 76/77, Ano VIII, Lex, Março/Abril 96

ESPINOSA, FRANCISCO JOSÉ ALONSO, “La empresa familiar como problema”, em *Revista de Derecho Mercantil*, Número 283, Civitas, Thomson Reuters, Enero-Marzo 2012.

FRAZÃO, ANA, “Desconsideração da Personalidade Colectiva e Tutela de Credores” em Questões de direito societário em Portugal e no Brasil, Coord. Fábio Ulhoa Coelho e Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, 2012

GOIKOETXEA, ROSA OTXOA-ERRARTE, La Responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su sociedad, *Monografía asociada a Revista de Derecho de Sociedades*, Número 34, Aranzadi, Thomson Reuters, 2010

GOMES, JOÃO; LIVDAN, DMITRY, “Optimal Diversification: Reconciling Theory and Evidence” in *The Journal of Finance*, Vol. LIX, N. 2, Wiley-Blackwell, Abril 2004, Págs. 507-535, disponível online em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1540-6261.2004.00641.x/pdf>

GOMÉZ, MARÍA ANGUSTIAS DÍAZ, “La sociedad familiar de capital: reflexiones sobre su organización y la incidência del concurso de acreedores”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Número 38, Thomson Reuters, Aranzadi, Ano 2012-1, p. 199 e ss.

HEUGENS, PURSEY P. M. A. R.; ZYGLIDOPOULOS, STELIOS C., “From social ties to embedded competencies: the case of Business Groups”, 2005, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1114758>

IRUJO, JOSÉ MIGUEL EMBID, “Um paso adelante y varios atrás: sobre las visicitudes recientes del concepto legislativo de grupo en el ordenamiento español”, *Revista de Derecho de Sociedades*, N.º 30, Thomson, Aranzadi, 2008

KABIR, REZAUL; GEORGE, REJIE, “Heterogeneity in business groups and the corporate diversification-firm performance relationship”, 2011, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1857923>

KOPPENSTEINER, HANS-GEORG, “Os Grupos no Direito Societário Alemão”, em *Série Miscelâneas*, Nº 4 do Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina, Coimbra, Março de 2006

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, “A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo” em *Revista do Direito das Sociedades*, Ano I, 2009, número 4, Almedina, Director António Menezes Cordeiro, Coimbra, pp. 995-1028

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?” em *Revista do Direito das Sociedades*, Ano I, 2009, número 1, Almedina, Director António Menezes Cordeiro, Coimbra, pp. 95-133

OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, Grupos de Sociedade e Deveres de Lealdade (Por um critério unitário de solução do “Conflito do Grupo”), Almedina, Coimbra, 2012

OLIVEIRA, NUNO MANUEL PINTO, “Uma proposta de coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais” em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano V, Vol. 9, Semestral, Almedina, Março de 2013

PATTANAYAK, MANORANJAN, “Business Groups, Strategic Ownership and Firm Value”, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1523751>

POLAK, PETR; SIMON, ONDREJ, “The application of cash pooling into business practice – ČEZ Group”, in *Investment Management and Financial Innovations*, Volume 5, Issue 4, 2008, disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1473108](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1473108)

PRADO, VIVIANE MULLER, “Grupos Societários: Análise do Modelo da Lei 6.404/1976”, *Revista DireitoGV*, Vol. I, N.º 2, Jun-Dez 2005, pp. 5-28, disponível online em [http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv\\_02\\_p005\\_028.pdf](http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_02_p005_028.pdf)

RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES, “A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português”, disponível em [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/insolvencia.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/insolvencia.pdf).

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, “Desconsideração da Personalidade Colectiva e Tutela de Credores” em Questões de direito societário em Portugal e no Brasil, Coord. Fábio Ulhoa Coelho e Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, 2012

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, “O Capital Social das Sociedades por Quotas e o Problema da Subcapitalização Material” em Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal, Coord. Maria Miguel Carvalho e Paulo de Tarso Domingues, Almedina, 2011

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Colectiva”, Almedina, Coimbra, 2012

SIMÕES, ANA RAQUEL LOPES, A insolvência das sociedades coligadas e dos grupos de sociedades, *Relatório do Seminário de Direito Comercial II, Curso de Mestrado 2005/2006*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coord. Menezes Cordeiro e Manuel Carneiro da Frada

TRIGO, MARIA DA GRAÇA, “Grupos de Sociedades” em Separata da *Revista “O Direito”*, ano 123, I 1991

VERSE, DIRK A., “Shareholder Loans in Corporate Insolvency – A New Approach to an Old Problem”, *German Law Journal*, Vol. 9, N.º 9, 2008, pp. 1109 e sgg.