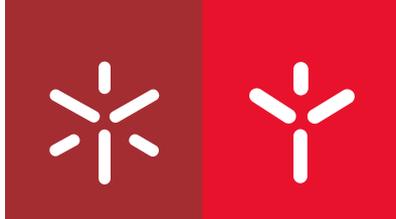


Universidade do Minho
Escola de Direito

Raquel Matos Pereira

**Reflexões em Torno do Interesse
Social nos Grupos de Sociedades**



Universidade do Minho

Escola de Direito

Raquel Matos Pereira

Reflexões em Torno do Interesse Social nos Grupos de Sociedades

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Catarina Isabel da Silva Santos Serra

março de 2016

DECLARAÇÃO

Nome: Raquel Matos Pereira

Endereço eletrónico: raquelmatosp@gmail.com

Cartão de Cidadão n.º: 13564870

Título dissertação: Reflexões em Torno do Interesse Social nos Grupos de Sociedades

Orientadora: Professora Doutora Catarina Isabel da Silva Santos Serra

Ano de conclusão: 2016

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, 3 de março de 2016

Assinatura:

AGRADECIMENTOS

Um sincero agradecimento a toda a equipa da RPC, Sociedade de Advogados, R.L pelo apoio disponibilizado, pela compreensão demonstrada e pelas palavras de motivação que nunca se coibiram de expressar. Em especial ao Dr. João Coelho de Pinho por me ter dado a oportunidade de estudar e conhecer as tonalidades da aplicação prática do regime dos Grupos de Sociedades.

À Senhora Professora Doutora Catarina Serra, orientadora da presente dissertação, pelo seu carisma e conhecimento sobre o Direito das Sociedades Comerciais, que tanto motivaram o presente estudo, e pelos conselhos prestados, sempre tão precisos e esclarecedores.

Este trabalho não teria sido possível concluir sem o apoio incondicional da minha família, que permitiram que este percurso fosse menos solitário. Um profundo agradecimento à minha mãe, ao meu pai, à minha irmã e ao Tiago pelo carinho, amizade e ajuda sempre prestada. Muito obrigada.

RESUMO

Os Grupos de Sociedades são definidos como “o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respetivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção económica unitária e comum”.

Não sendo um ente jurídico por si só, os Grupos de Sociedades, importa uma abordagem histórica que contextualize o seu surgimento, por forma a que consigamos debruçar as suas principais características, para, de seguida, nos debruçarmos sobre o seu regime jurídico consagrado em Portugal.

Com origem em circunstâncias económicas, são um fenómeno com características de flexibilidade e dinamismo, que se adapta às diferentes alterações do mercado, sendo, por esse motivo, o regime organizacional das sociedades comerciais por excelência.

Compreendendo o percurso do legislador português, tentamos conhecer a perspetiva transnacional, com o objetivo de, enraizados nos conceitos basilares deste regime, podermos responder à questão que aqui nos traz: pode, ou não, ser reconhecido pelo Direito o interesse social do grupo?

ABSTRACT

Groups of companies are frequently defined as a set, more or less extensive, of commercial companies, which maintain their own and distinct legal personalities but they subordinate to a single economic administration, which is common to all the companies.

Because of the fact that this phenomenon are not legal entities, Groups of Companies merit a historical approach, which sets its birth, so that we can distinguish their principal characteristics. We can then study their legal framework in Portugal.

Its origin is related to economic circumstances and the Groups of Companies are a phenomenon with flexible and dynamic characteristics, which adapt themselves to the different changes in the market and, therefore, they are, par excellence, the organizational system of commercial companies.

Knowing the method of the Portuguese legislator, we tried to understand the transnational perspective, with the basic concepts of this system. The main goal is to answer the question that brings us here: may or may it not be recognized by Law the interest of the group?

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
I. ALTERAÇÃO DO PARADIGMA DA EMPRESA. A EMPRESA	
PLURISSOCIETÁRIA	3
1. Grupos de Sociedades como Modelo de Organização Preferencial.....	3
2. O Regime das Sociedades Coligadas Previsto no Código das Sociedades Comerciais	7
II. A RELAÇÃO DE GRUPO COMO FENÓMENO DE ORGANIZAÇÃO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS	17
1. O grupo como unidade económica sem personalidade jurídica	17
2. A direção unitária como característica da relação de grupo.....	19
3. Do regime de responsabilidade	26
4. Os Regimes Consagrados nos Países da União Europeia	42
III. OS DEVERES DE CONDUTA DOS ADMINISTRADORES E O INTERESSE SOCIAL NO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS	49
1. O Artigo 64.º do CSC e os Deveres fundamentais dos Administradores	49
2. O Interesse Social como conceito indeterminado.	53
3. O Interesse Salvaguardado pelo Legislador na Reforma de 2006.	59
IV. O INTERESSE SOCIAL NOS GRUPOS DE SOCIEDADES	73
Secção I – O Direito Nacional	74
1. Manifestações do Interesse Social do Grupo no CSC.....	74
2. As Vozes da Doutrina Portuguesa.....	75
Secção II - A Perspetiva Transnacional	83

1. Do Reconhecimento do Interesse Social do Grupo nos Estados Membros da União Europeia	83
2. A Resposta da União Europeia.....	90
CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
BILIOGRAFIA	105

LISTA DE ABREVIATURAS

AAVV – Autores Vários

AktG - Aktiengesetz

Art. - Artigo

BGH – Bundesgerichtshof

CC – Código Civil

CEE – Comunidade Económica Europeia

Cfr. - conforme

CIRC – Código de Imposto de Rendimento sobre Pessoas Coletivas

CIRE – Código de Insolvência e Recuperação de Empresas

CMVM – Comissão do Mercado e Valores Mobiliários

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CT – Código do Trabalho

DL – Decreto-Lei

EFTA - European Free Trade Association (Associação Europeia de Comércio Livre)

EUA - Estados Unidos da América

FMI – Fundo Monetário Internacional

GATT - General Agreement on Tariffs and Trade (Acordo Geral de Tarifas e Comércio)

i.e. - Isto é

IPCG – Instituto Português de Corporate Governance

NCPC – Novo Código de Processo Civil

Nº. - Número

OCDE – Organização para o Comércio e Desenvolvimento Económico

OMC – Organização Mundial do Comércio

p. - Página

pp. - Páginas

RU – Reino Unido

SAE – Sociedade Anónima Europeia

SME – Serviço de Migração e Estrangeiros

SS - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

UE – União Europeia

V – Ver

v.g. - *verbi gratia* (por exemplo)

Vol. - Volume

INTRODUÇÃO

O estudo que nos propomos apresentar tem como objeto uma reflexão em torno da admissibilidade jurídica de um interesse social dos Grupos de Sociedades.

É inevitável a constatação de que os Grupos de Sociedades são, atualmente, o modelo de organização societária por excelência. Utilizado pelos principais Estados com presença na economia mundial, são, estatisticamente, uma das entidades económicas com maior riqueza mundial.

Para tal, o fenómeno dos grupos deve ser compreendido tendo em conta as razões histórico-económicas que levaram à sua constituição. A opção pelos grupos de sociedades, com o conseqüente afastamento de outras formas de organização e expansão societária, mormente a fusão, é motivada pela flexibilidade oferecida pelo grupo na gestão e organização do negócio, o que se deve à manutenção da autonomia societária, conjugada com a direção unitária das sociedades pertencentes ao grupo.

Neste sentido, a prática económica conduziu à adaptação do Direito ao novo fenómeno caracterizado pelo domínio e controlo inter-societário, o que levou o legislador português, seguindo o exemplo do sistema jurídico Alemão, a regular um regime especial para este tipo organizacional, que se encontra previsto no nosso CSC, nos arts. 488.º a 508.º. Contudo, como se observará, a consagração expressa de um regime para os Grupos de Sociedades não foi a solução encontrada por todos os países da União Europeia.

Aqui chegados, os grupos de sociedades caracterizados pela sua organização transfronteiriça, veem-se perante um regime jurídico onde a sociedade-mãe, de acordo com o regime aplicável no país onde se encontra sediada, pode instruir a administração das sociedades-filhas com diretrizes prejudiciais a estas; por sua vez, para as sociedades que recebem as instruções, sediadas noutros países, pode-se verificar que tais ordens violam o interesse social da sociedade subordinada, não permitindo - o seu direito interno - que as mesmas sejam cumpridas.

Iniciamos o presente estudo na convicção de que a aceitação perante o ordenamento jurídico europeu do interesse social do grupo, apresentar-se-ia como critério estabilizador do regime das sociedades em grupo, porquanto limitava a atuação da sociedade-diretora e, conseqüentemente, tutelava os direitos dos credores e sócios minoritários das sociedades-filhas, ao mesmo tempo que conferia confiança no regime.

Por forma a averiguar a suscetibilidade de, no ordenamento jurídico português, se admitir a existência de um interesse social do grupo, capaz de abranger todas as instruções dadas pela sociedade-mãe para o benefício do próprio grupo, procuramos encontrar na letra da lei uma correspondência com todas as circunstâncias que influenciam o regime consagrado e que, conseqüentemente, terão influenciado o legislador na sua redação.

Assim, tendo presente a obrigação que recai sobre os administradores, de prosseguir o interesse social nas sociedades comerciais, ditas independentes, ambicionamos concluir se, nas relações de grupo, essa obrigação pode ser interpretada no sentido de abranger o regime dos grupos, alargando o conceito para um interesse social do grupo, enquanto unidade económica.

Para tal, procederemos à análise do regime dos grupos de sociedades consagrado no nosso sistema jurídico, mas também às soluções apresentadas pelos restantes países da União Europeia e pela própria Comissão Europeia, tentando encontrar a coerência necessária para o regime jurídico dos grupos.

Como desfecho da presente dissertação, ambicionamos poder chegar a uma conclusão que venha contribuir para uma interpretação harmoniosa do Regime dos Grupos de Sociedades, que consideramos apenas possível alcançar com a aceitação jurídica, por parte dos Estados Membros da União Europeia, de um interesse social do grupo, constituído pela unidade económica que caracteriza as diferentes sociedades comerciais que dele fazem parte.

I. ALTERAÇÃO DO PARADIGMA DA EMPRESA. A EMPRESA PLURISSOCIETÁRIA

1. Grupos de Sociedades como Modelo de Organização Preferencial

A perceção de que a atividade comercial é exercida pelo comerciante individual, que se responsabiliza pessoalmente pelo exercício da sua atividade, há muito que deixou de fazer parte da nossa realidade económica e jurídica, substituindo-se pela criação de sociedades comerciais, com personalidade jurídica distinta dos membros que a constituem.

Décadas passaram desde que uma pessoa singular, isoladamente ou em conjunto com parceiros de negócio, constituía uma sociedade comercial para singrar na sua atividade, com a vantagem de ter um património autónomo da pessoa singular, vinculando-se individualmente, criando assim direitos e obrigações próprios. Caminhávamos assim para a empresa societária.

Historicamente⁽¹⁾, fatores como a *globalização da economia* como novo sistema económico do séc. XXI - provocada pela progressiva eliminação de barreiras de comércio internacional (GATT, OMC), pela harmonização internacional de sistemas financeiros e controlos cambiais (FMI, SME), e também pela cooperação económica estadual (OCDE, EFTA), entre outros fatores - originaram a internacionalização dos mercados nacionais. Tal expansão, levou a que o volume das transações comerciais e financeiras disparasse, que a concorrência dos mercados aumentasse, tendo sido dada uma maior importância à homogeneização dos modelos de organização económica. A própria perspectiva de crescimento empresarial altera-se, o que naturalmente levou a empresa societária a rever a sua estrutura, por forma a prevenir o risco inerente à sua ambição de crescimento.

Numa fase inicial, as empresas conseguem dar resposta a esta natural perspectiva de crescimento, com recurso à expansão interna, nomeadamente, com auxílio das suas capacidades financeiras, aumentando o capital, emitindo empréstimos obrigacionistas, obtendo dos sócios suprimentos, prestações acessórias ou suplementares; e ainda com

¹ Sobre a evolução histórica que leva ao encontro da Empresa Plurissocietária, veja-se JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades – Estruturas e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, pp. 38 a 46 e 270 a 291, 2ª Edição, Revista e Atualizada, 2002, Almedina

auxílio a técnicas comerciais, como a abertura de sucursais de distribuição e representação.

Foi fundamental para esta expansão o recurso a técnicas de fusão que permitem à empresa a cumulação patrimonial de ativos sem perder a sua personalidade jurídica.⁽²⁾

Acontece que, com vista ao seu contínuo crescimento e já munido de recursos de expansão interna, a sociedade comercial vê-se perante uma dimensão tal que se encontra incapaz de prosseguir o seu desenvolvimento. Na verdade, o crescimento pelo método de expansão interna leva a que se instalem, dentro da própria sociedade, processos burocráticos, pouco flexíveis, já que a gestão e o sistema de deliberação se mantêm nos mesmos órgãos, dificultando operações quotidianas e, com isso, o seu desenvolvimento.

Conforme os ensinamentos de JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, “... qualquer empresa societária em contínuo processo de expansão endógeno acaba inevitavelmente por atingir uma certa dimensão a partir da qual se colocam complexos problemas de organização advenientes do seu gigantismo e onde deixa de ser possível garantir uma gestão eficiente de todo económico...”⁽³⁾.

Verificando-se que o crescimento interno a um nível incapaz de ser controlado, levaria a complexos problemas, a empresa societária procurou o crescimento externo. Ou seja, como auxílio da sua atividade comercial, importante se revelou a aquisição e controlo de outros operadores económicos, dando assim origem ao fenómeno dos grupos de sociedades ou, conforme denominado no Código das Sociedades Comerciais, às sociedades coligadas.⁽⁴⁾

Deste fenómeno, poder-se-á desde logo salientar a principal característica, ou benefício, retirado pela sociedade que detém o controlo: deixa de deter para si todas as fases de processo comercial/industrial, delegando essas funções noutras sociedades com autonomia própria, com capacidade decisória, mas que, por fazerem parte da primeira, conferem confiança e segurança comercial a esta, como se de ramificações dela se

² JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, p. 40.

³ *Idem*, p. 41.

⁴ LUÍS BRITO CORREIA, *Grupos de Sociedades*, em FDL/CEJ, *Novas Perspetivas do Direito Comercial* (1988), pp. 377-391, (383), refere que este crescimento pode ser conseguido por várias modalidades jurídicas, refere “a) Por crescimento interno (v.g aumento de capital); b) Por concentração (horizontal, vertical ou conglomerada): - por fusão; - por trespasse; - por participação noutras sociedades; c) Por contrato de subordinação ou de grupo.”.

tratassem. O que não se verificaria caso uma sociedade comercial solicitasse, a título de fornecimento, a qualquer outra sociedade comercial, a execução de determinado produto ou serviço, sem que tivesse controlo na organização desta.

Vejamos que, em contraposição com o modelo de expansão interna, em que a sociedade se desenvolve dentro de si, com as consequências já aqui descritas; no modelo de expansão externa verifica-se o aglomerar de várias sociedades, todas elas com poderes específicos, flexibilizando as operações.

Concretizando, a organização em grupo de sociedades permite substituir a sociedade comercial por uma unidade económica, com funções mais vastas, reunindo uma política económica, financeira e comercial entre todas as sociedades. Recorrendo a sociedade a operações de *integração vertical* - que conferem à sociedade-mãe a segurança de que não será privada das suas fontes de abastecimento ao melhor preço – e de *integração horizontal* - que reduz de imediato os seus custos fixos, reforça a sua quota no mercado reduzindo a concorrência, e verificando-se importantes “economias de escala”⁽⁵⁾ – e de *integração diversificada ou conglomerada* – que permite à sociedade-mãe o controlo das sociedades filhas em vários pontos do mundo, estrategicamente definidos e distribuindo o risco inerente à atividade empresarial.⁽⁶⁾

Ademais, e ainda invocando os motivos pelos quais o fenómeno se demonstra tão benéfico ao crescimento das sociedades, a conservação da personalidade jurídica das sociedades agrupadas permite a manutenção de um limite, ou uma separação, na responsabilidade dos passivos sociais, pelo menos aparentemente. As sociedades-filhas, não obstante verem a sua atuação controlada pela sociedade-mãe, atuam perante terceiros como sociedades autónomas nas suas decisões, o que cria uma aparência de desresponsabilidade da sociedade-mãe.⁽⁷⁾

O fenómeno das sociedades coligadas, aparece como uma solução viável para o constante crescimento das sociedades comerciais que, outrora, se viam confrontadas com

⁵ No caso aqui em estudo, fácil se notará a verificação do fenómeno de economias de escala quando estamos perante um grupo de sociedades com integração horizontal, já que, adquirindo a sociedade-mãe uma sociedade que incide sobre a mesma atividade, com exercício próprio e autónomo daquela, natural é que ao se encontrarem perante a mesma direção económica, se aumenta exponencialmente a quantidade a produzir conjuntamente, reduzindo-se o custo.

⁶ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, pp. 63 e 64.

⁷ Conforme *infra* demonstraremos, o regime dos Grupos de Sociedades prevê um regime de responsabilidade da sociedade-mãe por forma a compensar a subordinação existente da sociedade-filha, por forma a proteger os credores e sócios-minoritários.

entraves geográficos, financeiros e organizativos, flexibilizando-os, porque garantem sempre a autonomia das sociedades que fazem parte do grupo. Nas palavras de JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES o “Modelo jurídico revolucionário de organização empresarial, o grupo de sociedades veio assim rapidamente impor-se como a única estrutura organizativa capaz de, a um tempo, suportar o inefável processo evolutivo de crescimento da empresa moderna, acomodar os imperativos de diversificação funcional e geográfica impostos pelo novo sistema económico global, e garantir particulares sinergias financeiras, patrimoniais, e económicas derivadas da flexibilidade da sua organização jurídica e de gestão”.

Na verdade, esta é a realidade com que nos confrontamos na economia mundial e para a qual o Direito terá de estar preparado na sua regulamentação.

O mesmo Autor apresenta-nos a confrontação da teoria aqui plasmada com um exemplo bastante elucidativo do concreto poder de que os grupos podem ser titulares, na economia mundial, alertando-nos que, já no ano de 2001 “Em todas as economias nacionais mais avançadas de qualquer um dos três maiores mercados mundiais (a famosa “Global Triad”: EUA, UE, Japão), os cadastros estatísticos-societários disponíveis indiciam uma inequívoca tendência das sociedades para perderem o seu originário estatuto de independência, recorrendo à técnica do grupo societário...” e ainda, “Entre as cem entidades económicas mais poderosas do globo, contam-se cinquenta Estados-nação e cinquenta empresas multinacionais: o volume de negócios agregado das oito maiores empresas multinacionais é superior à soma do volume orçamental bruto de seis dos maiores Estados-membros da UE, e o volume de negócios de algumas de entre elas chega mesmo, por si só, a ser superior ao produto nacional bruto de mais de 130 nações, entre as quais Portugal.”⁽⁸⁾

Sucintamente verificada a evolução organizacional das empresas⁽⁹⁾, importa, para o que aqui nos traz, fazer a correspondência entre o fenómeno económico e a evolução jurídica que o acompanha.

⁸ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, p. 43

⁹ Dever-se-á considerar que a evolução para os Grupos de Sociedades é um fenómeno económico e só depois jurídico. Neste sentido, não por pouco rigor se fala em organização das empresas, mas por ser este o nome dado a uma organização que desenvolve uma atividade comercial e que tem como intuito a obtenção do lucro. Sociedade Comercial é a designação jurídica para a forma organização da mesma. Conforme refere, sobre o mesmo tema, LUÍS BRITO CORREIA, Ob. cit, p. 383 “...é apenas a técnica de organização jurídica

2. O Regime das Sociedades Coligadas Previsto no Código das Sociedades Comerciais

A matéria referente aos Grupos de Sociedades foi introduzida originalmente no Direito Português pelo Código das Sociedades Comerciais de 1986⁽¹⁰⁾, onde lhe é dedicado todo o Título VI, com o nome de *Sociedades Coligadas*.⁽¹¹⁾

Antes de iniciarmos uma sucinta exposição deste regime no nosso Código das Sociedades Comerciais, importa esclarecer que o termo “Grupos de Sociedades” tem um duplo sentido.

Vejamos que, em sentido estrito, os grupos de sociedades são definidos como “...o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respetivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção económica, unitária e comum”⁽¹²⁾. Por outro lado, em sentido amplo, a doutrina tem associado o mesmo termo ao fenómeno das “Sociedades Coligadas”, considerando *grupo de sociedades* qualquer relação de dependência entre as sociedades.

Neste sentido, a relação de dependência entre sociedades pode constituir-se por qualquer tipo de controlo, quer se verifique por maioria de participações sociais, maioria de votos ou por contrato. Estas relações estão taxativamente previstas como: relação de simples participação, por participações recíprocas, por uma relação de domínio e pela existência de relação de grupo. Ou seja, a doutrina genericamente utiliza o conceito de grupo de sociedade, querendo referir-se ao regime das sociedades coligadas sem, muitas vezes, destringir os dois conceitos – o primeiro conceito aqui descrito insere-se, como uma modalidade, no segundo conceito.

das relações entre o “empresário” (em regra os administradores) e os investidores (sócios) e da sua representação perante terceiros (obrigacionistas, trabalhadores, bancos (...) Administração pública central e local ...”

¹⁰ Veja-se o ponto 33 do preâmbulo Decreto-Lei 262/86, de 2 de Setembro “...trata-se de realidades que o direito não pode ignorar, como, de resto, o mostram as legislações e projetos estrangeiros mais recentes, com particular relevo a lei alemã das sociedades por ações. É a primeira vez que esta matéria é regulamentada em Portugal.”

¹¹ O sistema de regulamentação dos grupos de sociedades previsto no CSC, teve como fonte de direito o sistema consagrado pelo Direito Alemão, que, conforme os refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade – Por um critério Unitário de Solução de “Conflito de Grupo”*, Almedina, 2012, p. 52 a 54, a influência do direito alemão é nítida, tanto por via dos estudos preparatório de Raúl Ventura, como “...através do projeto de IX Diretiva, essencialmente decalcado do *Konzernrecht* germânico”.

¹² JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit p. 52.

Isto posto, a doutrina tem utilizado a expressão “grupos de sociedades” em sentido amplo, para se referir às sociedades coligadas, mas refere-se a “relação de grupo” quando perante grupos de sociedades em sentido estrito.⁽¹³⁾

A aplicação do regime dos Grupos de Sociedades encontra-se dependente da verificação de três requisitos essenciais, que se prendem com: a tipologia adotada pelas sociedades, as características territoriais e a modalidade de coligação.

Neste sentido, impõe o art. 481.º, n.º 1 do CSC⁽¹⁴⁾ que o regime das sociedades coligadas apenas tenha aplicação nas relações estabelecidas entre sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por ações; o que significa que, estão excluídas do âmbito de aplicação do preceito, as sociedades em nome coletivo e as sociedades em comandita simples.

Por outro lado, impõe o n.º 2 do mesmo artigo, que o regime apenas seja aplicado a sociedades comerciais com sede em Portugal⁽¹⁵⁾. Sobre este ponto cumpre-nos apenas elucidar que esta limitação prevista pela norma vem contrariar as expectativas daqueles que pretendem expandir o seu negócio, optando pela organização societária em grupo por considerar que conseguiriam, com plena autonomia de atuação, desenvolver a sua atividade em várias partes do globo. O que, na verdade, se revela numa grande limitação, já que é precisamente com esse intuito que, por norma, se recorre a este tipo

¹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade da sociedade com domínio total (501.º/1, do CSC) in Revista de Direito das Sociedades, Ano III (2011), Número 1*, p. 96; JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *A Aquisição Tendente ao Domínio Total – Da sua constitucionalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 14 e 15;

¹⁴ Doravante, quando qualquer disposição não for acompanhada do Diploma Legal a que respeita, queira-se entender que a mesma diz respeito ao código das sociedades comerciais.

¹⁵ Na constituição de uma sociedade, a sede tem uma importância acrescida já que é a partir dessa referência geográfica que, por norma, se determina a lei aplicável, sendo o local onde deverá funcionar a administração e reunir a assembleia geral. No que se refere à imposição prevista no número 2 do art. 481.º, a lei exclui a aplicação deste regime jurídico se uma das sociedades que faça parte do grupo tenha a sua sede noutra país que não seja Portugal. Sobre esta questão, para além de variadas questões que se possam apresentar como as vantagens de uma sociedade-diretora com sede noutra país possa ter ao ter ao constituir uma sociedade-filha em Portugal aplicando assim o regime jurídico que lhe achar conveniente; tem se entendido que esta previsão é, de dúbia legalidade, face ao Princípio de igualdade de tratamento, prevista no art. 13.º da CRP e o Princípio de não discriminação em relação à nacionalidade, previsto no art. 7.º do Tratado de Roma. Para maiores desenvolvimentos sobre este assunto v. JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *The Law of Affiliated Companies in Portugal*, Institute for Law and Finance, working papers, n.º 84, 05/2008 p. 365 e 366, disponível em http://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/ILF_WP_084.pdf ; e “O âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas, em Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, 2º vol., (2002), 95-116 (116); e ainda, MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade dessa sociedade anónima com domínio total*, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano III (2011), Número I, pp. 83-115 (101).

organizacional. Há, contudo, decisões jurisprudenciais da União Europeia a considerar que esta norma viola a liberdade de circulação.⁽¹⁶⁾

Por último, também no art. 482.º, em consonância com o art. 1.º, n.º 2, vigora o princípio da tipicidade. Assim, apenas se consideram sociedades coligadas, as sociedades em relação de simples participação, as sociedades em relação de participação recíproca, as sociedades em relação de domínio e as sociedades em relação de grupo.

Posto isto, passamos a expor⁽¹⁷⁾ as características principais de cada um dos tipos de sociedades coligadas, sendo certo que, ulteriormente, daremos maior atenção às sociedades em grupo, *stricto sensu*.

No que se refere às sociedades de simples participação, estas encontram-se reguladas nos arts. 483.º e 484.º. O primeiro artigo prevê uma relação de simples participação entre uma sociedade e outra quando “...a primeira (dita sociedade participante) é titular, direta ou indiretamente, de quotas ou ações da segunda (dita sociedade participada) em montante igual ou superior a 10% do capital desta, não existindo entre ambas as sociedades nenhuma das outras relações de coligação previstas na lei”⁽¹⁸⁾. A constatação de que, uma sociedade se encontra em relação de simples participação com outra, e enquanto essa relação existir, impõe apenas o dever de comunicar por escrito à outra sociedade participada todas as aquisições e alienações de quotas e ações que a primeira efetue⁽¹⁹⁾.

Idêntica a esta relação, cujas obrigações se constituem unilateralmente, é a relação de participações recíprocas, com o regime legal previsto nos art. 485.º a 487.º. A sua forma de constituição é em tudo conexas com a anterior, apenas acresce que a titularidade de quotas ou ações é recíproca, ou seja, ao invés de apenas se verificar que uma sociedade detém, no mínimo, 10% de quotas ou ações de uma outra sociedade, verifica-se também

¹⁶ RUI PEREIRA DIAS, *A responsabilidade das sociedades-mãe estrangeiras no regime dos grupos: os cinzentos do acórdão Impacto Azul (TJUE, C-186/12, 20.6.2013)*, in *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, 2014, Almedina, pp. 411 a 424 e ainda LOUIS D’AVOUT, *Sociétés et Groupes de sociétés, Réglementation des groupes internationaux et liberté d’établissement*, in *Recueil Dalloz*, 10 octobre 2013, n.º 34 pp. 2295- 2296

¹⁷ A exposição a que nos propomos, tem apenas com objetivo introduzir ao leitor as modalidades de sociedades estruturadas em grupo que o nosso código prevê, não se pretendendo uma exposição exaustiva, mas apenas de forma a enquadrar o tema que nos propomos dedicar. Com maior desenvolvimento sobre cada um dos tipos de sociedades coligadas *vide* JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, pp. 327 a 931.

¹⁸ JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. Cit, p. 280.

¹⁹ Obrigação decorrente do art. 484.º, n.º 1 do CSC.

que aquela sociedade participada, participa, por sua vez, na outrora participante, em percentagem igual ou superior. Ora, a consequência jurídica para esta relação, recai apenas para a sociedade participante que fizer a comunicação, a que está obrigada pelo art. 484.º, em último lugar.

Tal consequência traduz-se, inicialmente, na proibição de adquirir novas quotas ou ações na outra sociedade; e ulteriormente, em caso de violação desse preceito, na suspensão do exercício de direitos sociais na parte que exceda 10% de capital e, na responsabilidade civil e penal dos administradores da sociedade pelos prejuízos daí decorrentes.^(20, 21) Neste sentido, a tutela legal para este tipo de sociedades dirige-se, sobretudo, à prevenção do risco que as participações recíprocas acarretam para a conservação do capital social; e ainda do risco que advém do controlo recíproco dos órgãos de administração sobre os órgãos de deliberação.⁽²²⁾

Outra relação de coligação societária é a prevista nos art. 486.º e 487.º, a chamada, relação de domínio. Nos termos do n.º 1 do primeiro preceito, estamos perante uma relação de domínio quando uma sociedade (designada dominante) exerce, direta ou indiretamente, sobre outra sociedade (designada dominada) uma influência dominante. O n.º 2 do mesmo preceito, faz presumir a existência de dependência de uma sociedade em relação a outra quando: exista uma participação maioritária no capital; que disponha de mais de metade dos votos; e que tenha a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou fiscalização.

Quanto às consequências desta relação verificam-se essencialmente na proibição da sociedade dependente adquirir ações ou quotas da sociedade dominante⁽²³⁾ e o dever de declarar a própria relação de domínio, conforme prevê o art. 486.º, n.º 3.

Sem grande desenvolvimento no tema das sociedades em relação de domínio, anotaremos apenas que o Código das Sociedades Comerciais parece não dar conta dos perigos que podem surgir no controlo, direto ou indireto, de uma sociedade em relação a outra. Na verdade, pode, frequentemente, gerar autênticas relações de grupo (de facto)

²⁰ Regime previsto no art. 485.º, n.º 1, 2, 3 do CSC.

²¹ JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, p. 280.

²² ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade - Por um critério unitário de solução do “Conflito do Grupo”*, 2012, Almedina, p. 26, nota 52.

²³ Nos termos do art. 487.º, 325.º-A e 325.º-B.

onde uma das sociedades domina os órgãos deliberativos da outra sociedade sem que, contudo, haja uma tutela para os restantes sócios ou credores sociais. Facilmente se reconhecerá que, na situação de domínio, a sociedade dominante pode impor à sociedade dominada, uma verdadeira direção unitária de grupo; isto porque o código, conforme referimos, não prevê qualquer tutela que efetivamente proteja as sociedades em relação de domínio, os sócios externos e os credores (conforme se verifica, por outro lado, nas sociedades em relação de grupo, que não obstante se legitimar o controlo da gestão ou administração de uma sociedade em relação à outra, é igualmente previsto um regime de responsabilidade, por forma a tutelar os direitos dos credores e dos sócios livres, como *infra* se desenvolverá).

A aplicação analógica do regime dos grupos societários às relações de domínio previsto no art. 486.º, não é, na lei Portuguesa, permitida.⁽²⁴⁾

Conforme nos esclarece ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Embora a direção unitária implique um *quid plurais* relativamente ao simples controlo (ou influência dominante), este legitima de facto - se não também *de jure* - um poder de direção unitária das sociedades coligadas, permitindo explicar que, em diversas legislações estrangeiras, se presuma a direção unitária - e, por essa via, a existência de um grupo (de facto) - a partir da influência dominante.”⁽²⁵⁾

Por último, as sociedades em relação de grupo, encontram o seu regime previsto nos art. 488.º a 508.º. É, notoriamente, a relação de coligação com maior importância prática e relevância jurídica. São elas que “corrompem” de forma expressa os princípios basilares das sociedades comerciais, e, por esse motivo, levam o legislador e o intérprete a dedicar maior atenção a este fenómeno jurídico.⁽²⁶⁾ Passemos então à sua análise.

Ao encontrarmos expressamente previsto, no CSC, um regime de organização da sociedade comercial com regras próprias contrárias o que até então era visto como

²⁴ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*, Ob. cit p. 26, 27 e 28 - A Autora, desenvolve brevemente a problemática que surge da inexistência de previsão legislativa que tutele eficazmente os sujeitos que podem ser afetados pelo domínio de uma sociedade em relação a outra, entende a Autora que “...não obstante o perigo, potencial ou real, que resulta da suscetibilidade ou até efetividade da situação de controlo, capaz de permitir à sociedade dominante impor *de facto* a direção unitária do grupo e assim colocar em crise a autonomia económico-patrimonial e organizativa da sociedade dominada, afetando a consistência dos direitos patrimoniais.”

²⁵ *Idem*, p. 28

²⁶ O regime consagrado para as sociedades em relação de grupo mostra-se contrário aos princípios basilares das sociedades comerciais, negando de forma expressa os princípios subjacentes aos arts. 64.º, 72.º, 83.º e 84.º do C.S.C,

conceito elementar do ente social; e verificando que essas regras contrariam o que até à data era conceito elementar do ente social – a sua autonomia – leva-nos a concluir que este fenómeno constitui uma disciplina jurídica própria no Direito das Sociedades Português mesmo sendo o seu regime contrário à individualidade, independência, e autonomia do ente social.

Assumir as sociedades em relação de grupo como nova estrutura societária⁽²⁷⁾ é legitimar o exercício do poder de direção da sociedade-mãe sobre as sociedades-filhas e permitir a supremacia dos interesses da sociedade-mãe ou de uma outra sociedade do grupo, em detrimento dos interesses das sociedades agrupadas. Consequentemente, esta realidade pode por em causa a autonomia das sociedades agrupadas, criando grande insegurança jurídica a todos aqueles que, direta ou indiretamente, se relacionam com estas. Por este motivo, constata-se ainda da consagração expressa no CSC a necessidade do legislador proteger a nova estrutura societária, prevendo assim em todo o regime, normas que tutelam, quer as próprias sociedades, quer os seus credores sociais, e ainda os seus sócios minoritários.

Com efeito, e como já anteriormente referido, o legislador português optou por fazer aplicar o regime dos grupos de sociedades apenas àquelas sociedades que adotassem um dos instrumentos jurídicos previstos naquele Capítulo III; ou seja, cuja constituição derivasse de uma relação de domínio total (art. 488.º a 491.º), de contrato de grupo paritário (art. 492.º) ou de contrato de subordinação (493.º a 508.º). O que significa que os restantes elos inter-societários, que não revistam uma das formas previstas no art. 482.º, sujeitam as sociedades assim ligadas (apenas) às regras jurídico-societárias gerais.

²⁷ Ou seja, considerar os Grupos de Sociedades um ente social com personalidade jurídica própria, contudo este fenómeno distingue-se da fusão ou da cisão, porquanto, conforme refere ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit., pp. 84 a 10, enquanto que, no que toca aos seus efeitos, “...ao passo que a fusão constitui uma operação económico-jurídica de concentração intersocietária que acarreta, por definição, o desaparecimento da personalidade coletiva das sociedades envolvidas e coenvolve uma reorganização global do quadro patrimonial e organizativo preexistente, o grupo representa uma técnica jurídica que pressupõe justamente a manutenção daquela personalidade e que não implica, em regra, qualquer reorganização das estruturas patrimoniais e organizativas das sociedades integrantes.”, “... a cisão de sociedades constitui uma técnica de desconcentração ou descentralização societária, que consiste na operação jurídico-económica pela qual uma sociedade procede à divisão do seu próprio património, total ou parcialmente, com ou sem extinção da respetiva personalidade, sendo a parcela ou parcelas patrimoniais destacadas transmitidas para uma nova sociedade ou uma sociedade já existente.”, refere o Autor que “... a cisão possui algumas afinidades com o grupo societário, já que, tratando-se de uma operação jurídico-económica que veicula uma lógica de repartição de uma atividade económica originariamente unitária por diferentes entes societários juridicamente autónomos, pode decerto constituir o embrião da formação de um grupo de sociedades.”.

Trata-se de uma opção tomada pelo legislador, pelo que, o regime das sociedades em relação de grupo, será orientado pelo princípio contratual e não pelo princípio da facticidade.

Curiosamente, esta solução consagrada pelo legislador português revela-se diferente daquelas consagradas pela Lei Alemã e pela Proposta de Lei *Couste*, no Direito Francês. No ordenamento jurídico alemão presume-se, *juris tantum*, que, existindo entre uma sociedade, e na relação com outra(s), a potencialidade de um exercício de direção unitária e, exercendo-a efetivamente, entre estas (dominante e dominadas) é constituído um grupo²⁸; por sua vez, na Proposta de Lei *Couste* em França, sempre que uma sociedade tenha uma “influência que permite exercer o poder de decisão” (cfr. art. 1.º), presumir-se-á a constituição de um grupo.⁽²⁹⁾

Esta opção do legislador determina que apenas será aplicável o regime das sociedades em relação de grupo às três modalidades de constituição previstas no art. 482.º, o que permite a muitas outras sociedades em relação de coligação, exercer condutas características de uma relação de grupo - nomeadamente, o poder de direção da sociedade-mãe sobre a sociedade-filha, dar instruções àquela, frequentemente com caráter prejudicial para esta - sem que, contudo, por um lado, tal seja ilícito à luz do regime geral do CSC e, por outro, que lhes possam ser aplicáveis as regras do Capítulo III, que, por natureza, são mais protetoras das sociedades filhas, dos credores sociais, dos sócios livres e de todos os sujeitos envolvidos com a sociedade. Perante tal cenário, tem a doutrina e a jurisprudência debatido a problemática dos grupos de facto e de qual o regime que lhes é aplicável.⁽³⁰⁾

Nas relações de grupo, previstas no Capítulo III do Código das Sociedades Comerciais, observa-se o reconhecimento por parte do Direito da possibilidade de a sociedade-mãe - nas sociedades constituídas por domínio total (previstas no art. 488.º e

²⁸ Contudo, o AktG prevê diferenças no regime aplicável, caso estejamos perante um grupo de sociedades constituído por maioria de participações sociais e de expressividade no voto; ou um grupo constituído por contrato de subordinação – matéria que será desenvolvida *infra*, p. 48 e ss.

²⁹ Cfr. RAÚL VENTURA, Grupos de Sociedades- Uma introdução comparativa a propósito de um projeto preliminar de Diretiva da C.E.E, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 41, Maio-Agosto 1981, Lisboa

³⁰ Sobre a dicotomia Grupos de Factos e Grupos de Direito *vide* JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, pp. 73 a 76 e 171 a 176 e JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *O papel dos Accionistas e dos Administradores na Formação e na Direção da Empresa de Grupo*, in *Problemas do Direito das Sociedades*, pp. 153-165 IDET, Almedina, 2008, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*, Ob. cit. pp. 25-48 e 550 – 639,

seguintes) e nas sociedades constituídas em grupo por contrato de subordinação (previstas no art. 493 e seguintes) - dar instruções, inclusivamente de carácter desvantajoso, às sociedades-filhas.⁽³¹⁾

Este preceito encontra-se consagrado no art. 503.º e dispõe que “A partir da publicação do contrato de subordinação, a sociedade diretora tem o direito de dar à administração da sociedade subordinada instruções vinculantes.” e o n.º 2 do mesmo preceito, prevê “Se o contrato não dispuser o contrário, podem ser dadas instruções desvantajosas para a sociedade subordinada, se tais instruções servirem os interesses da sociedade diretora ou das outras sociedades do mesmo grupo...”

Para tal, prevê o art. 501.º e 502.º, que a sociedade-mãe fica responsável pelas dívidas da sociedade-filha, e ainda a obrigação de compensar as respetivas perdas, notoriamente com o objetivo de proteger a própria sociedade-filha, os credores sociais e os sócios livres.

Define o art. 494.º, número 2 o conceito de “sócio livre”, referindo que para efeitos do presente regime serão considerados sócios livres, todos os sócios ou acionistas da sociedade subordinada/filha que não se incluam em nenhuma das alíneas previstas no mesmo artigo. Ou seja, serão sócios livres todos aqueles sócios que não sejam a própria sociedade diretora, as sociedades ou pessoas relacionada com a sociedade diretora, nos termos do art. 483.º, n.º 2 ou as sociedades que estejam em relação de grupo com a sociedade diretora, a sociedade dominante da sociedade diretora (sociedade-neta), as pessoas que possuam mais de 10 % do capital das sociedades referidas nos números anteriores, a sociedade subordinada e as sociedades dominadas pela sociedade subordinada (sociedades-filhas desta).

Por conseguinte, são sócios livres os sujeitos detentores de participações sociais na sociedade-filha que não têm qualquer relação com a relação de grupo estabelecida por esta e que, adotando essa sociedade uma organização que poderá legitimar a perda de alguns dos seus direitos, é-lhes previsto um regime de tutela. A sua tutela consiste no

³¹ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit., p. 169 refere que “Este sentido geral subjacente à regulação jurídica deste fenómeno no quadro de tais legislações orienta-se assim por duas coordenadas fundamentais. A primeira traduz-se no reconhecimento jurídico da constituição e organização do grupo de sociedades: isto dignifica que, a par das formas jurídicas clássicas de organização de empresa – a empresa explorada por uma pessoa singular e por uma pessoa coletiva, a sociedade comercial -, o legislador veio legitimar a empresa de grupo no plano do direito”.

direito de alienarem a sua participação à sociedade que detém a maioria das participações sociais e a possibilidade de se oporem ao contrato de subordinação, com fundamento na violação de alguma disposição normativa, ou em insuficiência da contrapartida oferecida.⁽³²⁾ Para aqueles que não se tenham oposto à constituição do grupo, os arts. 499.º e 500.º preveem o direito de estes optarem entre a alienação das suas participações na sociedade ou garantia dos lucros (art. 494.º, n.º 1, alínea b)).

Por último, importa notar que parece ter sido opção do legislador, na previsão do regime dos grupos societários, em especial, na consagração expressa do direito em dar instruções, conforme previsto no art.503.º, que as sociedades participantes cedam a sua personalidade jurídica em prol dos interesses sociais da sociedade-mãe ou de qualquer sociedade-filha que faça parte do grupo. O que nos leva a afirmar que as sociedades em relação de grupo não podem ser vistas - nem são, tendo em conta as normas jurídicas a que estão vinculadas – como várias sociedades que se juntam em busca de um maior crescimento; devem, ao invés, ser observadas como um grupo unitário, uma verdadeira unidade económica, que prossegue interesses próprios.⁽³³⁾

³² V. Art. 490.º, n.º 2, 3, 4, 5 e 6, do Código das Sociedades Comerciais

³³ Conforme refere JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *O Interesse da Sociedade*, Ob. cit., p. 55, em citação de Embid Irujo “Los Grupos de Sociedades en el Derecho Comunitário y Espanol”, Revista Critica de Derecho Immobiliário, n.º 599, 1990, p. 33. as sociedades comerciais relacionadas em grupo, deixam o seu proveito próprio e “são instrumentalizadas para satisfazerem, no fundo, interesses de determinados sócios...” e que se trata de uma situação “não tolerada pelo ordenamento comum das sociedades e é mesmo reprimida...”. O que nos levaria a concluir que sendo legitimado pelo Direito, prevendo um regime próprio, esta organização é, nas palavras do Autor “...uma unidade económica nova com o seu próprio interesse”.

II. A RELAÇÃO DE GRUPO COMO FENÓMENO DE ORGANIZAÇÃO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

1. O Grupo como Unidade Económica sem Personalidade Jurídica

Abordada a sistematização apresentada pelo legislador em relação à organização plurissocietária prevista no CSC, importa agora debruçarmo-nos, mais concretamente, ao regime jurídico consagrado para as sociedades em relação de grupo que, ao contrário dos outros tipos de coligação (pluris)societária, desencadeia um regime jurídico próprio.

Recordando os princípios basilares do direito das sociedades comerciais, verifica-se que a característica principal da sociedade comercial (unissocietária) é o facto de ser dotada de personalidade jurídica, distinta das pessoas que celebram o negócio constitutivo.

Esta característica encontra consagração expressa no art. 5.º do Código das Sociedades Comerciais e significa que a sociedade comercial “constitui um *centro jurídico autónomo de imputação de direitos e deveres*, encabeçando a esfera jurídica ativa e passiva própria”⁽³⁴⁾, pelo que, as sociedades comerciais são uma importante criação jurídica (pessoa coletiva/jurídica) dotada de direitos e obrigações similares aos das pessoas singulares que comandam esses entes jurídicos.

Acontece que, o grupo de sociedades não é dotado desta característica. Na verdade, o grupo de sociedades é uma figura juridicamente aceite, traduzida pelo conjunto de sociedades que dispõem de modelo de organização, mas que pretendem relacionar-se com outras sociedades mediante a formação de um domínio total, um grupo paritário ou um contrato de subordinação. São sociedades comerciais dotadas de personalidade jurídica que decidem agrupar-se com vista a um fim comum.

Vendo a situação em concreto, a formação de um grupo assemelha-se à formação de uma sociedade, porquanto se trata de um *ajuntamento* de pessoas com personalidade jurídica própria, sendo que ao invés de criarem um ente social dotado de personalidade

³⁴ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades*, p. 54, 2ª edição, Porto, 2011, Almedina.

jurídica, nos grupos não existe a criação de uma entidade, apenas a formação de um regime jurídico que lhes é aplicável.

Ora, conforme nos ensina JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES⁽³⁵⁾, por via da personalidade jurídica, a sociedade comercial é titular de capacidade de gozo e exercício de direitos (conforme o art. 6.º), é detentora de firma, sede, estatuto do comerciante (arts n.ºs 9.º, n.º 1, al. c), 10.º, 9.º, n.º 1, al. e), 12.º e 13.º), tem capacidade judiciária (11.º, n.º 2 NCPC), personalidade tributária (2.º, n.º 1, al. a) do CIRC), personalidade insolvencial (2.º, n.º 1, al. a) do CIRE), é titular autónoma de deveres e ónus de responsabilidade civil, penal e contraordenacional, e é detentora de património social próprio, autónomo das pessoas singulares que a constituem.

Tais características, não se verificam no grupo de sociedades.

O grupo, *per se*, não é titular de direitos e obrigações, não é um ente jurídico, é apenas um fenómeno juridicamente aceite, que atua na veste das sociedades que o constituem.

Ou seja, não obstante se unirem com um interesse comum e constituírem uma unidade económica, cada uma das sociedades agrupadas se vinculará autonomamente, respondendo civil e penalmente, quando chamado para o efeito. Não será o grupo em si a responder por atuações, alegadamente, próprias. O grupo, por si só, não atua. Há, contudo, um regime de prolongamento de responsabilidade, que *infra* abordaremos. No entanto, tal extensão nunca operará ao nível do grupo, mas apenas à sociedade-mãe.

Sobre a consciência desta *limitação* na atuação do grupo, questões se suscitam quando se abre mão dos interesses das sociedades em função dos interesses que se consagram na formação do grupo; já que vem destruir o regime tutelar de todos os intervenientes com a sociedade, independentemente das decisões tomadas pelos administradores, de que a sociedade prossegue um interesse que é seu e que, de forma mais ou menos ampla assegurará os interesses de todos.

Ora, tendo presente a inexistente personalidade jurídica do grupo, com estranheza não poderá deixar de se olhar para o regime dos grupos de sociedades em que, em nome deste fenómeno, e de um interesse comum que prevalecerá sobre todas as sociedades, se

³⁵ *Idem*, p. 218, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Estudos de Direito das Sociedades*, 2010, 10ª Edição, Almedina, p. 95 a 126

legítima a limitação da autonomia das sociedades comerciais que fazem parte do grupo, a absorção e limitação da existência de um interesse social daquelas e o enfraquecimento dos direitos dos sócios/acionistas minoritários, entre outros.

Se o sistema jurídico permite que as sociedades atuem em nome de um interesse formado pela constituição do grupo, ou de um interesse que não é seu, quem é que responde por essa atuação, se o próprio grupo não tem personalidade jurídica?

Neste sentido, uma vez que juridicamente se considera que o fenómeno aqui em causa merece proteção, seja pela sua aplicação prática, seja pelos bens jurídicos que podem ser postos em causa, foi necessário regular mecanismos de controlo na atuação da vida societária, para evitar que os sujeitos intervenientes na relação grupal não fossem desproporcionalmente prejudicados.

2. A Direção Unitária como Característica da Relação De Grupo

A constituição de um grupo de sociedades resulta da vontade das sociedades agrupadas se unirem, submetendo-se a uma direção económica unitária exercida por uma das sociedades sobre as restantes, de tal modo que, as decisões provenientes da gestão da sociedade deixam de ser exercidas pelo órgão de administração da sociedade individual, e no interesse social desta, para passarem a ser exercidas, mesmo que indiretamente, por um órgão administrativo nomeado pela sociedade-mãe a quem foi conferido o direito de direcionar.

A direção unitária é característica da relação de grupo, independentemente da sua forma de constituição, sendo certo que, nos grupos constituídos por domínio total⁽³⁶⁾, a lei⁽³⁷⁾ remete o seu regime para as disposições previstas nos arts. 501.º a 504.º que, por sua vez, integram o regime jurídico previsto para o contrato de subordinação. Por outro lado, nos grupos constituídos por contrato de grupo paritário, não obstante não se aplicarem estas disposições legais, prevê-se também o exercício comum de direção

³⁶ Domínio total nas suas várias vertentes: Domínio total inicial, cujo regime de constituição se encontra previsto no art. 488.º, Domínio total superveniente, constituição prevista no art. 489.º e Aquisições tendentes a domínio total, previsto no art. 490.º todos do CSC.

³⁷ Art. 491.º do CSC

unitária, com o direito de dirigir instruções vinculativas, desde que circunscritas à área de gestão social⁽³⁸⁾, não se considerando, contudo, que o art. 492.º permita que as instruções possam ser desvantajosas para as sociedades agrupadas, ao contrário do que prevê o regime dos grupos de sociedades constituídos por contrato de subordinação ou domínio total.

Vejamos como, nos termos dos arts. 501.º a 504.º, se apresenta a direção unitária do grupo e quais os seus limites.

Dispõe o art. 503.º que a sociedade diretora tem o direito de dar instruções vinculativas à administração da sociedade subordinada/filha.

Ora, desde logo importa notar que as instruções a que se reporta o presente regime, apenas são dirigidas aos órgãos administrativos da sociedade-filha no exercício dos poderes de gestão/administração da sociedade, ficando estes órgãos, por sua vez, vinculados ao seu cumprimento. Ressalvados estão, por outro lado, os poderes atribuídos aos órgãos deliberativos, que não estão subordinados às instruções da sociedade-mãe. Neste sentido, conforme nos esclarece ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁽³⁹⁾ “Mesmo quando a sociedade-mãe se encontre, simultaneamente, em situação de controlar o órgão deliberativo da sociedade-filha, o exercício do poder de direção através da emissão de instruções influi exclusivamente nas competências de gestão do órgão administrativo da sociedade dominada”.

Do direito a dar instruções da sociedade-mãe, resulta o correspondente dever de obediência da sociedade-filha. Na aplicação prática deste preceito, refira-se que não existe uma transferência das atribuições do Conselho de Administração da sociedade subordinada para a sociedade diretora, nem uma cessão da posição deste órgão social para o Conselho de Administração da sociedade diretora. O que este regime vem legitimar “... é a possibilidade de uma sociedade dirigir «de fora» o sentido e atuação dos órgãos de administração de uma outra sociedade: estes órgãos permanecem como detentores originários dos poderes que lhe estão legal ou estatutariamente conferidos, com a

³⁸ A limitação das instruções apenas para as atividades de gestão da sociedade aplica-se a todas formas de constituição do grupo, quer seja por domínio total, contrato de subordinação ou grupo paritário.

³⁹ *in Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coordenação do Prof. Doutor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª Revisão, revista e Atualizada, Almedina, anotação ao art. 503.º, anotação 12, §17, p. 1304

particularidade de estarem vinculados a exercê-los agora de acordo com a vontade e interesses de uma entidade alheia”⁽⁴⁰⁾. Pelo que, o Conselho de Administração da sociedade subordinada⁽⁴¹⁾ continua a ser o detentor originário dos poderes que, por lei ou estatutos, lhe foram conferidos, sendo que o Conselho de Administração da sociedade-mãe apenas comanda o exercício das atribuições daqueles. Na verdade, para os sujeitos estranhos à sociedade, tudo se passa como se não existisse um novo modelo de organização, é o Conselho de Administração da sociedade subordinada que exerce as suas atribuições, existindo, contudo, um órgão posicionado hierarquicamente acima deste que lhe dá instruções para o exercício desses poderes.

No que se refere ao conteúdo das instruções, prevê o n.º 2 deste artigo que, caso o contrato de subordinação não estipule contrariamente, assiste à sociedade-mãe o direito de dar instruções desvantajosas para a sociedade-filha, desde que tais instruções desvantajosas sirvam os interesses da sociedade diretora ou das outras sociedades do mesmo grupo, e não sejam proibidas por lei.

Entende-se por instruções desvantajosas aquelas que têm em vista medidas que um gestor criterioso e ordenado, numa situação de organização unissocietária, não tomaria, *maxime* por violação do art. 64.º do CSC⁽⁴²⁾. Legitima-se, assim, tal atuação por se verificar uma contrapartida para o interesse subjacente à relação do grupo apesar de, quando observadas isoladamente, se poderem apresentar como prejudiciais à sociedade subordinada.

Por outro lado, o número 1 do art.504.º impõe ao órgão de gestão da sociedade diretora o dever de dar instruções, com a mesma diligência que atuaria caso se tratasse da sua própria sociedade, ou seja, tendo em conta um padrão de gerente/administrador

⁴⁰ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, p. 518.

⁴¹ Designamos por sociedades subordinadas ou sociedades subordinantes, as sociedades que estão sob direção de outra por ter sido celebrado um contrato de subordinação e, estando a analisar esse regime em particular, dever-se-á entender que aquando na análise dos regimes previstos nos arts 501.º a 504.º, por se aplicarem também às relações constituídas por domínio total, dever-se-ão ler sociedades subordinadas e sociedades dominadas.

⁴² *Código das Sociedades Comerciais Anotado, Coordenação do Prof. Doutor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO*, 2ª Revisão, revista e Atualizada, Almedina, anotação ao art. 503.º, anotação 13, § 18, p. 1304.

diligente e ordenado, previsto no art. 64.º, com vista à prossecução de um interesse das entidades que fazem parte do grupo.⁽⁴³⁾

Neste sentido, exemplo elementar da substituição de um interesse social das sociedades individuais por um interesse social de outra sociedade do mesmo grupo, são as instruções dadas a uma sociedade-filha, produtora de determinado bem, no sentido de ser fornecido o produto à sociedade-mãe ou a outra sociedade do grupo, a preços inferiores ao preço do mercado. Neste caso, a instrução é absolutamente contrária ao interesse social da sociedade-filha, vista isoladamente, mas a favor do interesse social da unidade económica: a perda que a sociedade-filha sentirá, será equilibrada pelo ganho que resultará na sociedade beneficiada.^(44,45)

A atuação no interesse social da sociedade diretora ou de uma outra sociedade do grupo, por vezes, amplamente definida como interesse social do grupo, configura assim um limite legal ao exercício do direito de dar instruções desvantajosas.

Outro limite ao direito de dar instruções à sociedade-filha, e que decorre também do número 2 do art. 503.º, é que essas instruções não resultem em atos proibidos por disposição legal, não respeitantes ao funcionamento de sociedades. Em primeiro lugar, é fácil conceber que o facto de a sociedade-mãe poder dar instruções à sociedade-filha para a prática de determinados atos, não a pode legitimar a praticar atos ilícitos. Neste sentido, são ilícitas as instruções da sociedade-mãe, nomeadamente para que a sociedade-filha não cumpra uma obrigação fiscal ou para que viole normas da concorrência.⁽⁴⁶⁾

Em segundo lugar, e agora com menor clareza se revela, é o conteúdo da última parte deste artigo “...não respeitantes ao funcionamento das sociedades.”. Parecem

⁴³ MARIA DA GRAÇA TRIGO, Grupos de Sociedades in *O Direito*, n.º 123 (1991), p. 41-144 (95). Para a Autora, a sociedade diretora tem o direito de dar instrução à sociedade-filha, mas tem, também um dever, considerando que o n.º 1 do art. 504 é fundamento para “se entender o direito de dar instruções, não apenas como um direito da administração da sociedade, mas também como um seu dever, como meio de prosseguir o interesse do grupo.”. A opinião não é partilhada nem por ENGRÁCIA ANTUNES, Grupos..., Ob. cit, p. 597, nem por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coordenação do Prof. Doutor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª Revisão, revista e Atualizada, Almedina, anotação ao art. 504.º, anotação 9, p. 1308.

⁴⁴ Sobre os limites das instruções, em especial o interesse do grupo, vide JOSÉ DE ENGRÁCIA ANTUNES, Os Grupo de Sociedades, Ob. cit, pp. 603 e 604.

⁴⁵ Entende-se que o ganho poderá ser colhido por qualquer sociedade do grupo, basta que a sociedade que sofreu o prejuízo e a sociedade que colheu o proveito estejam em relação de grupo com a mesma e comum sociedade-mãe, já que as sociedades em relação de grupo estabelecem-se de forma plurilateral.

⁴⁶ JOSÉ DE ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, pp. 733

entender, ENGRÁCIA ANTUNES⁽⁴⁷⁾ e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁽⁴⁸⁾, que a pretensão do legislador era ressaltar as instruções que apesar de contrárias às normas gerais do direito das sociedades (aplicáveis às sociedades não organizadas em grupo) estando perante uma relação do grupo, essas instruções serão passíveis de aplicação sendo, por via disso, lícitas. Ficam ressalvadas as instruções que obriguem à não aplicação do direito das sociedades comerciais, no caso de o próprio regime dos grupos não prever tal afastamento, sendo, naturalmente, ilícitas.

A faculdade de dar instruções encontra também dois outros limites, um ainda de ordem legal, outro de ordem contratual.

Já aqui nos referimos que as instruções dadas pela sociedade-mãe à sociedade-filha apenas podem dizer respeito a matérias de gestão da sociedade subordinada, já que, decorre do art. 493.º, n.º 1, por contrato, estipula-se a subordinação da gestão da sua sociedade à direção de uma outra sociedade⁽⁴⁹⁾. Esta é uma limitação de ordem legal.

Como sabemos, certos poderes atribuídos aos órgãos de gestão de uma sociedade podem ficar dependentes, mediante consagração nos estatutos da sociedade, de um parecer de outro órgão, ou mediante deliberação da assembleia geral. Assim, se perante a emissão de uma instrução à administração da sociedade-filha, o correspondente dever de obedecer encontra-se dependente da aprovação por outro órgão da sociedade-filha, há, aparentemente, um direito ao veto pela sociedade-filha das instruções emitidas pela sociedade-mãe, o que contraria o espírito do regime, invertendo-se, conseqüentemente, a hierarquia estabelecida.

Previendo as dificuldades que tal limite poderia originar, a lei estabeleceu no art. 503.º, número 3, *in fine*, que, perante a recusa por parte de um órgão social da sociedade-

⁴⁷ JOSÉ DE ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, pp. 733 a 735

⁴⁸ *Código das Sociedades Comerciais Anotado, Coordenação do Prof. Doutor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª Revisão*, revista e Atualizada, Almedina, anotação ao art. 503.º, anotação 17, § 25, p. 1305

⁴⁹ Da relação de grupo constituído por domínio total, prevê o art. 491.º, que se aplicará o regime previsto nos arts 501.º a 504.º, que, por sua vez, prevê um regime de responsabilidade da sociedade-mãe sobre os credores da sociedade subordinada, um regime por perdas da sociedade subordinada, o direito de dar instruções e um conjunto de deveres e responsabilidades. No caso em concreto da interpretação do direito a dar instruções previsto no art. 503.º, a mesma deverá contemplar a análise do art. 493.º, n.º 1, que, não obstante para as sociedades subordinadas resultar de uma aplicação automática, para as sociedades constituídas por domínio total, resulta de uma interpretação extensiva por via da remissão prevista no art. 491.º, para a aplicação do regime dos art. 501.º a 504.º e ainda para as disposições que, por força destes, forem aplicáveis.

filha, com poderes para o efeito, devem as instruções, de todo o modo, serem acatadas se a sociedade-mãe, após a recusa da sociedade-filha, repetir a mesma instrução acompanhada de consentimento ou parecer favorável do órgão correspondente da sociedade-mãe.⁽⁵⁰⁾

Outra limitação legalmente imposta ao exercício do direito de dar instruções, encontra-se prevista no número 4 do art. 503.º e traduz-se na proibição de instruções no sentido de a sociedade-filha transferir os bens do seu ativo para qualquer outra sociedade do mesmo grupo, ressalvando, contudo, o caso em que existe uma justa contrapartida. Considera ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁽⁵¹⁾ que a consagração do número 4 deste artigo, não é mais que um afloramento do já previsto na generalidade do art. 503.º e, por conseguinte, desnecessário e injustificável a sua consagração autónoma. Entende a Autora que tendo em conta uma interpretação teológica e sistemática da norma, que a “justa contrapartida” prevista para legitimar a transferência do ativo para uma sociedade do grupo, poderá consistir na criação de uma vantagem para a sociedade-mãe ou qualquer outra sociedade do grupo, e uma vez que o espírito consagrado no direito a dar instruções é a obtenção de um benefício a nível grupal, não se deverá considerar que a contrapartida justa, no caso em concreto, apenas se poderá observar na sociedade-filha. Uma interpretação neste sentido, contraria o espírito do art. 503.º e, de acordo com a Autora, impediria a afetação eficiente dos recursos e consequentemente, o esperado acréscimo de rentabilidade do grupo.⁽⁵²⁾

Por fim, e de ordem contratual, encontra-se previsto outro limite no número 2 do artigo em análise, e que já aqui nos referimos: se caso o contrato de subordinação⁽⁵³⁾

⁵⁰ JOSÉ DE ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, pp. 736 a 738.

⁵¹ *Código das Sociedades Comerciais Anotado, Coordenação do Prof. Doutor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª Revisão, revista e Atualizada*, Almedina, anotação ao art. 503.º, anotação 14, § 20 e 21, p. 1305

⁵² No mesmo sentido, veja-se também JOSÉ DE ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos*, Ob. cit, pp. 746 e 647, onde o Autor apresenta três argumentos a favor de uma interpretação no sentido de que o número 4 do art. 503.º é um afloramento do regime geral, e que podem ser sintetizados da seguinte forma: por um lado, a circulação e redistribuição dos ativos no interior dos grupos constitui uma prática frequente e uma das vantagens que explica o sucesso deste tipo organizativo; por outro lado, a interpretação noutro sentido levaria a que nos interrogássemos sobre o motivo pelo qual o legislador pretendeu diferenciar ativos patrimoniais dos restantes recursos produtivos, nomeadamente, recursos financeiros; por fim, os riscos que eventualmente se poderiam estar a acautelar, estão já acautelados pelos art. 501.º e 502.º.

⁵³ Cremos que, apesar de a lei se referir ao contrato de subordinação por ser ele o fundador da relação em grupo prevista nesta Secção, também nas sociedades em grupo constituídas por relação de domínio poderá ser possível um acordo entre as sociedades relacionadas em que se preveja a proibição em dar instruções de natureza prejudicial à sociedade denominada.

dispuser expressamente que se encontram vedadas as instruções de natureza prejudicial, as mesmas serão ilícitas, não existindo qualquer dever por parte da sociedade-filha em obedecer.

Questão que se coloca é, se o direito de a sociedade-mãe administrar o grupo de sociedades, proveniente do art. 503.º, se circunscreve apenas à atribuição de poderes ou se implica um verdadeiro dever de dirigir as sociedades que fazem parte do grupo. Ou seja, se no exercício do direito conferido pelo art. 503.º os administradores da sociedade-mãe têm o dever de administrar, conforme previsto nos art. 405.º e 431.º do CSC.⁽⁵⁴⁾

Para MARIA AUGUSTA FRANÇA, uma vez que a sociedade-mãe, nos termos do art. 501.º e 502.º, assume praticamente todo o risco pela atividade empresarial da sociedade-filha, os administradores “...têm, assim, o dever de dirigir os negócios do grupo e os da própria sociedade.”⁽⁵⁵⁾

ENGRÁCIA ANTUNES, por sua vez, entende que tendo em conta unidade económica pretendida na constituição de um grupo, “...por princípio, deverá consistir no reconhecimento de uma competência exclusiva do Conselho de Administração ou Direção da sociedade-mãe relativamente às matérias atinentes à direção do grupo, “rectius”, ao governo e à administração das sociedades-filhas.”⁽⁵⁶⁾

Refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA que, apesar de não existir um dever da sociedade-mãe de emissão de instruções à sociedade-filha, nem o direito de esta o receber, a verdade é que a sociedade-mãe poderá responder pela “...omissão de instruções quando o exercício diligente da administração do grupo obrigasse à respetiva emissão”⁽⁵⁷⁾

⁵⁴ MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A Estrutura das Sociedade Anónimas em Relações de Grupo*, 1990, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, pp. 63 a 89

⁵⁵ *Idem*, pp. 67 e 78

⁵⁶ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Poderes nos Grupos*, in *Problemas do Direito das Sociedades*, n.º 1, 2008, Almedina, pp. 162 e 163, refere ainda o mesmo autor em, *Os Grupos*, Ob. cit., p. 731 que não obstante considerar que não existe um dever de dar instruções à sociedade-filha, já que esta apesar do grupo é soberana, há de certa forma um dever de direcionar o grupo.

⁵⁷ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Ob. cit., pp. 1308 e 1309, Anotação ao art.504.º, anotação 4., b), § 9.

3. Do Regime de Responsabilidade

O regime de responsabilidade das sociedades em relação de grupo, encontra-se previsto nos art. 501.º, 502.º e 504.º e, não obstante se encontrar na secção dedicada aos grupos constituídos por contrato de subordinação, tais disposições são também aplicáveis aos grupos constituídos por domínio total, por remissão expressa do art. 491.º.

Ora, desde logo importa referir que o regime especial de responsabilidade previsto nestes artigos, é um complemento das disposições gerais de responsabilidade previstas no art. 72.º e ss e das que regulam a destituição de órgãos sociais, como os arts. 257.º, 403.º, 430.º. O regime justifica-se pela especial situação de fragilidade em que se encontra a sociedade subordinada e os credores sociais de qualquer uma das sociedades-filhas, em virtude do domínio existente entre uma sociedade em relação à outra, - mormente, pela difícil manutenção dos órgãos de administração/gestão das sociedades-filhas nomeados aquando da organização unissocietária - e do poder de direção exercido pela sociedade diretora sobre as sociedades-filhas, com a faculdade de dar instruções prejudiciais a esta sociedade. Naturalmente, as sociedades-filhas encontram-se numa posição onde a consciência da capacidade de cumprir as suas obrigações, que se verificaria numa organização unissocietária, se dissipa por a sua atuação se encontrar vinculada às instruções emanadas e baseadas num interesse social que não é seu.

Este regime de responsabilidade não se aplica às sociedades em relação de grupo constituídas por grupo paritário já que, em termos formais, este regime não prevê qualquer remissão para os artigos aqui referidos.

Por outro lado, note-se que esta secção⁽⁵⁸⁾ também não prevê um regime próprio de tutela dos credores sociais e dos próprios sócios.

Com efeito, se nos grupos constituídos por contrato de grupo paritário, as sociedades que fazem parte do grupo, nos termos da primeira parte do art. 492.º, não podem ter qualquer relação de dependência entre si, e não existindo nem lhe sendo aplicável um regime próprio de tutela para os sujeitos, *mais fracos*, da relação societária, ao contrário do que acontece nos restantes regimes de sociedades em grupo, apenas nos resta concluir que o legislador considerou que não havia necessidade de prever um regime mais severo do que aquele que já se encontra previsto para as sociedades unissocietárias,

⁵⁸ Secção II, art.492.º CSC.

ou seja, considerou o legislador que “...os sócios estarão suficientemente protegidos pelos seus poderes gerais de destituição das administrações respetivas (257.º, 403.º, 430.º), e os credores sociais pelas normas que responsabilizam os administradores, diretores ou gerentes quando o património social se torne insuficiente em virtude da violação culposa dos respetivos deveres (art. 78.º)”⁽⁵⁹⁾.

Daqui resulta que, se o legislador não teve necessidade de tutelar os interesses dos sócios e dos credores, foi porque considerou não existir qualquer circunstância especial que pudesse pôr em causa tais direitos; ou seja, o legislador não previu que neste tipo de organização plurissocietária fossem permitidas as instruções prejudiciais ou desvantajosas, ao contrário do regime previsto no art. 503.º/1 aplicável aos contratos de subordinação e às sociedades com domínio total.⁽⁶⁰⁾

Tendo presente a disposição sistemática do CSC nesta matéria, verificamos que, por um lado, inicia-se no art. 501.º o regime de responsabilidade da sociedade diretora perante as obrigações não cumpridas da sociedade-filha; de seguida, no art. 502.º prevê-se o direito da sociedade-filha em exigir à sociedade-mãe a compensação pelas perdas anuais ocorridas. São, naturalmente, regimes para, direta ou indiretamente, tutelar os direitos dos credores que, como já se aludiu, se encontram à mercê das decisões tomadas por uma sociedade, a sociedade-mãe, com quem nunca contrataram.

O direito de dar instruções, aqui já desenvolvido, encontra a sua previsão logo de seguida. Por último, no art. 504.º constam os deveres dos gerentes ou administradores da sociedade-dominante que resultam das instruções emanadas para o resto do grupo.

a. O artigo 501.º como disposição distribuidora do risco da relação de grupo

O principal objetivo do art.501.º é estabelecer um equilíbrio entre a direção unitária verificada e os direitos daqueles que, direta ou indiretamente, se relacionam com a sociedade-filha, implementando assim um regime de distribuição de risco em que a sociedade que detém o domínio ou a sociedade subordinante passa a ser responsável por

⁵⁹ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, p. 929.

⁶⁰ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, p. 928; *Código das Sociedades Comerciais Anotado, Coordenação do Prof. DOUTOR ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª Revisão, revista e Atualizada, Almedina, anotação ao art. 492.º, anotação 10, §26.*

todo o passivo da sociedade dominada. Este regime de responsabilidade justifica-se uma vez que é nesta sociedade que se concentra o poder de direção, é ela quem emana instruções, por vezes desvantajosas, à sociedade-filha, é ela que determina ou define o interesse social a realizar pelo grupo de sociedades.

Perante o controlo por parte de uma sociedade em relação às restantes, considerou o legislador que os direitos dos credores apenas estariam tutelados se, para além do património da sociedade devedora, pudessem estes, de igual forma, dispor do património da sociedade-mãe para responder ao seu crédito. Neste sentido, refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA que “ ... a solução do art. 501.º representa adequado reconhecimento de que não ocorrem, nas relações do grupo, os fundamentos da limitação da responsabilidade tipicamente inerente à personalização das sociedades: separação económica e patrimonial é negada no grupo - por força da permissão de emissão de instruções desvantajosas - e com ela também a separação de responsabilidades”⁽⁶¹⁾

Ora, desde logo, se esclarece que o presente regime é aplicável por força da mera existência da relação de grupo. Assim, conforme prevê o número 1, a sociedade-mãe é responsável pela totalidade das dívidas das sociedades-filhas, quer essas dívidas tenham sido constituídas antes, quer depois da formação da relação de grupo, e que tal responsabilidade persistirá até à cessação dessa da relação⁽⁶²⁾, sendo certo que “a responsabilidade relativa às obrigações constituídas antes ou na vigência da relação de grupo se mantém não obstante a cessação desta relação.”⁽⁶³⁾

Ademais, há responsabilidade da sociedade diretora, independentemente da fonte de constituição da obrigação se verificar na esfera jurídica da sociedade-filha; ou seja, a responsabilidade da sociedade-mãe verificar-se-á mesmo que a dívida não tenha resultado do concreto exercício de poder de direção⁽⁶⁴⁾, e ocorrerá mesmo que haja ilicitude ou culpa na atuação da sociedade-filha⁽⁶⁵⁾. Será, também, a sociedade-mãe

⁶¹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*, Ob. cit p. 600.

⁶² ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, pp. 247 e 248, 2ª edição, Almedina, 2015.

⁶³ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Ob. cit p. 251

⁶⁴ Até porque, conforme se desenvolverá *infra* o poder de direção existe mesmo que a sociedade-diretora não emane instruções à sociedade-filha. Há doutrina que entende que se sociedade-filha, mesmo que sem instruções diretas, deverá agir tendo em conta o interesse social do grupo, ou, pelo menos, não deverá agir contra este interesse.

⁶⁵ Veja-se, neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado 25 Junho de 2012, com número de Processo 595/10 (António José Pinto da Fonseca Ramos) “O artigo 334º do CT tem como finalidade a proteção dos trabalhadores, procedendo ao reforço da tutela dos mesmos quando se encontram num contexto de grupo, que determina a sujeição das sociedades do grupo ao

responsável pelas dívidas da sociedade-filha quando estas tenham sido contraídas em virtude da desobediência de instruções da sociedade-mãe, sendo certo que, neste caso, a sociedade-filha e os seus administradores responderão pelos danos causados nos termos do art. 504.º.⁽⁶⁶⁾

Por outro lado, a responsabilidade da sociedade diretora não se esgota no passivo da sociedade-filha, podendo se estender, no caso dos grupos verticais, às sociedades netas (caso as sociedades-filhas tenham contratos de subordinação ou dominem totalmente estas últimas).⁽⁶⁷⁾

Pelo exposto, a responsabilidade da sociedade-mãe – independentemente da origem, natureza jurídica, ou momento do seu nascimento, com ou sem exercício do poder de direção, ou com extensão de responsabilidade para as sociedades-netas, (no caso de grupos verticais) – é caracterizada como direta e ilimitada perante os credores sociais das sociedades que fazem parte do grupo. Ou seja, ao contrário da regra da limitação da responsabilidade nas sociedades por quotas e anónimas prevista nos art. 197.º, n.º 3 e 271.º, nas relações de grupo, a sociedade-mãe responde pessoal e imediatamente perante os credores sociais.⁽⁶⁸⁾

Por outro lado, prevê-se no n.º 2 do art. 501.º que a dívida se torna exigível à sociedade-mãe decorridos 30 dias de mora da sociedade-filha ^(69,70), prevendo o n.º 3 que

regime da responsabilidade solidária dos créditos laborais. Nestes casos, o trabalhador pode, se assim o desejar, acionar diretamente qualquer uma das empresas pertencentes ao grupo, apesar de não serem os seus empregadores e sem passar previamente pelo seu próprio empregador.” Ora, a responsabilidade da sociedade-mãe resulta de forma geral do art. 501.º do CSC, sendo certo que o artigo aqui mencionado, previsto no Código do Trabalho vem apenas reforçar o sentido da obrigação decorrente do art. 501.º, alargando a responsabilidade para outro tipo de sociedades que, para o presente estudo, pouca importância contempla. Do que deste Acórdão se pode concluir é que, considerando-se que o despedimento do trabalhador realizado por uma sociedade do grupo, seja considerado ilícito, os créditos salariais que daí advenham poderão ser da responsabilidade da sociedade-mãe.

⁶⁶ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Ob. cit, pp. 243 a 244.

⁶⁷ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Ob. cit, pp. 246 e 247; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos*, Ob. cit p. 670

⁶⁸ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit pp. 801 a 806; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Ob. cit pp. 246 a 248; *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coordenação do Prof. Doutor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª Revisão, revista e Atualizada, Almedina, anotação ao art. 501.º, anotação 5, §17, p. 1297

⁶⁹ A mora constitui-se nos termos das disposições previstas no Código Civil, mais concretamente nos termos dos arts 804.º e seguintes.

⁷⁰ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit pp. 809 a 815; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Ob. cit, pp. 243 e 250 a 251.

não se pode mover ação executiva contra a sociedade-mãe com base em título executivo contra a sociedade subordinada.⁽⁷¹⁾

Ainda no que se refere ao art. 501.º, alvo de profunda discussão na nossa doutrina, é a natureza jurídica da responsabilidade da sociedade-diretora/sociedade-mãe, mais concretamente se a responsabilidade subjacente ao referido normativo é solidária ou subsidiária/acessória.⁽⁷²⁾ A discórdia não se revela na aplicação prática do preceito, uma vez que as características de aplicação previstas no art. 501.º, são esclarecedoras. Revela-se, contudo, em termos teóricos, considerando a doutrina que a solução passará por um dos limites de ambas.

Ora, a generalidade da doutrina, não obstante com muitas ressalvas e com várias nuances, como RAÚL VENTURA⁽⁷³⁾, ENGRÁCIA ANTUNES⁽⁷⁴⁾, MARIA DA GRAÇA TRIGO⁽⁷⁵⁾, acabam por considerar que a responsabilidade subjacente ao art. 501.º é uma responsabilidade solidária. Por outro lado, JANUÁRIO DA COSTA

⁷¹ O que, conforme refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Ob. cit p. 250: "...obriga-se à proposição de uma ação declarativa autónoma para que seja obtido título executivo, o que constitui significativa limitação à tutela conferida.". Sobre esta questão não podemos deixar de concordar com a Autora e com MANUEL JANUÁRIO COSTA GOMES, *A sociedade com domínio total como garante. Breves notas*, RDS I (2009), 4, pp. 869 e 870 (nota 14) quando afirma que o legislador optou "por deixar sucumbir a lógica substantiva ou material à lógica processual", acabando, "em certa medida, por retirar (...) com a *mão processual* do artigo 501/3 o que dera com a *mão substantiva* do artigo 501/1". Não podemos, contudo, deixar de fazer uma apreciação, de certa forma, a favor desta solução legislativa, uma vez que, caso os credores da sociedade-filha se pudessem valer do título executivo constituído contra esta sociedade para fazer valer os seus direitos sobre a sociedade diretora, estaríamos a vedar à sociedade-mãe os seus meios de defesa, quer aqueles que seriam próprios desta como aqueles que competem à sociedade-filha devedora, já que, sendo proposta ação executiva, a sociedade-mãe/Executada não poderá, nos termos da lei processual (art. 729.º, 730.º e 731.º do NCPC) se opor com os mesmos fundamentos que poderia apresentar, caso estivéssemos em fase de constituição de título executivo - onde, nomeadamente, é permitida a discussão sobre a existência da dívida.

⁷² Sobre os vários entendimentos doutrinários desta questão com maior detalhe cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A sociedade com domínio total como garante. Breves notas*, Ob. cit e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade da sociedade com domínio total (501.º/1, do CSC)*, Ob. cit, pp.83-115.

⁷³ RAÚL VENTURA, *Contrato de Subordinação, in Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Coletivo*, 1994, pp. 102 - 127

⁷⁴ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupo de Sociedades*, ob. cit, pp. 800 a 802

⁷⁵ MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Grupos de Sociedades, in, O Direito*, 123 (1991), 41-144. Esta Autora refere "Porém, o regime instituído não é sequer de responsabilidade subsidiária da sociedade diretora, pois não se exige que previamente os bens da sociedade dependente tenham sido executados.", p. 93

GOMES⁽⁷⁶⁾, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁽⁷⁷⁾ e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁽⁷⁸⁾ defendem que estamos perante uma responsabilidade subsidiária.

Para tal, importa ir ao encontro das normas do Direito Civil, já que é no Código Civil que quer o conceito de responsabilidade solidária quer o de responsabilidade subsidiária encontram maiores desenvolvimentos. A solidariedade passiva encontra o seu regime consagrado nos arts 512.º a 527.º do Código Civil. As obrigações consideradas acessórias, não são fonte de um regime específico, encontram maior expressão como característica da obrigação resultante da fiança, pelo que o descortino desta figura jurídica encontra maior detalhe nos artigos 627.º a 655.º do CC⁽⁷⁹⁾.

Conforme os ensinamentos de ANTUNES VARELA⁽⁸⁰⁾, quando as obrigações contemplam dois ou mais titulares do lado ativo ou do lado passivo da relação, dão-se o nome de obrigações plurais, sendo que dentro desta categoria de obrigações se distingue entre as chamadas obrigações conjuntas e obrigações solidárias. Distingue o Autor que nas primeiras, “... a prestação debitória fracciona-se ou reparte-se entre os vários sujeitos da relação, cada um dos quais só tem de cumprir ou apenas tem direito de exigir a respetiva fração”⁽⁸¹⁾, e nas segundas “há um vínculo de mais estreita dependência e reciprocidade entre os sujeitos da relação: (...) na solidariedade passiva, o credor pode exigir a prestação, na sua totalidade, de qualquer dos devedores...”⁽⁸²⁾

A obrigação acessória, como o nome indica, nasce como garantia do cumprimento da obrigação de um outro sujeito. Assumindo-se como uma obrigação plural, no sentido em que para o seu cumprimento existem vários titulares passivos, a verdade é que, numa primeira fase, o credor apenas pode exigir a prestação ao devedor inicial, já que o direito de exigir do segundo devedor, só se constitui com a verificação de determinadas

⁷⁶ MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A sociedade com domínio total como garante. Breves notas*, in RDS, Ano I (2009) - Número 4, pp. 865-883.

⁷⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade da sociedade com domínio total (501.º/1, do CSC)*, in RDS, Ano III (2011) - Número 1, pp. 83-115.

⁷⁸ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades*, Ob. cit, pp. 597-602 (602), *Manual de Corporate Finance*, Ob. cit pp. 248 a 250.

⁷⁹ Cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A sociedade com domínio total como garante. Breves notas*, Ob. cit p. 876, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, Ob. cit, p. 666.

⁸⁰ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, Coimbra, 10ª Edição, 2000, Almedina, pp. 741-800.

⁸¹ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Ob. cit, p. 742.

⁸² JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, Ob. cit, p. 743.

circunstâncias. Logo, é uma garantia de cumprimento e não uma obrigação principal que recai na sociedade-mãe.

Vejamos as características da obrigação solidária tentando estabelecer o paralelismo com a responsabilidade que advém do art. 501.º. Para que a obrigação seja solidária dois são os requisitos impostos pelo art. 512.º e que se configuram como características desta obrigação: a existência de um dever de prestação integral e o efeito extintivo recíproco da obrigação perante a satisfação. Nos termos do art. 501.º, é unânime na doutrina que, *prima facie*, tanto a sociedade-filha como a sociedade-mãe têm um dever de cumprimento integral da obrigação e que, com o cumprimento por qualquer uma das sociedades se dá a satisfação do credor.

Consideram ENGRÁCIA ANTUNES e RAÚL VENTURA, que o facto de a obrigação apenas poder ser exigida à sociedade-mãe, após o decurso de 30 dias desde a verificação de mora da sociedade-filha, configura uma condição ou termo especial no que se refere a um dos codevedores. Considerando, contudo, que tal não obsta à sua classificação como solidária, sendo que RAÚL VENTURA admite não a qualificar como sendo “perfeitamente solidária”.⁽⁸³⁾

Vejamos que, no entender do primeiro Autor, apenas numa abordagem superficial se poderia admitir que nesta obrigação não existisse uma identidade da fonte das obrigações e da exigibilidade dessa obrigação, já que a fonte da obrigação da sociedade-filha é o próprio facto jurídico com o credor, e a fonte da sociedade-mãe é a própria lei (art. 501.º/1)⁽⁸⁴⁾. Refere ainda que o devedor poderá exigir o crédito de qualquer um dos codevedores, devendo, apenas, em primeiro lugar, exigir à sociedade-filha e só depois de interpelação admonitória infrutífera e decorrendo 30 dias, exigir à sociedade-mãe.⁽⁸⁵⁾

Por outro lado, importa notar que, nos termos do art. 513.º do CC, a obrigação só é solidária quando, por lei ou contrato, assim for estipulado. No caso de não haver

⁸³ RAÚL VENTURA, *Contrato de Subordinação*, in *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Coletivo*, 1994, pp. 102 – 127; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit pp. 800 a 802

⁸⁴ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “*Grupos de sociedades*”, Ob. cit p. 801.

⁸⁵ Para suportar tal convicção, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, p. 801, refere ainda um argumento legal, indicando que o art. 512.º, n.º 2 do CC não discrimina a qualificação da obrigação como solidária pelo facto de os devedores “estarem obrigado em termos diferentes” e ainda, um argumento com base na doutrina de ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, Ob. cit., p. 730 “nada há na lei, nem na lógica dos bons princípios, que exclua a possibilidade de a solidariedade perfeita vigorar entre pessoas que se obriguem em momentos sucessivos, através de causas distintas”.

convenção nesse sentido, ou a lei não o prever expressamente, a obrigação é conjunta. Ora, da leitura do art. 501.º do CSC, não resulta expressamente a aplicação deste regime (aqui se iniciam alguns dos argumentos apresentados pela doutrina, a favor e contra, da aplicação deste regime). Por um lado, ENGRÁCIA ANTUNES, refere que, contrariamente ao previsto no art. 513.º do CC, nos termos do art. 100.º do CCom. o regime regra das obrigações emergentes de atos comerciais é o da solidariedade passiva. Por outro lado, prevê, desde logo o mesmo Autor, outro fundamento que pode pôr em causa o anterior argumento por si utilizado: mesmo se apresentando a obrigação solidária como regime regra nas obrigações comerciais, o legislador comercial refere ao longo da legislação comercial, expressamente, a aplicação desse regime⁽⁸⁶⁾. Conclui o Autor, que a omissão no presente caso, parece pretender o afastamento da referida aplicação. Neste sentido, sela este argumento JANUÁRIO DA COSTA GOMES referindo que “ A entrada em cena do art. 100.º do Código Comercial não logra explicar a relação existente entre a dívida da sociedade dominada e a da sociedade dominante - não explica o facto de, conforme veremos adiante, haver uma *dívida principal* e uma *dívida secundária* ”⁽⁸⁷⁾

Para ENGRÁCIA ANTUNES o argumento que eleva a qualificação da obrigação prevista no art. 501.º/1 como solidária, é a interpretação histórica do preceito⁽⁸⁸⁾. De acordo com o Autor, partindo das origens do regime consagrado no CSC português, no que se refere ao regime dos Grupos de Sociedades, tanto no direito alemão (§ 322 AktG), no direito francês (art. 24.º da Proposta “Cousté” 1978,) como no direito comunitário (art. 239.º SAE 1970) se qualifica(va), expressamente, esta obrigação como solidária.

No que se refere à qualificação da obrigação constante no art. 501.º como subsidiária, sempre se diga que, de acordo com o seu regime consagrado nos art. 627.º e ss. do CC, se trata de uma garantia de cumprimento de uma obrigação constituída por outro sujeito e de forma principal. Neste sentido, existe sempre um devedor principal e um devedor secundário, que garante a prestação. Por outro lado, nas obrigações subsidiárias existe a possibilidade de o devedor secundário optar pelo regime da excussão prévia (638.º CC) que garantirá que antes de lhe ser exigido o cumprimento da prestação,

⁸⁶ O autor exemplifica, identificando o art. 84.º, 175.º/1, 36.º/2, 38.º/1, 40.º/1 todos do CSC v. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de sociedades*, Ob. cit, p. 800, apresenta também uma lista exemplificativa onde o legislador prevê expressamente a aplicação do regime da solidariedade para as obrigações comerciais; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A sociedade*, Ob. cit, pp. 871-873.

⁸⁷ MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A sociedade com domínio total como garante*. *Breves notas*, Ob. cit, p. 871.

⁸⁸ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de sociedades*, Ob. cit p. 800.

o credor seja obrigado a demandar o devedor principal e que, apenas quando este estiver escusado do seu património, poderá vir a ser demandado o devedor secundário.

Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁽⁸⁹⁾, a inexistência de benefício da excussão prévia no regime previsto pelo art. 501.º CSC, não obsta à qualificação deste preceito. O Autor, expõe os graus de subsidiariedade existentes⁽⁹⁰⁾ demonstrando que a condição imposta pelo art. 501.º/3 pode ser integrada como subsidiariedade fraca, no sentido em que não existe uma obrigação de esgotar o património do devedor principal, também não existe, em sentido oposto, uma liberdade no chamamento do devedor secundário.

A subsidiariedade da obrigação não “... assume sempre o gravoso figurino exposto, de necessária excussão do património do devedor primário pelo credor como requisito para poder agir contra o “segundo devedor”⁹¹. Para o Autor, saber se a obrigação prevista deverá ser qualificada como solidária ou subsidiária, tem resposta na extensão possível ao devedor secundário dos meios de defesa do devedor principal.⁽⁹²⁾ Ora, partindo da redação prevista no art. 637.º/1 CC sobre a obrigação acessória do fiador, repare-se que o devedor secundário tem disponível para si, todos os meios de defesa que competem ao devedor primário, excluindo-se, contudo, aqueles que forem incompatíveis com a obrigação de fiador. Motivo pelo qual, considera o Autor, a sociedade-diretora detém, igualmente, para além de meios próprios de defesa, os meios de defesa do devedor-principal.

Ora, descortinar a natureza jurídica da responsabilidade da sociedade diretora proveniente do art. 501.º, não tem ainda uma solução unânime, na verdade, mesmo nos argumentos apresentados por cada um dos Autores que mais expressão têm neste tema, vislumbram-se algumas ressalvas para as suas inclinações.⁽⁹³⁾ Desde logo, no que se refere

⁸⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade da sociedade com domínio total (501.º/1, do CSC)*, Ob. cit pp.83-115 (106)

⁹⁰ Para tal apresenta a distinção preconizada por MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Lisboa, 2000, Coleção Teses, Almedina, p. 968.

⁹¹ *Idem*.

⁹² MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *A sociedade com domínio total como garante. Breves notas*, Ob. Cit, p. 876.

⁹³ Veja-se que ENGRÁCIA ANTUNES, *The law of corporate groups in Portugal*, in *Institute for Law and Finance, Working Papers n.º 84*, disponível em http://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/ILF_WP_084.pdf, p. 20 (nota 67), refere a dificuldade em enquadrar esta obrigação e qualquer uma das figuras: “The parent’s liability is thus neither a pure joint and several liability (“gesamtschuldnerisch Haftung”, (“responsabilité solidaire”) – in the sense that subsidiary creditors may freely chose between the assets of the subsidiary and of the parent in order to settle their claims – nor a residual liability (“Ausfallhaftung”, “responsabilité

à matéria jurisprudencial, os acórdãos têm seguido, unanimemente, a posição apresentada por ENGRÁCIA ANTUNES de que a responsabilidade subjacente ao preceito se poderá qualificar como solidária *si generis*.⁽⁹⁴⁾

Posto isto, podemos afirmar que a responsabilidade da sociedade-diretora perante as obrigações da sociedade-filha, é direta e ilimitada (no sentido em que a sociedade responde pessoal e imediatamente perante os credores da sociedade-filha), tem natureza legal (já que decorre de uma norma prevista em lei societária), é objetiva (no sentido em que a sociedade dominante responde pelas dívidas da sociedade dependente, independentemente da culpa ou do contrato de subordinação), e é automática (já que opera por mero efeito do contrato de subordinação ou da situação de domínio total).

b. O artigo 502.º

O preceito a que nos dedicaremos, tem subjacente o propósito (direto) de tutelar os interesses da própria sociedade subordinada e o propósito (indireto) de tutelar os

résiduelle”) – in the sense that parent companies should be made exclusively liable for the settlement of the remaining unpaid debts of insolvent or bankrupted subsidiaries. The liability of parent companies represents a sort of “subsidiary liability”, somewhere in between these two extremes: that is, parent assets are not placed side-by-side with the subsidiary assets at the free disposal of subsidiary creditors (joint liability) but creditors are not forced to wait until the insolvency of the subsidiary before proceeding against the parent (residual liability), being sufficient that they have made a written request to the corporate debtor which failed to obtain satisfaction.” ; Por outro lado, não podemos deixar de sublinhar que, conforme refere MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade da sociedade*, *Ob. cit.*, p. 105, também JANUÁRIO DA COSTA GOMES não se limita a qualificar a responsabilidade como subsidiária, refere MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade da sociedade com domínio total (501.º/1, do CSC)*, *Ob. cit.*, que este Autor num primeiro estudo classifica a responsabilidade como subsidiária média, de seguida como acessória e ulteriormente como não puramente acessória.

⁹⁴ *Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*, datado de 31-05-2005, (Fernandes Magalhães): “Por último, a responsabilidade em causa é solidária, apesar de o legislador o não ter dito expressamente (é esse o entendimento comum dessa solidariedade “sui generis”, que faz com que pelo cumprimento unitário e integral das obrigações contraídas pela sociedade-filha responde esta e a sociedade-mãe, com a particularidade relativa ao momento da sua exigibilidade à última, 30 dias sobre a constituição em mora daquela - v. art.º 501º n.º 1 e 2 C.S.C.)”; *Acórdão da Relação de Coimbra*, datado de 15-01-2013 (Luís Cravo): “Configura precisamente uma “*situação muito especial*” e fruto de “*previsão legal específica*” as normas dos arts. 501º a 504º do C.Soc.Com., por força das quais as obrigações das sociedades com domínio total, face às obrigações da sociedade dominada, se constituem como uma responsabilidade *direta, ilimitada, com natureza legal e objetiva*, sendo que nesse caso respondem *solidariamente* ambas as sociedades perante o credor” ; *Acórdão da Relação de Lisboa*, datado de 10-03-2015 (Manuel Marques) “Tratando-se de uma responsabilidade simultânea e cumulativa, e tendo o credor direito a exigir da sociedade dominante a totalidade da prestação debitória, deve considerar-se aqui abrangidas, para além da prestação em si mesma, todas as consequências legais ou contratuais do não cumprimento pela sociedade devedora, designadamente os juros de mora *Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, Os Grupos, ob. cit.* p. 812. Tendo em conta a natureza de garantia daquela responsabilidade, a ré G-SGPS. S.A. é assim responsável solidário por aquele reembolso (vide art. 100º do C. Comercial), no qual se incluem os juros moratórios.”.

interesses dos credores daquela sociedade. A obrigação que recai sobre a sociedade diretora prevista no art. 502.º do CSC, é a compensação da sociedade-filha pelas perdas anuais que esta sofra, na vigência do contrato de subordinação, ou enquanto se verificar a situação de domínio total.

O motivo da consagração deste regime vai no mesmo sentido do aqui já explanado para a tutela dos credores, prevista no art. 501.º. O espírito da norma é o mesmo: sendo a atividade do grupo controlada por um ente jurídico estranho à própria sociedade que tem em seu poder o direito de dar instruções, até desvantajosas, à sociedade-filha, então, considerou o legislador, o risco empresarial que corre a sociedade-filha, deverá ser compensado pela sociedade-mãe. Neste sentido, a obrigação de compensar a sociedade-filha pelas perdas opera, por mero efeito do contrato de subordinação ou da verificação do domínio total, não sendo necessário que haja um efetivo exercício da direção unitária, ou seja que existam instruções da sociedade-mãe na gestão da atividade da sociedade-filha.⁽⁹⁵⁾

Ora, a previsão legislativa de que a sociedade-mãe irá cobrir as perdas anuais da sociedade-filha, assegura que, após a disposição do património da sociedade-filha aos interesses do grupo, no momento em que a relação de grupo deixar de existir, a sociedade-filha possa manter a sua atividade comercial na situação patrimonial que se encontrava no momento da celebração do contrato de subordinação, ou da situação de domínio total. Conforme refere ELISEU FIGUEIRA⁽⁹⁶⁾ “pretende-se garantir a sobrevivência da sociedade subordinada ou dependente e uma proteção dos acionistas livres e até dos trabalhadores...” e ainda “é evidente que, ao terminar o controlo ou a relação de domínio, a sociedade pode encontrar-se ainda numa relação de dependência tal que torne impossível o exercício da respetiva ação”.⁽⁹⁷⁾

Isto posto, na primeira parte do art. 502.º é mencionado o conceito de “perdas anuais”, sendo o mesmo entendido como o saldo negativo dos resultados líquidos de exercício da forma constante no balanço anual, sendo este o valor sobre o qual a

⁹⁵ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit p. 821, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Ob. cit, pp. 273 – 274.

⁹⁶ ELISEU FIGUEIRA, Juiz Conselheiro do STJ, *Disciplina Jurídica dos Grupos de Sociedades- Breves notas sobre o papel e a função do grupo de empresa e sua disciplina jurídica*, in *Separata da “Coletânea de Jurisprudência” - Tomo IV - 1990*, p. 52.

⁹⁷ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit, p. 686.

sociedade-dominante terá de cobrir⁽⁹⁸⁾, apenas após a verificação do termo do contrato de subordinação, conforme prevê o número 2 do mesmo artigo.

A previsão do n.º 2 do art. 502.º vem atribuir uma aplicação prática muito reduzida ao regime de tutela consagrado no número 1, permitindo que a sociedade dominada, no decorrer da relação de grupo, seja um ente vazio, sem património, desvirtuando a sua existência jurídica como sociedade comercial, como um “fantoche” nas mãos da sociedade dominante, regressando ao seu estado de atividade no termo da relação de grupo, onde já se poderá exigir à sociedade-diretora a restituição das perdas anuais entretanto sofridas.⁽⁹⁹⁾

Com efeito, a solução prevista no número 2 deste preceito não apresenta uma justificação, pelo menos a nível jurídico. Que direito pretendeu acautelar o legislador com esta solução? Um poder de direção mais livre de encargos do próprio grupo? Concentrando assim no seio do grupo toda a dependência das sociedades-filhas?

Conforme refere ENGRÁCIA ANTUNES as consequências da “...inexigibilidade imediata da cobertura das perdas anuais da sociedade subordinada faz nascer para esta um significativo risco de dissolução: é que, permitindo-se assim que esta sociedade vá acumulando perdas anuais mais ou menos vultuosas durante sucessivos exercícios sociais de vigências contratual sem que a sociedade directora seja obrigada a compensá-las no momento em que foram registadas, bem pode acontecer que aquela sociedade se venha a dissolver em virtude da perda de metade do capital (art. 35.º) ou mesmo de falência (art. 141.º, n.º1, e)”.⁽¹⁰⁰⁾

Não obstante a solução prevista no número 1 ser idêntica à solução encontrada na lei alemã,¹⁰¹ a verdade é que o n.º 2 vem retirar o efeito útil da tutela prevista no n.º 1. A

⁹⁸ Sobre o conceito adotado pelo legislador, crítica ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Ob. cit, p.274, referindo que o conceito não tem correspondência na situação patrimonial e financeira da sociedade, elucida-nos ainda para o facto de ser frequente na viva societária as técnicas de manipulação do balanço.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos*, Ob. cit p. 701.

¹⁰¹ Veja-se a semelhança na norma prevista §302, (1) da AktG em relação ao nosso art.502.º, n.º 1 do CSC: “In the case of a control agreement or profit transfer agreement, the other contracting party shall compensate any annual net loss occurring during the term of the agreement to the extent that such loss is not compensated by withdrawing amounts from the other profit reserves which were transferred to such reserves during the term of the agreement.” tradução para inglês da lei das sociedades anónimas alemã disponível em <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-109100.pdf>.

solução do legislador português, não encontra justificação no espírito da norma que seria a proteção do ativo da sociedade e, por conseguinte, a proteção dos credores; nem encontra, por outro lado, correspondência com o direito alemão, que prevê nesta matéria, nos termos do 2 do § 302 do AktG, que a compensação pelas perdas da sociedade-filha seja realizada anualmente até ao final do contrato de subordinação⁽¹⁰²⁾.

Neste sentido, ao contrário do que se encontra consagrado no direito português, o direito alemão não prevê a extinção do contrato de subordinação ou da relação de domínio total como condição para que a sociedade-filha possa exigir a compensação à sociedade-mãe.

Ora, importa notar que é por existir uma relação de subordinação ou de domínio que a autonomia da sociedade-filha se encontra fragilizada, motivo pelo qual sentiu o legislador necessidade de salvaguardar a subsistência desta, no decorrer da relação de subordinação, pelo que ao prever a extinção desta relação como condição para a sociedade usufruir da compensação, parece não fazer sentido.

Existe ainda no caso português, uma exceção ao momento de exigibilidade da compensação, previsto na parte final do art. 502.º, que se verifica no caso de a sociedade ser declarada insolvente. Ora, parece-nos que o legislador com a previsão desta exceção pretendeu acautelar a solvência da sociedade-filha, não tendo sido, contudo, muito feliz com a redação da norma.

Vejamos que, se a sociedade-filha pode exigir da sociedade-mãe a compensação das suas perdas durante a vigência do contrato, se for declarada insolvente, o regime “de exceção” aqui previsto não é, na verdade, uma exceção ao momento de exigibilidade, já que, quando a sociedade-filha for declarada insolvente esta é imediata e automaticamente dissolvida, nos termos do art. 141.º, n.º 1, alínea e) cessando, por esse motivo, o contrato de subordinação (502.º/2, 1ª parte)⁽¹⁰³⁾. Pelo que, esta solução apenas reforça a regra prevista na 1ª parte do artigo, não vem, pelo contrário, estabelecer uma circunstância especial em que a sociedade-filha pode prevenir uma declaração de insolvência, já que a

¹⁰² Tradução da lei das sociedades anónimas alemãs, disponível em <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-109100.pdf>.

¹⁰³ O art.141.º, n.º 1, alínea e) do CSC prevê a imediata dissolução da sociedade quando esta é declarada insolvente nos termos do art. 36.º do CIRE. Neste sentido, independentemente dos trâmites legais com vista a liquidação da sociedade a mesma encontra-se desde logo dissolvida o que determina, nos termos do art. 502.º, n.º 2, 1.ª parte do CSC a cessação da relação de grupo.

letra da norma não parece permitir que a sociedade-mãe possa exigir a compensação quando estiver numa situação iminente de insolvência. Necessitaria, por isso, de uma interpretação extensiva do preceito.

Entende, neste sentido, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁽¹⁰⁴⁾ que “o art. 502.º/2, 2ª parte visa, sem dúvida, ampliar a proteção conferida à sociedade-filha, para prevenir, quando possível, a situação de insolvência. Assim, ocorre o vencimento antecipado da obrigação de compensação quando a insolvência se verifique materialmente, apesar de não haver ainda declaração judicial, ou quando ela se encontre eminente”.

Da nossa parte, consideramos que, tal como a Autora, a letra da lei não se coaduna com o espírito pretendido, e já que uma interpretação no sentido de permitir a compensação das perdas anuais no decurso exercício social, tal como na lei alemã, não é viável face à redação imperativa da norma. Então, a única solução possível para acautelar uma situação de declaração de insolvência, passará por permitir o uso deste preceito numa situação de insolvência eminente, não declarada judicialmente.⁽¹⁰⁵⁾

c. Deveres e responsabilidade dos gerentes e administradores da sociedade - mãe

Já aqui nos referimos ao n.º 1 do art. 504.º e à obrigação que impende sobre os administradores da sociedade-mãe de atuarem sobre o grupo de forma diligente e cuidada como se da própria sociedade se tratasse. Ou seja, uma vez que é concedido à sociedade-mãe a direção das sociedades-filhas, é-lhe imposto que no exercício desse poder de direção, a sociedade-mãe atue da forma que atuaria caso se tratasse da administração da sua sociedade.

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA considera que, resulta do dever de administrar o grupo a obrigação de “desenvolver um conjunto de tarefas tendentes a promover a “integração” ou unificação económica das sociedades envolvidas”, apontando a Autora alguns exemplos como “alinhamento estratégico do grupo (v.g.,

¹⁰⁴ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “*Manual de Corporate Finance*”, Ob. cit, p. 276.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 277.

definição de campos de negócio estratégicos, objectivos financeiros), estabelecimento de uma estrutura de grupo expedida e adequada à realidade e fins concretos visados, direcção financeira e supervisão geral do grupo...”

Assim, devendo os administradores da sociedade-mãe adotar a mesma diligência exigida por lei na administração da sua própria sociedade quando se encontram perante a administração da sociedade-filha, daqui resulta a obrigação dos administradores da sociedade-mãe de observarem o estatuído no art. 64.º do CSC. Pelo que, os administradores das sociedades-diretoras deverão atuar, observando os deveres de cuidado e de lealdade num interesse que, por força do art. 503.º, n.º 2 do CSC, pode não corresponder ao interesse da sociedade que recebe as instruções de administração.

Nos termos do n.º 2 do art. 504.º a violação destes deveres configura fonte autónoma de ilicitude, podendo gerar responsabilidade civil e penal dos próprios administradores.^(106,107)

O preceito previsto no art. 504.º, ao remeter para o disposto no art. 72.º a 77.º do CSC, está a prever expressamente aquilo que apenas doutrinamente se tem entendido interpretar. Ou seja, o art. 504.º vem estender a responsabilidade dos administradores (devidamente designados e em funções de gerência) aos administradores de facto que, no caso das sociedades em grupo, são os administradores da sociedade-mãe.

Na relação subjacente à relação de grupo, onde se permite que os administradores da sociedade-mãe instruem a sociedade-filha na prática de atos de administração/gestão, a posição dos administradores da sociedade-mãe é, tão somente, a posição a que a doutrina tem denominado de administradores na sombra (shadow directors).⁽¹⁰⁸⁾ Para

¹⁰⁶ Aplicam-se os pressupostos gerais da responsabilidade civil nos termos do art. 72.º CSC e 798.º do CC, *Cfr.* ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coordenação do Prof. Doutor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª Revisão, revista e Atualizada, Almedina, anotação ao art. 504.º, anotação 16, p. 1310.

¹⁰⁷ *Cfr.* ELISEU FIGUEIRA, Juiz Conselheiro do STJ, “Disciplina Jurídica dos Grupos de Sociedades...” *Ob. cit.*, p. 52 “A interpretação do art. 504.º, n.º 1 conduz-nos a uma responsabilidade subjetiva da empresa dominante, na medida em que no art. 64.º do CSC se estabelece o princípio geral que faz depender aquela de um comportamento culposos.” considera, contudo, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coordenação do Prof. Doutor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª Revisão, revista e Atualizada, Almedina, anotação ao art. 504.º, anotação 16, p. 1310 que a responsabilidade que aqui impende é uma responsabilidade civil contratual, por se resultar da violação de deveres específicos entre os administradores e a própria sociedade-diretora.

¹⁰⁸ A doutrina consegue descortinar três tipos de administradores de facto: os administradores de facto aparentes (aquele que atua notoriamente como se fosse administrador de direito, mas sem título bastante), os administradores de facto ocultos (aquele que ostenta

estes, o administrador sombra não exerce diretamente funções de gestão, dirige e instrui os administradores de direito que, de forma direta, as desempenham.

A doutrina tem entendido expandir a responsabilidade do administrador de facto à responsabilidade civil e penal perante a sociedade e terceiros, prevista nos art. 72 e ss. do CSC, considerando que a letra da lei não recusa tal interpretação e, por ser esta a interpretação que melhor corresponde ao intuito de ressarcimento de danos pelo autor da prática dos mesmos.⁽¹⁰⁹⁾ Outra parte da doutrina, suporta tal entendimento com base no art. 80.º do CSC que refere que, “As disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ou administradores aplicam-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração”.

Na relação de grupo, verifica-se que os administradores da sociedade dirigem os atos de administração a serem executados pela sociedade-filha, devendo esta acatar as instruções recebidas, dentro dos limites já anteriormente elencados. Pelo que, o art. 504.º, n.º 2, ao remeter expressamente para o regime geral de responsabilidade, encontra-se a estender intencionalmente a responsabilidade dos administradores de facto que, para parte da doutrina, se encontrava prevista nos art. 72 e ss.

Prevê ainda o preceito português, que é a sociedade subordinada quem tem legitimidade para intentar ação de responsabilidade contra a sociedade diretora, podendo, contudo, a mesma ser intentada por qualquer sócio ou acionista livre da sociedade subordinada, em nome desta. Entende-se ainda que, verificando-se os pressupostos previstos no art. 606.º a 609.º do CC pode ser proposta ação sub-rogatória pelo credor.⁽¹¹⁰⁾

um estatuto diverso do de administrador, mas desempenha funções de gestão com autonomia própria dos administradores de direito) e, por fim, os administradores sombra, apenas abrangidos pelo conceito de administradores de facto no seu sentido amplo (aquele que sem cargo de administração ou função profissional na sociedade determina habitualmente a atuação dos administradores de direito), sobre o tema *vide* J. M. COUTINHO DE ABREU, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade”, Ob. cit., pp. 97 a 107.

¹⁰⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade”, Ob. cit., p. 103.

¹¹⁰ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coordenação do Prof. Doutor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª Revisão, revista e Atualizadas, Almedina, anotação ao art. 504.º, anotação 21, p. 1310. No mesmo sentido *v.* ELISEU FIGUEIRA, *Juiz Conselheiro do STJ, “Disciplina Jurídica dos Grupos de Sociedades...”* Ob. cit p. 52 que refere, mais precisamente na tutela dos credores na responsabilidade da sociedade-mãe sobre as perdas da sociedade-filha - art. 502.º - que “É evidente que, ao terminar o controlo ou a relação de domínio, a sociedade pode encontrar-se numa relação de dependência tal que torne impossível o exercício da respetiva ação. Por isso se impõe a aplicação do art. 504.º n.º 2 sobre a ação sub-rogatória conferida a qualquer sócio ou acionista livre em nome da sociedade. Também aos trabalhadores deveria atribui-se esse direito através dos seus órgãos representativos.”

Por fim, decorre do número 3 deste artigo a irresponsabilidade da sociedade subordinada pelos atos ou omissões praticados na execução de instruções lícitas recebidas pela sociedade-mãe. Já não será assim, se a sociedade-filha ao ter recebido instruções ilícitas, não as tiver recusado.

Poderá, contudo, no caso em concreto, não ser de fácil perceção a licitude das instruções emanadas. Neste caso, a sociedade-filha deverá recusar as instruções que forem manifestamente contrárias à lei e, no que se refere àquelas instruções em que se impõe um controlo de mérito da própria instrução, a sociedade-filha apenas deverá recusar, se a instrução emanada for manifestamente ilícita.⁽¹¹¹⁾

4. Os Regimes Consagrados nos Países da União Europeia

O modelo de sistematização do regime das sociedades relacionadas em grupo apresentado pelo sistema jurídico português, tem por base o sistema jurídico alemão, um sistema que optou pela consagração expressa de um regime próprio para as sociedades relacionadas em grupo.⁽¹¹²⁾

Contudo, a redação de um regime jurídico próprio para as sociedades em grupo não se verifica em todos os ordenamentos jurídicos, já que o reconhecimento dos grupos de sociedades tem uma expressão própria em cada ordenamento jurídico. Assim, é possível descortinar três modelos de reconhecimento deste fenómeno: ou os países regulam esta relação tendo em conta o regime geral das sociedades comerciais e/ou lei civil; ou têm em conta um regime especial consagrado para os grupos de sociedades; ou regulam o fenómeno tendo em conta decisões jurisprudenciais.⁽¹¹³⁾

¹¹¹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coordenação do Prof. Doutor ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª Revisão, revista e Atualizada, Almedina, anotação ao art. 504.º, anotação 27, p. 1311.

¹¹² Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Grupos de Sociedades*, Ob. Cit., p. 165 e ss, e, do mesmo Autor, *The law of affiliated Companies in Portugal*, p. 355, Ob. cit, e, também do mesmo Autor, *The Governance of Corporate Groups*, Ob. Cit. p. 31, AAVV, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coordenação do Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, 2ª Revisão, revista e Atualizada, Almedina, anotação ao art. 481.º, anotação 1, §2, p. 1210.

¹¹³ Cfr. TOBIAS H. TRÖGER, *Corporate Groups – A German European Perspective*, pp. 3 e 4, setembro 2014, Safe Working Papers n.º 66, House of Finance, Goethe University; KLAUS J. HOPT, *Groups of Companies*, Ob. cit., pp. 9 a 11, ENGRÁCIA ANTUNES, *The Governance of Corporate Groups*, Ob. Cit. p. 32 a 34.

Importa ter presente que a intervenção normativa relativa à matéria dos grupos, tem subjacente um princípio de proteção da sociedade-filha, pelo que as disposições regulatórias são, na generalidade, protetoras desta, dos respetivos sócios e dos credores sociais. ⁽¹¹⁴⁾ Conforme refere ENGRÁCIA ANTUNES, é uma “...disciplina jurídica destinada a assegurar a tutela daqueles destinatários jurídico-societários cujos estatuto e interesses se vêm afetados...”⁽¹¹⁵⁾.

Neste sentido, importa compreender como é que os diferentes ordenamentos jurídicos respondem às questões relacionadas com os grupos de sociedades, tais como proteção das sociedades-filhas, seus sócios minoritários e dos credores sociais e como é que, protegendo, se mantém a flexibilidade do modelo de empresa.

Ora, enquanto que o modelo preconizado pelo sistema jurídico Alemão, e adotado de certa forma pelo nosso ordenamento jurídico e pelo ordenamento jurídico Brasileiro, é um modelo de consagração expressa de um regime jurídico para este tipo de organização societária, há ordenamentos jurídicos em que o fenómeno dos grupos não é especialmente regulado, adotando as mesmas regras previstas para a organização societária independente, adaptando a realidade da organização societária com decisões de jurisprudência, constituindo verdadeiras fontes de direito. Ainda, noutros ordenamentos jurídicos, não sendo consagrado um regime jurídico especial, são contudo consagradas normas especiais de adaptação do regime geral ao regime dos grupos.⁽¹¹⁶⁾

No primeiro modelo, preconizado pelo Reino Unido, mas também pela Suécia, o fenómeno dos grupos é regulado pelas normas gerais de direito civil e direito comercial, aplicáveis às restantes sociedades comerciais, organizadas de forma independente.⁽¹¹⁷⁾ O que significa que há uma predominância, também nos grupos, de aplicação dos princípios da individualidade, independência e autonomia, próprios da sociedade comercial.⁽¹¹⁸⁾

¹¹⁴ ENGRÁCIA ANTUNES, *Grupos de sociedades*, Ob. cit., p. 169.

¹¹⁵ *Idem*.

¹¹⁶ TOBIAS H. TRÖGER, *Corporate Groups – A German European Perspective*, Ob. cit., pp. 3 e 4.

¹¹⁷ KLAUS J. HOPT, *Groups of Companies*, Ob. cit., pp. 8 e 9.

¹¹⁸ ENGRÁCIA ANTUNES, *Grupos de Sociedades*, Ob. cit, p. 167 refere “Um tal tipo de solução apresenta, sem dúvida, algumas importantes vantagens, de entre as quais se destaca a sua flexibilidade regulatória. Todavia, constituindo o grupo societário por definição, um fenómeno que justamente veio introduzir uma crise no modelo legal clássico de sociedade, não admira que os autores tenham desde cedo salientado as insuficiências desta estratégia regulatória: como já há quase meio século atrás advertia ERNST-

Na verdade, no Reino Unido, a doutrina da separação da personalidade jurídica das sociedades, conhecida como a doutrina *Salomon*, é fortemente aplicada pelos Tribunais, também quando estão perante grupos de sociedades.^(119,120) Contudo, outros conceitos do direito civil e comercial, tais como a responsabilização do administrador de facto e o levantamento da personalidade jurídica da sociedade-filha, têm sido aplicados por forma a melhor se adaptarem às exigências das sociedades em grupo.⁽¹²¹⁾

Para a responsabilização das sociedades em grupo, por atos praticados pelas sociedades-filhas, mas por si instruídos, tem a jurisprudência inglesa adotado institutos como *shadow directors*, nomeadamente para resolução de questões baseadas com gestão dolosa, ou ainda o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.⁽¹²²⁾

Já no segundo modelo, protagonizado pelo ordenamento jurídico Alemão, verifica-se um regime especificamente codificado para regular as sociedades em grupo. Outros países, para além de Portugal, adotaram também este modelo, tal como a Hungria, a República Checa, Eslovénia, e, em parte, a Itália. Analisemos, então, o modelo Alemão⁽¹²³⁾.

Partindo do modelo Alemão, o controlo societário pode ser constituído pela existência de participações societárias e/ou maioria dos votos, ou por contrato específico entre a sociedade-mãe e a sociedade-filha. Em ambos os casos existe um regime jurídico próprio, com diferenças acentuadas principalmente no que se refere à concessão de um maior

JOACHIM MESTMACKER, “este tipo de solução releva do domínio da utopia e, na realidade, não constitui senão «uma aparência de solução»”.

¹¹⁹ *Idem*, p. 9.

¹²⁰ *Salomon v. A. Salomon & Co. Ltd.*, (1897) Appeal Cases, 22. Foi com base neste caso apreciado pelo House of Lords que deu voz ao Princípio sobre o qual a sociedade comercial é uma entidade com personalidade jurídica independente dos sócios que a compõem. Reconheceu a House of Lords que, não obstante o Sr. Salomon ter exercido a sua atividade comercial como comerciante, todos os seus credores tinham conhecimento que há data da constituição das dívidas, o Sr. Salomon encontrava-se a atuar não em nome pessoal, mas em nome da sociedade comercial de responsabilidade limitada constituída legalmente.

¹²¹ *Idem*, p. 9.

¹²² KLAUS J. HOPT, *Groups of Companies – A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, p. 9, in *Law Working Paper n.º 286/2015*, February 2015, ECGI, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2560935>.

¹²³ Para maior profundidade sobre o tema v. JOSÉ AUGUSTO DE ENGRÁCIA ANTUNES, *Liability of Corporate Group*, RENÉ REICH-GRAEFE, *Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany*, in *Connecticut Law Review*, Vol. 37, p. 785, 2005, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1972437, MEREDITH DEARBORN, *Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups*, in *California Law Review*, Volume 97, Issue 1, Article 5, February, 2009, TOBIAS H. TRÖGER, *Corporate Groups – A German European Perspective*, p. 3 e 4, setembro 2014, Safe Working Papers n.º 66, House of Finance, Goethe University.

controlo por parte da sociedade-mãe.^(124,125) No controlo baseado em participações sociais e direito de votos (grupos de facto) é presumido o controlo inter-societário pelo que, é aplicável automaticamente os § 311 e seguintes do AktG. Aplicando-se este regime, o AktG § 311, proíbe o controlo pela sociedade-mãe ao induzir medidas desvantajosas para a sociedade-filha sem que seja fornecida uma justa compensação no final do ano.^(126,127)

Conforme refere TOBIAS H. TRÖGER, a aplicação desta norma implica uma interpretação do conceito “desvantajosas”. Refere o Autor que a norma é construída no sentido de evitar qualquer situação de risco financeiro para a sociedade. Neste sentido, para apreciar se uma conduta é, ou não, desvantajosa, refere o Autor, terá que se demonstrar que um gestor/administrador diligente e criterioso de uma sociedade independente, nas mesmas condições, teria atuado de forma diferente; por forma a responsabilizar a sociedade dominante.⁽¹²⁸⁾

Acresce que, refere ainda o mesmo Autor que o preceito obriga também à determinação do conceito “justa compensação”⁽¹²⁹⁾. O BGH, em decisão datada de 26 de junho de 2012⁽¹³⁰⁾, fixou jurisprudência no sentido em que se a desvantagem aparecer no balanço da sociedade, a compensação terá de ser do mesmo género, ou seja, que permita uma aplicação de contabilidade. Contudo, se a desvantagem não for (imediatamente) refletida no balanço, a maioria da doutrina tem entendido que deve ser garantida uma vantagem que seja avaliável, mas não necessariamente reportada no balanço.⁽¹³¹⁾

¹²⁴ KLAUS J. HOPT, *Corporate Groups*, Ob. cit., pp. 6 e 7.

¹²⁵ Note-se que apesar dos países referidos se basearem no modelo Germânico não significa que a codificação de tal regime seja exatamente igual ao que aqui se apresentará como pontos principais do sistema Alemão. Na verdade, o sistema Português, não obstante ter na base do seu regime o regime jurídico Alemão, não prevê um regime específico para o controlo societário constituído apenas por participações sociais e maioria dos votos, a não ser que haja um domínio de 90 % das participações sociais. Conforme *supra* referido, as sociedades que apresentem uma relação de domínio, nos termos do art. 486.º do CSC, não têm qualquer regime jurídico especial a adotar, sendo-lhes aplicável o regime geral das sociedades comerciais, ao contrário do que se verifica no regime germânico onde é automaticamente aplicado determinado regime, cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Grupos de Sociedades*, Ob. cit., p. 175.

¹²⁶ KLAUS J. HOPT, *Corporate Groups*, Ob. cit., p. 7.

¹²⁷ Dispõe o AktG § 311 “In the absence of control agreement, a controlling enterprise may not exercise its influence to cause a controlled stock corporation or partnership limited by shares to undertake or refrain from undertaking a disadvantageous transaction or act unless any disadvantage is compensated”, tradução para inglês da lei das sociedades anónimas alemã disponível em <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-109100.pdf>.

¹²⁸ TOBIAS H. TRÖGER, “Corporate Groups...”, Ob. cit., p. 7.

¹²⁹ *Idem*, p. 7 e 8.

¹³⁰ *Cfr.* TOBIAS H. TRÖGER, “Corporate Groups...”, Ob. cit p. 7., *Cfr.* TOBIAS H. TRÖGER, “Corporate Groups...”, Ob. cit p. 8, nota 26, o Acórdão encontra-se publicado na *Neue Zeitschrift Fur Fesellschaftsrecht (NZG)* (New Journal for Corporate Law), 1030 para 23 (2012).

¹³¹ TOBIAS H. TRÖGER, *Corporate Groups*, Ob. cit p. 8.

De acordo com o n.º 2 do § 311, se a sociedade-mãe não atribuir uma compensação justa e em tempo útil, é responsável pelos danos provocados à sociedade-filha, responsabilidade essa solidária com os seus administradores (AktG § 317). A compensação pode ser exigida não só pela administração da sociedade-filha, mas também pelos seus sócios minoritários (§ 309 (4), (1), (2) e § 317 (5)) e seus credores. Contudo, a obrigação que decorre da norma apenas opera no caso de a sociedade-filha se encontrar em incumprimento.

Por outro lado, o controlo constituído por contrato de domínio entre as duas sociedades, encontra-se previsto no AktG § 291 e seguintes. Por via deste contrato a sociedade-mãe adquire o direito de administrar a sociedade controlada, impondo instruções diretas aos seus administradores (§308). As instruções, ao contrário do modelo de controlo anterior, podem ser desvantajosas para a sociedade controlada se servirem o interesse de alguma sociedade-filha do grupo ou o interesse da sociedade-mãe (§308 (1), (2)), desde que não comprometa a existência da sociedade controlada.⁽¹³²⁾

Conforme refere TOBIAS H. TRÖGER⁽¹³³⁾ o contrato de domínio permite medidas amplas de integração do grupo uma vez que a lei prevista acaba por enfatizar a função organizativa dos grupos de sociedades. No entanto, refere o mesmo Autor, uma vez que é conferida uma significativa margem de manobra à sociedade-mãe (acionista controladora) a mesma terá de ser retribuída às sociedades-filhas, por forma a acautelar os interesses dos sócios minoritários e dos credores. Por fim, esclarece que a intenção legislativa é, claramente, prevenir a expropriação de todos os entes sociais.⁽¹³⁴⁾

Neste sentido, os sócios minoritários encontram-se protegidos pelo seu direito em vender as suas participações sociais por um preço justo (§305) e os credores estão

¹³² MEREDITH DEARBORN, *Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups*, p. 218 in *California Law Review*, Volume 97, Issue 1, Article 5, February, 2009.

¹³³ TOBIAS H. TRÖGER, *Corporate Groups*, Ob. cit p. 7, p. 9.

¹³⁴ *Idem*, p. 10, o Autor resume o regime jurídico dos grupos de sociedades constituídos por contrato, de forma a que se conclua pela harmonização do sistema jurídico consagrado, “In sum, the contract of dominance emphasizes the enabling function of organizational law because it permits sweeping measures of group integration. Yet, the leeway the controlling shareholder enjoys carries a price tag, because minority shareholder and creditor interest are protected but correspondingly powerful safeguards. Hence, the legislator’s intention clearly is to effectively prevent the expropriation of corporate constituent also within the context of a closely integrated group.”

protegidos pela obrigação da sociedade-mãe em compensar os prejuízos do exercício resultante no final do ano (§ 302).

Em Itália, em 2004, foram introduzidas normas específicas para as sociedades que se organizam em grupo.⁽¹³⁵⁾ De acordo com o regime italiano vigente, a aplicação do regime dos grupos de sociedades não é precedida de qualquer atuação formal por parte das sociedades que se pretendem agrupar, a existência de um grupo de sociedades é presumida.⁽¹³⁶⁾

Com a reforma de 2004, foram criados diferentes direitos e obrigações para os administradores, membros do grupo, e, ainda, obrigação de divulgação e publicidade de determinados atos. Ademais, o código civil italiano previu a possibilidade de responsabilização da sociedade-mãe e dos seus administradores perante os sócios e credores da sociedade-filha, verificando-se os requisitos de responsabilidade.⁽¹³⁷⁾

Por fim, França, Bélgica, e Países Baixos, adotam o terceiro modelo identificado. Enquanto que, em França o sistema de regulação dos grupos se faz pela lei penal e pela aplicação de uma Doutrina (*Rozenblum*) caracterizada como uma solução flexível para equilibrar os interesses da sociedade-mãe e da sociedade-filha^(138, 139); o sistema de regulação na Bélgica faz-se essencialmente com a obrigação de publicidade da relação de grupo existente entre as sociedades anónimas cotadas; sendo que, no caso dos Países Baixos, perante a verificação de determinadas situações, foi criado pela jurisprudência uma tese que legitima a atuação de controlo da sociedade dominante perante a sociedade dominada.⁽¹⁴⁰⁾

Com a doutrina *Rozenblum* verifica-se um reconhecimento por parte do sistema jurídico francês de um regime de exceção relativamente à prossecução do interesse social

¹³⁵ KLAUS J. HOPT, *Groups of Companies*, Ob. cit., p. 10-11, e *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, p. 60, 5 de Abril de 2011, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1851654>.

¹³⁶ KLAUS J. HOPT, *Groups of Companies*, Ob. cit., p. 10-11.

¹³⁷ KLAUS J. HOPT, *Groups of Companies – A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, Ob. cit., p. 10.

¹³⁸ *Idem*, p. 11.

¹³⁹ *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, p. 63, 5 de Abril de 2011, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1851654>.

¹⁴⁰ STEEF M. BARTMAN, *From Autonomy of Interests to Concurrence of Interests in Dutch Group Company Law*, in *European Company Law*, October 2010, pp. 207 a 209, disponível em:

http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200908/annex11_finalcountryreport_nl-2-relevan%20article_en.pdf.

da sociedade comercial em causa. Admitindo que, estando perante grupos de sociedades, se poderá legitimamente revelar, ser a estratégia do grupo a não prossecução de interesses sociais de determinada sociedade-filha, desde que dentro de determinados limites.⁽¹⁴¹⁾

Em face desta exposição, ainda que teórica, da regulação dos grupos societários, a primeira conclusão que é possível retirar prende-se com a dificuldade prática existente no governo das sociedades em grupo: a insegurança quanto ao regime aplicável na regulação transfronteiriça. Partindo do princípio que as sociedades em grupo se distribuem pelo território Europeu, torna-se muito difícil para as sociedades-mães delinear uma estratégia comum do grupo. Na verdade, na delineação da estratégia de grupo por parte da sociedade-mãe, não podem estas prever ou assegurar que determinadas sociedades-filhas sedeadas noutros países da UE, seguirão as suas instruções.

Esta não uniformização de regimes jurídicos, num fenómeno que é, sobretudo, transfronteiriço, cria insegurança jurídica não só para o próprio grupo, na delimitação da estratégia do grupo, mas para todos os credores sociais e para os sócios minoritários das sociedades-filhas, devendo ser ultrapassado.⁽¹⁴²⁾

¹⁴¹ *Idem*, p. 63.

¹⁴² ENGRÁCIA ANTUNES, *Grupos de Sociedades*, Ob. cit., p. 181, anotação 349, repare-se que, já em 2002, alertava o Autor para o risco subjacente à diversidade de modelos regulatórios na Europa, “alertando para o risco de adopção de comportamentos oportunistas por parte dos grupos empresariais com implantação multinacional, traduzido numa «corrida» para aqueles Estados da União Europeia que possuem uma legislação mais liberal ou menos desenvolvida na matéria – também conhecido por “Delaware effect” ou “race to laxity” ...”.

III. OS DEVERES DE CONDUTA DOS ADMINISTRADORES E O INTERESSE SOCIAL NO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

1. O Artigo 64.º do CSC e os Deveres Fundamentais dos Administradores

Os administradores/gestores das sociedades no exercício das suas funções, encontram-se vinculados por determinados deveres denominados, na terminologia da lei, por “deveres fundamentais”.

Esses deveres encontram consagração no art. 64.º do CSC e são tidos como os deveres primários, basilares do exercício das funções dos administradores. São eles o dever de cuidado (conhecido no direito anglo-saxónico como *duty of care and skill*), previsto na alínea a), do n.º 1 do art. 64.º, e o dever de lealdade (*duty of loyalty*), previsto na alínea b), n.º 1 do art. 64.º.

Entende-se que o dever de lealdade traduz a ideia que o administrador deverá dar prioridade aos interesses da sociedade em detrimento de outros interesses que se encontrem em conflito¹⁴³. Isto, na esteira interpretação do art. 64.º, já que sendo uma norma geral e existindo normas de carácter especial previstas no Código das Sociedades Comerciais que, em determinados casos, obrigam o administrador a ter em conta os direitos dos credores ou dos sócios em detrimento de outros sujeitos, as normas especiais prevalecerão sobre aquele normativo geral⁽¹⁴⁴⁾.

Contudo, pondo de parte as numerosas normas previstas no Código das Sociedades Comerciais em que especialmente se consagrou a ponderação de tais interesses, o esquema societário leva o administrador a ter em atenção que interesses?⁽¹⁴⁵⁾

Conforme refere MENEZES CORDEIRO, “A lealdade dos administradores – ou, no Direito alemão: dos membros de direção – foi surgindo por via jurisprudencial, numa

¹⁴³ Para maiores desenvolvimentos sobre atuações ilícitas dos administradores por violar os interesses da sociedade, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades*, p. 26 e ss. e ainda ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Civil dos Administradores, em Código das Sociedades Comerciais e o Governo das Sociedades*, p. 264 a 272.

¹⁴⁴ O que significa que, em várias situações preconizadas pelo Código das Sociedades Comerciais, o administrador estará obrigado ao cumprimento de normas de proteção de credores mesmo que, com isso, viole os direitos dos sócios ou viole aquilo que, em abstrato, se considere como interesse da própria sociedade.

¹⁴⁵ ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Civil dos Administradores, in AAVV Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008, pp. 264 e 265.

derivação dos deveres do mandatário. Tais deveres vieram a ser complementados pela boa fé, alargando-se à administração de bens alheios”⁽¹⁴⁶⁾

Tem sido entendido que a lealdade imposta é apenas à própria sociedade, e aos seus sócios coletivamente, e não, aos restantes sujeitos. MENEZES CORDEIRO, de forma satírica diz que “Exigir ‘lealdade’ no interesse da sociedade e, ainda, atentando aos interesses (a longo prazo) dos sócios, e ponderando os de outros sujeitos, entre os quais os trabalhadores, os clientes e os credores, é permitir deslealdades sucessivas. Quem é ‘leal’ a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente. Uma técnica legislativa elementar ensina que não se devem construir normas com um aditamento ilimitado de novos termos, sob pena de se lhes esvaziar os conteúdos”^(147,148)

Há então um dever de lealdade perante a sociedade comercial, que deve ser cumprido e defendido. Essa lealdade consubstancia-se na atuação tendo em conta o interesse daquele que se representa, neste caso, a sociedade. Sendo o interesse da sociedade composto pelos interesses dos sócios, enquanto tais, e pela ponderação dos interesses dos *stakeholders*, a lealdade perante a sociedade deverá obedecer e resultar da tomada em conta dos interesses dos sócios e ponderando o interesse dos *stakeholders*.⁽¹⁴⁹⁾

O dever de lealdade desdobra-se, assim, nos seguintes deveres/normas de conduta: o gestor deve agir corretamente quando contrate com a sociedade; deve abster-se de entrar em concorrência com a sociedade; não deve aproveitar-se, em benefício próprio, de oportunidades de negócio da sociedade, de meios ou de informação privilegiada que tenha tido acesso por virtude do exercício das suas funções.⁽¹⁵⁰⁾

¹⁴⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*, p. 47, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2007.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 41

¹⁴⁸ No mesmo sentido refere ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Civil dos Administradores*, p. 265, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2007., pp. 257 a 241 que “Um dever de lealdade perante (categorias de) destinatários com interesses específicos distintos, dá azo a que pessoa sujeita a esse(s) dever(es) possa invocar o credor que mais lhe convenha para justificar as suas decisões e actuação, possibilitando-lhe jogar com as deslealdades e promover, afinal, interesses próprios em detrimento dos interesses vários que era suposto promover”.

¹⁴⁹ Em sentido idêntico, RICARDO COSTA, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*, in *AAVV, I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, p. 179, 2011, Almedina.

¹⁵⁰ NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, p. 23, Almedina, 2011.

Relativamente ao dever de cuidado, previsto na alínea a) do mesmo artigo, exige-se que o administrador tenha a competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade e que realize as suas funções com a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Deste dever de cuidado parecem resultar três subdeveres: o dever de vigilância; o dever de preparar adequadamente as decisões de gestão e o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis.⁽¹⁵¹⁾

O sistema jurídico português, na matéria da responsabilidade civil dos administradores, baseia-se no regime geral da responsabilidade civil prevista nos arts 483.º e ss do CC. Pelo que estamos perante responsabilidade civil dos Administradores verificando-se a prática de atos ilícitos, culposos e danosos.

Posto isto, o sistema de responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais, conforme refere PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁽¹⁵²⁾ *assenta no art.64.º e nos artigos 71.º e ss*, considerando o Autor que o art. 64.º é o critério base de determinação do comportamento do administrador e que, violando tal preceito, estaríamos perante um facto ilícito.

O capítulo VII, do Título I do CSC intitulado de “Responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade” é composto pelos art. 71.º a 84.º e assenta na responsabilidade civil dos gestores, em três vertentes essenciais, a saber: responsabilidade para com a sociedade, responsabilidade para com os credores sociais, e responsabilidade para com os sócios e terceiros por danos a estes causados.

Refere o Autor que a responsabilidade civil dos gestores perante a sociedade tem natureza contratual pelo que se presume a culpa, nos termos do art. 72.º, e em consonância com a regra geral prevista no art. 799.º, n.º 1 do Código Civil.⁽¹⁵³⁾

Por outro lado, a responsabilidade que advier dos danos causados a credores, sócios e terceiros tem natureza aquiliana, pelo que não há presunção de culpa.⁽¹⁵⁴⁾

¹⁵¹ *Idem*, p. 16 e 17.

¹⁵² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais*, in AAVV *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, (Março 2009) Volume 1, Almedina, p. 30.

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ *Idem*.

Neste sentido, tendo o administrador tomando uma decisão que seja contrária ao interesse social e tendo a mesma provocado danos a terceiros, este poderá ser obrigado ressarcir os danos causados, em virtude da violação do dever de lealdade e do dever de cuidado.

Na prática norte americana tem-se entendido que, perante a atuação ilícita provocadora de danos, o administrador poderá não ser obrigado a indemnizar desde que prove que agiu de acordo com os deveres de cuidado, é a chamada *Business Judgement Rule*⁽¹⁵⁵⁾.

Neste sentido, tem-se entendido na doutrina portuguesa que a *Business Judgement Rule* de origem americana, encontra-se prevista no art. 72.º, n.º 2 do CSC, porquanto prevê que se considera sem culpa a atuação do administrador, caso este prove que atuou de forma informada, isenta de interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial. Para JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU¹⁵⁶ a presunção de culpa estabelecida no n.º 1 do art. 72.º, poderá ser ilidida caso este prove que atuou nos termos do n.º 2 do mesmo artigo. Acrescenta ainda que, demonstrando as condições mencionadas, o administrador poderá ainda provar a licitude da sua conduta.⁽¹⁵⁷⁾

Posto isto, o referido art. 64.º, preencherá dois dos principais pressupostos da responsabilidade civil, o facto ilícito (violação do dever de lealdade por não prossecução do interesse social, nos termos da alínea b) daquele preceito) e a culpa (violação do dever de cuidado, nos termos da alínea a) do mesmo preceito).

Sobre este tema PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁽¹⁵⁸⁾, manifestou a sua total discordância relativamente ao facto de ser presumida a culpa e a ilicitude, na responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade, uma vez que apenas caberá ao administrador a prova de que atuou de acordo com o dever de cuidado e o dever

¹⁵⁵ Sobre a *Business Judgement Rule* v. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A Business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, p. 259-205, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Jan. 2007, Ano 67, Vol. I.

¹⁵⁶ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Ob. cit. p.42 e 43, v. ainda NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração e a business judgment rule*, Ob. cit e ainda PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance, in Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles – 90 anos*, Almedina, 2007 p. 1166 e ss .

¹⁵⁷ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Ob. cit. p.42 e 43.

¹⁵⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance*, em *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles – 90 anos*, Ob. cit, pp. 1174 e 1175.

de lealdade. Pelo contrário, na responsabilidade civil dos administradores perante sócios, credores e terceiros presume-se a ilicitude, mas não a culpa. Para o Autor esta solução legislativa em nada corresponde ao regime do modelo original da *business judgment rule* e entende que “A presunção da ilicitude de condutas representa um retrocesso civilizacional grave.”⁽¹⁵⁹⁾

2. O Interesse Social como conceito indeterminado.

São várias as referências no nosso Código das Sociedades Comerciais ao conceito de interesse social ou interesse próprio da sociedade.

Veja-se no art. 6.º, n.º 3, que dispõe que “Considera-se contrária ao fim da sociedade a prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades, salvo se existir justificado interesse próprio da sociedade garante ou se se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo.”, no art. 64.º no n.º 1 “... b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores. 2 - Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade.”, art. 328.º, n.º 2, alínea c) “Subordinar a transmissão de ações nominativas e a constituição de penhor ou usufruto sobre elas à existência de determinados requisitos, subjetivos ou objectivos, que estejam de acordo com o interesse social.”, art. 420.º-A “Se a reunião prevista no n.º 3 não se realizar ou se as medidas adotadas não forem consideradas adequadas à salvaguarda do interesse da sociedade...” art. 460.º “A assembleia geral que deliberar o aumento de capital pode, para esse aumento, limitar ou suprimir o direito de preferência dos acionistas, desde que o interesse social o justifique.” art. 518.º “Se, no caso do n.º 2, o facto for cometido por motivo que não indicie falta de zelo na defesa dos direitos e dos interesses legítimos da sociedade e dos sócios, mas apenas compreensão errónea do objecto desses direitos e interesses, o autor será isento da pena.”, art. 519.º “Se, no caso do n.º 2, o facto for praticada por motivo ponderoso, e que não indicie falta de zelo na defesa dos direitos e dos interesses legítimos da sociedade e dos sócios, mas

¹⁵⁹ *Idem.*

apenas compreensão errónea do objeto desses direitos e interesses, poderá o juiz atenuar especialmente a pena ou isentar dela.”

Da extensa previsão legislativa, e das consequências que advêm da sua violação, conclui-se a importância da precisão do conceito de interesse da sociedade, principalmente no regime de responsabilidade dos membros da administração, já que, conforme vimos, o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais prevê que são deveres fundamentais dos Administradores a observância de deveres de cuidado e deveres de lealdade, concretizando o dever de lealdade com a imposição de prossecução de interesses da sociedade.

Apesar das várias redações a que o art. 64.º foi sujeito, a verdade é que o conceito de interesse da sociedade nunca esteve expressamente determinado, tendo cabido à doutrina e à jurisprudência a sua concretização e determinação.

Antes da atual do art.64.º do Código das Sociedades Comerciais, o texto anterior referia que os Administradores deveriam atuar no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores^(160,161). E, mesmo antes de ser consagrada a obrigação de cumprimento e observação dos interesses da sociedade, tal conceito era já amplamente aceite nas relações societárias. RAÚL VENTURA⁽¹⁶²⁾, em comentário à redação dada à primeira versão do art. 64.º, dizia que prever o interesse social como um dever do administrador é uma “Novidade portuguesa”, referindo que “Na doutrina estrangeira aparecem referências a um “dever de lealdade”, pelo qual a empresa deveria ser dirigida de modo a prosseguir ou pelo menos ter em vista o interesse da sociedade. É uma das facetas do dever geral de diligência na gestão, mas parecia desnecessário autonomizá-lo, uma vez que não seria gestor criterioso e ordenado da sociedade aquele que gerisse para fim diverso do interesse da própria sociedade”.

¹⁶⁰ Redação original do art. 64.º dada pelo DL n.º 262/86, de 02/09.

¹⁶¹ E mesmo antes desta redação, considerava-se que a responsabilidades dos administradores tinha a sua origem no art. 17.º, n.º 1 do Decreto-lei 49 381, de 15 de novembro de 1969 que dispunha que “Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligencia de um gestor criterioso e ordenado”, sendo tal previsão suficiente para se subentender que a atuação dos Administradores deveria obedecer a um interesse de terceiros, da sociedade que estes administram. Sobre a história do art. 64.º *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Deveres fundamentais dos Administradores das sociedades (artigo 64.º do CSC)*, p. 21 e ss, *in Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2007.

¹⁶² RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, Vol. III, Almedina 1991, p. 150.

Já ELISEU FIGUEIRA entendia que “A causa, no sentido de função económico-social da sociedade é o *fim* (o interesse social) que ela se propõe alcançar, através do objecto que, como elemento instrumental, permite essa realização. Esse objectivo que a sociedade se propõe é o fim lucrativo, no sentido de acumulação de riqueza, no interesse público da sociedade, e não apenas entendido como ganho (diferença entre a receita e a despesa) a atribuir aos sócios, no fim de cada exercício ou liquidação...”⁽¹⁶³⁾.

Contudo, apesar de antiga a discussão sobre este conceito, a verdade é que não existe, ainda, uma tese que seja unanimemente aceite e, por isso, que possa ser adotada na determinação do conceito de interesse de sociedade.

Enquanto que, para uns, a sociedade comercial não é apenas um sujeito jurídico constituído pelos seus sócios, é, pelo contrário, um ente jurídico que desenvolve uma atividade comercial sob a atuação de vários sujeitos que, em conjunto, criam riqueza para a sociedade. Para outros, são os sócios da sociedade que a conduzem, sendo eles quem delimitam a sua atuação e definem a estratégia na prossecução da sua atividade comercial, pelo que o interesse social não é mais do que o interesse do conjunto dos sócios.

A controvérsia ganha relevo com o Código das Sociedades Comerciais de 1986 que vem acrescentar aos deveres de diligência de um gestor criterioso e ordenado, os conceitos de interesse da sociedade, interesse dos sócios e interesse dos trabalhadores. Passou assim a existir um normativo legal que, em primeiro lugar, distingue o interesse da sociedade dos interesses dos sócios e, em segundo lugar, obriga os gerentes, quando atuam em representação da sociedade, a terem em conta um interesse diferente do interesse dos sócios, o interesse dos trabalhadores.

Desenvolveram-se na doutrina duas grandes teses que visam descortinar o conceito de interesse social: a tese contratualista e a tese institucionalista^(164,165).

¹⁶³ ELISEU FIGUEIRA, *Disciplina Jurídica dos Grupos de Sociedades*, Ob. cit. p. 53.

¹⁶⁴ Referimo-nos apenas às duas principais teses por serem mais contrastantes, há ainda uma outra tese concretizada com diferentes teorias que é a tese Anti-Contratualista. Para maiores desenvolvimentos *vide* JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, p. 112 – 113, 2003, Almedina, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, p. 440.

¹⁶⁵ Para um estudo mais aprofundado das diferentes teses *vide* JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Almedina, 2003, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quota e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, pp. 535 a 543, anotação 34, Coleção Teses, Almedina, 2009, ELISEU FIGUEIRA, *Disciplina Jurídica dos Grupos de Sociedades*, Ob. cit.

Não obstante se verificar uma maior tendência da doutrina em apoiar e defender as teses contratualistas, na redação dada em 1986 e, principalmente, a reforma do Código das Sociedades Comerciais de 2006, vem trazer nova discussão e maior peso aos defensores da tese institucionalista.

Analisemos os ideais apresentados pelas diferentes doutrinas para a defesa de cada uma das teses, afastando, por ora, as interpretações retiradas do intuito legislativo aquando das várias redações do art. 64.º.

a. Tese contratualista

Conforme refere J.M COUTINHO DE ABREU⁽¹⁶⁶⁾, nos anos 80 e 90 do século XX, inicialmente apenas nos EUA e depois em muitos outros países, passou a ser utilizada a expressão *shareholder value*, no sentido em que a sociedade deveria ser dirigida de modo a criar valor para os sócios. Assim se entendia que uma vez que eram os sócios que constituíam a sociedade, a gestão da mesma deveria ter como objetivo a obtenção de lucro para estes, mesmo que, para tal, fosse necessário criar desvalor para terceiros. Exemplo de uma atuação *shareholder value* é a decisão de despedimento de trabalhadores e, de seguida, se verificar o aumento da cotação de ações dessa mesma sociedade, aprimorando assim os interesses dos sócios em detrimento do interesse dos trabalhadores⁽¹⁶⁷⁾.

A expressão *shareholder value* insurge-se na gestão ou administração das sociedades, devendo ser os interesses dos sócios ou acionistas o foco central nas decisões ponderadas e tomadas pela Administração.

Nesta perspetiva, a sociedade é vista como um contrato, é controlada pelos sócios e funciona para seu exclusivo interesse, independentemente de, na sua constituição, se ter formado um ente jurídico novo, diferente dos seus sócios.⁽¹⁶⁸⁾

¹⁶⁶ J.M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, p. 292, Almedina, 4ª Edição, 2013.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais*, p. 14, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano I, março 2009, Volume 1.

Neste sentido, para aqueles que defendem a tese contratualista, quando se fala em interesse da sociedade, fala-se em interesses dos sócios.¹⁶⁹ Um dos principais argumentos apresentados é o de que uma vez que são os sócios que constituem uma sociedade e são os sócios que definem a atuação da mesma, sendo estes que constituem e destituem os órgãos de administração e de fiscalização, a atuação da sociedade irá espelhar os seus interesses. Por conseguinte, sendo o interesse máximo dos sócios a obtenção de lucro, o interesse da sociedade seria, em último caso, a prossecução e obtenção de lucro.

Na aplicação prática da tese contratualista questiona-se quais os interesses dos sócios que deverão ser tidos em conta, já que no dia a dia se podem observar diferentes sócios com objetivos e opiniões diferentes, devendo o administrador saber qual o interesse que deverá prosseguir. Para uns, o interesse social é o comum dos sócios nessa qualidade, apenas se relevando interesses típicos; para outros, o interesse social é uma conjugação dos interesses individuais e singulares dos sócios.⁽¹⁷⁰⁾

Entre nós, na esteira da posição adotada por A. FERRER CORREIA, RAÚL VENTURA e LUÍS BRITO CORREIA, no contrato de sociedade os contraentes terão interesses comuns ou potencialmente coincidentes, pelo que é caracterizado como um contrato de fim comum.⁽¹⁷¹⁾ Assim, não obstante o meio para atingir determinado fim possa encontrar algumas contrariedades entre os sócios, a verdade é que todos eles prosseguem o mesmo interesse.

Acrescentaríamos ainda que é esse interesse final que deverá, no sentido da tese contratualista, ser tido como interesse da sociedade.

Vejamos então, a tese institucionalista para a concretização do conceito.

¹⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I, Parte Geral*, p. 691, 3ª Edição, Almedina, 2011; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*, p. 41 e 42, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2007.

¹⁷⁰ VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*, p. 406, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I (2009), Número 2.

¹⁷¹ JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, p. 107, Almedina, 2003.

b. Tese institucionalista

Os que defendem a tese institucionalista⁽¹⁷²⁾ tendem a considerar a sociedade como um ente societário autónomo, pessoa coletiva, empresa, ou instituição, independente dos interesses dos sócios que a constituíram.

Neste sentido, entendem que o direito de voto dos sócios não é mais que um poder/dever na formação da vontade da sociedade e que a sociedade é constituída por um conjunto de sujeitos com diferentes interesses, como os gerentes, os credores, trabalhadores e os sócios com pouca expressão de voto, sendo certo que a tutela do interesse destes permitirá vislumbrar a sociedade como uma instituição económica.⁽¹⁷³⁾ Aqui considera-se que os interesses dos sócios são subordinados à prossecução da finalidade social que vai para além da própria vinculação dos sócios à sociedade.

A sociedade, como empresa, estrutura-se coletivamente em benefício de um interesse comum onde convergem interesses dos sócios, dos gestores, dos trabalhadores, dos credores, dos fornecedores, dos consumidores e ainda da própria comunidade. Contudo, referem os apoiantes desta tese, que podem existir divergências entre os seus interesses, já que ter em conta os vários sujeitos não significa tomá-los como um todo comum e unitário, nem os conjugar por forma a se encontrar um conteúdo mínimo do interesse da sociedade. Para tal, considera-se que o interesse comum de todos apenas se alcança na conservação e rentabilidade da sociedade em termos jurídicos, mas, principalmente, na atividade que exerce e que faz terceiros exercer.

¹⁷² A tese institucionalista tem a sua origem em várias teorias desenvolvidas ao longo dos anos, a Teoria da Empresa, Teoria da Pessoa, Teoria do Organismo Vivo, Teoria da Instituição cada uma delas encontra-se desenvolvida em JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *O Interesse da Sociedade*, Ob. Cit. p. 114 a 117 e ainda em VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*, p. 406, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I (2009), Número 2, vide ainda MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A Estrutura das Sociedades Anónima em Relação de Grupo*, Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 1990, pp. 54 a 63.

¹⁷³ JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *O Interesse da Sociedade...*, Ob. Cit. p.117.

3. O Interesse Salvaguardado pelo Legislador na Reforma de 2006.

Constatámos que a tese contratualista do interesse social predominou durante vários anos e que, sem que a maioria da doutrina pudesse prever, o legislador parece querer impor uma interpretação no sentido da sociedade ser titular de interesses próprios, diferentes dos seus sócios, e que, não obstante os interesses destes deverem ser atendidos, existem outros que devem igualmente ser observados, passando assim a considerar uma visão mais institucionalista da própria sociedade. ^(174,175)

Refere OLIVEIRA ASCENSÃO que a redação apresentada pelo art. 64.º do CSC nos leva a admitir que poderá existir um interesse social que não é o interesse dos sócios, e acrescenta que “Uma visão individualista da empresa, centrada no lucro, leva a rebatê-lo. Uma visão institucional, centrada na empresa, leva a acentuá-lo.” ⁽¹⁷⁶⁾

Para MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, a interpretação do interesse social tendo em conta o conjunto de interesses de vários sujeitos deixou de ser controversa com a redação trazida pelo D.L n.º 76-A/2006, de 29 de Março que vem tutelar outros interesses sociais que não só os interesses dos sócios enquanto tais. Refere a Autora que “...pode afirmar-se, em sede de atuação de órgãos de gestão a tendência para uma transição no sentido de concepções pluralistas do interesse social (ou seja, no fundo, o interesse social a respeitar já não é apenas o dos sócios, nem sequer apenas o dos sócios e dos trabalhadores, como o definiam, nesta referência à ponderação dos interesses dos outros agentes do mercado a remissão para uma certa forma de “interesse público”, embora aparentemente condicionada pela “sustentabilidade da sociedade”). Concluindo que é possível afirmar que, atualmente, a relação de administração “inclui ou incorpora (também) uma proteção de terceiros” ⁽¹⁷⁷⁾.

¹⁷⁴ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, Vol. III, Almedina 1991, p. 150, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*, pp. 20 e ss. in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Ob. cit., CATARINA SERRA, *Entre a Corporate Governance e a Corporate Responsibility: Deveres fiduciários e interesse social iluminado*, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, p. 212, Almedina, 2011.

¹⁷⁵ Para MENEZES CORDEIRO “O artigo 64º/1 não corresponde a quaisquer desenvolvimentos nacionais: nem doutrinários nem jurisprudenciais. *Grosso modo* ele traduz uma série de aporções retiradas de fontes exteriores, desinseridas dos sistemas que as originaram.” In *Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*, Ob. cit. p. 23.

¹⁷⁶ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial – Parte Geral*, Vol. I, Lisboa 1986/1987, p. 446 e 447.

¹⁷⁷ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quota e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”* p. 536, anotação 34, Coleção Teses, Almedina, 2009.

Ainda, entendia J.M COUTINHO DE ABREU⁽¹⁷⁸⁾ que, apesar de na redação do art. 64.º antes da reforma de 2006 já se admitir não ser possível uma conceção unitária do interesse social, devendo aceitar-se, ainda que moderadamente, que existia um certo institucionalismo no interesse social, mas que prevalecia ainda o contratualismo. Após a alteração preconizada em 2006, o Autor refere que “Continua presente, portanto, o institucionalismo. E, se não mais intenso, pelo menos mais extenso (são mais os interesses a ponderar pelos administradores)”⁽¹⁷⁹⁾.

Por outro lado, MENEZES CORDEIRO considera não existir na redação do art. 64.º de 2006 qualquer correspondência ao entendimento havido até então pela doutrina e jurisprudência portuguesas que, no seu entender, prevalecia o entendimento que ao Administrador recaia um dever de diligência, onde se subentendia o dever de atuar tendo em conta o sujeito em representação, ou seja, a sociedade. Refere que “Em 2006, tudo isso oscila. A diligência parece deixar de ser uma bitola geral de determinação do esforço requerido aos administradores para a execução dos seus deveres, ameaçando limitar-se a algo de bastante diverso...”⁽¹⁸⁰⁾

Posto isto, haverá mesmo uma visão mais institucionalista do interesse social? O interesse a ter em conta deixou de ser o interesse dos sócios, mormente a obtenção do lucro? O que levou o legislador a optar por um conceito mais abrangente de interesse social? Estarão os Administradores obrigados a um dever de lealdade perante os sujeitos previstos ou abrangidos pelo atual art.64.º?

A versão original do art.64.^{o(181)}, apenas se referia ao dever de cuidado e de lealdade, correspondendo às ideias da CMVM destinadas a dar forma à *Corporate Governance*¹⁸². Assim, tendo em conta esta alteração, o que mudou para que, em 2006, fosse dada uma redação tão diferente ao art. 64.º?

¹⁷⁸ J.M COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, pp. 293 a 296, Almedina, 4ª Edição, 2013.

¹⁷⁹ *Idem*, p. 296.

¹⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, *Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*, p. 30, in *AAVV Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Ob. cit.

¹⁸¹ O art. 17.º/1 do DL 49 381, de 15 de novembro de 1969, e no qual se entendia se encontrar subentendido no dever de lealdade a observância do interesse da sociedade, conforme *supra* aludido.

¹⁸² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*, Ob. Cit. p. 23.

A busca pela motivação do legislador na consagração do novo art.64.º (e claramente, em todo o regime das Sociedades Comerciais que assistiu a uma reforma profunda em 2006), passará, inevitavelmente, pelo estudo da evolução do direito das sociedades comerciais na Europa e nos EUA.⁽¹⁸³⁾

A *Corporate Governance* tem origem Norte Americana e tem como objetivo a implementação de um sistema onde as sociedades são administradas e fiscalizadas⁽¹⁸⁴⁾. De acordo com a filosofia que pretende implementar a *Corporate Governance*, deve ser previamente determinado pela lei a estrutura de governação das sociedades, deve ser prevista a distribuição de direitos e obrigações aos diversos titulares de interesses na sociedade, assim como devem ser definidas as formas de prossecução dos objetivos da sociedade e, ainda, deve ser estabelecido o controlo das políticas, ações e decisões que a sociedade adote.^(185,186)

Desta forma, entender a redação dada ao art.64.º e a muitas outras alterações constantes no C.S.C, implica conhecer a evolução da *Corporate Governance* na Europa e, conseqüentemente, em Portugal.⁽¹⁸⁷⁾

¹⁸³ Desenvolveremos esta perspetiva histórica e evolutiva apenas de forma sucinta e com o objetivo de contextualizar o art. 64.º. Não pretendemos fazer um estudo da *Corporate Governance* porquanto esse tema deveria, pela sua magnitude e complexidade, ser tratado de forma isolada e com um rigor que não nos cabe a nós, no presente estudo, a desenvolver. Contudo, sobre o tema *vide* AAVV, *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, 2008, Almedina, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *The Governance of Corporate Groups*, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 7, Almedina, 2012, AAVV *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2007, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Ou cumpres ou explicas-te! “/Sobre a soft law no governo societário”* pp. 339-343 in AAVV, *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2014.

¹⁸⁴ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Financiamento e Governo das Sociedades (Debt Governance): O Terceiro poder*, in *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, pp. 359-383, Almedina, 2014, p. 360, CATARINA SERRA, *Entre a Corporate Governance e a Corporate Responsibility: Deveres fiduciários e interesse social iluminado*, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, p. 215, Almedina, 2011, quando refere que não existe um conceito universal de Corporate Governance “...e nem – muito menos – um único regime de corporate governance aplicável em todos os países.”

¹⁸⁵ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Financiamento e Governo das Sociedades (Debt Governance): O Terceiro poder*, Ob. cit. p. 360.

¹⁸⁶ Conforme refere JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *The Governance of Corporate Groups*, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 7, Almedina, 2012, pp. 13 a 48, “Similarly, the myriad of the existing corporate governance codes provide systematically arranged sets of standards, best practices and recommendations relating to the way that large and listed corporations are directed and controlled, covering topics such as the internal organization of executive and supervisory boards, the transparency of decision-making processes, the accountability to shareholders and the improvement of corporate success and sustainable economic growth”.

¹⁸⁷ Sobre as alterações ao Código das Sociedades Comerciais trazidas pela reforma de 2006 e pela implementação ou atualização da legislação à *Corporate Governance*, *vide* J. M. COUTINHO DE ABREU, *Corporate Governance em Portugal*, in *IDET, Miscelâneas*, n.º 6, 2007, pp. 9 a 39., AAVV *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2007 e AAVV, *Código das Sociedades Comerciais e Governo de Sociedades*, Almedina, 2008.

Ora, o debate sobre o governo das sociedades apesar de se verificar anteriormente, assume especial relevo com os conhecidos episódios traumáticos verificados em grandes sociedades cotadas como a Enron, Worldcom, Tyco, Parmalat, etc, já que em todas estas empresas, as ocorrências que conduziram ao colapso, evidenciaram graves deficiências de governo societário, tal como um débil controlo de gestão pelos órgãos de administração, deficiente controlo das empresas pelos acionistas, sistemas de controlo de riscos e atuação da auditoria interna inadequadas, ineficiente atuação dos auditores externos, insuficiente e pouco transparente divulgação pública da situação das empresas.⁽¹⁸⁸⁾

Perante todo o mediatismo por detrás destes episódios, surge a necessidade de legislar sobre matérias que pudessem, por um lado, evitar maiores repercussões destes mesmos escândalos, e por outro, evitar a verificação de escândalos idênticos. Por esse motivo, é elaborada uma Lei Norte Americana, conhecida pela Lei Sarbanes-Oxley, considerada nos EUA como o mais relevante texto federal no campo societário e imobiliário⁽¹⁸⁹⁾. Vista como extremamente severa e rígida nas medidas consagradas, seguiram-se movimentos com vista à adoção de mecanismos de *soft law*, ou seja, normas de natureza voluntária, dirigidas ao comportamento ético dos intervenientes na vida societária, principalmente às sociedades cotadas já que se considerava que apresentariam maiores vantagens para restaurar a confiança dos mercados.^(190,191) Emergida no mesmo espírito, a União Europeia decidiu iniciar um programa de intervenção normativa no âmbito do Governo das Sociedades, que seria desenvolvido ao longo de 8 anos. Assumiu-se assim um Plano de Ação para o Direito das Sociedades.

O processo de implementação, nos países da União Europeia e também em Portugal, de legislação de acordo com os princípios subjacentes à *Corporate Governance* foi longo

¹⁸⁸ *Livro Branco sobre a Corporate Governance em Portugal*, Instituto Português da Corporate Governance, 2006, p. 32, disponível em: http://www.ecgi.org/codes/documents/libro_bianco_cgov_pt.pdf.

¹⁸⁹ Conforme refere PAULO TÂMARA, in AAVV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo de Sociedades*, Almedina, 2008, p. 15 a referida lei não veio propriamente colmatar uma lacuna, já que a precipitação com que foi elaborada “Serve, assim, esta lei de referência e de ensinamento para todas as futuras reformas normativas nesta área: *hard cases make bad law*”.

¹⁹⁰ *Livro Branco sobre a Corporate Governance em Portugal*, Ob. cit., p. 33.

¹⁹¹ O princípio “comply or explain”, tem origem anglo-saxónica em matéria de governação de sociedades, foi expressamente consagrado, anos mais tarde, no Regulamento da CMVM n.º 4/2013 no art. 1.º, e “...constitui um exemplo paradigmático da conjugação entre a denominada *soft law* e o papel da informação, reconhecidamente relevantes na vida do governo societário” conforme refere MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Ou cumpres ou explicas-te! “/Sobre a soft law no governo societário*, pp.339 a 343 (340) in AAVV. III Congresso de Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2012.

e faseado. Conforme refere PAULO TÂMARA⁽¹⁹²⁾, “...muitas das soluções legislativas sobre governação vigentes em Portugal datam de há várias décadas e que as primeiras intervenções recomendatórias e regulamentares entre nós aprovadas sempre assumiram o seu papel complementar em relação às normas constantes do Código das Sociedades Comerciais”. Refere ainda o mesmo Autor que em Portugal verificaram-se as primeiras preocupações com o tema em 1999, em forma de recomendações (recomendações da CMVM), ulteriormente, em 2001, um regulamento¹⁹³, o qual foi sucessivamente atualizado até à intervenção legislativa em 2006, com a entrada em vigor do DL 76-A/2006, que reformulou todo o Código das Sociedades Comerciais.

Não obstante a filosofia subjacente aos regimes da *Corporate Governance*, que se consubstancia na criação de normas e práticas que determinam o modo como as sociedades são dirigidas e controladas, a verdade é que não há um regime único de governo das sociedades. Os principais sistemas de governo das sociedades são, o sistema continental (baseado nas relações ou sistemas de controlo interno), e o sistema anglo-saxónico (referenciado como sistema de controlo externo ou sistema de controlo de mercado). O primeiro é mais utilizado no governo societário das empresas da Europa continental e no Japão e, o segundo, nos EUA no Reino Unido e nos demais países de expressão e influência anglo-saxónica. A diferença de regimes verifica-se primordialmente pelo tipo de sociedades constituídas em cada país, já que nos EUA e no R.U se observam, em maior medida, sociedades em mercado de capital, enquanto que, na Europa continental, predominam sociedade de propriedade concentrada.^(194,195)

Na filosofia preconizada pelo sistema norte americano, denota-se ainda uma diferença relativamente ao governo de sociedades preconizado na Europa, há uma prevalência dos

¹⁹² PAULO TÂMARA, in AAVV, *Código das Sociedades Comerciais e Governo de Sociedades*, Almedina, 2008, p. 17.

¹⁹³ Regulamento CMVM n. °7/2001, disponível em:

http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/Legislacaonacional/Regulamentos/Documents/bebc67751c1e4df29cef171284e08a32Regulamento07_2001.pdf.

¹⁹⁴ *Livro Branco sobre a Corporate Governance em Portugal*, Ob. Cit., p. 20, repare-se que, nesta obra da IPCG, foi elaborada uma tabela comparativa que revela o número de sociedades comerciais constituídas em cada país, descriminando as sociedades de capital disperso existente ou de “controlo familiar”, revelando que na Alemanha, das 704 sociedades constituídas, 64 são de controlo familiar e 10 de capital disperso enquanto que, no R.U das 1953 sociedades comerciais constituídas, 63 de capital disperso e 23 de controlo familiar.

¹⁹⁵ Para uma melhor e mais profunda abordagem sobre os diferentes sistemas da Corporate Governance vide CATARINA SERRA, *Entre a Corporate Governance e a Corporate Reponsability: deveres fiduciários e interesse social iluminado*, in AAVV, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, pp. 211 a 258.

interesses dos sócios, a chamada *shareholder primacy* ou *shareholder value principle*, nos termos da qual, os administradores devem realizar o interesse dos sócios, ou seja, devem atuar com vista à maximização do lucro. Consideram, neste sistema, que a maximização do lucro tem dois propósitos, a eficácia e a responsabilidade. Ou seja, impondo a obrigação aos administradores de maximização do lucro, asseguram que estes sejam responsáveis perante os sócios na gestão dos bens sociais e evitam a dispersão de objetivos a ter em conta. Para estes, os sócios são os donos da sociedade pelo que são estes que recebem os proveitos e os riscos inerentes à vida societária.⁽¹⁹⁶⁾

Por outro lado, na filosofia preconizada na Europa é defendida a existência de outros sujeitos, tais como os trabalhadores, os credores, os clientes, os fornecedores e a própria comunidade, como criadores de valor à sociedade e que estão, de igual forma, sujeitos aos riscos de uma deficiente gestão. Pelo que os sócios não são os únicos sujeitos importantes na empresa, nem os únicos a suportar riscos. Consideram, por isso, que os administradores deverão ter em conta os interesses destes. Esta é a corrente normalmente designada por *stakeholderism*.⁽¹⁹⁷⁾

Não obstante as discrepâncias existentes entre os próprios regimes de governo de sociedades, na grande maioria dos códigos vigentes na Europa, verificam-se preocupações idênticas em muitas matérias. Em primeiro lugar, no tratamento da estrutura, missão e responsabilidades dos órgãos de administração; em segundo lugar, na definição de requisitos pessoais e de independência, bem como de regras de atuação dos administradores não executivos; em terceiro lugar, na separação de funções do Presidente do Conselho Administrativo e da Comissão Executiva, mesmo nos sistemas monistas; em quarto lugar, na criação de comissões do órgão de administração; em quinto lugar, na defesa dos direitos dos acionistas e *stakeholders*, com reconhecimento da interdependência dos respetivos interesses, e, por fim, na divulgação pelas empresas de informação financeira fiável, bem como das práticas de governo adotadas.⁽¹⁹⁸⁾

¹⁹⁶ CATARINA SERRA, *Entre a Corporate Governance e a Corporate Reponsability: deveres fiduciários e interesse social iluminado*, in AAVV, I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, pp. 217 e 218.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 219.

¹⁹⁸ *Livro Branco sobre a Corporate Governance em Portugal*, Instituto Português da Corporate Governance, 2006, p. 36, disponível em: http://www.ecgi.org/codes/documents/libro_bianco_cgov_pt.pdf.

Em 1999 foi elaborado pela OCDE, uma lista de princípios de governo das sociedades, tendo sido atualizada, em 2004, onde elencava seis princípios comuns aos diferentes regimes e que constituíam a base da *Corporate Governance*. São eles: 1) Assegurar os princípios base para um quadro eficaz do governo de sociedades; 2) Assegurar direitos aos sócios; 3) Assegurar tratamento igualitário de todos os sócios e *shareholders*; 4) Assegurar direitos aos *stakeholders*; 5) Informação e transparência; 6) Responsabilidade dos Administradores. ⁽¹⁹⁹⁾

Refere parte da doutrina, que vigorava em Portugal uma visão contratualista do interesse social, aproximando-se assim da filosofia subjacente à *Corporate Governance* preconizada pelo sistema jurídico americano e do Reino Unido. A verdade é que a evolução dos sistemas jurídicos e a opção por uma política preventiva justificam, com bastante clareza, a procura de uma aproximação aos sistemas jurídicos vigentes na Europa. Conforme aqui demonstrado, Portugal acompanhou os programas de intervenção propostos pela UE, tendo em primeira linha adotado recomendações para, ulteriormente, reformar o código das sociedades comerciais obrigando à estruturação das sociedades, à responsabilidade dos seus membros, e impondo a prossecução de interesses próprios da sociedade numa visão coletiva de empresa, como um conjunto de sujeitos e bens jurídicos cujos interesses devem ser acautelados.

Com isto esclareça-se que, não obstante a doutrina maioritária portuguesa adotar, até então, a tese contratualista na obtenção do conceito de interesse social, a verdade é que estudos efetuados chegam à conclusão que não há, no nosso sistema jurídico, uma aproximação ao sistema de *corporate governance* implementado pelos sistemas anglo-saxónicos e que, efetivamente, prosseguem uma tese contratualista do interesse da sociedade.

Parece-nos, contudo, que a tese preconizada pela doutrina encontra-se ainda presa a fatores históricos onde a sociedade comercial era uma evolução da atividade do comerciante individual e que, na sua atuação, apenas prosseguia os seus interesses, interesses pessoais; e está ainda presa às teorias envoltas ao art. 17.º do Decreto-lei 49

¹⁹⁹ “OECD Principles of Corporate Governance”, 2004, disponível em: <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>.

381, de 15 de Novembro de 1969, menosprezando a evolução apresentada no art. 64.º, na versão de 1986 e que, atualmente, torna-se impossível ignorar na redação dada em 2006.

Contudo, sempre se diga que, até nesses sistemas jurídicos se tem verificado uma evolução no sentido de se admitir que a sociedade comercial, como um sujeito autónomo, tem interesses próprios. Conforme CATARINA SERRA nos elucida, a *Companies Act* 2006 no Reino Unido, vem diferenciar o interesse social dos interesses dos sócios, impondo o interesse social como um dever que o administrador deverá prosseguir.^(200,201) De acordo com a exposição dos motivos dessa lei, a alteração tem em vista a regularização de um comportamento socialmente responsável das empresas, como a tutela dos interesses dos trabalhadores e o impacto da atividade da empresa na comunidade em que ela se integra e, ainda, no ambiente.⁽²⁰²⁾

Muito recentemente, em setembro de 2015, foi publicada a G20/OECD *Principles of Corporate Governance*, direcionada ao apoio do investimento como motor de crescimento⁽²⁰³⁾, prevendo novos princípios: 1) Assegurar os princípios base para um quadro eficaz do governo de sociedades; 2) Assegurar direitos e igualdade no tratamento dos sócios; 3) Investidores institucionais, mercado de ações e outros intermediários; 4) O papel dos *stakeholders* na governação das sociedades; 5) Informação e transparência; 6) Responsabilidade dos administradores.

Desta forma, a atualização da lista de princípios considerados como a base do Governo de Sociedades pela OCDE, leva-nos a crer que existiu uma preocupação em aumentar a salvaguarda dos interesses dos *stakeholders*.

²⁰⁰ CATARINA SERRA, *Entre a Corporate Governance e a Corporate Responsibility: deveres fiduciários e interesse social iluminado*, in AAVV, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, p. 222 e 223.

²⁰¹ A solução consagrada pela *Companies Act* vem tornar explícito aquilo que já vinha sendo entendimento na common law. Na verdade, conforme refere CATARINA SERRA, *O novo direito das sociedades: para uma governação socialmente responsável*, in *Scientia Iuris*, Londrina, v. 14, p. 155-179, nov. 2010, disponível em www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/7655/6749 “A única diferença é que, enquanto a common law permitia, a lei obriga o gestor a atender aos interesses dos *stakeholders* sempre que tal seja benéfico para os sócios.”, ainda a mesma Autora em *Entre a Corporate Governance e a Corporate Responsibility: deveres fiduciários e interesse social iluminado*, Ob. cit., p. 234 refere que “A medida é considerada, em suma, um (mero) sinal de que o interesse social não é exclusivamente os interesses dos shareholders.”

²⁰² *Idem*, p. 225.

²⁰³ *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, OECD Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Setembro de 2015, disponível em <http://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>.

Repare-se que, a versão de 2004 a OCDE referia que era um dos princípios do governo das sociedades assegurar o tratamento igualitário de todos os sócios e dos *stakeholders*, o que nos levaria, desde logo, a concluir que também os *stakeholders* tinham direitos que deviam ser assegurados pelas leis societárias. Contudo, a OCDE fez constar expressamente que é um princípio do governo de sociedades assegurar os direitos dos *stakeholders*, sublinhando assim o que estava já subentendidamente consagrado. Neste sentido, já em 2004 se considerava que estes dois grupos de sujeitos deviam ter um tratamento idêntico, pois ambos eram titulares de direitos que deveriam ser acautelados, e conseqüentemente, não deveria existir uma diferenciação de tratamento entre os sócios, quer se tratasse de sócios majoritários ou minoritários, nem deveria existir diferenciação de tratamento entre os diferentes *stakeholders*, quer se tratasse de trabalhadores, credores, fornecedores, ambiente.

Atualmente, prevê-se especificamente que, para além dos interesses que estes sujeitos possam ter, é um princípio do governo das sociedades o reconhecimento do papel dos *stakeholders* nas sociedades. No documento elaborado pela OCDE, mais concretamente, nas notas explicativas deste princípio, é referido que a competitividade e o sucesso de uma empresa são o resultado do trabalho em equipa que incorpora diferentes contribuições de sujeitos e de recursos, incluindo investidores, funcionários, credores, clientes e fornecedores, e outras partes interessadas. É igualmente referido que as empresas devem reconhecer que as contribuições dos *stakeholders* constituem um valioso recurso para a construção de empresas competitivas e rentáveis, e, por esse motivo, o quadro de governação deve reconhecer os interesses das partes envolvidas com a sociedade e a sua contribuição para o sucesso a longo prazo da sociedade.⁽²⁰⁴⁾

Posto isto, a reforma de 2006 vem, em grande medida, responder às exigências e à evolução verificada na filosofia da *Corporate Governance* e que, aparentemente continua

²⁰⁴ A versão original do diploma refere “The competitiveness and ultimate success of a corporation is the result of teamwork that embodies contributions from a range of different resource providers including investors, employees, creditors, customers and suppliers, and other stakeholders. Corporations should recognise that the contributions of stakeholders constitute a valuable resource for building competitive and profitable companies. It is, therefore, in the long-term interest of corporations to foster wealth-creating co-operation among stakeholders. The governance framework should recognise the interests of stakeholders and their contribution to the long-term success of the corporation”, G20/OECD Principles of Corporate Governance”, OECD Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Setembro de 2015, p. 37, disponível em <http://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>.

a evoluir no mesmo sentido que foi consagrado o CSC, com medidas e princípios mais exigentes do que os previstos pelo próprio diploma legal.

Neste segmento, não deverá ser ignorada a alteração dada ao art. 64.º devendo ser admitido que a sociedade comercial, ao atuar no sentido de maximização do lucro, encontra vários sujeitos, vários intervenientes que participam e colaboram nesse fim comum e, por conseguinte, sujeitos titulares de direitos que, legitimamente, devem ser atendidos pelos órgãos de administração das sociedades. Considera-se que apenas uma perspetiva neste sentido, poderá promover o crescimento da sociedade.⁽²⁰⁵⁾

O interesse social apenas poderá ser entendido como um conceito móvel, que deverá ter diferentes alcances dependendo da situação concretamente aplicável, e do próprio sujeito a aplicar. É manifestamente diferente a atuação do administrador perante terceiros, vinculando a sociedade, tendo em conta o interesse desta e a atuação dos próprios sócios nas deliberações tomadas no interior da sociedade. Por conseguinte, a própria noção de “interesse” não se encontra absolutamente determinada, veja-se a definição trazida por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO⁽²⁰⁶⁾: “Em sentido subjetivo, o interesse traduz uma relação de apetência entre o sujeito considerado e as realidades que ele entenda aptas para satisfazer as suas necessidades ou os seus desejos. Em sentido objetivo, o interesse traduz a relação entre o sujeito com necessidades e os bens aptos a satisfazê-las.”⁽²⁰⁷⁾. A partir deste conceito, consideraremos que para os sócios a sua “necessidade” será a obtenção do lucro, pelo que para este sujeito é imutável o fim a atingir, contudo, os bens aptos a satisfazer tal necessidade são sempre variáveis.⁽²⁰⁸⁾

Não obstante a mutabilidade de interesses sociais que possam estar em causa, é-nos dada uma orientação para a concretização do interesse social, e tal orientação, pelas circunstâncias presentes e histórias verificadas em diferentes ordenamentos jurídicos, e

²⁰⁵ Conforme refere CATARINA SERRA, “O novo direito das sociedades: para uma governação socialmente responsável”, in *Scientia Iuris, Londrina*, v.14, p.155-179, nov. 2010, disponível em www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/7655/6749 “É visível que houve um alargamento da esfera de interesses que os gestores devem ter em consideração (se é para o efeito de os atender ou não, ver-se-á adiante): presentemente, eles são, além dos interesses dos sócios e dos trabalhadores, também os interesses dos clientes, fornecedores, dos credores e de quaisquer outros sujeitos que sejam susceptível de influenciar ou afectar a atividade da sociedade e/ou de ser afectados por ela, ou seja, dos «stakeholders»”.

²⁰⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*, p. 43, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Ob. cit.

²⁰⁷ A definição em sentido objetivo foi ulteriormente utilizada por J.M COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, p. 297, Almedina, 4ª Edição, 2013.

²⁰⁸ J.M COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Ob. cit., p. 297.

pela redação dada ao art. 64.º, é no sentido de que seja atendido ou ponderado um conjunto de interesses dos vários sujeitos que, diretamente ou indiretamente, façam parte da vida societária. O que nos faz aproximar das teses institucionalistas do interesse social e, sobretudo, nos faz aproximar de uma realidade que é a de que não só dos sócios se fazem as sociedades comerciais, já que, não menosprezando a sua importância e vitalidade, existem outros sujeitos cuja importância não se pode ignorar.

Neste sentido se entende que há no art. 64.º, n.º 1, alínea b) uma hierarquização dos interesses sociais a ter em conta para cumprir ao dever de lealdade. Considerando que os administradores devem atender aos interesses dos sócios e apenas ponderar os interesses dos restantes sujeitos.⁽²⁰⁹⁾

Ademais, entende-se que deve o administrador estar vinculado ao dever de lealdade perante a sociedade, mas não perante os seus sócios, uma vez que de acordo com ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA⁽²¹⁰⁾ “... a violação direta de um interesse dos sócios, enquanto tais não redonda a violação de interesses da sociedade, uma vez que esta se não reconduz àqueles. Pelo contrário, a violação de interesses da sociedade pode redundar em violação de interesses dos sócios...”⁽²¹¹⁾. Neste sentido se entende que o gestor leal deverá, nos termos da norma citada, atuar tendo em conta os interesses dos sócios enquanto tais⁽²¹²⁾, dos trabalhadores, clientes, credores e demais sujeitos.⁽²¹³⁾

²⁰⁹ ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Civil dos Administradores*, p. 264, in *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* elenca, exemplificativamente, as normas que mandam o administrador atender aos interesses dos credores em detrimento dos sócios, são elas: art. 28, 31.º, 218.º, 220.º, 236.º, 29.º, 295.º, 316 e ss.

²¹⁰ ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Civil dos Administradores*, in *Código das Sociedades Comerciais e o Governo das Sociedades*, p. 264 a 272.

²¹¹ Sobre as atuações ilícitas dos administradores por violação dos interesses da sociedade, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos Administradores das Sociedades*, p. 26 e ss., Almedina, 2010, e ainda ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, *Responsabilidade Civil dos Administradores*, em *Código das Sociedades Comerciais e o Governo das Sociedades*, Ob. cit. p. 264 a 272.

²¹² Repare-se que a norma refere os interesses de “longo prazo dos sócios” em clara desconsideração dos interesses de curto prazo dos sócios. Fala-se aqui, mais precisamente, dos financiadores-acionistas cuja participação na sociedade apenas tem como intuito a obtenção imediata do lucro, a mera especulação financeira.

²¹³ Refere RICARDO COSTA, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado*, in AAVV, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, p. 181, 2011, Almedina, citando em parte COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade...* Ob. cit. p. 39 e ss. “Trata-se de uma norma com *extensão considerável* de interesses. Daqui resulta que o “interesse da sociedade” previsto no art. 64.º, In inscreve-se na *conjugação dos interesses dos sócios enquanto tais (comuns a todos eles, não extrassociais nem de ordem conjuntural) com os de outros sujeitos ligados à sociedade*”.

O legislador previu expressamente a necessidade de atender aos interesses de longo prazo dos sócios, o que leva a doutrina a concluir que o legislador pretendeu aqui despistar os interesses dos sócios que apenas intervêm na sociedade no sentido de obter lucro num curto período de tempo, independentemente de a obtenção desse lucro rápido puser em causa a sustentabilidade da sociedade.^(214,215)

Assim, o interesse social previsto no art. 64.º, deverá, para a sua concretização, abranger não só os interesses dos sócios da sociedade comercial, mas também os interesses de todos os *stakeholders*. Considera-se, atualmente, que a prossecução do interesse da sociedade passará pela tomada em atenção de todos esses interesses, porquanto todos esses sujeitos fazem parte da sociedade comercial, não se constituindo, contudo, uma obrigação do gerente/administrador da sociedade prosseguir sempre os interesses de cada um dos sujeitos, apenas se esses interesses revelarem para o interesse social.

Neste sentido, CATARINA SERRA refere que “... aquilo que a norma da al. b) do n.º 1 do art. 64.º do CSC acrescenta não é exactamente a obrigação de realizar cada um dos grupos de interesses ou de os tentar conciliar a todo – uma obrigação de «servir dois amos», que seria manifestamente impossível de cumprir. O único dever de lealdade do administrador – deve ficar absolutamente claro – é para com a sociedade (...); reside na sua dimensão positiva, no dever de prosseguir ou realizar a maximização do valor da empresa.”²¹⁶

E, por fim, entende assim a mesma Autora que, no plano prático, o ordenamento jurídico português obriga a que os Administradores ponderem, na tomada de decisões, as consequências das mesmas em todas as suas vertentes, referindo-se a autora como *deveres procedimentais*, sendo eles “... o dever de obter informação sobre o impacto previsível

²¹⁴ CATARINA SERRA, *O novo direito das sociedades: para uma governação socialmente responsável*, in *Scientia Iuris*, Londrina, v. 14, p.155-179, nov. 2010, disponível em www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/7655/6749 refere que a intenção do legislador foi mesmo afastar os sócios especuladores das sociedades anónimas “Pense-se numa sociedade anónima, tipo social com a máxima itinerância quanto à pessoa dos sócios e onde existe sempre um grande número de especuladores (sócios que compram acções “em baixa” para as vender de seguida “em alta”) e de accionistas temporários ou de curta duração (os que, seja por que motivo for, são circunstancialmente detentores de participações sociais)”.

²¹⁵ RICARDO COSTA, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado*, in *AAVV, I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, pp. 181 e 182, 2011, Almedina.

²¹⁶ CATARINA SERRA, *Entre a Corporate Governance e a Corporate Responsibility: deveres fiduciários e interesse social iluminado*, Ob. cit., p. 250.

das suas decisões sobre os *stakeholders*; o dever de *tomar em consideração* essa informação aquando da tomada de decisões (...); e o dever de *justificar* as decisões que contendam significativamente com os interesses de alguns dos *stakeholders*.”.⁽²¹⁷⁾

²¹⁷ *Idem*, p. 251.

IV. O INTERESSE SOCIAL NOS GRUPOS DE SOCIEDADES

O interesse da sociedade é um conceito necessário determinar no direito das sociedades comerciais, não só pelas consequências jurídicas subjacentes à violação desse interesse, mas principalmente, por se tratar de um conceito caracterizador de uma entidade jurídica, independente, com personalidade jurídica própria, detentora de direitos e obrigações próprios e, por conseguinte, titular de interesses próprios.

Assumir a sociedade comercial como detentora de interesses próprios, independentemente dos interesses dos seus sócios, poderá ser uma das maiores manifestações da sua existência como organização, instituição, como um ente em si mesmo, não obstante, para a sua subsistência, depender de um grande número de sujeitos.

Ora, a realidade económica dos grupos, não se baseia, como vimos, no conglomerado de sociedades comerciais. Na verdade, elas agrupam-se com um fim: o crescimento no mercado com criação de centros de atuação autónomos, mais flexíveis, com o objetivo de, em grupo, criarem mais valor à coletividade nele envolvida.

Neste sentido, se caracteriza o grupo de sociedade como unidade económica, um “...«ente coletivo ou corporativo» - ou, ainda melhor (...) «rede pluri-empresarial»...” nas palavras de GUNTER TEUBNER⁽²¹⁸⁾.

Ao considerarmos que um grupo societário é constituído com uma estratégia comum, na obtenção de um fim comum, tal como as sociedades comerciais unissocietárias, a questão que se segue é, se podemos, ou não, admitir a existência de um interesse social do grupo de sociedades?

E, partindo do pressuposto de que é legítima a aceitação de um interesse do grupo de sociedades, de que forma é esse interesse alcançado? Ou, de que forma é, esse interesse, constituído?

Importa desde já, recorrer às normas previstas no Código das Sociedades Comerciais por forma a encontrar vestígios da vontade do legislador em ver consagrado um interesse social, diferente do interesse da sociedade que atua, analisar as manifestações da doutrina portuguesa sobre a existência ou não existência de um interesse comum na unidade económica, para depois passarmos à análise das soluções encontradas nos países da União

²¹⁸ Gunther Teubner, *O Direito como sistema autopoietico*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 292.

Europeia para a regulação deste regime e as soluções perspetivadas pela União Europeia para a determinação de um interesse social.

Secção I – O Direito Nacional

1. Manifestações do Interesse Social do Grupo no CSC

Resulta do Código das Sociedades Comerciais Português, mormente da conjugação normativa dos arts 501.º, n.º 2 e 3 e 504.º, que o dever que recai na sociedade-filha em cumprir as instruções dadas pela sociedade-mãe, não se limita à prossecução do seu interesse social, mas poderão ir ao encontro do interesse social de qualquer uma das sociedades que façam parte do grupo. Pelo que, essa atuação, não configurará uma violação dos deveres fundamentais dos administradores das sociedades-filhas.

Dispõe o art. 503.º, n.º 2 que “... podem ser dadas instruções desvantajosas para a sociedade subordinada...”, ou seja, que possam ir contra o seu interesse social, “...se tais instruções servirem os interesses da sociedade diretora ou das outras sociedades do mesmo grupo.”, alargando aqui o interesse a ter em conta na administração destas sociedades.

No mesmo sentido, o n.º 3 do mesmo artigo parece querer evitar, a todo o custo, que sejam os interesses da sociedade-filha a impedir a prossecução dos interesses do grupo, prevendo que mesmo que o cumprimento das instruções emanadas esteja dependente da aprovação de outro órgão social, em caso de recusa, pode a sociedade-mãe obrigar a sociedade-filha a promover o seu cumprimento se as instruções emanadas forem acompanhadas do consentimento de órgão equivalente da sociedade-mãe.

A acrescer, conforme foi aqui retratado, por um lado, o numero 1 do art.504.º ao remeter expressamente para o art. 64.º que é, como sabemos, uma norma de conduta dos administradores das sociedades e onde são previstos os deveres fundamentais que se encontram vinculados (deveres de cuidado e deveres de lealdade) obriga a que os administradores da sociedade-mãe, na veste de administradores do grupo, devam obediência também a este preceito.

Contudo, retira-se da interpretação destes dois artigos, conjugados com a letra do art. 503.º, número 1, que o interesse da sociedade decorrente do dever de lealdade previsto no art. 64.º, é o interesse da sociedade-mãe ou o interesse de qualquer sociedade que faça parte do grupo.

Posto isto, decorre expressamente das presentes normas que nas sociedades que se desenvolvem em grupo, os administradores devem atender também ao interesse das restantes sociedades que fazem parte do grupo, identificados como interesses da sociedade-mãe e interesses das outras sociedades-filhas que façam parte do grupo.

Conjugadas estas normas com o regime jurídico dos grupos, não será possível estender o seu sentido, concluindo pela consagração de um interesse da sociedade em grupo?

2. As Vozes da Doutrina Portuguesa

Em face deste regime questiona-se, quais são os interesses da sociedade-mãe e os interesses das sociedades-filhas que deverão ser atendidos, nos termos dos arts 503.º, n.º 2, 504.º, n.º 1 e 64.º do CSC? E ainda, face à extensão prevista na lei de interesses a tutelar, se existe um interesse social do grupo, *per si*, enquanto unidade económica ou se, pelo contrário, estamos apenas perante uma ampliação dos interesses individuais da sociedade-mãe e das restantes sociedade-filhas que fazem parte do grupo, tendo em conta o regime estatuído para as sociedades independentes?

As respostas a estas questões não se apresentam imediatas. É necessário recorrer às regras de interpretação normativa previstas nos art. 9.º do Código Civil, socorrendo a doutrina ao pensamento legislativo que levou o legislador a determinar que na administração da sociedade seja tido em conta os interesses das sociedades do mesmo grupo.

Podemos, desde logo, verificar um argumento que trava a aceitação de um interesse social de grupo, e que se prende com a harmonia e coerência do regime jurídico das sociedades comerciais, na sua globalidade: o grupo de sociedades não é uma pessoa jurídica, não é um sujeito detentor de direitos e obrigações, motivo pelo qual será difícil

admitir a existência de um interesse social a um *regime jurídico*, em detrimento do interesse de um ente jurídico.

Por outro lado, outro argumento contra a anuência do interesse social do grupo por se apresentar contra o princípio geral de proteção da parte mais fraca e que leva o regime das sociedades comerciais a proteger os sócios minoritários, é o de que: admitir a existência de um interesse do grupo, enquanto unidade económica, poderá ser interpretado como um interesse da sociedade-mãe dissimulado, indo assim ao desencontro do regime protetor dos sócios minoritários.

Acontece que, não é difícil ponderar situações em que a administração da sociedade-mãe instruí a administração da sociedade-filha com atos que não correspondem diretamente, nem ao interesse social de alguma das sociedades-filhas que faça parte do grupo, nem à própria sociedade-mãe. Ou, ainda, situações em que apesar de a instrução corresponder ao interesse social de alguma sociedade-filha, o benefício que se pretende atingir ao prosseguir o interesse social de determinada sociedade do grupo, pode ser considerado desproporcional ao prejuízo da sociedade-filha sacrificada. Contudo, poderá encontrar-se justificado o prejuízo da sociedade-filha, ponderados os benefícios trazidos para o grupo em si.

Referimo-nos a situações práticas da vida corrente de uma sociedade, nomeadamente a constatação de que uma sociedade do mesmo grupo se encontra numa situação de alguma carência, sendo certo que a insolvência daquela sociedade causaria enormes prejuízos para o grupo, quer pela responsabilidade da sociedade-mãe pelas dívidas desta, como pelas repercussões económicas que se poderiam verificar na fragilização da credibilidade do grupo. Neste sentido, por pura hipótese teórica, a administração da sociedade-mãe instrui determinadas sociedades filhas a celebrar um contrato de compra e venda de determinado bem imóvel, propriedade da sociedade-filha, a um preço muito acima do mercado. Verificando-se, assim, que a sociedade-filha que comprou o imóvel, o adquiriu por um preço insuscetível de recuperar pela mesma via, reduziu o seu património ativo, o que certamente resultará em obtenção de menos lucros no final do ano (o que prejudica, principalmente, os sócios minoritários), e poderá comprometer a resposta às suas obrigações perante credores sociais. Ao invés, a sociedade que se encontrava fragilizada ganhou solvabilidade e foi acautelada a credibilidade do grupo societário.

Há, neste caso, uma desproporcionalidade dos interesses ponderados, quando analisados apenas pela perspectiva das duas sociedades-filhas - a que necessitava de socorro e a socorrista - pois que não havia motivo para a violação do interesse social da sociedade socorrista mas, ponderados os interesses da sociedade de grupo enquanto unidade económica, a solvabilidade daquela sociedade, evitou a quebra de confiança de todo o grupo societário, criou estabilidade, porventura, maior investimento e crescimento ao grupo.⁽²¹⁹⁾

Ademais, não se poderá perder de vista que o fenómeno dos grupos é primeiro económico e só ulteriormente jurídico, o que significa que, não esquecendo as consequências jurídicas que cada atuação poderá acarretar, o motivo pelo qual as sociedades se agrupam antes mesmo das vantagens jurídicas, são as vantagens económicas e a estabilidade económica e financeira que o grupo proporciona⁽²²⁰⁾.

A este propósito JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA refere-se, sem hesitações, ao interesse do grupo e não ao interesse da sociedade-mãe ou outros interesses das sociedades-filhas. Para o autor, “A estratégia do grupo representa uma importante derrogação, ou melhor, alteração ao disposto no art. 64.º da C.S.C., sobre o dever de diligência visto que permite ou mesmo obriga os administradores da sociedade subordinada a sobrepor o interesse do grupo ao interesse dessa sociedade.”⁽²²¹⁾

O mesmo Autor utiliza a expressão “interesses do grupo” como sinónimo da expressão utilizada pelo CSC no seu art. 503.º de “interesses da diretora ou outras sociedades do mesmo grupo”. Para este Autor, o órgão de administração da sociedade diretora não deve reger a sua atividade tendo em conta o interesse da subordinada mas sim pelo interesse que representa e defende, considerando-o como o interesse do grupo.²²² Consequentemente, chega mesmo a referir que o interesse do grupo não é o interesse da sociedade diretora é, pelo contrário, a “consideração global de todas as unidades do

²¹⁹ Sobre a desproporcionalidade de medidas ponderadas pela sociedade-mãe no interesse do grupo *vide* KLAUS J. HOPT, *Groups of Companies - a Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, Ob. cit. p. 5, refere como exemplo “The parent may need to make a decision about where in the group layoffs or cut-downs should be effectuated or, more positively, which of the subsidiaries in the group should be attributed the opportunity to develop a promising new product or where, usually for tax reasons, a new subsidiary should be brought up that may take away business from the others..”.

²²⁰ Conforme afirma ENGRÁCIA ANTUNES, *The governance of Corporate Groups*, Ob. cit., p. 15 “The corporate group is and economic, not a legal entity.” e, mais adiante refere “Yet, the corporate group is legal reality”, p. 16.

²²¹ JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Ob. cit., p. 48.

grupo”, devendo tal conceito ser entendido da mesma forma que hoje se apresenta o interesse social das sociedades unissocietárias, tendo em conta a tese institucionalista, deixando assim de parte o interesse individual de qualquer uma das sociedades dominadas.

Uma interpretação em sentido contrário, de acordo com o Autor, seria “incompatível com a direção unitária e, conseqüentemente, com a própria unidade do grupo, e levaria a resultados absurdos”⁽²²³⁾

Quanto à barreira normativa contida no art. 503.^o⁽²²⁴⁾, o Autor refere que não foi intenção do legislador evitar a expressão *interesse do grupo*, muito pelo contrário, para este, a vontade em prever a tutela de interesses do grupo, enquanto unidade económica, revela-se com a consagração expressa de que serão protegidos os interesses de qualquer uma das sociedades do grupo.⁽²²⁵⁾

Concluí o Autor, que a organização das sociedades em grupo, origina a introdução de um novo interesse a ter em conta, o interesse do grupo, limitando assim a atuação dos órgãos de administração das sociedades que fazem parte do grupo, e tal acontece pela própria situação de facto existente, o controlo, mas também é proveniente de uma situação de direito, no sentido em que é o próprio legislador a reconhecer a *primazia do interesse externo*.⁽²²⁶⁾

Para MARIA AUGUSTA FRANÇA⁽²²⁷⁾ “o interesse do grupo não resulta exclusivamente do interesse próprio da sociedade diretora, como o art. 503.^o, n.º 2 demonstra (...), mas sim da consideração global de todas as unidades do grupo entendido em termos semelhantes à sociedade individual. Considera que entender o contrário “... seria incompatível com a direção unitária e, conseqüentemente, com a própria unidade do grupo, e levaria a resultados absurdos” já que “Se bastasse a satisfação de interesses de uma outra sociedade, poder-se-ia ter de tolerar instruções extraordinariamente

²²³ *Idem*, p. 49.

²²⁴ Que refere expressamente “servirem os interesses da sociedade diretora ou das sociedades do mesmo grupo.”.

²²⁵ JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Ob. cit., p. 49.

²²⁶ *Idem*, p. 51.

²²⁷ MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, pp. 45 a 47, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1999.

desvantajosas para o grupo global, o que certamente estaria em contradição com o estatuído no art. 504.º, n.º 1”.⁽²²⁸⁾

MARIA DA GRAÇA TRIGO, refere que o art. 504.º, n.º 1 deve ser interpretado em conjugação com o art. 503.º. Considera, assim, que a disposição prevista no art. 504.º é fundamento para se entender que o direito de dar instruções não é só um direito de dar instruções, mas um dever, no sentido de prosseguir o interesse do grupo.⁽²²⁹⁾

Considera ainda a mesma Autora que, uma vez que o regime previsto no art. 504.º remete para o conceito expresso no art. 64.º, deverá este último ser lido da seguinte forma “Os gerentes administradores ou diretores de uma sociedade diretora de um grupo de sociedades devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse do grupo, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.”⁽²³⁰⁾

Contudo, não ignora as dificuldades que a aplicação de tal interpretação suscitaria, nomeadamente na identificação dos sujeitos que preenchem o interesse social: quais são os sócios e os trabalhadores? Da sociedade diretora ou de todas as sociedades do grupo? Da sociedade subordinada a quem se encontra a ser dirigida uma instrução?

Uma posição marcadamente contrária a estes é a de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA⁽²³¹⁾ que apesar de considerar legítima a conclusão da existência de um interesse de grupo, porquanto é a interpretação que resulta da conjugação dos arts 503.º, n.º 2 e o art. 504.º, n.º 1. Contrapõe, referindo que ao remeter para o art. 64.º, “...obriga a repensar a ideia de atuação no «interesse da sociedade»...”⁽²³²⁾, pelo que a primeira interpretação está errada.

Para a Autora tal interpretação merece duas críticas. Em primeiro lugar, refere que numa visão prática, o conceito de interesse não tem capacidade para fundamentar a imposição de deveres de lealdade. Por outro lado, acrescenta que no domínio dos grupos não é possível impor a prossecução de um interesse de grupo como um dever, por considerar que é insuscetível de determinar o destinatário desse dever: “... não recai sobre

²²⁸ *Idem*, p.45.

²²⁹ MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit., pp. 94 e 95.

²³⁰ *Idem*, p. 95.

²³¹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*, Ob. Cit., p. 223 a 233.

²³² *Idem*, p. 224.

a sociedade controladora ou os seus administradores nem – muito menos – às sociedades controladas ou sobre os membros dos órgãos de gestão.”⁽²³³⁾

No mesmo sentido, refere que não sendo possível adotar um conceito efetivo de interesse social, fica desde logo frustrada a tentativa de recorrer a um dever de prossecução do interesse do grupo para fundamentar a aplicação dos deveres de lealdade.⁽²³⁴⁾

Por outro lado, apresenta-se reticente em admitir a existência de um interesse do grupo, alegando que existe já uma grande dificuldade em determinar o interesse social nas sociedades independentes, pelo que determinar o interesse do grupo e relacioná-lo com os interesses individuais das diversas sociedades revelar-se-ia numa missão impossível de cumprir.⁽²³⁵⁾

A Autora acaba mesmo por revelar que “Um interesse do grupo em sentido rigoroso naturalmente não existe: ao grupo falta personalidade jurídica que poderia fundar um interesse do grupo em termos técnicos”⁽²³⁶⁾. E acrescenta, que a *empresa plurisocietária enquanto nova realidade económica* não demonstrou que *tem interesses próprios que se não confundem com os interesses de qualquer sociedade do grupo*.⁽²³⁷⁾

Ademais, expõe a Autora que, mesmo admitindo a existência do interesse de grupo, tal não poderia impor a existência de um dever de prossecução do mesmo a cargo das sociedades do grupo, porquanto considera que tal dever “...equivalaria a determinar-lhe a prossecução dos seus próprios interesses através do grupo”^(238,239). Considera que atribuir um interesse de grupo a prosseguir, seria impor um dever às sociedades coligadas de prosseguir esse mesmo interesse e, apesar de admitir que o entendimento é controverso, entende que não há um dever da sociedade-filha prosseguir um interesse que não é seu, na ausência de instruções da sociedade-mãe.⁽²⁴⁰⁾

²³³ *Idem*, p. 224.

²³⁴ *Idem*, p. 224.

²³⁵ *Idem*, p. 225.

²³⁶ *Idem*, p. 227 e 228.

²³⁷ *Idem*, p. 228.

²³⁸ *Idem*, p. 228.

²³⁹ *Idem*, p. 230.

²⁴⁰ *Idem*, pp. 230 e 231.

Por fim, refere que a busca do interesse do grupo não deve ser vista como um conceito jurídico que se recorre para resolver questões de conflito de interesses das sociedades do grupo, essa incumbência caberá ao dever de lealdade, “Repare-se que negar a existência de um dever de prosseguir o «interesse do grupo» não significa a desconsideração da dimensão do grupo na gestão das sociedades singulares nem rejeitar a imposição do comportamento «amigo» do grupo (konzernfreundliches Verhalten).” Entende, contudo, que caberá ao deveres de lealdade definir os termos em que o plano do grupo interfere no relacionamento interno e externo das diversas empresas”⁽²⁴¹⁾

Por outro lado, para ENGRÁCIA ANTUNES, “...a existência da relação de domínio intersocietário não acarreta forçosamente uma contraposição antagonista dos interesses próprios de sociedades dominantes e dependentes, nem arrasta consigo inexoravelmente um sacrifício dos interesse da última em benefício da primeira”⁽²⁴²⁾

Na opinião do Autor, o conceito de interesse social não pode ser visto como um conceito puramente “abstrato ou fechado”, deverá ser encarado como um conceito “aberto e operativamente impermeável às concretas determinantes ou incidências decorrentes da própria envolvente económico-empresarial da sociedade comercial”. Acrescenta que a relação de maior ou menor dependência económica poderá, inclusivamente, conferir um novo interesse social para ambas as sociedades.⁽²⁴³⁾

Ora, para o Autor o contrato de subordinação tem como objetivo a integração de uma sociedade comercial numa unidade económico-empresarial dotada de um interesse próprio (o interesse do grupo) que naturalmente se deverá sobrepor aos interesses dos seus membros. Concluí o autor que, mesmo no caso de exercício de administração autónomo das sociedades agrupadas (na ausência de instruções da sociedade-mãe) estas jamais poderão deixar de prosseguir um interesse de grupo, conquanto a sua atuação individual contribua para o sucesso do grupo económico.^(244,245)

²⁴¹ *Idem*, p. 232.

²⁴² ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit., p. 583.

²⁴³ *Idem*, p. 584.

²⁴⁴ *Idem*, pp. 758 e 759.

²⁴⁵ Note-se que o Autor considera que não é exigível à sociedade-filha responsabilidade proveniente de uma atuação que não prossiga interesses do grupo. Contudo, é dever desta em “agir os negócios (...) no quadro das grandes linhas orientadoras da política económica do grupo fixadas pela sociedade diretora”, Cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, Ob. cit., p.760.

Para o Autor, nas relações de grupo, existem estratégias de gestão que são necessariamente controladas ou determinadas pela sociedade-mãe, manifestando-se assim o seu poder de direção, primeiro, na determinação da filosofia de negócio do grupo; segundo, na estrutura geral do grupo (se será adotada uma gestão orgânica, descentralizada ou centralizada); terceiro, determinação dos objetivos do grupo e a estratégia que deverá ser prosseguida; quarto, estabelecer a política de planeamento relativamente a áreas específicas da gestão do grupo (marketing, produtos, finanças), e da afetação de recursos; quinto, a supervisão da execução da política de gestão do negócio.²⁴⁶ Não sendo, contudo, o conteúdo dos poderes da sociedade-mãe que importam na unidade económica, mas sim, os seus limites. Refere o Autor que “...in other words the central question is not what is the minimum level of centralization which is necessary for a group to exist at all from a economic point of view, but *what is the maximum level of centralization which is still compatible with the existing legal orders*”⁽²⁴⁷⁾, e perante esta questão responde o Autor que, no Direito das Sociedades em geral, o limite para esses poderes de atuação, seria a atuação tendo em conta o interesse social da sociedade; contudo, tal será o mesmo que dizer, para uma sociedade plurissocietária, o interesse global do grupo.⁽²⁴⁸⁾

Esclarece ainda ENGRÁCIA ANTUNES, que o grupo de sociedades é como uma organização, onde os rendimentos das sociedades-filhas são utilizados pela sociedade-mãe, com vista a obtenção do retorno do investimento global do grupo, e onde os objetivos de negócios de cada uma das sociedades-filha têm de ser compatíveis com o objetivo de negócio do grupo.^(249,250)

Para este Autor, o regime das sociedades em grupo não se encontra limitado ao regime geral do governo das sociedades individuais, uma vez que o nosso CSC prevê expressamente o direito de prosseguir um interesse social diferente da sociedade

²⁴⁶ ENGRÁCIA ANTUNES, *The Governance of Corporate Groups*, Ob. Cit., pp. 28 e 29.

²⁴⁷ *Idem*, p. 30.

²⁴⁸ *Idem*, p. 30.

²⁴⁹ *Idem*, p. 30.

²⁵⁰ Conforme salienta ENGRÁCIA ANTUNES, *The Governance of Corporate Groups*, Ob. Cit., p. 30, mas também JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *O Interesse Social nas Deliberações Sociais*, Ob. cit., p. 51, ambos com referência a CLAUDE CHAMPAUD, *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, 276, Paris, 1962 “The business self-interest of controlled corporation is more or less subordinated to the one of its controllers, whenever the control is the expression of the economic unity of a corporate group, the notion of corporate interest («intéret sociale») is superseded by the one of group interest («intéret du groupe»).

subordinada, desde que seja prosseguido o interesse do grupo. Refere que na Alemanha, Brasil, Croácia, Eslovénia e República Checa, se encontram soluções idênticas.⁽²⁵¹⁾

Secção II - A Perspetiva Transnacional

1. Do Reconhecimento do Interesse Social do Grupo nos Estados Membros da União Europeia

O eventual reconhecimento de um interesse social do grupo de sociedades, *per si*, é um critério que, sendo aplicado, poderá contribuir para a segurança jurídica nas relações societárias, tanto para as próprias sociedades que fazem parte do grupo, como para os sócios minoritários, os credores sociais, os trabalhadores e todos os entes que, direta ou indiretamente, se envolvem com o grupo societário.

O reconhecimento de um interesse social nos grupos de sociedades, da mesma forma que é reconhecido por todos os ordenamentos jurídicos o interesse da sociedade individual, permitiria o aumento da segurança jurídica, no sentido em que, os intervenientes do grupo societário teriam a segurança em saber que, as instruções da sociedade-mãe, teria de obedecer, pelo menos, ao interesse social do grupo, enquanto organização.

Em cada um dos modelos acima identificados, se reconhece que havendo sociedades que se organizam em grupo, o interesse social a ter em conta não é apenas o interesse da sociedade-filha, existindo ainda o interesse da sociedade-mãe, das outras sociedades-filhas e, em alguns regimes, entende-se que existe um interesse comum do grupo. A sua expressão está dependente do regime adotado por cada país. Vejamos.

Nos países nórdicos, uma sociedade não pode celebrar uma transação que crie um benefício para um sócio e que corresponda a uma perda para a sociedade, uma vez que seria interpretado como atuação em benefício próprio, o que é contrário à lei. Contudo, neste regime, se o gestor/sócio da sociedade provar que celebrou a transação tendo em conta o natural funcionamento corrente da sociedade e que, no futuro, a sua atuação trará benefícios para a sociedade, este não sofrerá qualquer responsabilidade. Não se exige que toda a atuação do representante da sociedade seja em benefício da sociedade, contudo não poderá provocar uma perda significativa. Ou seja, ao transpor este regime para o regime

²⁵¹ ENGRÁCIA ANTUNES, *The Governance of Corporate Groups*, Ob. Cit., p. 31.

dos grupos, tem-se entendido que a sociedade, na sua atuação, não pode promover o benefício do grupo se tal corresponder a uma perda para a própria sociedade, a não ser que haja motivos sérios para acreditar que o balanço será compensado. Aqui, consideram que o interesse do grupo deverá incluir o interesse daquela sociedade como um ente pertencente ao grupo.⁽²⁵²⁾

Em França, conforme já referimos, não existe um regime especial dos grupos que permita derrubar o princípio da autonomia das sociedades comerciais ou pôr em causa a prevalência da sua personalidade jurídica. Tem-se entendido, contudo, existirem três exceções a este regime, por forma a responsabilizar a sociedade-mãe por atos danosos praticados pela sociedade-filha: a demonstração de que há o facto ilícito danoso (conforme previsto no art.1382 do código civil francês) que foi provocado pela sociedade-mãe; a “l’apparence”; e a “l’immixtion”.⁽²⁵³⁾ Ou seja, no primeiro, provando-se que o ato praticado aparentemente por um sujeito jurídico, foi, na verdade, praticado materialmente por outro, tendo este, apenas o utilizado como instrumento, e, por “l’immixtion” entende-se que deve ser demonstrado que há interferência da sociedade-mãe na atuação da sociedade-filha.⁽²⁵⁴⁾ Contudo, não há aqui um reconhecimento de uma atuação no interesse do grupo, apenas há o reconhecimento de que a sociedade-filha não praticou tais atos/omissões com plena autonomia jurídica.

O reconhecimento de um interesse social do grupo no Direito francês, apenas se manifesta quando o Direito Penal é chamado a intervir. Consta do regime jurídico-penal francês um crime designado por abuso dos bens sociais (*abus de biens sociaux*) que pune com cinco anos de prisão, sem previsão mínima, os administradores das sociedades anónimas ou das sociedades por quotas que usam o património da sociedade, para fins pessoais ou para favorecer outra sociedade ou empresa em que eles tenham um interesse direto ou indireto, tendo conhecimento que tal atuação é contrária aos interesses da

²⁵² *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, p. 62, 5 de Abril de 2011, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1851654>.

²⁵³ Conforme refere JASMIN SCHMEIDLER, *La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale*, in *Recueil Dalloz*, 7 mars, 2013, n. ° 9, Dalloz, pp. 584 – 590 (586).

²⁵⁴ Contudo, refere JASMIN SCHMEIDLER, *La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale*, Ob. Cit., que os critérios para a aplicação destes regimes excecionais são muito confusos e de difícil prova, considerando o autor que a jurisprudência tem diluído o critério da l’immixtion e o critério da l’apparence, propondo uma maior definição dos dois conceitos por forma a, assim, assegurar a segurança jurídica.

sociedade.^(255,256) Ora, esta solução tem sido frequentemente utilizada pelos sócios minoritários quando desagradados com as estratégias de grupo seguidas pela sociedade.⁽²⁵⁷⁾

Por forma a salvaguardar a administração das sociedades em grupo, os Tribunais têm feito aplicar uma doutrina para aplicação aos grupos de sociedades quando estão perante aquela norma. Esta doutrina admite a defesa do grupo mediante a verificação de determinadas circunstâncias. Em primeiro lugar, o grupo deve ser caracterizado por participações sociais entre as sociedades em causa. Em segundo lugar, deve existir uma forte estratégia de negócio entre todas as sociedades que formam o grupo. Em terceiro lugar, o suporte financeiro de uma sociedade para outra sociedade deve ter uma correspondência económica e não deve quebrar o equilíbrio entre as sociedades e causa. Em quarto e último lugar, o suporte de uma sociedade não deve exceder as suas possibilidades. Concluí PIERRE-HENRI CONAC, LUCAS ENRIQUES, MARTIN GELTER que, por outras palavras, não deve criar risco de insolvência para a sociedade.²⁵⁸

Ou seja, exige-se a demonstração de uma relação de grupo para dirimir a responsabilidade dos administradores da sociedade subordinada que atuaram, tendo em conta um interesse contrário ao da sociedade que representam. Considerando, contudo, a jurisprudência, que o interesse que foi prosseguido deve ter alguma correspondência com

²⁵⁵ *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, p. 62, 5 de Abril de 2011, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1851654>; KLAUS J. HOPT, *Groups of Companies...*, Ob. Cit., p. 11; PIERRE-HENRI CONAC LUCAS ENRIQUES MARTIN GELTER, *Constraining Dominant Shareholders' Self Dealing: The Legal Framework In France, Germany, And Italy*, p. 29, Discussion Paper n.º 18, 07/2008, Harvard Law School Cambridge, MA 02138, disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/fellows_papers/pdf/Gelter_18.pdf.

²⁵⁶ Refere A. LIENHARD, *Responsabilité de la société mère en cas de pollution causée par une de ses filiales*, in *Recueil Dalloz*, 22 octobre, 2009, n.º 36, pp. 2413 e 2414, referindo-se à lei francesa de proteção do ambiente e que veio prever a responsabilização direta da sociedade-mãe pelas obrigações da sociedade filha, denominada de Grenelle II, Loi n.º 2010-788 du 12 juillet 2010, ao contrário do princípio da autonomia e da personalidade jurídica das sociedade e que a lei societária francesa previa também para as sociedades em grupo, “En l'état du droit positif, fondé sur l'autonomie de la personnalité juridique des sociétés, fussent-elles organisées en groupes, il n'est pas possible de mettre à la charge de la société mère, actionnaire ou associée de ses filiales, la responsabilité des obligations pesant sur ces dernières, notamment les obligation de prévention et, le cas échéant, de réparations des dommages causés à l'environnement.”.

²⁵⁷ De acordo com as estatísticas disponibilizadas pelo Departamento de Justiça Francês e que se encontram analisados em PIERRE-HENRI CONAC LUCAS ENRIQUES MARTIN GELTER, *Constraining Dominant Shareholders' Self Dealing...*, Ob. cit, p. 30, entre os anos de 2000 e 2006 houve entre 86 a 93 ações penais relativas a este crime que foram concluídas com pena de prisão.

²⁵⁸ PIERRE-HENRI CONAC, LUCAS ENRIQUES MARTIN GELTER, *Constraining Dominant Shareholders' Self Dealing*, Ob. Cit. p. 31.

o interesse da sociedade subordinada, ainda que indiretamente. Tem-se entendido que esta corrente jurisprudencial reconhece um interesse geral do grupo.⁽²⁵⁹⁾

Na Hungria, aqueles que adotam a doutrina dos grupos de facto, também utilizam a doutrina *Ronzenblum*. Para tal, consideram necessário demonstrar que no grupo de sociedades há uma estratégia comum do grupo constante nos últimos três anos, que as instruções emanadas cobrem os benefícios e as perdas desse mesmo grupo como unidade económica, e os lucros são distribuídos de uma forma legítima e justa. Cumprindo-se estes pressupostos, a doutrina é aplicada e a sociedade-mãe pode instruir a sociedade-filha; porquanto não se considera que tais instruções tenham sido dadas em prejuízo da sociedade-filha, mas em benefício do grupo de sociedades onde esta sociedade se insere.

Os Países Baixos baseiam a atuação das sociedades comerciais num Princípio base de que todo o ente jurídico é dotado de um interesse económico autónomo que serve como guia, principal e decisivo, para a atuação dos órgãos de gestão/administração. Acontece que esta norma é aplicada tanto às sociedades independentes como àquelas que se agrupam na formação de uma unidade económica. Contudo, parte da doutrina, a doutrina *ultra vires*, considera legítimas as instruções dos administradores da sociedade diretora sobre a sociedade-filha, caso se encontre prevista essa atuação no contrato social; não podendo, contudo, a atuação prejudicar totalmente a sociedade-filha. Admitem não haver obrigação de todas as instruções emitidas respeitarem o interesse da sociedade, no entanto, que o conjunto de atuações em nome e em benefício do grupo, se revelem na sociedade-filha.⁽²⁶⁰⁾ É com base na invocação desta doutrina que as sociedades-mães na Holanda têm legitimado as instruções dadas às sociedades-filhas na prossecução de um interesse que pode não ser diretamente o destas.

A doutrina é utilizada para resolver questões de conflito de interesses, nomeadamente em casos de insolvência em que os administradores/gestores da sociedade são chamados

²⁵⁹ Club Des Juristes, Report: *Towards Recognition Of The Group Interest In The European Union?* Junho, 2015, disponível em <http://www.leclubdesjuristes.com/rapport-vers-une-reconnaissance-de-linteret-de-groupe-dans-lunion-europeenne/>.

²⁶⁰ “From Autonomy of Interests to Concurrence of Interests in Dutch Group Company Law”, STEEF M. BARTMAN, Professor of Company Law at Leiden University and Lawyer at The Supreme Court in The Hague, The Netherlands, in *European Company Law*, October 2007, Volume, 4, Issue 5, pp. 207-210, disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200908/annex11_finalcountryreport_nl-2-relevan%20article_en.pdf.

a responder pelas dívidas da sociedade pela gestão contrária aos interesses da sua sociedade.⁽²⁶¹⁾

No Reino Unido há, na generalidade, uma aceitação da prossecução do interesse do grupo. Os administradores podem ter em atenção apenas o interesse do grupo quando tomam decisões para promover o sucesso da empresa e o benefício dos seus membros. A prossecução do interesse do grupo pode ser confirmada, em caso de dúvida, mediante a aprovação da maioria dos sócios.⁽²⁶²⁾

O Código Civil Italiano no seu art.2497.º prevê expressamente, desde a reforma de 2004, a existência de um interesse próprio do grupo. Veja-se o número 1 daquele artigo “Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società.”. Desta forma passa a lei a prever a possibilidade de prosseguir um interesse do grupo em detrimento do interesse social da sociedade subordinada que atua, adotando um regime de responsabilidade da sociedade-mãe perante a própria sociedade-filha e os seus sócios.⁽²⁶³⁾

Conforme refere SAMIRA KOUSEDGHI acerca da redação dada ao art. 2497.º do Código Italiano: “This makes the - up to that moment - blurry borderline between the (mere) potential exercise of influence (i.e. 'control') and the effective unitary direction and coordination activities of the parent company much clearer.”⁽²⁶⁴⁾

Na Alemanha, conforme já referido, o regime jurídico dos grupos de sociedades encontra-se expressamente consagrado. Consagra não apenas a constituição dos grupos por contrato de subordinação, mas também pelo domínio das participações sociais, onde

²⁶¹ *Idem*, p. 209.

²⁶² *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Ob. cit., p. 63.

²⁶³ SAMIRA KOUSEDGHI, Protection of Minority Shareholders and Creditors in Italian Corporate Group Law, in *European Company Law*, October 2007, Volume 4, Issue 5 pp. 218 a 220, disponível em: http://www.dvdw.nl/media/38755/kousedghi_protection_of_minority_shareholders_and_creditors_in_italian_corporate_group_law.pdf.

²⁶⁴ *Idem*, p. 219.

será automaticamente considerada a relação de grupo, aplicando-se um regime também expressamente previsto.

Para as sociedades constituídas em grupo pela verificação de um domínio das participações sociais ou por direito de votos, mas em que não haja qualquer contrato de subordinação, não é permitido à sociedade-mãe instruir a sociedade filhas com instruções que lhe sejam desvantajosas, a não ser que essas desvantagens sejam devidamente compensadas. ^(265,266)

Quando a relação de grupo é constituída por contrato, o §308 do AktG aplicável, prevê que à sociedade-mãe é conferido o direito de dar instruções à administração da sociedade-filha sobre a gestão da empresa. O número 2 do mesmo artigo, prevê que essas instruções possam ser desvantajosas para a sociedade-filha desde que sejam vantajosas para a sociedade-mãe ou qualquer sociedade-filha que faça parte do grupo.

Não obstante o AktG não fazer referência expressa ao interesse do grupo, parece unânime na doutrina germânica a aceitação de um interesse do grupo, criado pela unidade económica subjacente. Refere KLAUS J. HOPT que “... the controlling shareholder in the subsidiary may not just act opportunistically in his own private interest; he may act responsibly in the interest not only of the parent, but of the group as a whole and/or other subsidiaries.” ⁽²⁶⁷⁾ e “...steering a group of companies implies making difficult business judgments decisions that may be appropriate or even necessary for the group though they are disadvantageous or even harmful for the subsidiary.” ⁽²⁶⁸⁾ e, ainda, “The decision of whether employees are hired or fired may not just depend on the business situation of the subsidiary but may follow the interest of the group. Restructuring in groups of companies,

²⁶⁵ O §308 da AktG apenas é aplicável às sociedades em grupo constituídas por contrato de subordinação, aliás, como toda a Secção um da Divisão Dois do AktG.

²⁶⁶ Para os chamados Grupos de Facto prevê-se a obrigação de compensação pela gestão da sociedade com atos desvantajosos para a sociedade. Refere GUNTHER TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoiético*, Ob. cit. p. 288 “...no que concerne aos chamados “grupos de facto” (efetivamente, a compensação dos prejuízos aí prevista para os casos de exercício de um domínio prejudicial da empresa-mãe sobre as suas filiais está claramente assente no modelo pressuposto da empresa autónoma).”

²⁶⁷ KLAUS J. HOPT, *Groups of Companies – A comparative study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, Ob. cit., p. 5. O Autor refere-se à responsabilidade de atuar tendo em conta outros interesses social em contraposição com as sociedades comerciais que apesar de serem controladas por um sócio maioritário mantêm a sua independência, já que nestas, o interesse social a prosseguir deverá ser o interesse individual.

²⁶⁸ *Idem*, p. 5.

in particular in multinational groups, belongs to the most controversial issues for labour.”⁽²⁶⁹⁾

Por fim, o mesmo Autor conclui “In a way, the German contractual groups can also be mentioned in this context, since by entering such a group contract, the parent voluntarily accepts the liability do the creditors of the subsidiary in return for the liberty to steer the group in the group interest”.⁽²⁷⁰⁾

Conforme referiu GUNTHER TEUBNER, cuja teoria se encontra na base do regime jurídico germânico “a distribuição de participação e controlo dentro da empresa não é determinada, nem pela primazia do interesse de um factor produtivo, nem pela lógica de troca de rede contratual, mas por considerações de eficiência na prossecução dos interesses do “ente coletivo” distinto de qualquer dos outros interesses”.⁽²⁷¹⁾

Isto posto, da exposição ainda que sumária, dos diferentes ordenamentos jurídicos onde os grupos de sociedades ganham expressão, pelo menos se revelarem uma realidade económica a que o Direito se encontra atento, verificamos que cada vez mais o Direito é chamado a dirimir litígios relativos a este tipo de organização e que tem sido necessário adaptar as normas societárias vigentes, a uma realidade que não é idêntica ao regime de sociedades comerciais previsto na lei de cada país.

Em todos os países aqui analisados se admite que as normas previstas para as sociedades comerciais independentes são insuficientes, senão desadequadas, para dirimir os litígios apresentados, recorrendo-se a decisões jurisprudencias ou regulação por normas jurídicas que pretendem atender à relação do grupo como uma unidade organizacional detentora de diferentes interesses sociais, que deverão ser tidos em conta, e como relação diferente daquelas já reguladas no Código das Sociedades Comerciais.

Nos países nórdicos, na Hungria e nos Países baixos, acabam por aceitar a existência de outros interesses a ter em conta na direção da sociedade-filha, admitindo a existência do interesse do grupo e a necessidade de o acautelar, limitando-o, contudo, ao mínimo de correspondência com o interesse social da sociedade-filha, enquanto elemento do grupo.

²⁶⁹ *Idem*, p. 7.

²⁷⁰ *Idem*, p. 20.

²⁷¹ GUNTHER TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoiético*, Ob. cit. p. 277.

Em França tomam como assente a existência de outros interesses das sociedades que façam parte do grupo, desde que seja demonstrada a existência de uma relação de grupo, sendo um dos critérios para o reconhecimento, que haja uma forte estratégia de negócio para o grupo. Assim a doutrina *Rozenblum* considera existir um interesse social do grupo que deve ser prosseguido.

No Reino Unido aceitam a existência de um interesse do grupo. E em Itália também, de forma expressamente prevista no Código Civil.

Na Alemanha, apesar de não se encontrar expressamente previsto esse interesse, é entendimento que o interesse salvaguardado pelo legislador no § 308 é o interesse do grupo, porquanto uma interpretação nesse sentido parece ser a que mais se adequa à realidade económica.

2. A Resposta da União Europeia

São várias as tentativas de regulamentação de um regime geral das sociedades em grupo a nível europeu. Entre 1970 e 1980 a Comissão Europeia elaborou uma proposta denominada de “9th Directive on Groups of Companies” e inseriu no Regulamento das Sociedades Anónimas Europeias um Capítulo destinado à regulamentação dos grupos de sociedades.^(272,273) Os projetos de regulamentação dos grupos de sociedades foram, contudo, abandonados, porquanto consideraram os Estados-Membros que a proteção dos credores e dos sócios minoritários necessária nas relações de grupo, era assegurada com a lei geral das sociedades comerciais, eventualmente completando as mesmas com disposições legais específicas para os grupos.⁽²⁷⁴⁾ Ademais entenderam que o regime proposto não se adequava ao direito interno, porquanto era demasiado inspirado no direito germânico.

²⁷² *Proposition d'une cadre Juridique destiné à faciliter la gestion transfrontalière des groupes de sociétés en Europe – Forum Europaeum on Company Groups, in Revue des Sociétés, septembre, 2015, n.º 9, Dalloz, p. 496.*

²⁷³ *Proposal for a Council Regulation embodying a Statute for European Companies (submitted to the Council on 30 June 1970). COM (70) 600 final, disponível em <http://aei.pitt.edu/9615/>.*

²⁷⁴ *Proposition d'une cadre Juridique destiné à faciliter la gestion transfrontalière des groupes de sociétés en Europe – Forum Europaeum on Company Groups, in Revue des Sociétés, septembre, 2015, n.º 9, Dalloz, p. 496.*

Em 1990 foi criado o “Forum Europaeum on Group Law” composto por um grupo de universitários, especialistas em direito societário que elaboraram uma proposta de regulamentação a nível europeu dos grupos de sociedades, baseado em determinadas regras e normas de conduta, intitulado de “The Corporate Group Law Principles and Proposal”, divulgado em 1998.^(275,276) No início do ano 2000, o “High Level Group of Company Law Experts” organizado pela Comissão Europeia, decidiu ir contra a solução de regulamentação geral dos grupos de sociedades, considerando ser melhor opção dirigir apenas recomendações, tendo em conta as leis da União Europeia, dirigidas a questões como a gestão do grupo, transparência do grupo, proteção dos credores e proteção dos sócios minoritários. Por conseguinte, foi elaborado o Report of the High Level Group Company Law Experts in a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, em 2002 que foi um degrau para a consagração do Action Plan (2003).⁽²⁷⁷⁾ O Action Plan veio intensificar a necessidade de transparência no financiamento dos grupos, a proibição das empresas organizadas em *holding* de regular mercados de capitais e o direito de os administradores das sociedades filhas de se submeterem numa estratégia comum de grupo.⁽²⁷⁸⁾

As presentes propostas nunca chegaram a ser aprovadas nem aplicadas.

Contudo, a necessidade de uniformização de um regime de grupos de sociedades impunha-se pela insegurança existente nas relações jurídicas estabelecidas entre uma sociedade-mãe sediada num Estado-Membro e a sua sociedade-filha sediada nouro Estado-Membro, podem verificar-se situações em que, no país da sociedade-mãe podem ser consideradas legítimas as instruções dadas à sociedade-filha, mesmo que prejudiciais a esta, e, no país da sociedade-filha, tais instruções serem ilegítimas e serem fonte de responsabilidade civil e criminal.⁽²⁷⁹⁾

²⁷⁵ *Idem*.

²⁷⁶ *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, p. 59, 5 de Abril de 2011, disponível em [tract=1851654" http://ssrn.com/abstract=1851654](http://ssrn.com/abstract=1851654).

²⁷⁷ *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, p. 59, 5 de Abril de 2011, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1851654>; TOBIAS H. TRÖGER, *Corporate Groups*, Ob. Cit. p. 13.

²⁷⁸ *Idem*, p. 52.

²⁷⁹ *Proposition d'une cadre Juridique destiné à faciliter la gestion transfrontalière des groupes de sociétés en Europe – Forum Europaeum on Company Groups*, in *Revue des Sociétés*, septembre, 2015, n.º 9, Dalloz, p. 496.

Neste sentido, em 2010, a Comissão Europeia organizou um grupo de reflexão sobre o futuro da lei societária na U.E, o “The Reflection Group on Future of EU Company Law” (2011) ^(280,281). O grupo de reflexão reservou o capítulo IV para os Grupos de Sociedades, tendo apontado 3 temas fundamentais de regulamentação: o reconhecimento de um interesse de grupo pela legislação europeia; o modelo simplificado das sociedades comerciais com um único sócio; transparência nas estruturas e relações do grupo.

O Grupo de Reflexão considerou que por forma a promover a flexibilização da gestão dos grupos, especialmente nos grupos organizados transnacionalmente, a União Europeia deveria promover recomendações com vista à consagração de um interesse social do grupo, por forma a que a sociedade-mãe tenha o direito, mas também o dever de gerir o grupo e todas as sociedades que dele façam parte, de acordo com o interesse global do grupo. ^(282,283)

Os principais argumentos ⁽²⁸⁴⁾ a favor da consagração de um interesse social do grupo, apresentados no grupo de reflexão de 2011, tiveram em vista a tutela das sociedades que fazem parte do grupo, dos sócios minoritários e dos credores das sociedades subsidiárias, apontando estes sujeitos como os mais vulneráveis perante o domínio exercido pela sociedade-mãe.

Para os membros do grupo de reflexão, a grande vantagem do reconhecimento do interesse do grupo é a criação de maior transparência para os administradores da sociedade subsidiária na aprovação de operações ou transações. ⁽²⁸⁵⁾ Referem, que se a doutrina do interesse do grupo fosse reconhecida, poderia servir como “bóia de salvação”

²⁸⁰ Disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf.

²⁸¹ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Novos Rumos do Direito Societário Europeu – O «Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law» in II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2012 pp. 347- 353 (348).

²⁸² É referido no *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, p. 60, Ob. Cit, que “In order to enhance the flexibility of the management of groups especially on a cross-border basis, an EU recommendation should bring the consecration of the interest of the group (“Konzerninteresse”, “intérêt du groupe”, “interesse di gruppo”). Similarly to the case of an individual company (whose directors must promote the company interest), the parent corporation could be vested with a right but also a duty to manage the group and its constituent companies in accordance with the overall interest of the group.”.

²⁸³ Refere JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Novos Rumos do Direito Societário Europeu – O «Report of the Reflection of The Group on the Future of EU Company Law»*, Ob. cit., p. 352 “Em primeiro lugar, o reconhecimento da primazia do interesse de grupo: tal como no caso de uma sociedade individual (suos administradores são supostos promover o interesse geral da sociedade), também assim os administradores de uma sociedade-mãe devem ser investidos num direito mas também num dever de governar e gerir as sociedades-filhas de acordo com o interesse geral do grupo.”.

²⁸⁴ *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, Ob. Cit., pp. 60 a 62.

²⁸⁵ *Idem*, p. 60.

para os gerentes/administradores da própria sociedade-mãe ou a sociedade-filha, contra responsabilidade (civil ou penal), que eventualmente incorrem caso a atuação prossiga o interesse do grupo, como unidade económica.⁽²⁸⁶⁾ Consideram que a teoria do interesse social do grupo veria a sua aplicação naquelas situações em que a sociedade-mãe dá instruções à sociedade-filha para que esta atue no interesse do grupo como um todo, não prosseguindo um interesse próprio.⁽²⁸⁷⁾

Numa perspetiva prática de tal teoria, referem os membros do grupo de reflexão, que a consagração desta doutrina a nível europeu, significaria que se uma sociedade-mãe Alemã, tiver uma sociedade-filha no Reino Unido e outra em Itália, os administradores estarão livres das obrigações decorrentes do seu regime jurídico interno de agirem tendo em conta a prossecução de um interesse próprio daquela sociedade, já que, com a consagração desta doutrina os administradores poderão legitimamente atuar de acordo com o interesse do grupo em que se inserem.⁽²⁸⁸⁾

O argumento apresentado contra a consagração desta doutrina refere-se à desnecessidade de regulação específica sobre a matéria. Alguns membros do grupo consideram que não há necessidade e consagrar uma regra para o interesse do grupo, uma vez que se uma sociedade pretendesse que uma outra sociedade sua dependente atuasse no interesse do grupo constituiria uma sucursal ao invés de uma sociedade subsidiária. Contudo, contra-argumentam outros membros do grupo que, uma sociedade-mãe pode querer estabelecer uma sociedade-filha por diferentes razões que têm que ver com o regime dos grupos, mantendo assim uma sociedade com personalidade jurídica própria a fazer parte do grupo.^(289,290)

Neste sentido se enumeraram os motivos pelos quais se deveria consagrar a doutrina do interesse do grupo⁽²⁹¹⁾: 1) o reconhecimento a nível europeu ajudaria as sociedades

²⁸⁶ *Idem*, p. 60.

²⁸⁷ *Idem*, p. 60.

²⁸⁸ *Idem*, p. 60 e 61.

²⁸⁹ *Idem*, p. 61.

²⁹⁰ Relembremo-nos dos motivos que levaram as sociedades comerciais a constituírem outras sociedades comerciais e adotarem uma organização em grupo, *vide supra* Capítulo I. Alteração do paradigma da Sociedade Comercial pp. 3 a 7 do presente trabalho. Ademais lembramos os ensinamentos de GUNTHER TEUBNER, *O Direito como sistema Autopoietico*, Ob. cit. p. 290, ao referir-se à organização das sociedades comerciais em grupo “Aspectos importantes são a natureza flexível desta mistura ou combinação de mercado e organização na constituição e estruturação do grupo (que não é fixa mas varia ao longo do tempo de acordo com razões estratégicas) e a natureza multiestável da organização do grupo empresarial (onde as empresas agrupadas ora atuam independentemente).

²⁹¹ Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, Ob. Cit.

localizadas na europa a gerir e a celebrar transações com as sociedades subsidiárias localizadas noutros países da U.E, sem que fosse necessário analisar se a lei aplicável nesse país reconhece ou não o interesse do grupo; 2) a pouca flexibilidade nalguns países da UE pode revelar-se num obstáculo para as sociedades mãe de outro Estado Membro que estaria habituado a essa flexibilidade (criando assim maior segurança na gestão das sociedades); 3) para que os Estados Membros que tenham adotado o sistema Alemão possam verificar na consagração de tal doutrina uma segurança jurídica flexibilizando assim os seus regimes; 4) iria clarificar os deveres tanto da sociedade-mãe como da sociedade-filha desde que situadas na Europa, já que o dever ou o direito de agir em nome do interesse do grupo, em oposição ao interesse da sociedade-mãe é, normalmente, pouco claro nas leis dos Estados Membros.

ENGRÁCIA ANTUNES, também membro do grupo de reflexão, refere que a proposta de reconhecimento do interesse do grupo “...tem, no entender do grupo de reflexão, algumas vantagens: está em linha com a realidade do funcionamento dos grupos (acabando com a comédia ou ficção do interesse social próprio das sociedades-filhas), flexibiliza as suas estruturas de administração e reduz os inerentes custos de transação (...), e oferece aos gestores da cúpula grupal e das subsidiárias um quadro mais claro e seguro de atuação e de deveres (mormente, quanto aos tipos admissíveis de operações intragrupo).”⁽²⁹²⁾

Em 2012 a Comissão Europeia centrou novamente a sua atenção para os assuntos relativos às sociedades comerciais. No Action Plan de 2012 a Comissão anunciou o propósito de regular as transações comerciais, nomeadamente no sentido de implementar maior transparência. Para tal, seguiu as propostas apresentadas pelos vários especialistas do grupo de reflexão⁽²⁹³⁾, mais concretamente, o reconhecimento de um “interesse de

²⁹² JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Novos Rumos do Direito Societário Europeu – O «Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law»*, Ob. cit., p. 352.

²⁹³ Sugestões essas apresentadas no *The Reflection Group on Future of EU Company Law (2011)*, Ob. cit.

grupo” como critério legitimador e determinante para as decisões dos administradores das subsidiárias quando se encontrem perante instruções da sociedade-mãe. ^(294,295)

O Grupo de Reflexão ⁽²⁹⁶⁾ em resposta ao Action Plan de 2012 apresentado, em 2013, pelo The Reflection Group on the Future of EU Company Law, sublinhou dois aspetos fundamentais a ser regulados, por um lado, uma maior transparência para o público em geral da estrutura governamental de cada um dos grupos societários e, por outro lado, a aceitação do conceito de interesse do grupo. ⁽²⁹⁷⁾

Consideram que não deverá ser ilegal que num grupo de sociedades a administração da sociedade-mãe e a administração da sociedade-filha, deem e recebam, respetivamente, instruções desde que os interesses de cada uma das sociedades do grupo, como entidade autónoma com responsabilidades próprias, não se torne materialmente comprometida. Ainda, não deverá ser ilegal, por si só, que duas sociedades do grupo sejam clientes e fornecedores uma da outra, desde que os preços acordados não comprometam a solvabilidade de cada uma das sociedades. Por último, consideram que não deverá ser ilegal que, nas sociedades do mesmo grupo, se preste auxílio financeiro a outra sociedade do mesmo grupo, desde que cumpridos certos requisitos de proteção dos credores. ⁽²⁹⁸⁾

²⁹⁴ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European Company Law and Corporate Governance - A Modern Legal Framework for More Engaged Shareholders and Sustainable Companies*, 2013, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52012DC0740>.

²⁹⁵ *Proposition d'une cadre Juridique destiné à faciliter la gestion transfrontalière des groupes de sociétés en Europe – Forum Europaeum on Company Groups*, in *Revue des Sociétés*, septembre, 2015, n.º 9, Dalloz, p. 496.

²⁹⁶ *The Reflection Group on the Future of EU Company Law, Response to the European Commission's Action Plan on Company Law and Corporate Governance*, 2013, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2504524.

²⁹⁷ *The Reflection Group on the Future of EU Company Law, Response to the European Commission's Action Plan on Company Law and Corporate Governance*, Ob. cit., p. 235.

²⁹⁸ *Idem*, p. 326.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do estudo aqui trazido, importa concluir que os Grupos de Sociedades, com origem em circunstâncias económicas, são um fenómeno com características de flexibilidade e dinamismo, que se adaptam às diferentes alterações no mercado, e são, por esse motivo, o regime organizacional das sociedades comerciais por excelência.

Verificamos que a opção das sociedades em organizarem-se em grupo, é a resposta da natural evolução da atividade comercial, desenvolvida há décadas pelo comerciante individual, tendo passando pela constituição de sociedades comerciais e hoje, pela organização de grupos de sociedades.

A evolução para este tipo de organização verificou-se por inúmeras razões de natureza histórica político-económica e que levou a atividade comercial a desenvolver-se internacionalmente, expandindo os seus produtos/serviços a diferentes mercados, perspetivando o crescimento empresarial e impondo à sua estrutura societária uma reforma no sentido de se adaptar às novas premissas. A opção pela organização em grupo de sociedades permite a criação de uma unidade económica, com funções mais vastas, distribuindo as políticas económicas, financeiras e comerciais, entre todas as sociedades comerciais que façam parte do grupo. Ademais, a conservação da personalidade jurídica das sociedades agrupadas permite manter uma certa autonomia das sociedades o que confere uma maior flexibilidade e segurança nas estratégias a adotar pelo grupo, com vista ao seu crescimento.

Foi importante analisar que o ordenamento jurídico português, à semelhança do que já se verificava na Alemanha, optou por consagrar um regime jurídico especial para os Grupos de Sociedades, tendo o mesmo ficado regulado nos arts 488.º a 508.º do CSC. Assim, concluímos que, o regime dos grupos de sociedades tem as seguintes características: a) um conjunto de sociedades comerciais, b) conservam a sua personalidade jurídica; c) se submetem a uma direção económica unitária e comum.

Em consonância com as características já identificadas da relação de grupo, o legislador previu, no art. 503.º, que a sociedade-mãe pudesse dar instruções à administração da sociedade-filha, que essas instruções fossem vinculantes para a sociedade-filha e que pudessem ser prejudiciais ao seu interesse social, desde que fossem ao encontro do interesse social da sociedade-mãe, ou de qualquer outra sociedade do

grupo. Concluimos que perante o dever de obedecer às instruções da sociedade-mãe, a sociedade-filha coloca-se numa situação de especial fragilidade, que se repercute nos sócios minoritários e credores sociais e que, por esse motivo, previu o legislador, nos art. 501.º, 502.º e 504.º, um regime especial de responsabilidade da sociedade-mãe perante as sociedades-filhas e credores sociais.

Por outro lado, do direito de dar instruções à sociedade-filha, surge também aos administradores da sociedade-mãe o dever de atuarem sobre o grupo de forma diligente e cuidada como se da própria sociedade se tratasse. Entendemos que daqui resulta um dever da sociedade-mãe em desenvolver estratégias de unificação económica das sociedades que fazem parte do grupo, devendo ser implementada uma autêntica estratégia de administração comum ao grupo.

Ora daqui importa concluir que, o Direito português tendo vindo a adaptar-se ao novo modelo de organização, dando primazia à direção unitária de uma sociedade em relação às demais; e fá-lo no sentido de obedecer a um fim comum que subjaz a vontade das sociedades comerciais em se agrupar, sem que, contudo, a lei tenha deixado os restantes sujeitos da relação societária, mormente os sócios livres e os credores sociais, sem uma garantia de tutela do seu interesse social ou, a atribuição de uma compensação adequada.

Neste sentido, questionamos, na elaboração deste trabalho, se o legislador, quando se refere aos interesses da sociedade-mãe e aos interesses das restantes sociedades-filhas, não se queria referir ao interesse social do grupo. E ainda, se a consagração de um interesse de grupo, não traria maior segurança jurídica, não só à sociedade-mãe, mas também às sociedades-filhas e aos *stakeholders*? Já que, partindo do regime geral das sociedades comerciais, o interesse social, previsto no art. 64.º, tem como função a estabilização da relação societária, a definição de um padrão de atuação a ser prosseguido pelo Administrador, como representante da sociedade; assim, não deverá o grupo, enquanto unidade económica, definir diretrizes no sentido de ser adotado um comportamento com vista o interesse social do grupo?

Para tal, partimos à análise, numa primeira fase, do interesse social consagrado no art.64.º do CSC e, de seguida, analisamos os regimes consagrados em Portugal e noutros Estados Membros da União Europeia e da própria Comissão Europeia, em busca de vestígios de aceitação do interesse social do grupo.

Ora, a evolução da atividade comercial de forma exponencial, originando maior competitividade e concorrência entre as empresas, leva também a que o Direito preveja a necessidade de promover uma reforma do regime das sociedades comerciais, com vista a colmatar lacunas existentes no próprio funcionamento das sociedades comerciais.

A filosofia do Governo de Sociedades preconizada na Europa proclama o reconhecimento da existência de outros sujeitos, tais como os trabalhadores, os credores, os clientes, os fornecedores e a própria comunidade como criadores de valor à sociedade e que estão, de igual forma, sujeitos aos riscos de uma deficiente gestão.

Por via da intervenção normativa, observa-se, desde 2006, a um conjunto de interesses que o administrador deverá ter em conta ou deverá ponderar aquando da administração da sociedade.

Consideramos que, a redação dada ao art. 64.º em 2006 vem impor uma perspetiva de sociedade comercial que tenha em conta não só os sócios que dela fazem parte, mas também a importância no próprio funcionamento da sociedade, de outros sujeitos. Por conseguinte, é na ponderação de todos esses interesses, que é prosseguido o interesse social. Neste sentido, consideramos dever ser entendido que a sociedade comercial é um ente jurídico complexo, organizacional ou institucional, composto por diversos sujeitos que integram direta ou indiretamente a sociedade comercial e que é do interesse da sociedade, para a prossecução do seu fim, ter em conta os interesses destes.

Com uma visão mais institucionalista da sociedade comercial e que melhor se adapta à realidade dos grupos societários, partimos para a análise dos regimes dos grupos no ordenamento jurídico estrangeiro.

Assim, foi possível concluir que há uma notória preocupação dos Estados Membros em regular a atividade das sociedades organizadas por uma relação de grupo, quer essa regulamentação se faça aplicando o regime geral previsto para as sociedades comerciais, adaptando-o com decisões jurisprudenciais ou normas específicas, quer através de regulamentação expressa especialmente consagrada.

A preocupação dos Estados Membros é clara: com a organização de grupos societários e a consequente posição de domínio de uma sociedade em relação às restantes, há um maior risco para a sociedade-filha, seus sócios minoritários e credores sociais de

não verem os seus interesses tutelados, para a qual o regime geral consagrado pode não estar preparado para tutelar.

A diferença subjacente entre as posições de domínio (por maioria de capital social ou maioria de direito de votos), já tuteladas pelo regime geral, e a relação de grupo de sociedades, é que estas últimas são criadas no sentido de implementação de uma estratégia organizativa entre as várias sociedades que dele fazem parte.

Nesta linha de pensamento, consideramos poder concluir que, independentemente dos modelos utilizados para regulação dos grupos de sociedades, há um reconhecimento unânime que, perante uma relação de grupo, o interesse social a ter em conta não é apenas o da sociedade-filha; é necessário ter em conta os interesses sociais da sociedade-mãe e das restantes sociedades do grupo; sendo que, em alguns ordenamentos jurídicos se admite a existência de um interesse social geral do grupo, comum a todas as sociedades que o compõem.

Verificámos que países como o Reino Unido e França, apresentam decisões jurisprudenciais que admitem a existência de um interesse social do grupo, sendo a própria relação de grupo a justificação para as atuações contrárias ao interesse social da sociedade-filha. Nos dois países *supra* mencionados, a prossecução do interesse social do grupo tem como limite a manutenção de solvência da sociedade-filha. Na Hungria prevê-se a possibilidade de ser constituída uma relação de grupo e de a sociedade-mãe dar instruções à sociedade-filha que sejam em benefício do grupo, conquanto se apresente em benefício da sociedade-filha enquanto seu elemento. Nos países nórdicos aceita-se que seja prosseguido o interesse do grupo, conquanto esse interesse não corresponda a uma perda significativa para a sociedade. Ou seja, estipula-se um limite para o interesse do grupo que deverá corresponder, ainda que indiretamente, a uma vantagem para a sociedade-filha. Em Itália, o interesse social do grupo encontra-se expressamente aceite no código civil italiano, devendo as sociedades em grupo prosseguir esse interesse. Por fim, em Portugal, em consonância com o regime jurídico alemão, o regime jurídico previsto no CSC e na AktG não prevê expressamente a aceitação de um interesse social do grupo.

Por outro lado, a Comissão Europeia, nas suas intervenções através do The Reflection Group on Future of EU Company Law, tem vindo sufragar, ainda que sem unanimidade entre os membros do grupo, a necessidade de ser reconhecido o interesse social do grupo

a nível europeu, porquanto consideram que apenas uma solução neste sentido poderia, por um lado, harmonizar o ordenamento jurídico europeu, criando segurança para as sociedades que se relacionam em grupo e também para os seus sócios e credores sociais e, por outro, seria a solução que melhor se adaptava à realidade económica.

Ora, aqui chegados cumpre-nos retirar algumas conclusões que consideramos fundamentais.

Por um lado, nos grupos de sociedades, na sua visão económica, existem, efetivamente, interesses que são transversais a todos os elementos do grupo de sociedade. Esses interesses traduzem-se, em *ultima ratio*, na manutenção da existência do grupo; contudo, não se limitam aqui, há numerosas situações, exemplificadas neste estudo, cujo direto interesse não cabe, nem na sociedade-filha, nem na sociedade-mãe, nem em qualquer outra sociedade do grupo. Esse interesse revelar-se-á benéfico para o grupo, na sua globalidade, e trará repercussões positivas, indiretamente, para as sociedades que dele fazem parte. Sendo este o motivo pelo qual as sociedades se agrupam, para a obtenção destes benefícios de grupo. Pelo que não poderá o Direito ignorar esta realidade económica, mas também jurídica.

Por outro lado, não poderá ser aceite o argumento de que sendo impossível determinar o interesse social do grupo, o mesmo não poderá ser reconhecido. Tal argumento é falacioso, independentemente da dificuldade em ser determinado, o já que o interesse social existe, sendo determinado, quando chamado a intervir em cada caso em concreto.

O interesse social, *per si*, é um conceito mutável que se adapta às circunstâncias do caso em concreto, as instruções que obedecem ao interesse social do grupo e aquelas que não obedecem, terão de ser pontualmente avaliadas.

Ainda, referem alguns Autores, que o Grupo, por si só, nunca poderia ser titular de um interesse juridicamente protegido, porquanto falta ao grupo personalidade jurídica. Esta afirmação, não obstante legítima no campo teórico e correta tendo em conta as características da sociedade comercial, a verdade é que não se adequa ao regime consagrado. Ora, durante décadas se defendeu, e ainda se defende por alguma doutrina, a tese contratualista do interesse social, considerando que a sociedade, por si só, não poderá ter interesses próprios porque uma pessoa jurídica não tem interesses próprios, esses

interesses são construídos pelos sócios, pelo que admitir a existência desses interesses mais não é que prolongar os interesses dos sócios.

O argumento apresentado assemelha-se a esta doutrina. Consideramos, contudo, que o interesse da sociedade tutela os direitos que nela estão abrangidos e não a personalidade jurídica.

Numa sociedade comercial independente, os interesses da sociedade são o conjunto de interesses dos sócios, dos trabalhadores dos credores e de todos os *stakeholders*, não os seus interesses particulares, mas aqueles interesses que são comuns e que se coadunam com o interesse da coletividade, observados abstratamente. É esse interesse coletivo que é tutelado no interesse da sociedade.

Nos grupos de sociedades o *molde* para a formação do interesse o grupo é o mesmo. O grupo é constituído por várias sociedades que se juntaram com vista a um objetivo recíproco, e que originam o interesse social do grupo, que mais não é do que o interesse social de todas as sociedades envolvidas, desprovidas de interesses pessoais (que só beneficiam a própria sociedade e não o grupo).

Desta forma, uma sociedade comercial quando equaciona a possibilidade de passar a fazer parte do grupo, tem em vista a notoriedade que o grupo tem, ou que aspira vir a ter, e os benefícios que isso pode trazer ao comércio da sociedade comercial; tem em vista a maior facilidade do seu financiamento; uma nova abordagem na gestão da sua sociedade comercial; poderá ter em vista o aumento do volume de negócio, passando a ser fornecedora das restantes sociedades do grupo. Neste sentido, a sua atuação enquanto elemento do grupo deverá ser a de promover o interesse do grupo em si, enquanto unidade económica, ou pelo menos, deverá abster-se de praticar atos que ponham em causa os interesses do grupo.

Ademais, sempre se refira que uma instrução dirigida para todas as sociedades do grupo no sentido de beneficiar apenas uma sociedade-filha, sendo certo que todas as outras irão sofrer prejuízos significativos e que tal atuação nada trará para o seio do grupo, deverá ser considerada ilícita por violar o interesse do grupo. Não obstante, repare-se que o nosso art. 503.º, n.º 2 prevê que a instrução pode ser desvantajosa desde que beneficie alguma sociedade do grupo o que aparentemente, numa interpretação literal da norma nos

levaria a admitir este tipo de instruções. O que, manifestamente, consideramos dever ser afastada.

Entendemos que o Direito deverá tutelar este tipo de situações, não por o grupo ser uma pessoa jurídica, mas por ser um regime constituído por pessoas jurídicas que criarem interesses comuns que derivam da relação de grupo.

Ainda, por outro lado, é referido como argumento contra o reconhecimento de um interesse do grupo que reconhecê-lo, mais não seria que reconhecer o interesse da sociedade-mãe. Apenas diremos que se encontra ultrapassada a tese de que, nas sociedades independentes, o interesse da sociedade é o interesse dos seus sócios. Neste sentido, pelo conjunto de entes jurídicos organizados na relação do grupo, pela expectativa jurídica de que todos eles criam nesta organização, pelos interesses jurídicos que se formam devido à constituição do grupo, há, no grupo, interesses diferentes dos interesses próprios da sociedade-mãe. Questão que se poderá colocar é se a sociedade-mãe ao instruir a sociedade-filha não estará apenas a prosseguir os seus próprios interesses, ignorando e violando os interesses das sociedades-filhas na constituição do grupo. Verificando-se situações destas, consideramos que deve a sociedade-mãe responsabilizar-se pela violação do interesse do grupo.

O mesmo se passa na sociedade comercial independente, os sócios unem-se com um objetivo comum que é tutelado pelo Direito; não por a sociedade ser detentora de direitos e obrigações (que advêm da sua personalidade jurídica) mas por conferir um conjunto de interesses que, por via da união entre os sócios, deve ser tutelado.

Por fim, colhemos a opinião de parte dos membros do Grupo de Reflexão quando sublinham as três vantagens do reconhecimento de um interesse social do grupo nos Estados Membros da União Europeia: a redução de custos de gestão, a facilitação da gestão interna dos grupos internacionais, e fará com que as operações e transferências intragrupo sejam mais seguras.

Entendemos ainda que, a letra da lei portuguesa, mormente o art. 503.º do CSC, não confere qualquer segurança à sociedade-filha ou aos sócios minoritários desta, porquanto permite que todas as instruções dadas pela sociedade-mãe sejam para se beneficiar a si própria.

Apesar de considerarmos que não deve existir um dever de prosseguir o interesse da sociedade-filha, já que isso poria em causa a razão subjacente à relação de grupo, a verdade é que não poderá a lei espelhar a relação de grupo como que baseada nos interesses das sociedades-mãe, porquanto a realidade económica dos grupos demonstra que nas decisões de gestão os interesses tutelados são os interesses comuns.

Com efeito, é nossa opinião que o reconhecimento de um interesse social do grupo, apresentará maior segurança e confiança jurídica a todos os intervenientes do grupo na própria relação de grupo, porquanto protege os sócios minoritários dos abusos de poder da sociedade-mãe.

Assim, a realidade económica e jurídica dos grupos de sociedades é verificada em relações entre sociedades sediada em diferentes Estados com diferentes regimes jurídicos aplicáveis, pelo que, maior coerência e transparência é exigida, motivo pelo qual, se reclama a harmonização do regime ao nível Europeu que, consideramos, passará pela emissão de uma recomendação da Comissão Europeia, no sentido de ser reconhecido pelos Estados Membros a existência jurídica do interesse social do grupo.

Por fim, sendo as sociedades em relação de grupo um regime com relevância jurídica, constituído por sociedades comerciais que se organizam com um fim, também ele comum, consideramos que a determinação do interesse social do grupo, a ser reconhecido pelo nosso ordenamento jurídico, passará pelo acolhimento dos interesses de todas as sociedades comerciais que constituem o grupo, ponderando, os interesses dos *stakeholders* e que sejam relevantes para o interesse de grupo.

BILIOGRAFIA

ABREU, J. M. Coutinho de, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedade”, in *IDET*, n.º 5, 2ª edição 2010

- “Corporate Governance em Portugal”, in *IDET*, Miscelâneas, n.º 6, 2007;

- “Curso de Direito Comercial”, Vol. II, Almedina, 4ª Edição, 2013;

- “Estudos de Direito das Sociedades”, Almedina, 10ª Edição, 2010

ABREU, J. M. Coutinho de/ **MARTINS**, Alexandre de Soveral/ **DOMINGUES**, Paulo de Tarso/ **COSTA**, Ricardo/ **DIAS**, Rui Pereira/ **MARQUES**, Elda/ **GUINÉ**, Orlando Vogler, “O Futuro do Direito europeu das sociedades”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 8 (2012), Almedina;

ANTUNES, José A. Engrácia, “O âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas”, in *AAVV, Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, 2.º vol., 2002;

- “A Aquisição Tendente ao Domínio Total – Da sua constitucionalidade”, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

- “A empresa multinacional e a sua responsabilidade”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 5, Vol. 9, Almedina, 2013;

- “The Law of Affiliated Companies in Portugal” in *Institute for Law and Finance, working papers*, n.º 84, 05/2008, disponível em: http://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/ILF_WP_084.pdf

- “Liability of Corporate Groups”, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1994;

- “The Governance of Corporate Groups”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 7, Almedina, 2012;

- “Direito das Sociedades”, 2ª edição, Porto, Almedina, 2011;
- “Novos Rumos do Direito Societário Europeu – O «Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law»” in *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2012;
- “O papel dos Accionistas e dos Administradores na Formação e na Direção da Empresa de Grupo”, in *Problemas do Direito das Sociedades*, IDET, Almedina, 2008;
- “Os Grupos de Sociedades– Estruturas e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária”, 2ª Edição, Revista e Atualizada, Almedina, 2002,
- “The law of corporate groups in Portugal”, in *Institute for Law and Finance*, Working Papers n.º 84, disponível em http://www.ilf-frankfurt.de/fileadmin/_migrated/content_uploads/ILF_WP_084.pdf
- “Os Poderes nos Grupos”, in *Problemas do Direito das Sociedades*, n.º 1, 2008, Almedina;

ASCENSÃO, José de Oliveira, “Direito Comercial – Parte Geral”, Vol. I, p. 446 e 447, Lisboa 1986/1987;

BARTMAN, Steef M., “From Autonomy of Interests to Concurrence of Interests in Dutch Group Company Law”, *European Company Law*, October, 2007, Volume 4, Issue 5, disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/windingup/200908/annex11_finalcountry_report_nl-2-relevan%20article_en.pdf

CÂMARA, Paulo, “O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais”, in AAVV “Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades”, Almedina, 2008;

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: “European Company Law and Corporate Governance - A Modern Legal Framework for More Engaged Shareholders and Sustainable Companies”, 2013, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52012DC0740>

CORDEIRO, António Menezes, “Deveres fundamentais dos Administradores das sociedades (art.64.º/1 do CSC)”, in *AAVV, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2007;

- “Direito das Sociedades I, Parte Geral”, 3ª Edição, Almedina, 2011;
- “A responsabilidade da sociedade com domínio total (501.º/1, do CSC)”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano III, Número 1, 2011;
- “Código das Sociedades Comerciais Anotado”, Coordenação do Prof. Doutor António Menezes Cordeiro, 2ª Revisão, revista e Atualizada, Almedina.

CORREIA, Luís Brito, “Grupos de Sociedades”, in *FDL/CEJ, Novas Perspectivas do Direito Comercial*, 1988;

COSTA, Ricardo, “Deveres gerais dos administradores e «gestor criterioso e ordenado»”, in *AAVV, I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011;

- “A Responsabilidade civil do exercício da administração social no CSC e a administração de facto”, in *IDET, Temas Societários - Colóquios*, n.º2, Almedina, 2006;

D'AVOUT, Louis, Sociétés et Groupes de sociétés, Réglementation des groupes internationaux et liberté d'établissement, in *Recueil Dalloz*, 10 octobre 2013, n.º 34;

DEARBORN, Meredith, *Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups*, in *California Law Review*, Volume 97, Issue 1, Article 5, February, 2009;

DIAS, Gabriela Figueiredo, “Financiamento e Governo das Sociedades (Debt Governance): O Terceiro poder”, in *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2014;

DIAS, Rui Pereira, “A responsabilidade das sociedades-mãe estrangeiras no regime dos grupos: os cinzentos do acórdão Impacto Azul (TJUE, C-186/12, 20.6.2013)”, in *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2014;

- “As sociedades no Comércio Internacional”, in *IDET*, Miscelâneas, n.º 5, Almedina, 2008.

ESTACA, José Nuno Marques, “O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais”, Almedina, 2003;

FERREIRA, Bruno, “A responsabilidade dos administradores e dos deveres de cuidado enquanto estratégias de Corporate Governance”, in *Cardenos de Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 30, Agosto de 2008, CMVM;

FIGUEIRA, Eliseu, “Disciplina Jurídica dos Grupos de Sociedades - Breves notas sobre o papel e a função do grupo de empresa e sua disciplina jurídica”, in *Separata da “Colectânea de Jurisprudência”*, Tomo IV, 1990;

FRADA, Manuel Carneiro da, “Ou cumpres ou explicas-te! Sobre a soft law no governo societário”, in *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2014;

- A Business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Janeiro, 2007, Ano 67, Vol. I;

FRANÇA, Maria Augusta, “A Estrutura das Sociedades Anónima em Relação de Grupo”, Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 1990;

GELTER, Pierre-Henri Conac/ **ENRIQUES**, Lucas/ **GELTER**, Martin, “Constraining Dominant Shareholders’ Self Dealing: The Legal Framework In France, Germany, And Italy”, Discussion Paper n.º 18, 07/2008, Harvard Law School Cambridge, MA 02138, disponível em http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1453&context=faculty_scholarship ;

GOMES, Manuel Januário Da Costa, “A Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador”, Lisboa, Coleção Teses, Almedina, 2000;

- “A sociedade com domínio total como garante. Breves notas”, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano I, número 4, 2009

HOPT, Klaus J., “Groups of Companies – A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups”, Law Working Paper n.º 286/2015, February ECGI, 2015; disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560935 ;

- “Modern Company Law Problems: A European Perspective Keynote Speech”, *Company Law Reform in OECD Countries, A Comparative Look of Current Trends*, OECD, Stockholm, Sweden, 7 – 8 Dezembro, 2000, disponível em: <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1857275.pdf>;

IRUJO, Embid, “Los Grupos de Sociedades en el Derecho Comunitário y Espanol”, in *Revista Critica de Derecho Immobiliário*, n.º 599, 1990;

Instituto Português da Corporate Governance, “Livro Branco sobre a Corporate Governance em Portugal”, 2006, disponível em http://www.ecgi.org/codes/documents/libro_bianco_cgov_pt.pdf;

KOPPENSTEINER, Hans-Georg, “Os Grupos no Direito Societário Alemão”, IDET, *Miscelâneas*, n.º 4, Coimbra, Almedina, 2006;

KOUSEDHI, Samira, “Protection of Minority Shareholders and Creditors in Italian Corporate Group Law”, in *European Company Law*, October 2007, Volume 4, Issue 5, disponível em http://www.dvdw.nl/media/38755/kousedghi_protection_of_minority_shareholders_and_creditors_in_italian_corporate_group_law.pdf;

LOURENÇO, Nuno Calaim, “Os Deveres de Administração e a Business Judgement Rule”, Almedina, 2011;

MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipe, “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I (2009), Número 2;

NUNES, Pedro Caetano, “Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas”, Almedina, 2012;

OECD, “Principles of Corporate Governance”, 2004, disponível em <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>;

- “G20/OECD Principles of Corporate Governance”, Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors, Setembro de 2015, disponível em <http://www.oecd.org/corporate/principles-corporate-governance.htm>;

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, “Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade - Por um critério unitário de solução do «Conflito do Grupo»”, Almedina, 2012;

- “Manual de Corporate Finance”, 2ª edição, Almedina, 2015;

- “Responsabilidade Civil dos Administradores”, in *AAVV Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008;

OLIVEIRA, António Fernandes De, “Responsabilidade Civil dos Administradores”, in *AAVV Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008;

PINTO, Filipa Nunes, “A Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades – A concretização dos deveres legais que origina essa responsabilidade”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII (2015), n.º 1, Almedina.

RENÉ, Reich-Graefe, “Changing Paradigms: The Liability of Corporate Groups in Germany”, in *Connecticut Law Review*, Vol. 37, 2005, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1972437;

Revue des Sociétés, “Proposition d’une cadre Juridique destiné à faciliter la gestion transfrontalière des groupes de sociétés en Europe – Forum Europaeum on Company Groups”, septembre, 2015, n.º 9, Dalloz, pp. 495 – 499;

RIBEIRO, Maria de Fátima, “A Tutela dos Credores da Sociedade por Quota e a «Desconsideração da Personalidade Jurídica»”, Coleção Teses, Almedina, 2009;

- “Responsabilidade nas relações de domínio”, *in III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Outubro de 2014, Almedina;

SCHMEIDER, Jasmin, “La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale”, *in Recueil Dalloz*, 7 mars, 2013, n. ° 9, Dalloz;

SERENS, M. Nogueira, “Corporate Social Responsibility: Vinho Verde em odres novos”, *in Direito das Sociedades em Revista*, Outubro 2013, Ano 5, Vol. 10, Almedina, 2013.

SERRA, Catarina, “Entre a Corporate Governance e a Corporate Responsibility: Deveres fiduciários e interesse social iluminado”, *in I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011;

- “O novo direito das sociedades: para uma governação socialmente responsável”, *in Scientia Iuris*, Londrina, v.14, novembro. 2010;

TÂMARA, Paulo, *in AAVV.*, “Código das Sociedades Comerciais e Governo de Sociedades”, Almedina, 2008;

TEUBNER, Gunther, “O Direito como sistema autopoietico”, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993;

The Reflection Group on the Future of EU Company Law, “Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law”, 5 de Abril de 2011, disponível em

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf;

- “Response to the European Commission’s Action Plan on Company Law and Corporate Governance”, 2013, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2504524;

TRIGO, Maria Da Graça, “Grupos de Sociedades” in *O Direito*, n.º 123, Juridireito – Edições Jurídicas, 1991;

TRÖGER, Tobias H., “Corporate Groups – A German European Perspective”, setembro 2014, Safe Working Papers n.º 66, House of Finance, Goethe University, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2500101

VARELA, João De Matos Antunes, “Das Obrigações em geral”, Vol. I, Coimbra, 10ª Edição, Almedina, 2000,;

VASCONCELOS, Pedro Pais de, “Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano I, março 2009, Volume 1, Almedina;

- “D&O Insurance”, in *AAVV, Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Teles – 90 anos*, Almedina, 2007;

- “*Business judgement rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1 (outubro de 2009), Vol. 2, Almedina;

VENTURA, Raúl, “Sociedades por Quotas”, Vol. III, Almedina 1991;

- “Contrato de Subordinação”, in *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Coletivo*, 1994;
- “Grupos de Sociedades - Uma introdução comparativa a propósito de um projeto preliminar de Diretiva da C.E.E”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 41, Maio-Agosto 1981, Lisboa.