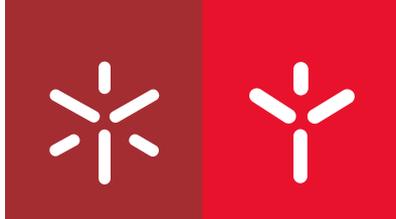


Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Elisabete Fernandes da Silva Ferreira

**A Insolvência no Contexto dos Grupos
de Sociedades**

julho de 2015



Universidade do Minho

Escola de Direito

Ana Elisabete Fernandes da Silva Ferreira

A Insolvência no Contexto dos Grupos de Sociedades

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação da
Professora Doutora Catarina Serra

julho de 2015

DECLARAÇÃO

Nome Ana Elisabete Fernandes da Silva Ferreira

Endereço electrónico: ana-ef@hotmail.com

Número do Bilhete de Identidade: 13380661

Título dissertação:

A Insolvência no Contexto dos Grupos de Sociedades

Orientadora: Professora Doutora Catarina Serra Ano de conclusão:2015

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

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, ___/___/_____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Podemo-nos perder no tempo mas certas pessoas nunca se perderão em nós!

Se *“o amor é fogo que arde sem se ver”*, a saudade é algo que nos consome, é uma ferida que não cura. Aprendemos a viver com ela mas nunca nos acostumámos a ela.

Á minha Avó devo parte de tudo aquilo que até hoje conquistei pelo que não posso deixar de agradecer o seu exemplo de vida, as suas palavras de força, de alento, de incentivo que me completaram nas horas mais felizes e me mostraram o caminho nas horas mais difíceis.

O meu único agradecimento vai para a minha querida Avó que infelizmente “partiu” no decurso da elaboração deste escrito.

A INSOLVÊNCIA NO CONTEXTO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

RESUMO

Pela sua importância social e jurídica, o objetivo primordial desta dissertação consiste em expor e clarificar os aspetos controvertidos inerentes à insolvência do grupo de sociedades no ordenamento jurídico nacional. Na abordagem deste tema terá sempre que ser tomada em consideração a construção doutrinal e jurisprudencial, a qual se fará acompanhar da nossa análise crítica acerca das temáticas *sub judice*.

Começaremos por fazer um enquadramento jurídico e uma caracterização dos grupos de sociedades, reservando de seguida um espaço para tratar das suas particularidades mais flagrantes. Posteriormente, e a título de introito no âmbito da insolvência dos grupos societários, versaremos sobre a questão da insolvência das sociedades à luz do CIRE visando-se, numa primeira abordagem, delinear uma perspetiva do atual contexto económico-social de crise financeira, a qual nos fornecerá a pedra de toque para, de seguida, traçarmos uma resenha acerca das especificidades que o CIRE consagrou para o grupo de sociedades.

Por fim abordaremos a temática inerente ao artigo 501.º do CSC estabelecendo a ligação entre a responsabilidade aí consagrada e a proteção suplementar que o legislador logrou fornecer aos credores com aquela responsabilidade. Ademais, indagaremos, em caso de insolvência de várias sociedades integrantes do grupo, acerca da possibilidade de consolidação processual dos processos das sociedades insolventes do grupo e, conseqüentemente, descortinaremos se essa unificação processual se deve traduzir numa liquidação conjunta das sociedades traduzida na unificação dos bens e das responsabilidades das diversas sociedades agrupadas.

PALAVRAS-CHAVE: CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL - SOCIEDADES COLIGADAS - GRUPOS DE SOCIEDADES - INSOLVÊNCIA - INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA - COORDENAÇÃO PROCESSUAL - CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL - CONSOLIDAÇÃO SUBSTANTIVA

ABSTRACT

For its social and legal importance, the main purpose of this master's degree dissertation is to present and to clarify the controversial aspects regarding the group of companies' insolvency in the Portuguese legal system. In the approach of this matter, it will be taken into consideration the doctrine and the jurisprudential construction, which will be followed by our humble critical analysis concerning the theme discussed.

We will start with the legal frame and with the characterization of the corporate groups, and then we will discuss their most flagrant particularities.

Subsequently, as an introduction of the corporate groups insolvency, we will analyze the insolvency question in the light of the CIRE with the aim of defining the actual perspective of the financial crises' social and economic context.

Finally, and as the real the core of the question, we will discuss the theme regarding the 501.^o article from the CSC, linking the responsibility contained therein with the additional protection created by the legislator to protect the creditors. Furthermore, we shall question about the possibility of the processes be joined, and consequently we will try to uncover if unification procedural might mean the unifications of assets and responsibilities of all grouped companies, generating one only insolvency mass designated to the satisfaction of all the group's creditors in an egalitarian way.

KEY-WORDS: BUSINESS COMBINATION - AFFILIATES COMPANIES - CORPORATE GROUPS - INSOLVENCY - INSOLVENCY REGULATION - PROCEDURAL COORDINATION - PROCEDURAL CONSOLIDATION - SUBSTANTIVE CONSOLIDATION

ÍNDICE

| | |
|------------------------------------|----|
| Abreviaturas..... | X |
| Modos de citação e referência..... | XI |
| Introdução..... | 12 |

PARTE I

O PROBLEMA DA INSOLVÊNCIA NO ÂMBITO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

CAPÍTULO I

OS GRUPOS DE SOCIEDADES

| | |
|---|----|
| 1. O despoletar do fenómeno da concentração empresarial..... | 19 |
| 2. As sociedades coligadas..... | 21 |
| 2.1. Conceito..... | 21 |
| 2.2. Âmbito de aplicação..... | 24 |
| 3. Grupos de sociedades no CSC..... | 28 |
| 3.1. Conceito jurídico de grupo de sociedades..... | 28 |
| 3.2. Sociedades em relação de grupo – caracterização..... | 30 |
| a) Domínio total..... | 32 |
| b) Contrato de grupo paritário..... | 34 |
| c) Contrato de subordinação..... | 37 |
| 4. A direção unitária como cerne caracterizador do grupo de sociedades..... | 39 |
| 5. O controlo intersocietário: a situação jurídica da sociedade-filha enquanto “satélite” da sociedade-mãe e da sociedade-mãe enquanto núcleo decisório do grupo..... | 42 |

CAPÍTULO II
A INSOLVÊNCIA DE SOCIEDADES EM RELAÇÃO DE GRUPO

| | |
|--|----|
| 1. O flagelo do fenómeno das insolvências num cenário de crise..... | 45 |
| 2. A primazia dos credores como finalidade do processo de insolvência..... | 47 |
| 3. A insolvência nos grupos de sociedades..... | 49 |
| 3.1. Sujeitos passivos da declaração de insolvência: o grupo de sociedades?..... | 49 |
| 3.2. A (in)existência de um conceito de grupo de sociedades para efeitos do CIRE..... | 54 |
| 3.3. O dever de requerer a declaração de insolvência nos grupos de sociedades..... | 55 |
| 3.4. Os efeitos da declaração de insolvência na relação de grupo societário..... | 58 |
| 4. O princípio “ <i>par conditio creditorum</i> ” no âmbito do grupo de sociedades: o art. 501.º do CSC..... | 60 |

PARTE II

OS MODELOS PARA O TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA NO ÂMBITO DOS GRUPOS

CAPÍTULO I

OS DOIS MODELOS FUNDAMENTAIS

| | |
|---|----|
| A – A coordenação processual e as suas modalidades..... | 68 |
| B - A consolidação substantiva..... | 71 |

CAPÍTULO II

AS SOLUÇÕES DO DIREITO COMPARADO

| | |
|--|----|
| A) Os Estados Unidos da América: a consolidação substantiva como modelo de superação da abordagem atomística?..... | 76 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| B) Alemanha: O Anteprojeto para alteração da <i>Insolvenzordnung</i> em matéria de insolvência no âmbito dos grupos de sociedades..... | 83 |
| C) Espanha: “ <i>La Ley Concursal</i> ” | 86 |

CAPÍTULO III

| | |
|---|----|
| O NOVO REGULAMENTO EUROPEU SOBRE INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA..... | 93 |
|---|----|

CAPÍTULO IV

O TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA NO ÂMBITO DOS GRUPOS EM PORTUGAL

| | |
|--|-----|
| 1. As soluções até ao CPREF..... | 101 |
| 2. O tratamento da questão no CIRE: um retrocesso?..... | 104 |
| 3. Os modelos para o tratamento da insolvência em Portugal..... | 106 |
| a) A consolidação processual – o art. 86.º do CIRE..... | 106 |
| b) A consolidação substantiva - as soluções preconizadas pela doutrina..... | 111 |
| 4. Os modelos de insolvência na ótica da jurisprudência dos tribunais nacionais..... | 120 |

CAPÍTULO V

| | |
|------------------------|-----|
| APRECIÇÃO CRÍTICA..... | 127 |
|------------------------|-----|

PARTE III

CONCLUSÃO

| | |
|---|-----|
| 1. Entre o “ <i>Iure Constituto</i> ” e as soluções almejavéis de “ <i>Iure Constituendo</i> ”..... | 142 |
|---|-----|

| | |
|-------------------------------|-----|
| Índice de Jurisprudência..... | 147 |
| Lista de Bibliografia..... | 151 |

ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas

CPC - Código de Processo Civil

CPEREF - Código dos Processos Especiais e Recuperação de Empresa e de Falência

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DSR – Direito das Sociedades em Revista

LC – Ley Concursal

RDS – Revista de Direito das Sociedades

RIV. – Revista

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

MODOS DE CITAÇÃO E REFERÊNCIA

1. As referências ao Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo DL n.º 262/86, de 2 de Setembro, contemplam as alterações introduzidas por diversos diplomas, a última das quais pelo DL n.º 98/2015, de 02/06.

2. As referências ao Código da Insolvência e Recuperação de Empresas, aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18 de Março, contemplam as alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: DL n.º 26/2015, de 06/02; Lei n.º 66-B/2012, de 31/12; Lei n.º 16/2012, de 20/04; DL n.º 185/2009, de 12/08; DL n.º 116/2008, de 04/07; DL n.º 282/2007, de 07/08; DL n.º 76-A/2006, de 29/03; DL n.º 200/2004, de 18/08.

3. As referências ao Código dos Processos Especiais e Recuperação de Empresa e de Falência, aprovado pelo DL n.º 132/93, de 23 de Abril, contemplam as alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: DL n.º 53/2004, de 18/03 (que revogou o diploma); DL n.º 38/2003, de 08/03; DL n.º 323/2001, de 17/12; DL n.º 315/98, de 20/10; DL n.º 157/97, de 24/06.

4. As referências ao Código Civil, aprovado pelo DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro, contemplam as alterações introduzidas por diversos diplomas, o último dos quais pela Lei n.º 82/2014, de 30/12.

5. As referências à Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto de 10 de Abril de 1976, contemplam as alterações introduzidas pelos seguintes diplomas: Lei n.º 1/2005, de 12/08; Lei n.º 1/2004, de 24/07; Lei n.º 1/2001, de 12/12; Lei n.º 1/97, de 20/09; Lei n.º 1/92, de 25/11; Lei n.º 1/89, de 08/07; Lei n.º 1/82, de 30/09.

6. Na Bibliografia, os Autores são enunciados por ordem alfabética do último nome e a alusão à respetiva fonte faz-se por ordem cronológica ascendente de publicação.

8. As referências às decisões dos tribunais nas notas de rodapé desconsideram a sua respetiva fonte por esta poder ser consultada no “Índice de Jurisprudência” que acompanha o presente trabalho. A menção de Jurisprudência no “Índice de Jurisprudência” faz-se por ordem cronológica ascendente, salvo se resultar do respetivo escrito diferente propósito.

INTRODUÇÃO

“Unir-se é um bom começo, manter a união é um progresso, e trabalhar em conjunto é a vitória.”

HENRY FORD

O cenário económico mundial da atualidade é um retrato daquilo que KARL MARX afirmou sobre a mercadoria em *“O Capital”*¹: *“a mercadoria não tem nacionalidade, ela quer conquistar o mundo”*².

Na senda da ebulição da concentração económica e do fenómeno da globalização da economia assistiu-se ao despoletar de um célere e vertiginoso fenómeno de movimentos concentracionistas: numa primeira fase através de um *“boom”* de sociedades multinacionais, em seguida pelo aumento da complexidade dessas concentrações económicas e, mais tarde, com o incremento exponencial desses fenómenos de concentração, ambicionando-se garantir investimentos para ampliar a participação de mercado das companhias, reestruturar as empresas e corresponder à competitividade exarcebada dos mercados internacionais.

A expansão dos mercados, a livre circulação de pessoas, bens e serviços, a liberdade de movimentação facilitaram a circulação de capitais e o crescimento das economias, os mercados expandiram-se e as fronteiras nacionais praticamente desapareceram. Incentivaram-se as empresas a atuarem além-fronteiras, a adquirir protagonismo e a conquistar novos mercados. Acelerou-se o comércio e a prossecução de estratégias globais o que culminou num excesso de competitividade que tornou também mais árdua a sobrevivência e hegemonia das empresas nos mercados internacionais.

¹ KARL MARX, *O Capital*, Livro I, Volume I, São Paulo: Nova Cultural, 1988.

² Como diria, ainda, FRANCESCO GALGANO: *“ È, per Karl Marx, << l’instaurazione di un mercato mondiale>>, implicante <<uma universale dipendenza delle nazioni l’una dall’altra>>, ciò che d ecreta la crisi dello Stato commerciale chuiso di Fitch, ma annuncia anche la più profonda crisi della so vranità statale che si manifesterà un secolo dopo, nella seconda metà del ventesimo secolo.”* Cfr. FRANCESCO GALGANO, *Globalizzazione e Conglomerazione*, in *Contrato e Impresa*, 2006, p. 75.

As sociedades, enquanto “atrizes” políticas, económicas e sociais que atuavam neste cenário económico mundial tiveram reensaiar a sua atuação e adquirir novos papéis que permitissem comportar a abrangência da nova realidade empresarial mundial.

Os institutos tradicionais do direito societário - marcados por uma estrutura unissocietária, individual e isolada – tornaram-se insuficientes para responder às novas imposições do mercado internacionalizado, começando-se a denotar as limitações imanentes a este instituto jurídico-organizativo individual. Com efeito, a sociedade individual deixou de conseguir dar resposta às novas exigências do mundo económico globalizado, tornando-se incogitável hodiernamente a consideração da empresa como algo individualizado, seja qual for o setor da economia.

As empresas perceberam que para sobreviverem neste novo mercado internacionalizado teriam de atuar em bloco³, por meio de conglomerados de sociedades, de modo a coordenar a sua atividade para maximizar o lucro e a produtividade, diminuindo-se os custos e, assim, garantindo a sua posição no mercado. Destarte, os grupos de sociedades tornaram-se na expressão da empresa plurissocietária contemporânea⁴.

Parafraseando JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES⁵ *“a estrutura do grupo constitui uma espécie de “micro-mercado organizado” para os vários recursos gerados pela empresa plurissocietária global (recursos patrimoniais, financeiros, laborais, tecnológicos), os quais são distribuídos entre os seus diversos membros individuais de acordo com o critério da maximização da eficiência produtiva e rentabilidade do todo económico (tal como concebido e definido pela sociedade-mãe)”*⁶.

³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (501.º/1, Do CSC) e o Seu Âmbito*, Revista de Direito das Sociedades, Ano III, número 1, Almedina, 2011, p. 84.

⁴ Existem múltiplos factores que levam à constituição de relações de domínio e à criação de subsidiárias e a doutrina aponta-os: “(...) Porque esta última pretende ter mais fácil acesso às matérias primas da sua indústria ou mercadorias do seu comércio, para diversificar a sua actividade de modo a compensar a eventual crise económica do ramo de actividade principal, exercer maior força económica do ramo de actividade principal, exercer maior força económica no mercado e por conseguinte exercer domínio no sector, ou para adquirir tecnologias mais eficientes, etc.”. Vide CECÍLIA XAVIER, *Coligação de Sociedades Comerciais*, Revista da Ordem dos Advogados, 1992, p. 587.

⁵ Assim se pronuncia JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos De Sociedades: Estrutura e Organização Jurídica Da Empresa Plurissocietária*, 2.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, Coimbra, 2002, p. 745.

⁶ Está pacificamente enraizado o entendimento que os grupos societários surgiram com vista a interiorizar o próprio mercado, reduzindo custos de transação. Assim o entende DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva*

A regulamentação global dos grupos de sociedades, empreendida entre nós pelo Código das Sociedades Comerciais, surge na esteira de uma tendência nesse sentido, por parte de diversas legislações ou projetos, quer nacionais, quer da Comunidade Económica Europeia⁷. Esta nova tendência *“vem justificada pelo comum agrupamento das sociedades em “grupos”, submetidos a uma direcção unitária (...) pela especificidade dos problemas e interesses que se colocam em tal domínio e pela flagrante incapacidade de o tradicional direito das sociedades dar uma correcta e completa resposta a tais problemas e interesses”*⁸.

Analisando-se a árvore genealógica do direito das sociedades vemos que este nasceu e evoluiu como direito da sociedade comercial individual e independente. No essencial, a sociedade enquanto entidade jurídica e económica autónoma, imune a influências externas e centralizada em si mesma, encaminhava a sua atividade económico-empresarial ao encontro de uma vontade social própria e na prossecução de um interesse social próprio⁹. Todavia a evolução do sistema económico, das unidades empresarias e a reorganização da atuação jurídica-empresarial dos agentes económicos ditou que a empresa unissocietária, protagonista do sistema económico dos primórdios do século XX viesse a dar lugar ao nascimento de um novo modelo de organização empresarial – os grupos de sociedades ou empresa plurissocietária.

Enquanto sucessor do clássico modelo da empresa unissocietária, o grupo de sociedades consubstancia-se como um novo modelo de jurídico-organizativo no qual a sua atividade é pautada pela prossecução de um interesse social próprio ditado pela sociedade cúpula do grupo – o interesse do grupo - e que se sobrepõe ao interesse social de cada uma das sociedades dominadas ou subordinadas. Pese embora se mantenham juridicamente independentes, o poder-decisório das sociedades-filhas será transferido

nas Sociedades em Relação de Domínio - Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária, Monografias, Almedina, 2007, p.105.

⁷ Assim o informa FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Grupo de Sociedades, Anotação Preliminar aos art.ºs 488.º a 508.º do CSC*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990, sep. do vol. 64 (1988), pp. 299-300.

⁸ Cfr. FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Grupo de Sociedades, Anotação Preliminar aos art.ºs 488.º a 508.º do CSC*, ob. cit. pp. 299-300.

⁹ Sobre estas noções escreve JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1994., p. 12.

para a sociedade-mãe do grupo que exercerá uma direção económica unitária e comum sobre estas.

Deveras, a formação de um grupo de sociedades, ao legitimar que as sociedades-filhas possam deixar de ser governadas de acordo com a sua vontade e interesses sociais próprios, para o passarem a ser em função de um interesse empresarial alheio, traçado pela sociedade-mãe, vem introduzir uma “*entorse*” fundamental aos princípios tradicionais do direito das sociedades, despoletando uma “*crise sem precedentes no arquétipo legal e nos quadros jurídico-societários tradicionais que sobre ele assentavam*”^{10 11}.

O cerne do grupo de sociedades – o controlo intersocietário - inevitavelmente, acaba por entrar em colisão com o postulado fundamental que sustenta todo o direito das sociedades – o postulado da independência da sociedade¹².

Nesta esteira, a atuação do grupo vai ser pautada por uma estratégia definida, encabeçada e dirigida pela sociedade-mãe, enquanto líder e “*motor*” do grupo, almejando-se, primordialmente, maximizar as vantagens que podem ser alcançadas pelo todo.

O grupo surge, assim, como um “*mecanismo self-service da externalização da responsabilidade da empresa para com a comunidade em geral*”¹³. Deste modo, é pacificamente aceite que a integração de uma sociedade num grupo societário constitui

¹⁰ Pronunciando-se neste sentido JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários*, ob. cit., pp. 12-13.

¹¹ Para melhor compreensão do que sustentámos, passámos a transcrever algumas considerações tecidas por JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES a este respeito: “*Encontrando no fenómeno do controlo intersocietário o seu princípio energético, a legitimação da empresa plurissocietária pela ordem jurídica foi acompanhada pela introdução de um conjunto de entorses aos cânones mais gerais de um direito societário tradicionalmente assente num postulado de independência do ente social: ao permitir a institucionalização de um estado de subordinação de uma sociedade comercial ao poder de direção de outra sociedade comercial, a lei alterou radicalmente os ancestrais essenciais do respectivo funcionamento e expôs as sociedades-filhas, os seus sócios minoritários e credores sociais a uma profunda transformação do respectivo estatuto jurídico*”. Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *O Artigo 490.º do CSC e a Lei Fundamental: “Propriedade Corporativa, Propriedade Privada, Igualdade de Tratamento*, Estudos em Comemoração dos Cinco Anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra, Coimbra Editora, p. 245.

¹² Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários*, ob. cit., p. 11.

¹³ Douo entendimento de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 142.

uma fonte de inevitáveis perigos, quer para os atores que em torno dela gravitam, *maxime* os seus sócios e credores sociais¹⁴.

Nestes termos, levaremos a cabo neste escrito uma investigação da problemática tensão inerente ao grupo de sociedades resultante da dicotomia direção unitária/pluralidade de entes societários, a qual se afigura como uma “nascente” de inúmeras controvérsias.

Acresce que, no hodierno contexto económico-empresarial, fortemente marcado pela crise financeira, as interferências na realidade do mercado, em razão da escassez do crédito e o encolhimento da economia, afetaram não só a situação económica dos Estados, mas também as relações das sociedades comerciais com o mercado e com os credores, o que conduziu ao deflagrar de um elevado número de insolvências de empresas e trouxe para a ordem do dia a necessidade de aprofundar os estudos sobre estas matérias.

Ora, com o encetar deste cenário, não só a nível nacional, como também no panorama internacional, as atenções passaram a estar cada vez mais focadas na conduta da sociedade-mãe não só porque lhe cumpre atuar numa lógica de interesse de grupo - permitindo-lhe subjugar os interesses das sociedades dominadas ao interesse do grupo como um todo - como também - como reverso da moeda e como contrapartida pelo poder que lhe assiste - porque esta poderá ser responsabilizada perante os credores das sociedades subordinadas pelo que face a uma situação de insolvência urge encontrar a melhor solução para que os credores sociais possam ver satisfeitos os créditos que têm sobre as sociedades do grupo, dando-se cumprimento ao princípio “*par conditio creditorum*”.

Tomando como ponto de partida este panorama, com o presente escrito logamos estudar a formação e evolução dos grupos societários, tanto nas suas origens, como no contexto nacional. Propomo-nos a analisar a situação de insolvência ocorrida dentro do grupo de sociedades, em concreto, nas sociedades em relação de grupo¹⁵. Indagaremos,

¹⁴ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, ob. cit., p. 13.

¹⁵ Centraremos o nosso estudo nas sociedades em relação de grupo, sendo estas compostas pelos grupos constituídos por domínio total, pelos grupos paritários e pelos grupos constituídos por contrato de subordinação.

ainda, acerca das consequências da insolvência de uma qualquer sociedades nas demais sociedades com quem se encontre em relação de grupo.

Por fim, finalizaremos o nosso estudo focando-nos nos segmentos mais conexiados com a insolvência no contexto do grupo de sociedades, abordando os modelos para o tratamento desta temática e estabelecendo um parâmetro transversal da comparação da sua aplicabilidade com os ordenamentos jurídicos estrangeiros; e, principalmente, no que diz respeito aos critérios e às formas de responsabilização por obrigações oriundas da insolvência no seio dos grupos, analisaremos as responsabilidades e as obrigações atribuídas aos grupos de sociedades, específicas de cada atividade exercida, que surgem em função de suas complexas operações e relações com terceiros, das quais destacaremos as relações com os credores, indagando acerca da sua proteção *in casu* de insolvência da sociedade-filha, da sociedade-mãe ou de ambas.

PARTE I

O PROBLEMA DA INSOLVÊNCIA NO ÂMBITO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

CAPÍTULO I

OS GRUPOS DE SOCIEDADES

1. O DESPOLETAR DO FENÓMENO DA CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL

No hodierno contexto de globalização¹⁶ e de proliferação das empresas multinacionais os grupos de sociedades assumem uma irrefutável relevância.

O surgimento da empresa societária insere-se no processo evolutivo do sistema económico, principalmente, na mudança paradigmática transportada pela Terceira Revolução Industrial, ou seja, a globalização da economia.

Ao elaborar-se a árvore genealógica das sociedades comerciais denota-se que o fenómeno da concentração empresarial começou a desenvolver-se ainda no séc. XIX, mais precisamente desde 1890, época em surgiram os grandes *trusts*¹⁷ no Canadá e nos Estados Unidos da América. Até então a pequena empresa empresarial concorrencial era a regra e os mercados aproximavam-se do modelo teórico de concorrência perfeita.

Com o fenómeno da concentração empresarial assistiu-se ao irromper de uma nova fase no paradigma societário caracterizada pelo surgimento de grandes conglomerados de empresas voltadas para diversos ramos de atividade. O aumento da competitividade internacional¹⁸ e as preocupações de limitação e diversificação do risco do negócio

¹⁶ “No quadro de um sistema económico caracterizado pela globalização, a empresa de grupo (ou empresa plurissocietária) tornou-se efectivamente na forma por excelência de organização da grande empresa nos nossos dias (...) a conhecida “Global Triad” (EUA, União Europeia, Japão) indiciam uma inequívoca tendência das sociedades comerciais para perderem o seu originário estatuto de independência e recorrerem crescentemente às técnicas jurídico-económicas de coligação intersocietária, maxime, à técnica do grupo de sociedades: só para citar os casos mais importantes, assim acontece com cerca de 70% das sociedades comerciais na Alemanha, 50% na Suíça, 60% na França, 55% na Inglaterra e 88% no Japão”, cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Poderes Nos Grupos De Sociedades – O Papel Dos Accionistas e dos Administradores na Formação e na Direcção Da Empresa De Grupo*, Problemas de Direito das Sociedades, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina Coimbra, 2002, p. 153.

¹⁷ *Trusts* são acordos que conduzem à constituição de um grupo de empresas submetidas a uma única direcção.

¹⁸ AVELÃ NUNES destaca a concorrência como um dos elementos principais da concentração empresarial, pois representa uma consequência natural da concentração do capital, na medida em que implica uma incessante busca de novas condições de produção, que proporcionem o alcance de custos de produção mais baixos, permitindo o aumento de lucro a empresas que não teriam capacidade de exercer qualquer influência sobre as condições globais do mercado ou diretamente sobre os preços. Além disso, ela une empresas que acompanham o progresso técnico e, também por isso, amplia as capacidades de produção, num processo de efeito cumulativo. A união de empresas, aliás, foi um dos pilares para o surgimento dos grupos de sociedades. Cfr. ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, *Uma Introdução à Economia Política*, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 184.

foram as exigências basilares que conduziram à aparição destas grandes empresas. O aumento das relações comerciais e da circulação de bens e capitais ultrapassaram os limites territoriais dos países. Através de diversos jogos de participações, percebeu-se que as sociedades poderiam funcionar em grupo e, nessa eventualidade, a sociedade integrada em grupo poderia assumir condutas desviadas, logrando quer a defesa de interesses de grupo que a transcendam, quer o benefício uma das sociedades do grupo¹⁹.

Tal fenómeno acarretou o aumento da complexidade das relações económico-jurídicas, o que tornou necessária a modificação da estrutura da sociedade organizada de maneira individual, característica do modelo tradicional do direito societário, para uma estrutura mais complexa e flexível capaz de absorver tais mudanças²⁰. Ou seja, por ser caracteristicamente menos flexível, a sociedade tradicional deixou de estar apta para suportar as novas exigências do mercado. Operou-se, então, a transição do modelo da sociedade individual para o modelo da empresa plurissocietária.

Na esteira do capitalismo comercial e do capitalismo industrial, originou-se, então, o capitalismo de grupos correspondente a *“um novo estágio no processo de desenvolvimento económico do mundo ocidental”*^{21 22}.

Nesta senda, o despoletar destes “jogos económicos” constituíram o fenómeno embrionário que veio legitimar a participação de uma sociedade no capital de outra, tendo-se, assim, assistido ao nascimento dos grupos de sociedades.

¹⁹ Douo entendimento de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (501.º/1, Do CSC) e o Seu Âmbito*, ob. cit., p. 84.

²⁰ O modelo económico de concentração do século XX não se alterou na sua essência, mas apenas se complexificou: as céleres mutações das envolventes gerais da Sociedade e da Economia do nosso tempo, vieram expor a empresa moderna a imperativos de sobrevivência cada vez mais exigentes, lançando-a numa senda evolutiva de constante crescimento e expansão que rapidamente tornariam evidentes as limitações da estrutura organizativa da empresa societária individual. Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 40.

²¹ Cfr. FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *Conferência Pronunciada Na Ordem Dos Advogados*, Lisboa, 1987, p. 591.

²² Nas palavras de FÁBIO KONDER COMPARATO *“Não há a negar entretanto que os grupos económicos foram criados, exatamente, para racionalizar a exploração empresarial, harmonizando e mesmo unificando as atividades das várias empresas que os compõem. É graças a essa racionalização administrativa que o lucro marginal é elevado, com a baixa do custo unitário de produção. Eles propiciam a criação de “economias internas de escala”, já assinaladas pelos economistas desde fins do século XIX. Todos os sistemas económicos, qualquer que seja o regime político que os compunha, tendem a esse mesmo objetivo de agrupamento e coordenação empresarial. A empresa isolada é, atualmente, uma realidade condenada, em todos os setores, maxime naqueles em que o progresso está intimamente ligado à pesquisa tecnológica”*. Cfr. FÁBIO KONDER COMPARATO, *O Poder de Controle na Sociedade Anónima*, 3.ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 355-356.

Modificaram-se qualitativamente as grandes empresas do século XIX que progressivamente foram sendo substituídas pelos grupos de empresas, almejando-se racionalizar a produção com o intuito de promover a maximização dos lucros^{23 24}.

Contudo, o surgimento de novas concentrações económicas que, comandadas por uma estratégia económica comum, actuam na vida jurídica em conjunto conduziu, inevitavelmente, ao deflagrar de novos problemas no que concerne às relações entre os vários componentes do conjunto pelo que se fez *mister* a sua regulamentação jurídica. Ora, o desenvolvimento económico nos capitalismo europeus mais avançados repercutiu-se no ordenamento jurídico português pelo que a disciplina jurídica dos grupos societários no Código das Sociedades Comerciais veio colmatar uma lacuna para a qual o desenvolvimento económico reclamava solução²⁵.

2. AS SOCIEDADES COLIGADAS

2.1. CONCEITO

²³ Cfr. FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *Conferência Pronunciada Na Ordem Dos Advogados, ob cit.*, p. 590-591. FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO adita, ademais, que “no caso da formação dos grupos, a concentração é fragmentária, configurando-se um universo em que o centro é a empresa controladora e as demais, controladas, verdadeiros satélites a girar na órbita dos mesmos interesses que presidiram à constituição do grupo”. Vide FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *Conferência Pronunciada Na Ordem Dos Advogados, ob cit.*, p. 593.

²⁴ Os mecanismos do controlo intersocietário não só criaram os vínculos intersocietários sobre os quais repousa o grupo de sociedades, como também foi graças a eles que a sociedade-mãe assegurou a coordenação estratégica e a coesão económica da mesma – a unidade económica. Vide JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos De Sociedades, ob. cit.*, p. 113.

²⁵ Numa breve nota cumpre referir que o Direito alemão dos grupos influenciou, de modo direto, o legislador português de tal forma que o CSC apresenta muitas semelhanças com o Direito alemão. Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria vide LUÍS BRITO CORREIA, *Grupos de Sociedades in FDL/CCEJ, Novas Perspectivas do Direito Comercial (1988)*, pp. 377-399.

Por meio do Código das Sociedades Comerciais de 1986, introduziu-se, *ex novo*, a matéria do grupo de sociedades no nosso Direito^{26 27 28}. Destarte, desde 1986, Portugal detém uma regulação articulada, “*codificada*” e sistemática dos grupos de sociedades.

Como *supra* já se referiu, a regulamentação jurídica dos grupos de sociedades no Direito pátrio irrompe na esteira de uma linha de tendência nesse sentido, por parte de diversas legislações ou projetos, tanto nacionais²⁹, como da Comunidade Económica Europeia^{30 31}.

Arrepiando caminho, anteriormente ao Código, já haviam surgido regimes jurídicos³² que tratavam a matéria de forma fragmentária, contendo lacunas e, como tal, não serviam os interesses basilares da certeza e da segurança jurídica.

²⁶ Cfr. o ponto 33 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 282/86, de 2 de Setembro *apud* FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Grupo de Sociedades, Anotação Preliminar aos art.ºs 488.º a 508.º do CSC, ob. cit.*, p.778.

²⁷ “Antes de 1986, os estudos existentes sobre grupos de sociedades, entre nós, devem-se a Raúl Ventura, com relevo para o escrito *Grupos De Sociedades/Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da C.E.E., publicado em 1981. Trata-se, como o seu Autor explica, de um mero trabalho descritivo de Direito comparado*”. Assim o escreveu MENEZES CORDEIRO, *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (501.º/1, Do CSC) e o Seu Âmbito, ob. cit.*, p. 93.

²⁸ “O direito pátrio anterior ao CSC vigente desconhecia as relações de coligação ou de grupo entre sociedades. Existia apenas alguma regulamentação dispersa, nomeadamente o art. 39.º do DL n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969, inserido no capítulo relativo às disposições gerais e transitórias, uma definição de sociedades dominadas (instrumental – “para efeitos do presente diploma”, que regulava a fiscalização das sociedades) como aquelas em que outra sociedade tinha um número de acções que lhe assegurasse a maioria dos votos nas assembleias gerais, ou as que se encontrassem sob influência dominante de outra, em consequência de especiais vínculos contratuais”. Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 408, nota de rodapé 87.

²⁹ “Inicialmente a AktG, de 6/7/65, depois a Lei Brasileira das Sociedades Anónimas (de 15/12/76); em França, a proposta Cousté (ou as quatro propostas Cousté de 70, 73, 74 e 78) nunca obteve consagração em lei”, cfr. FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Grupo de Sociedades, Anotação Preliminar aos art.ºs 488.º a 508.º do CSC, ob. cit.* p. 300, nota de rodapé 3.

³⁰ Primeiramente, a proposta do Estatuto de Sociedade Anónima Europeia, que inicialmente começou por ser conhecida por Projeto *Sanders*, submetida em 1970 ao Conselho de Ministros pela Comissão da CEE, e mais tarde, em 1974, revista e novamente submetida pela Comissão ao Conselho, dedicando todo um título (VII) à disciplina dos grupos de sociedades, depois o Projeto Preliminar da Diretiva baseada sobre o art. 54.º, par. 3.º, alínea g) do tratado CEE, sobre a harmonização do direito dos grupos de sociedades. Assim o escreve FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Grupo de Sociedades, Anotação Preliminar aos art.ºs 488.º a 508.º do CSC, ob. cit.* p. 300, nota de rodapé 4.

³¹ *Vide* FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Grupo de Sociedades, Anotação Preliminar aos art.ºs 488.º a 508.º do CSC, ob. cit.* pp. 299-300.

³² O art. 39.º do D.L. n.º 49 381 de 15/11/1969 sobre a fiscalização das sociedades anónimas, deixava de fora as relações de domínio indireto e as de facto e quanto às relações de grupo permanecia no silêncio. Mais tarde surgiram o art. 9.º do D.L. n.º 271/72, de 2 de Agosto, sobre sociedades gestoras de carteiras de títulos, o D.L. n.º 135/79, de 18 de Maio, sobre as sociedades de locação financeira, o D.L. n.º 285/77, de 13 de Junho, sobre participações do setor público no capital de sociedades e os arts. 3.º e 8.º do D.L. n.º 342/80, de 2 de Setembro, que tratavam das relações de participação. Nestes diplomas não se regulava globalmente o direito dos grupos, nem a simples participação de uma sociedade noutra constitui condição suficiente, nem necessária, para a existência

A regulação das relações que se estabelecem entre sociedades coligadas prevista no Título VI do CSC não tem praticamente paralelo noutros ordenamentos jurídicos europeus³³: resulta da incorporação no direito português de uma proposta de Diretiva Comunitária - 9.ª Diretiva - que nunca chegou a ser aprovada.

No título VI do CSC, sob a epígrafe “*Sociedades Coligadas*”, abarcam-se dois capítulos distintos: um sobre “*Sociedades em relação de simples participação, participações recíprocas e de domínio*” e outro sobre “*Sociedades em relação de grupo*”.

Por “*sociedades coligadas*” entende-se a ligação de duas ou mais sociedades que estejam sujeitas a uma influência comum, quer porque uma participa na outra, ou nas demais, quer porque todas se subordinam à orientação de uma delas ou de uma terceira entidade (não participante)³⁴. Quer dizer, pode existir uma terceira entidade que não participa nas sociedades mas que as controla, que exerce uma influência determinante, na atividade de uma ou mais sociedades, ou pode haver uma terceira entidade que participa no capital dessa(s) sociedade(s) e, desta forma, a lei configura a relação de sociedades coligadas.

Desta feita, uma sociedade coligada consubstancia-se como uma sociedade que possui com outra (ou outras) sociedade(s) uma ou mais relações contidas no art. 482.º do CSC, designadamente, *relações de simples participação* (arts. 482.º, alínea a), 483.º e 484.º), *relação de participações recíprocas* (arts. 482.º, alínea b) e 485.º), *relação de domínio* (arts. 482.º, alínea c), 486.º e 487.º) e *relação de grupo* (art. 482.º, alínea d), 488.º a 508.º - E)³⁵.

Concretamente, em Portugal, o conceito de sociedade coligada (ou de “*grupo em sentido amplo*”) engloba todas as “*relações que entre si estabeleçam sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por ações*” (artigo 481.º do

de um grupo, nem as soluções ali estabelecidas tinham o que quer que fosse a ver com os específicos problemas de um direito de grupos.

³³ Sobre estas noções escreve ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (501.º/1, Do CSC) e o Seu Âmbito*, ob. cit., pp. 100-101.

³⁴ Cfr. Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 664.

³⁵ Assim, diga-se que existirá uma coligação jurídico-societariamente relevante sempre, mas apenas, quando entre dois ou mais entes societários, revestindo a forma de sociedade anónima, por quotas ou em comandita por ações (art. 481.º, n.º 1) e tendo a sua sede em Portugal (art. 481.º, n.º 2), se estabeleça uma relação que preencha a hipótese legal de um ou vários dos tipos de relação intersocietária aí previstos.

CSC), incluindo: a simples participação; as participações recíprocas; a relação de domínio e a relação de grupo.

Temos, pois, sociedades em relação de participação e sociedades em relação de grupo (ou “*grupo em sentido estrito*”), que se caracterizam (como se infere do n.º 1 do artigo 492.º do CSC) pela sujeição a uma “*direção unitária e comum*”, em concreto: domínio total inicial (artigo 488.º, n.º 1); domínio total subsequente (artigo 489.º, n.º 1); grupo paritário (artigo 492.º, n.º 1) e subordinação (artigo 493.º, n.º 1).

Infira-se ainda que, de forma semelhante ao que se passa com as sociedades comerciais e até as pessoas coletivas em geral, no domínio específico das sociedades coligadas vigora um princípio de tipicidade³⁶: significa isto que não existem sociedades coligadas sujeitas ao regime jurídico dos arts. 481.º e segs. para além daquelas sociedades que estão previstas taxativamente no art. 482.º (tipos atípicos), nem sequer são relevantes figuras resultantes da combinação de dois ou mais tipos legais (tipos mistos).

A relação de grupo é objeto de um regime jurídico específico no CSC, enquanto as relações de simples participação, de participações recíprocas e de domínio acabam por seguir, no essencial, o regime geral do direito das sociedades.

Neste escrito, ocupar-nos-emos, apenas, do estudo das sociedades em relação de grupo.

2.2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O regime jurídico das sociedades coligadas, previsto no Título VI do CSC, não se aplica a toda e qualquer relação de coligação entre empresas.

Pelo contrário, o art. 481.º do CSC sujeita a aplicação do regime jurídico das sociedades coligadas à verificação cumulativa e obrigatória de três requisitos fundamentais: um relativo à *forma* dos sujeitos da relação de coligação (art. 481.º, n.º 1); outro relativo ao *estatuto pessoal* dos mesmos sujeitos (art. 481.º, n.º 2: âmbito

³⁶ Acerca deste princípio, vide em geral OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral I*, Almedina, 2005, pp. 203 e ss. e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial - Sociedades Comerciais Parte Geral*, Volume IV, Dislivro, 2000, pp. 43 e ss.

espacial); e, por fim, um último relativo à *natureza* da relação existente entre ambos (art. 482.º: âmbito material).

No que concerne ao âmbito formal, impõe o n.º 1 do art. 481.º que a disciplina legal das sociedades coligadas se aplique às relações eventualmente existentes entre *sociedades anónimas* (art. 271.º e ss.), *sociedades por quotas* (art. 197.º e ss.) ou *sociedades em comandita por ações* (art. 478.º e ss.)³⁷. Desta feita, excluem-se deste âmbito tanto as empresas não-societárias, assim como as empresas societárias de pessoas.

No tocante ao âmbito pessoal, n.º 2 do art. 481.º impõe que se situe em Portugal a sede das sociedades intervenientes na coligação, não bastando que a sociedade-filha seja portuguesa. Nestes termos, o regime das sociedades coligadas apenas se aplica às sociedades que tenham a sua sede em Portugal, excluindo-se deste âmbito todas as relações nas quais os sujeitos intervenientes possuam a sua sede no território estrangeiro³⁸.

Nos grupos multinacionais salienta-se a transnacionalidade das sociedades componentes. O regime das sociedades coligadas está relativamente autolimitado no espaço, pois a aplicação da lei portuguesa depende de todos os intervenientes numa relação de coligação possuírem a sua sede em território português, exceto no domínio total inicial de uma sociedade anónima constituída com sede em Portugal por uma dominante estrangeira.

³⁷ Esta regra sofre um pequeno desvio no que tange ao *sujeito passivo* das relações de grupo por domínio total inicial: com efeito, dado que o art. 488.º, n.º 1 prescreve que o sujeito passivo de tal relação (isto é, a sociedade totalmente dominada) deverá revestir a forma de sociedade anónima, e considerando ainda que o art. 270.º - A, n.º 1 veio indiretamente a estender tal possibilidade às sociedades por quotas, apenas ficará vedada entre nós a constituição de sociedades comanditárias por ações unipessoais. Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos De Sociedades*, ob. cit., p. 292, nota 595.

³⁸ Porém o legislador previu quatro exceções a esta regra: a alínea a) do n.º 2 do art. 481.º estabelece que a proibição consagrada no art. 487.º se aplica à aquisição de participações de sociedades com sede no estrangeiro que, segundo os critérios estabelecidos pela presente lei, sejam consideradas dominantes; a alínea b) aponta que os deveres de publicação e declaração de participações por sociedades com sede em Portugal abrangem as participações delas em sociedades com sedes no estrangeiro e destas naquelas; a alínea c) refere que a sociedade com sede no estrangeiro que, segundo os critérios preceituados pela presente lei, seja considerada dominante de uma sociedade com sede em Portugal é responsável para com esta sociedade e os seus sócios, nos termos do art. 83.º e, se for caso disso, do art. 84.º; e, por fim, a alínea d) determina a constituição de uma sociedade anónima, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do art. 488.º, por sociedade cuja sede não se situe em Portugal.

Subscrevendo o douto entendimento de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES³⁹, parece-nos que o Direito dos grupos de sociedades carece de reforma neste âmbito. De facto é particularmente impressionante que no atual contexto de crescente globalização e de internacionalização de empresas, o Direito dos grupos apenas se aplique, em princípio, a sociedades com sede em Portugal. Consoante o infere PEREIRA COELHO⁴⁰, e a nosso ver muito bem, “*significa isto que as sociedades estrangeiras, mesmo actuando em Portugal, terão aí, um sistema mais favorável, o que não parece admissível*”⁴¹.

Ademais, a verdade é que esse regime se confina a determinadas relações intersocietárias que se estabeleçam entre sociedades com sede em Portugal, deixando, assim, de fora uma realidade que assume uma importância crescente no contexto económico atual: os grupos multinacionais⁴².

Por último, no que respeita ao âmbito material, saliente-se que nem todas as situações de coligações entre sociedades de capitais (anónimas, por quotas ou em comandita por ações) com sede em Portugal, estão sujeitas às normas dos arts. 481.º e segs. Conforme *supra* se aludiu, em Portugal, o legislador optou por um conceito determinado de sociedade coligada e por um modelo de regulamentação assente numa enumeração taxativa das formas jurídico-societariamente relevantes de coligação. Isto significa que se entre duas (ou mais) sociedades se constatar a existência de relações com relevo empresarial ou económico, isso não significa necessariamente que lhes será imediatamente aplicável o regime previsto na lei. Para que tal se verifique será necessário verificar se no caso concreto a relação de coligação *sub judice* se pode

³⁹ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas*, em *Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, 2.º vol. (2002), pp. 95-116, considera esta solução contrária ao Tratado da União, por inobservância da não discriminação em função da nacionalidade e porventura, à própria Constituição – artigos 13.º, n.º 2 e 81, n.º 1.

⁴⁰ Vide FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Grupo de Sociedades*, *Anotação Preliminar aos art.ºs 488.º a 508.º do CSC*, *ob. cit.* p. 785.

⁴¹ O legislador designou como “*lex societatis*” a lei do Estado onde se encontra situada a sua sede efetiva e real (art. 3.º, n.º 1, 1ª parte), isto é, a lei do país onde se encontra localizado o centro de administração e decisão da empresa social. Assim, em via de princípio, todas as questões jurídico-societárias respeitantes ao nascimento, vida e morte das pessoas coletivas societárias que possuam em Portugal a sua administração efetiva e principal serão reguladas à luz da lei portuguesa. Acresce que, sempre que uma sociedade haja designado o território português como local da sua sede nos respetivos estatutos (ainda quando a sua administração efetiva se situe em local diverso), aquela jamais poderá invocar a sua sujeição a lei estrangeira.

⁴² De fora do âmbito da aplicação da lei ficam assim todas as relações nas quais um ou vários dos sujeitos intervenientes se encontrem sediados em território estrangeiro – o legislador português deixou assim por disciplinar um significativo e cada vez mais importante setor do mundo vivo do fenómeno da coligação e controlo intersocietários que contende com os chamados grupos multinacionais de sociedades.

subsumir em algum dos quatro tipos de relações jurídicas elencadas no art. 482.º, as únicas relevantes para aplicação da presente lei (a saber - relação de simples participação, relação de participações recíprocas, relação de domínio e relação de grupo).

As considerações entretecidas demonstram que o CSC restringiu, o objeto da sua intervenção, na medida em que se limitou aos grupos de sociedades, deixando de fora as relações que envolvem pessoas singulares e empresas de natureza não societária; determinou que as suas regras apenas se aplicam às relações estabelecidas entre sociedades por quotas, anónimas e em comandita por ações (art. 481.º, n.º 1, do CSC); e determinou que, salvo exceções, as suas regras apenas se aplicam às relações estabelecidas entre sociedades com sede em Portugal (art. 481.º, n.º 2, do CSC).

Relativamente à limitação do âmbito de aplicação espacial previsto no Título VI, operada por força do art. art. 481.º, n.º 2, do CSC, refira-se que, no nosso entendimento, a solução vertida no CSC merece ser alvo de críticas uma vez que pode dar azo a discriminações, quer entre grupos nacionais e estrangeiros, quer entre as filiais portuguesas entre si (que tem um tratamento diferenciado dependendo da sede da respetiva sociedade-mãe) nas relações de grupo.

Desde logo, atentemos nos grupos de sociedades cuja sociedade-mãe não tem sede em Portugal. Nestes casos, como o regime de responsabilidade contido nos artigos aplicáveis às relações de grupo se aplica apenas às sociedades dominantes com sede em Portugal, as sociedades cujas sociedades-mães tenham sede no estrangeiro não podem contar com a garantia adicional do património da respetiva sociedade-mãe (como acontece quando esta tem sede em Portugal)⁴³. Ora, tal previsão legislativa não só colide não só com os princípios da igualdade de tratamento, como também com os princípios

⁴³ A este propósito MENEZES CORDEIRO considera inadmissível que a lei estabeleça um regime mais favorável para as sociedades com sede no estrangeiro. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 785. No mesmo sentido, *vide* ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 1121, para quem o pressuposto de aplicação espacial contido no n.º 2 do art. 481.º do CSC discrimina, infundadamente, as relações de coligação internas, criando um regime mais favorável para as sociedades estrangeiras que atuam em Portugal, desprotegendo, em contrapartida, as filiais portuguesas.

da livre concorrência, da não discriminação em função da nacionalidade e da liberdade de estabelecimento⁴⁴.

Mais, o regime de coligação de sociedades, tal como formulado pelo art. 481.º, n.º 2 do CSC, pode favorecer a fuga de investimento para o estrangeiro e desincentivar a fixação de sociedades em Portugal, na medida em que as sociedades poderão optar por se fixar em países com leis mais liberais.

ANA RITA GOMES DE ANDRADE⁴⁵ aponta que na ótica do direito comparado, a limitação consagrada no art. 481.º, n.º 2 do CSC também não fará sentido uma vez que outros ordenamentos que regulam a coligação de sociedades (por exemplo, o ordenamento alemão e o brasileiro) não previram qualquer limitação territorial equivalente à do CSC.

Como última crítica, aponte-se que no art. 21.º do Código dos Valores Mobiliários se qualificam as relações de grupo independentemente de as respetivas sedes se encontrarem em Portugal ou no estrangeiro, o que poderá ser demonstrativo que a solução do CSC não é a mais correta⁴⁶.

3. GRUPOS DE SOCIEDADES NO CSC

3.1. CONCEITO JURÍDICO DE GRUPO DE SOCIEDADES

Ao contrário do que sucede com outros ordenamentos jurídicos, a lei portuguesa não contém uma definição de grupo de sociedades.

⁴⁴ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES alerta para a duvidosa compatibilidade desta solução com os princípios jurídico-constitucionais da igualdade de tratamento e da livre concorrência (arts. 13.º, n.º 2, 15.º e 81.º, al. e) da CRP) e com os princípios jurídico-comunitários da não discriminação em razão da nacionalidade e da liberdade de estabelecimento (arts. 12.º e 43.º do Tratado da União Europeia). Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas*, ob. cit., p. 116.

⁴⁵ Cfr. ANA RITA GOMES DE ANDRADE, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 124.

⁴⁶ Outras normas têm considerado indiferente o lugar da sede das sociedades coligadas, designadamente: o art. 13.º, n.º 3 do Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, o artigo 3.º, n.º 1, do Regime de Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, e o artigo 8.º do Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho.

No que respeita à tentativa de delimitar o conceito de grupo de sociedades em sentido próprio, temos que o capítulo III do título VI do CSC contempla diversos tipos de figuras, não estatuidos, porém, qualquer definição de grupo.

A nível da doutrina, BRITO CORREIA⁴⁷, considerando um conceito amplo de grupo de sociedades, correspondente a sociedades coligadas, propõe que o grupo de sociedades seja definido como um *“conjunto de duas ou mais sociedades sujeitas a uma influência comum, quer porque uma participa na(s) outra(s), quer porque todas acordaram em subordinar-se à orientação de uma delas ou de uma terceira entidade”*⁴⁸.

Trata-se, porém, de uma noção que visa acompanhar diretamente o conteúdo do título VI do CSC, renunciando a procurar o cerne da noção do grupo de sociedades, optando antes por descrever diferentes tipos de situações, incluindo-as no conceito.

O Professor ENGRÁCIA ANTUNES⁴⁹ ensina que existem elementos essenciais caracterizadores do grupo em geral, sendo relevante, designadamente, o controlo de uma sociedade por outra, a direcção comum e unitária, e a independência jurídica das sociedades, acompanhada em paralelo pela sua dependência económica. A diferença entre o grupo de sociedades (em sentido estrito) e as situações de domínio de uma sociedade por outra em geral está na existência da direcção unitária, que não se confunde com a existência de um novo órgão social, mas sim com o poder que é dado à administração da sociedade dominante ou controladora de definir a orientação geral do grupo. Este Autor apresenta duas noções de grupo, uma mais ampla e outra em sentido estrito, abrangendo a mais ampla todas as situações de controlo intersocietário e de relações de coligação entre sociedades, e a mais estrita como todo o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direcção

⁴⁷ Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *Grupos de sociedades in FDL/CCEJ, Novas Perspectivas de Direito Comercial, ob. cit.*, p. 384.

⁴⁸ Contrariando este entendimento surge MARIA GRAÇA TRIGO considerando que *“a parte final da definição sugerida por BRITO CORREIA não parece inteiramente correcta; com efeito subordinar-se (...) a uma terceira entidade aponta para o contrato de grupo paritário (art. 492.º), no qual, no entanto, se prevê uma direcção unitária e comum, que poderá ou não ser exercida por um órgão comum; em qualquer caso, este órgão comum não é propriamente uma terceira entidade (...)”* propondo a Autora que *“haveria, em princípio, que tornar mais exacta esta noção, acrescentando que a participação tem de ser significativa, pois que em regra só sendo superior a 10% do capital social é que releva para efeitos do regime das sociedades coligadas; simplesmente poderá colocar-se a hipótese de haver sociedades em relação de domínio com participação inferior a 10% ou até mesmo sem participação”*. Cfr MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Grupos de Sociedades*, Separata da Revista *O Direito*, Ano 123, 1991, I (Janeiro-Março), p. 55.

⁴⁹ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos De Sociedades, ob. cit.*, pp. 389-434.

económica unitária e comum, exercida por uma sociedade (a sociedade-mãe) sobre as restantes (as sociedades-filhas).

PEREIRA COELHO⁵⁰ avança com o entendimento de que o grupo é *“o conjunto constituído por diversas sociedades (ou empresas) submetidas a uma direcção unitária, mantendo embora tais sociedades (ou empresas) a sua individualidade jurídica”*.

Já para RAÚL VENTURA⁵¹, os grupos de sociedades são apresentados como *“formas de concentração na pluralidade, fenómeno pelo qual se opera o crescimento das empresas recorrendo aos mecanismos da personalidade jurídica, da participação societária e ainda da celebração de contratos societários (de subordinação ou de grupo paritário) num processo de concentração (ou de desmembramento) de sociedades”*.

A nível da jurisprudência, mais propriamente no Acórdão da Relação de Évora de 13 de Junho de 2002⁵², sufragou-se o entendimento de que *“o grupo societário constitui uma nova forma de organização da empresa moderna, que do ponto de vista económico se traduz na existência de uma política económico-empresarial e financeira comum e geral para o conjunto das sociedades agrupadas, pressupondo a centralização e a constituição de relações de controlo intersocietário, dirigindo a empresa-mãe os interesses económicos do grupo, através da aquisição do domínio ou controlo das demais empresas, pese embora com respeito da independência jurídica das entidades envolvidas”*.

Ora, para delimitar o grupo de sociedades ao nível das sociedades coligadas parece-nos impreterível a direcção unitária, significando, unidade de gestão da atividade societária, critério este retirado das disposições do CSC que se referem à constituição de um grupo de sociedades (arts 488.º, 489.º, 492.º e 493.º) e normas equivalentes.

3.2. SOCIEDADES EM RELAÇÃO DE GRUPO – CARATERIZAÇÃO

⁵⁰ FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Grupo de Sociedades, Anotação Preliminar aos art.ºs 488.º a 508.º do CSC*, ob. cit., pp. 302-303.

⁵¹ RAÚL VENTURA, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 1990, pp. 14-18, 21-40.

⁵² Cfr. Ac. do TRE, de 13-06-2002 in *Colectânea Jurídica*, 2002, Tomo III, p. 259.

Distanciando-se das regras gerais de direito comum das sociedades comerciais, o legislador, reconhecendo a especificidade das situações de coligação intersocietária das sociedades em relação de grupo, decidiu atribuir-lhes um regime próprio e excecional.

Tal como já explanado, o grupo de sociedades apresenta-se como um conjunto de sociedades juridicamente independentes mas economicamente unidas⁵³. Pelo facto de levar à constituição de uma estrutura (económica) nova, desprovida de toda personalidade jurídica e fundada sobre uma relação financeira ou contratual entre entidades juridicamente independentes, distingue-se de outros procedimentos de concentração⁵⁴.

Com a introdução daquele regime jurídico o legislador passou a legitimar a existência jurídica do grupo enquanto nova forma de organização empresarial, isto é, legitima-se o exercício de um poder de direção da sociedade-mãe do grupo sobre as sociedades que o constituem, submetendo-se a vontade social própria das sociedades-filhas do grupo à vontade da sociedade-mãe, a qual goza do direito de dar instruções vinculantes, ainda que se afigurem como prejudiciais para aquelas sociedades (arts. 493.º, 503.º e 504.º) legitimando-se, assim, a primazia do interesse do grupo, enquanto unidade económica, sobre os interesses individuais de cada uma das sociedades integrantes (arts. 503.º e 504.º)⁵⁵.

O legislador logrou instituir um regime especial para proteger as sociedades agrupadas, os seus sócios e os seus credores, através da atribuição de direitos especiais aos sócios das sociedades-filhas (arts. 494.º, 497.º, 499.º e 500.º), da responsabilização direta da sociedade-mãe perante os credores sociais (art. 501.º) e da responsabilidade da sociedade-mãe por perdas das sociedades-filhas (art. 502.º)⁵⁶.

⁵³ Vide ANNE PETITPIERRE SAUVAIN, *Droit des Sociétés et Groupes de Sociétés*, Genève, 1972, p. 35.

⁵⁴ Cfr. GUY KEUTGEN, *Le Droit des Groupes des Sociétés dans la CEE*, Bruxelles, Bruylant, 1973, p. 15.

⁵⁵ Assim se pronuncia JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, *ob. cit.*, p. 30.

⁵⁶ A responsabilização da sociedade-mãe por perdas da sociedade-filha consta também da Lei alemã (§ 302) e do Projeto de Directiva (art. 22.º). Parafraseando MARCUS LUTTER, citado por RAÚL VENTURA (cfr. RAÚL VENTURA, *Grupos de sociedades – Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE*, in *ROA*, 1981, n.ºs I e II, p. 337): “Isto significa que, independentemente das causas das perdas (quer estas derivem de directrizes prejudiciais da empresa controlante quer derivem do andamento desfavorável dos negócios), a sociedade dependente não pode sofrer nunca perdas definitivas. Sempre que pelo balanço se verifique uma perda, imediatamente surge para a sociedade dependente um direito à correspondente cobertura por parte da empresa dominante. A empresa dominante tem legitimidade para dispor como lhe agrade da sociedade dependente, mas, sempre

No que respeita ao grupo de sociedades *stricto sensu*⁵⁷, refira-se que o direito intervém para fornecer os instrumentos de organização jurídica do grupo de sociedades, pelo que serão consideradas em relação de grupo as situações de coligação entre sociedades cuja constituição e organização resulte da utilização de instrumentos expressa e taxativamente previstos na lei, a saber, o *domínio total* (arts. 488.º a 491.º), o *contrato de grupo paritário* (art. 492.º) e o *contrato de subordinação* (arts. 493.º a 508.º).

Deste modo, o legislador, mediante o uso da expressão *relação de grupo* logrou, assim, designar um dos tipos de coligação, sub-dividindo-o em três sub-tipos: o grupo de domínio total, o grupo paritário e o grupo resultante de contrato de subordinação, denotando-se que a fonte da relação de coligação não é somente a participação intersocietária, mas também o contrato (no caso de dois dos subtipos das relações de grupo)⁵⁸.

Atentemos no que os diferencia.

a) DOMÍNIO TOTAL

Segundo o teor do art. 488.º, sempre que uma sociedade detenha, direta ou indiretamente, inicial (art. 488.º) ou supervenientemente (art. 489.º), 100 % do capital

que no fim do exercício se mostra uma perda desta, tal perda deve ser coberta integralmente pela empresa dominante, seja qual for a situação económica desta”.

⁵⁷ Em sentido amplo, o grupo surge como qualquer modalidade mais ou menos complexa e formalizada de colaboração entre sociedades para realização de uma finalidade comum; em sentido estrito o que caracteriza o grupo é ter uma direção unitária comum.

⁵⁸ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES aponta as diferenças entre a relação de grupo por domínio total, e o contrato de subordinação e de grupo paritário: “quanto à sua natureza específica - ao passo que a relação de grupo constituída na base destes últimos resulta de uma técnica própria do direito contratual, aquela que é constituída com base no primeiro resulta de um mecanismo típico de direito societário. Por outro lado, as diferenças parecem prosseguir ainda no plano dos respectivos efeitos: ao passo que naqueles a constituição do grupo opera por força do acordo de vontades das partes, nestes tal criação parece ser desencadeada por simples força da lei (...) Essa circunstância possui ainda relevância no plano da conformação jurídica da relação de grupo emergente: é que, ao passo que, no primeiro caso, as partes podem dispor sobre a disciplina da própria relação onde a lei não tenha previsto regulação de carácter imperativo, no segundo a disciplina desta relação procede inteiramente da própria lei, estando assim excluída qualquer intervenção conformadora autónoma das próprias partes”. Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., pp. 707-708.

social de outra ou outras sociedades, teremos entre ambas uma *relação de grupo por domínio total*⁵⁹.

A peculiaridade deste tipo de grupos reside no facto de que “a sua constituição não decorre de um instrumento jurídico convencional (como nos outros dois tipos de grupos), mas sim de uma situação factual, à qual a lei atribui a consequência necessária de constituição de um grupo, para efeitos de aplicação de um regime determinado”⁶⁰.

Neste tipo de relação de grupo, pese embora a sociedade dominada continue a manter a sua personalidade jurídica, está totalmente ao dispor da sociedade totalmente dominante, concomitantemente sua sócia-única e sociedade-mãe, desempenhando uma função quase que igual a uma sucursal desta última⁶¹.

Na relação de domínio total a relação entre as sociedades será equiparável a uma relação de parentesco (daí ser comum a expressão “*sociedade mãe*” e “*sociedade-filha*”). Uma sociedade nasce da outra, há como que um “laço de sangue”. E tem uma origem legal.

O *domínio total inicial* ocorre sempre que uma sociedade detenha *ab initio* o controlo total de outra, subscrevendo a totalidade do seu capital social. Ao arrepio dos cânones contratuais tradicionais, o legislador permitiu a criação, a constituição por uma sociedade de outra sociedade, da qual ela seja a única sócia (art. 488.º, n.º 1).

Esta situação pode ocorrer nos termos preceituados no art. 488.º, devendo, nesse caso, a sociedade dominada ser, necessariamente, constituída sob a forma anónima, ou nos termos previstos no art. 270.º-A, sob a forma de sociedade unipessoal por quotas.

Quanto à nacionalidade, é aqui aplicável a regra geral do art. 481.º, ou seja, ambas as sociedades têm de ter sede em Portugal.

A *relação de domínio total superveniente* é aquela que ocorre, naturalmente, em vida da sociedade e que se verifica desde que ela venha a adquirir mais de 90% de participações sociais de uma outra sociedade. Neste âmbito, as sociedades constituem-

⁵⁹ Trata-se de uma figura a meio caminho entre a fusão e o contrato de subordinação. Aproxima-se da fusão pois a sociedade-mãe controla a totalidade do capital da sociedade-filha mas, distingue-se daquele instituto, porque ambas as sociedades mantêm a sua autonomia jurídica e estrutura orgânica próprias. Por seu turno, apresenta muitas semelhanças de regime com a relação de subordinação com a diferença de não existirem sócios livres, cuja proteção seria necessário acautelar.

⁶⁰ Cfr. MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 72.

⁶¹ Vide RITA TERRÍVEL, *O Levantamento Da Personalidade Colectiva nos Grupos De Sociedades*, Revista de Direito das Sociedades, Ano IV (2012), p. 953.

se e funcionam com uma pluralidade de sócios, porém acabam por ver o respetivo capital social detido na totalidade ou quase na totalidade (*maxime*, pelo menos, 90%), por uma única entidade⁶².

Nesta relação de grupo, os pressupostos legais são a verificação de uma participação totalitária, *direta ou indireta*, de uma sociedade noutra sociedade (art. 483.º, n.º 1). Estaremos perante uma *participação totalitária direta* quando não existem outros sócios na sociedade dominada, podendo, contudo, parte do seu capital estar representado por ações próprias ou quotas próprias. Por seu turno, a participação totalitária será *indireta* sempre que o capital social da sociedade dominada for detido integralmente pela sociedade dominante e por outras sociedades dela dependentes, direta ou indiretamente, ou que com ela estejam em relação de grupo, ou por pessoas agindo por conta daquelas (arts. 489.º, n.º 1 e 483.º, n.º 2).

No entendimento de ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA⁶³ esta extensão a formas indiretas de participação totalitária constitui fonte de insegurança jurídica, dados os atuais esquemas complexos de redes de integração empresarial. Considera o Autor que neste âmbito, bem optou a lei alemã ao aplicar este regime exclusivamente às participações totalitárias detidas exclusivamente e diretamente pela sociedade dominante (§§ 319 e 320 da AktG).

b) CONTRATO DE GRUPO PARITÁRIO

Por vezes é vantajoso que duas ou mais sociedades se possam agrupar, quanto mais não seja para *“reforçar a sua posição económica ao lado de outros concorrentes”*⁶⁴.

Contudo quando não queiram depender uma da outra, a lei faculta-lhes a figura do contrato paritário pelo qual as sociedades intervenientes apenas se submetem à *direção unitária e comum*⁶⁵.

⁶² Saliente-se que o domínio superveniente, para ser especialmente relevante, pressupõe a detenção de 90% de participações (arts. 489.º, 490.º e 541.º).

⁶³ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2006, p. 579.

⁶⁴ Cfr. CECÍLIA XAVIER, *Coligação de Sociedades Comerciais*, *ob. cit.*, p. 595.

⁶⁵ A direção unitária e comum pode ser estipulada entre sociedades que não sejam dependentes entre si, nem de outras sociedades. Há nesse caso um grupo paritário, resultante de um contrato.

Com efeito, a independência de sociedades é requisito para a celebração de um contrato de grupo paritário, independência quer entre si, quer entre sociedades terceiras⁶⁶. Portanto, pressuposto desta relação contratual é que nenhuma das sociedades contraentes esteja numa relação de domínio com a outra, ou que seja dominada por uma terceira sociedade.

Sob a égide do art. 492.º, postula-se que se encontram sob direção unitária as sociedades que não dependendo uma da outra, nem de terceiros, aceitam, por meio de contrato, submeter-se a uma *direção unitária e comum*, consubstanciada numa terceira entidade com o poder de direção.

Nota característica deste tipo de sociedades é o facto de ser uma terceira entidade a dirigir (unitariamente) o conjunto. Sendo este poder encabeçado por um órgão, a lei impõe que nele participem, de igual modo, todas as sociedades.

Nestes termos, o objeto específico deste tipo de contrato será a submissão das sociedades contraentes a uma direção unitária comum.

O único limite estipulado pela lei neste contrato consiste na impossibilidade de se poder alterar a estrutura legal da administração e fiscalização das sociedades intervenientes (art. 492.º, n.º 4)⁶⁷. No que respeita ao conteúdo do contrato, a lei permanece em silêncio pelo que, segundo o princípio de liberdade contratual, o conteúdo virá a ser preenchido pela vontade das partes.

Outra proibição estatuída por lei alberga-se no n.º 3 do art. 492.º, estipulando-se que o contrato de grupo paritário não pode ser celebrado por tempo indeterminado, pese embora possa ser prorrogado.

Mas qual a *ratio* desta norma? CECÍLIA XAVIER explica-a⁶⁸: em matéria de sociedades comerciais, a lei pretende regular a intervenção dos sujeitos jurídicos na vida económica, a qual se encontra em constante mutação. Duas sociedades podem estar hoje interessadas em formar grupos paritários, mas amanhã, em virtude de novas circunstâncias sócio-económicas, ver o seu interesse desvanecer-se ou a sua ligação ao

⁶⁶ É aqui que reside a diferença destes contratos para os contratos de subordinação. As sociedades agrupadas, conquanto, também aqui subordinadas a uma direção unitária comum, mantêm-se numa posição de independência e autonomia recíprocas.

⁶⁷ Contudo, a lei dá uma orientação, não vinculativa, no sentido da constituição de um órgão comum de direção e coordenação, no qual devem participar paritariamente todas as sociedades integrantes do grupo (art. 494.º, n.º 4). Trata-se de um órgão extra-societário e atípico.

⁶⁸ Entendimento sufragado por CECÍLIA XAVIER, *Coligação de Sociedades Comerciais*, ob. cit., p. 596.

grupo passar a trazer-lhes graves inconvenientes. Destarte, seria injusto ter de sujeitar-se *ad aeternum* a uma situação de grupo. Afigura-se, assim, justo que a lei fixe um prazo de vigência do contrato, possibilitando às partes a hipótese de o prorrogarem. Basta que as sociedades intervenientes assim o convencionem.

Por outro lado, no que concerne ao regime jurídico, não está previsto o direito de oposição dos sócios minoritários ou direito de saída das sociedades ou de garantia de lucros, assim como não se prevê quaisquer mecanismos especiais de tutela para os sócios minoritários e para os credores sociais.

Segundo JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES⁶⁹, os sócios estarão suficientemente protegidos pelos seus poderes gerais de designação e destituição dos membros dos órgãos de administração respetivos (arts. 257.º, 403.º e 430.º) e os credores sociais pelas normas que responsabilizam os administradores, diretores ou gerentes, bem assim como outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração, pela insuficiência do património social resultante da violação culposa dos respetivos deveres funcionais (arts. 78.º e 80.º).

Pese embora o disposto, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA⁷⁰ atenta que se forem dadas reiteradamente instruções vinculantes que determinem vantagens para uma sociedade e prejuízos para outra, dentro da lógica e do interesse de grupo, a sociedade beneficiária poderá ser responsabilizada perante os credores sociais da outra sociedade, por aplicação analógica do art. 501.º, assim como a sociedade prejudicada poderá exigir compensação pelas perdas sofridas, por aplicação analógica do art. 502.⁰⁷¹.

Noutra perspetiva, os membros do órgão de direção e coordenação, poderão ser responsabilizados como *administradores de facto*, se derem instruções prejudiciais às sociedades sem se fundamentarem no interesse de grupo, *ex vi* art. 80.º conjugado com a aplicação analógica do art. 504.º.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES⁷² alerta, ainda, para aquelas situações em que o contrato de grupo paritário foi usado como instrumento de fachada para camuflar um verdadeiro

⁶⁹ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 926.

⁷⁰ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, ob. cit., p. 576.

⁷¹ O princípio da responsabilidade por perdas da sociedade subordinada visa proteger diretamente os interesses desta última, mas, na medida em que conduz à reposição do património da sociedade, protege igualmente, ainda que de forma indireta, os credores e os sócios ou acionistas.

⁷² Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 929.

grupo de subordinação, a fim de possibilitar a uma das sociedades contraentes comandar a gestão empresarial da outra sem, contudo, se ver sujeita às responsabilidades legais, encargos financeiros e demais obrigações para com os respetivos sócios minoritários e credores sociais que a lei lhe impõe em via geral.

c) CONTRATO DE SUBORDINAÇÃO

Pela minúcia do regime que a lei lhe atribuiu e pela magnitude dos efeitos dele imanescentes, o contrato de subordinação afigura-se como o instrumento jurídico mais relevante de constituição e organização de uma relação de grupo^{73 74}.

Segundo o art. 493.º, n.º 1, “*uma sociedade pode, por contrato, subordinar a gestão da sua própria atividade à direção de uma outra sociedade, quer seja sua dominante, quer não*”. Nesta situação não é necessário haver domínio uma vez que simplesmente se subordina a gestão a outra sociedade, dominante ou não (art. 493.º).

A sociedade que se vincula a subordinar a respetiva gestão denomina-se *sociedade subordinada ou dirigida* enquanto a sociedade pela qual esta se vincula classifica-se como *sociedade subordinante ou diretora*.

O n.º 2 daquele artigo alude que “*a sociedade directora forma um grupo com todas as sociedades por ela dirigidas, mediante contrato de subordinação, e com todas as sociedades por ela integralmente dominadas, directa ou indirectamente*”⁷⁵.

O contrato de subordinação une duas sociedades distintas, autónomas. Será comparável a um “namoro”: duas sociedades que se conhecem e decidem unir-se. Esta relação será, em princípio, temporária e acresce que tem uma origem contratual.

⁷³ Para maiores desenvolvimentos vide RAÚL VENTURA, *Contrato de Subordinação entre Sociedades* in Revista da Banca, n.º 25, Janeiro/Março 1993, p. 89 e ss.

⁷⁴ A lei portuguesa disciplina mais detalhadamente o contrato de subordinação estabelecendo as obrigações essenciais da sociedade diretora (art. 494.º), o conteúdo do projeto do contrato de subordinação (art 495.º), suas modificações e resolução (arts. 505.º e 506.º), o direito de oposição dos sócios livres ao contrato de subordinação com base na violação da lei ou na insuficiência da contrapartida oferecida, e podendo os sócios livres que não se tenham oposto ao contrato de subordinação optar entre as alienações das suas quotas ou ações e a garantia de lucro (arts. 497.º e 499.º).

⁷⁵ No douto entendimento de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, parece estar em geral vedada uma pluralidade contratual ativa, ou seja, ser várias as sociedades diretoras, assim como no que concerne à pluralidade do lado passivo do contrato. Não obstante é comum a celebração de um contrato de subordinação inserir-se numa situação de coligação intersocietária plural ou múltipla já previamente existente – numa relação múltipla vertical ou numa relação múltipla horizontal. Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 500.

Todavia, o grupo fica constituído não só por estas duas sociedades, mas também por todas as outras que estiverem subordinadas à sociedade diretora, por contratos de subordinação ou que por ela estiverem *integralmente* dominadas, direta ou indiretamente (art. 493.º, n.º 2), ou seja, aos contratos de subordinação juntam-se as situações de domínio total (arts. 488.º e 489.º). Assim sendo, o que verdadeiramente caracteriza o grupo é a direção unitária com autonomia jurídica das diversas sociedades.

O cerne deste tipo de contrato situa-se na subordinação da gestão da atividade dum sociedade à outra ou, por outras palavras, o objeto deste contrato é a *gestão da atividade da sociedade*^{76 77}.

O *poder de direção* concretiza-se no *direito de dar à administração da sociedade subordinada instruções vinculantes* (art. 503.º, n.º 1), sem prejuízo da competência própria dos órgãos de administração e da responsabilidade dos seus membros.

Sucedem, porém, que este direito de dar instruções é levado tão longe que podem ser dadas ordens “*desvantajosas*”⁷⁸ para a sociedade subordinada, se o contrato de subordinação não dispuser o contrário (art. 503.º, n.º 2). Todavia, este poder tem limites: as ordens prejudiciais devem ser lícitas e servir interesses do grupo ou da sociedade diretora⁷⁹ (art. 503.º, n.º 2) e não podem determinar a transferência de ativos da sociedade subordinada sem justa contrapartida (art. 503.º, n.º 4). No entanto, em contrapartida, a sociedade diretora fica onerada com determinadas obrigações e

⁷⁶ Cfr. CECÍLIA XAVIER, *Coligação de Sociedades Comerciais*, ob. cit., p. 599.

⁷⁷ Mas, alerte-se, que a direção unitária circunscreve-se à subordinação da gestão social, ficando excluídas matérias estranhas à gestão, como sejam aquelas da competência própria da assembleia geral.

⁷⁸ “Assim sendo, as sociedades (totalmente) dominantes e as directoras podem impor, por exemplo, que as dependentes ou as subordinadas cessem determinadas actividades vantajosas, a fim de serem acrescentadas às exercidas por aquelas ou por outras sociedades do grupo; se encarreguem de sectores do mercado não rentáveis; lhe emprestem dinheiro gratuitamente ou a baixas taxas de juro; lhes forneçam bens a preços inferiores aos do mercado (e inferiores até ao preço de custo); lhes comprem bens a preços não compensadores (superiores aos de mercados, etc. Repare-se: no domínio dos grupos societários em referência, podem, portanto, ser derogadas as próprias regras legais (“clássicas”) relativas à “conservação do capital” (cfr. arts. 31.º-35.º do CSC)”. Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Grupos de Sociedades e Direito do Trabalho*, Coimbra, 1990, p. 9.

⁷⁹ Uma atuação cuidadosa no interesse da sociedade impõe que se assegure a sobrevivência e a rentabilidade da sua sociedade a médio e longo prazo, através da limitação das instruções possíveis.

responsabilidades especiais perante a sociedade dirigida^{80 81}, bem assim como perante os respetivos sócios minoritários e credores sociais⁸².

Cumpra aqui salientar, que o contrato de subordinação é um instrumento sem tradições no nosso sistema jurídico pelo que não se afigura razoável e configura um desfasamento relativamente à realidade fazer assentar o grosso da regulação na matéria atinente a este contrato.

4. A DIREÇÃO UNITÁRIA COMO CERNE CARACTERIZADOR DO GRUPO DE SOCIEDADES

O que há de comum no grupo, seja ele de facto ou de direito^{83 84}, é a existência de uma direção comum em função da modalidade do grupo em análise.

⁸⁰ Note-se que, nos termos do art. 494.º, n.º 1, são obrigações da sociedade diretora: i) adquirir as quotas ou ações dos sócios livres da sociedade subordinada, mediante uma contrapartida fixada, ou por acordo, ou nos termos do art. 497.º; ii) garantir os lucros dos sócios livres da sociedade subordinada, nos termos do art. 499.º.

⁸¹ A sociedade diretora é responsável pelas obrigações da sociedade subordinada (art. 501.º). Todavia, não se admite a responsabilidade solidária pois não pode mover-se execução contra a sociedade diretora (art. 501.º, n.º 3) com base em título exequível contra a sociedade subordinada.

⁸² A sociedade diretora é responsável perante os credores da sociedade subordinada, nos termos do art. 501.º, pelas obrigações desta sociedade, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termos deste. A sociedade diretora é, ainda, responsável pelas perdas da sociedade subordinada consoante o alude o art. 502.º, a sociedade subordinada tem o direito de exigir que a sociedade diretora compense as perdas anuais que, por qualquer razão, se verificarem durante a vigência do contrato de subordinação, sempre que estas não forem compensadas pelas reservas constituídas durante o mesmo período. Contudo, o contrato de subordinação pode englobar uma convenção adicional de atribuição de lucros, pela qual a sociedade subordinada se obriga a atribuir a totalidade ou parte dos seus lucros distribuíveis anuais à sociedade diretora ou a outra sociedade do mesmo grupo (art. 508.º, n.ºs 1 e 2).

⁸³ A distinção entre grupos de direito (entre estes, os grupos contratuais) e grupos de facto é comum. Também em Portugal se pode fazer a distinção entre grupos de direito e de facto. Aqueles regem-se pela disciplina específica dos artigos 488.º a 508.º-E do CSC; já os grupos de facto caem na omissão de disciplina específica relevante, particularmente, nas relações de participação (artigos 483.º a 487.º do CSC), ficando na alçada dos princípios gerais do direito das sociedades. No entanto, ambos são grupos em sentido amplo. A distinção entre grupo de direito e grupo de facto assenta na verificação de dois pressupostos: a existência de um instrumento jurídico de constituição do grupo e a existência de um regime jurídico específico a este aplicável. Verificados estes dois pressupostos, estamos perante um grupo de direito. Não verificados, revela-se a presença de um grupo de facto. Cfr. PEDRO VIEIRA DE CASTRO, *Garantias Intragruppo*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano V (2013), Número 1 / 2, p. 303

⁸⁴ MARIA DA GRAÇA TRIGO considera “a classificação em grupos de direitos e grupo de facto totalmente inadequada ao regime do Código das Sociedades Comerciais. Aqui todos os grupos de sociedades são de direito, embora uns tenham um fundamento convencional (maxime, grupos constituídos por contrato) e outros um fundamento legal (maxime, grupos constituídos por domínio total superveniente). Face ao sistema legal recentemente instituído, tem de se considerar que os grupos de facto enquanto tais não têm lugar: existindo sociedades em relação de coligação que – sem se enquadrarem em alguma das hipóteses previstas no capítulo III – funcionam como verdadeiros grupos de sociedades nos quais se exerce uma direção unitária que excede a normal utilização

Tal como já afluído *supra*, tem-se sentido necessidade de delimitar o grupo de sociedades dentro do campo das sociedades coligadas. Neste contexto, tem-se sugerido a direção unitária como elemento essencial para se aferir da existência de um grupo de sociedades⁸⁵.

Hodiernamente, é pacífico que o controlo intersocietário constitui o motor do fenómeno do grupo de sociedades. Sem os mecanismos de controlo intersocietário não seria possível o estabelecimento da complexa rede de laços intersocietários sobre a qual assenta o grupo de sociedades e é devido a este controlo que a sociedade-mãe assegura a coesão económica e a coordenação estratégica da mesma – a unidade económica⁸⁶.

A interseção mais dinâmica entre os fenómenos de controlo intersocietário e do grupo societário é-nos transmitida pela chamada direção unitária. Verdadeira célula em torno da qual gravita a estrutura operacional da empresa, o conceito de direção unitária apresenta-se, ainda, bastante vago e controverso.

Apesar de a sociedade individual ser completamente independente na prossecução da sua atividade económico-empresarial, usufruindo, assim, de um poder de autodeterminação quanto ao rumo a seguir, ao entrosar-se no contexto de um grupo societário as suas competências de gestão empresarial (as quais constituem o verdadeiro centro nevrálgico daquela independência) serão transferidas para a sociedade de topo, perdendo-se, portanto, a originária independência económica⁸⁷.

dos mecanismos de participação e controlo societário, não pode senão concluir-se que tal situação é legalmente inadmissível". Cfr. MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 59.

⁸⁵ Neste sentido MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 102.

⁸⁶ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 113.

⁸⁷ A este respeito pronunciou-se o Ac. do TRL de 9-12-2003, processo 8322/2003-7 (Relator: Proença Fouto) no sentido de que *"ainda que as sociedades dominadas tivessem sócios, o certo é que a unidade de direcção económica do grupo societário na sociedade de topo, como é o caso da sociedade-mãe leva à dissolução da autonomia económico-material das sociedades comerciais componentes – sociedades-filhas –, cabendo aos administradores ou directores da sociedade-mãe o governo absoluto destas, por lhes competir o exercício na assembleia geral das sociedades-filhas, em representação da sociedade-mãe, do conjunto dos direitos sociais inerentes às participações detidas por esta no capital daquelas (cfr. artigo 405.º, n.º 2, do CSC) e, bem assim, o exercício do poder de direcção que é atribuído à sociedade-mãe sobre a administração daquelas sociedades (artigos 491.º, 493.º, 503.º, do CSC). Summo rigoris, nas empresas plurissocietárias, as decisões para a vida e o destino da empresa global passarão a estar concentradas nas mãos da administração da sociedade-mãe, que se repercutem sobre a posição jurídico-patrimonial dos respectivos sócios, sem que estes tenham sido consultados. E essa repercussão será quanto mais significativa forem as parcelas patrimoniais destacadas para as sociedades-filhas. E se estas registarem perdas anuais ou abrirem falência, a sociedade-mãe poderá ser responsável ilimitada e solidariamente perante os credores sociais destas – cfr. artigos 501.º e 502.º, "ex vi" do artigo 491.º do CSC".*

Ou seja, “o grupo plurissocietário consiste num conjunto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direcção económica unitária e comum, caracterizando-se assim por representar uma verdadeira “unitas multiplex” cuja especificidade reside nessa típica tensão ou clivagem entre unidade económica do todo e pluralidade jurídica das partes; carácter híbrido que lhe confere vantagens económicas, organizativas e jurídicas”^{88 89}.

No douto entendimento de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES⁹⁰, “em termos muito gerais, a ideia de direcção unitária é assim comumente utilizada na doutrina para designar este processo de transferência da soberania decisória individual das várias sociedades agrupadas para a respectiva sociedade-mãe, e a conseqüente centralização (em maior ou menor grau) do poder último de direcção sobre a actividade empresarial dessas mesmas sociedades junto do núcleo dirigente da cúpula grupal”.

Mais simplificada, os grupos de sociedades serão formados por distintas sociedades detentoras de personalidade jurídica, configuradas como sujeitos jurídicos independentes, com os seus próprios órgãos sociais e com o seu próprio património. Todavia, a sua integração no âmbito do grupo de sociedades terá como cominação a sua sujeição a uma direcção unitária emitida pela sociedade topo do grupo e que se caracterizará pela capacidade da sociedade-mãe ditar o rumo a seguir pelas sociedades componentes do grupo, podendo influir no destino e no rumo a seguir por cada uma das sociedades componentes do grupo. Neste contexto as sociedades controladas terão de seguir as diretivas emanadas pela sociedade de topo mesmo que estas resultem num prejuízo para estas, uma vez que a sua actividade empresarial passa a estar adstrita à lógica do interesse do grupo, o qual a partir do momento da integração das sociedades no grupo se passa a sobrepor ao seu interesse social, o que justifica que possam ser dadas instruções prejudiciais para certas empresas do grupo mas benéficas para o interesse do grupo.

⁸⁸ Propugnando esta ideia vide o Ac. do TRP de 14-12-2004, processo 0326763 (Relator: Marques de Castilho).

⁸⁹ Por outras palavras, para JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES há uma “combinação entre a manutenção da individualidade jurídico-formal e a dissolução da autonomia económico-material das sociedades comerciais componentes”. Apud Ac. do TRP de 14-12-2004 (Relator: Marques de Castilho).

⁹⁰ JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 114.

Nas legislações estrangeiras, tanto na AktG, como na Proposta Cousté e no Projeto Preliminar da Diretiva, reconhece-se a direção unitária como fator decisivo para se poder inferir acerca da existência de um grupo de sociedades. Nestes sistemas, *“atribui-se ao intérprete ou julgador a função de averiguar se em cada uma das situações de ligação económica financeira entre sociedades existe ou não direção unitária”*⁹¹.

Pese embora o disposto, sucede que existem ainda muitas hesitações nesta matéria, tanto por parte do legislador – as leis que fazem uso do conceito de direção unitária recusaram expressamente defini-la⁹² – quer no domínio da doutrina – onde ainda hoje predomina uma forte disparidade de critérios e noções, inexistindo até hoje uma definição geral e operacional de direção unitária.

O conceito de direção unitária foi deixado, conscientemente, em aberto pelo legislador. A elaboração do conceito, por via interpretativa, deve apresentar uma dupla vertente – económica e jurídica – dado que é à ciência económica que incumbe fornecer os parâmetros da unidade de gestão empresarial, partindo da tendencial conceção do grupo como unidade económica ou, porventura, como empresa plurissocietária, mas não se olvidando, naturalmente, a orientação funcional do conceito para a aplicação de determinado regime jurídico⁹³.

5. O CONTROLO INTERSOCIETÁRIO: A SITUAÇÃO JURÍDICA DA SOCIEDADE-FILHA ENQUANTO “SATÉLITE” DA SOCIEDADE-MÃE E DA SOCIEDADE-MÃE ENQUANTO NÚCLEO DECISÓRIO DO GRUPO

As considerações *supra* expendidas demonstram que a direção unitária configura-se como o processo por meio do qual as sociedades integrantes do grupo subordinam a gestão da sua própria atividade à direção de uma outra sociedade. O poder de direção ficará centralizado na figura da sociedade-mãe do grupo, transferindo as sociedades-filhas a sua soberania decisória para a sociedade topo.

⁹¹ Cfr. MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Grupos de Sociedades*, ob. cit., pp. 102-103.

⁹² É o caso da lei alemã (§ 18 AktG), portuguesa (arts. 492.º e 493.º do CSC), comunitária (art. 223.º “Estatutos SAE”, art. 33.º PDC) e francesa (art. 4.º Proposta “Cousté”).

⁹³ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade - Por Um Critério Unitário de Solução do “Conflito do Grupo”*, Teses, Almedina, 2012, p. 57.

Isto equivale a dizer que a integração de uma sociedade num grupo societário irá acarretar a perda da sua autonomia económica, através da transferência para a sociedade-mãe das competências de gestão empresarial, as quais constituem o cerne dessa mesma autonomia.

Do ponto de vista da sociedade-filha, a sua integração no grupo de sociedades cominará na perda do seu poder de autodeterminação enquanto sociedade económica independente. As sociedade-filhas deixarão de orientar a sua atividade para o seu interesse social passando a prosseguir o interesse da sociedade-mãe, ficando as “sociedades-irmãs” sujeitas a uma política de direção comum exercida pela sociedade-mãe.

A sua inclusão no grupo societário implica, assim, a diluição do seu interesse social mas também da sua autonomia organizativa porque, empiricamente, os órgãos deliberativos (assembleia geral) e os de gestão (a gerência para as sociedades por quotas e o conselho de administração para as sociedades anónimas) da sociedade-mãe têm uma participação muito importante na administração da sociedade dominada (*v.g.* se elegem a maioria dos membros do órgão de gestão). Consequentemente, se assim é, então verifica-se também a perda de autonomia patrimonial da sociedade-filha.

Com efeito, na lógica de funcionamento do grupo de sociedades, estabelecer-se-á uma rede de vasos comunicantes entre os patrimónios das sociedades agrupadas, de tal modo que serão levadas a cabo transferências patrimoniais entre as sociedades agrupadas, transferindo-se ativos e capitais de umas sociedades para outras. Ou seja, como consequência da perda do seu poder de autodeterminação, as sociedades-filhas poderão ver seriamente reduzida a sua autonomia económico-patrimonial.

Deste modo, as sociedades-filhas não serão mais do que um veículo orientado para a sobrevivência e para o sucesso global do grupo, de tal modo que em certos casos parecem simples instrumentos de gestão ao serviço dos objetivos da sociedade-mãe, transformando-se em simples satélites girando em órbita da sociedade-mãe⁹⁴.

Já do ponto de vista da sociedade-mãe, a direção unitária surge como um seu instrumento de coordenação que lhe permitirá seguir uma linha estratégica por si traçada e definida, logrando maximizar os interesses económicos e empresariais da

⁹⁴ Neste sentido FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *Conferência Pronunciada Na Ordem Dos Advogados, ob. cit.*, p. 593.

empresa plurissocietária, servindo-se, para tal, do domínio por si exercido sobre as demais sociedades integrantes do grupo.

A nível jurídico-patrimonial, os sócios da sociedades-mãe ficarão onerados com as obrigações legais que advém da constituição de um grupo de sociedades: a relação de grupo não só tornará a sociedade-mãe responsável directa e ilimitadamente perante os credores das sociedades-filhas (art. 501.º), como também acartará o dever da sociedade-mãe compensar as perdas anuais das sociedades-filhas (art. 502.º).

Já a nível jurídico-organizativo, num contexto de um grupo de sociedades, os sócios acabarão por perder os direitos de participação social (direito de voto, direito de informação, direito de eleição e destituição dos restantes órgãos sociais, etc.) em favor dos órgãos de administração, em relação aos setores da mesma empresa global agora destacados para as sociedades-filhas⁹⁵.

⁹⁵ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p.147.

CAPÍTULO II

A INSOLVÊNCIA DE SOCIEDADES EM RELAÇÃO DE GRUPO

1. O FLAGELO DO FENÓMENO DAS INSOLVÊNCIAS NUM CENÁRIO DE CRISE

Em 2007 despoletou nos Estados Unidos uma crise financeira de cariz bancário⁹⁶ que, pelos ductos da globalização, rapidamente se estendeu à Europa no ano subsequente⁹⁷. Pese embora se tenha iniciado no sistema financeiro, esta crise repercutiu-se nos mercados bolsistas e de capitais em geral, alastrando-se posteriormente a toda a atividade económica.

A elevada liquidez disponível foi exponencialmente aumentada pelos sistemas financeiros dos diversos países, mais especificamente por meio da técnica da titulação e das facilidades de concessão de crédito⁹⁸. Ora facilmente se vê que a ambição pelo sucesso acarreta, inexoravelmente, o pertinaz apetite pelo risco. Incontestavelmente as baixas taxas de juros, a proliferação dos cartões de crédito, o perigoso mercado das hipotecas imobiliárias, os empréstimos para as compras de automóveis, culminaram, naquilo a que VÍTOR BENTO denominou de “*loucura colectiva*”⁹⁹.

Nesta senda, os comportamentos passaram a ser orientados tendo em conta apenas o presente, incitando-se o endividamento e o excesso. Estas condutas repercutiram-se no aumento desmesurado do consumo, do crédito e, conseqüentemente, do endividamento¹⁰⁰.

⁹⁶ Trata-se da crise do “*subprime*” desencadeada a partir da quebra de instituições de crédito dos Estados Unidos, que concediam empréstimos hipotecários de alto risco (“*subprime loan ou subprime mortgage*”), tendo conduzido vários bancos à situação de insolvência e repercutindo-se mundialmente nas bolsas de valores.

⁹⁷ A este respeito recordemo-nos de uma famosa frase proferida por um jornalista no momento em que a crise se começou a manifestar na Europa – “*quando os Estados Unidos tosem a Europa constipa-se*”. Tal metáfora visa apenas aludir à grande influência dos E.U.A. na Europa, ressaltando-se que se recebemos influências positivas, também recebemos as influências negativas.

⁹⁸ Vide. CAROLYN V. CURRIE, *The Banking Crisis of New Millenium – Why It was inevitable* in Greg N. Gregoriu, *The Banking Crisis Handbook*, 2010, pp. 13-19.

⁹⁹ Cfr. VÍTOR BENTO, *Crise económica ou mais do que isso?* in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Ano 1 (2008), n.º 4. p. 21.

¹⁰⁰ Nas palavras de VÍTOR BENTO “*A riqueza e a sua ostentação tornaram-se nos objectivos dominantes do reconhecimento social, orientando os comportamentos na sua direcção (...) Descurrou-se a prudente visão da vida baseada na durabilidade e na sustentação da existência, incluindo a dos descendentes, em benefício de uma visão baseada na egoística satisfação do bem-estar individual imediato e com ela arriscando o bem futuro, incluindo o dos descendentes. E enquanto a primeira visão fomenta comportamentos*

A combinação dos fatores *supra* descritos culminou no despoletar de um forte cenário de crise. Efetivamente, as flutuações dos mercados, as baixas do investimento, as quebras do PIB, a diminuição da procura conduziram a um *crash* da economia norte-americana, e, conseqüentemente, dos países europeus ao qual, naturalmente, Portugal não escapou¹⁰¹.

Ora, no seguimento das considerações enredadas não será difícil estabelecer uma relação de causa-efeito entre o surgimento da crise e o significativo aumento do número de insolvências de empresas desde 2008 em diante.

Em Portugal a crise consubstanciou-se numa verdadeira estagnação por falta de liquidez. Face à ausência de liquidez as instituições de crédito passaram a restringir fortemente o acesso ao crédito por parte das empresas e, contudo, quando o concedem praticam taxas de juro bastante elevadas. Como sustenta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO *“Sem liquidez as empresas não investem e não criam emprego. Pior: definham, incapazes de honrar os seus compromissos laborais, sociais, fiscais e bancários”*¹⁰².

As empresas caem, assim, numa espiral fortemente recessiva passando a debater-se pela sua sobrevivência financeira, logrando evitar a sua asfixia. Todavia, apesar dos esforços concertados muitas delas não conseguem *“reanimar-se”* não tendo opção senão declarar o *“óbito”* e requerer a insolvência.

Para uma visão mais esclarecedora e expressiva da realidade atente-se que no período compreendido entre 2007 e 2012 assistiu-se a uma subida vertiginosa dos processos de falência, insolvência e recuperação de empresas nos tribunais judiciais de primeira instância. A comparação entre o primeiro semestre de 2007 (pré-crise) e o primeiro trimestre de 2012 revela um aumento de 451,7% no número de processo

favoráveis à poupança e à moderação, a segunda fomenta comportamentos favoráveis ao endividamento e ao excesso”. Cfr. VÍTOR BENTO, *Crise económica ou mais do que isso?*, ob. cit., pp. 26-29.

¹⁰¹ Na Europa, ao longo de 2010, assistiu-se a uma retoma fabulosa da economia alemã, assente num incremento da procura interna o que lhe permitiu obviar a grandes dramas seguindo-se uma expansão sem precedentes nas exportações. Contudo a crise manteve-se e assumiu sintomas mais dramáticos e agudos nos países periféricos da Europa, nomeadamente em Portugal, na Irlanda, na Grécia, em Espanha e em Itália.

¹⁰² Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Perspectivas Evolutivas do Direito da Insolvência* in Revista de Direito das Sociedades, Ano IV (2012), Número 3, p. 566.

entrados¹⁰³. Esta percentagem não deixa margem para dúvida acerca da assombrosa depressão económica que se instalou sobre o nosso país.

Nesta linha expositiva, atentando-se que o escopo fulcral do processo de insolvência é o ressarcimento dos credores, questiona-se então como fica a sua situação. Mais uma vez socorremo-nos dos dados para demonstrar que os números são impressionantemente avassaladores: 94,1% dos montantes de créditos reconhecidos não são pagos¹⁰⁴. A insolvência afigura-se, assim, como um verdadeiro “cemitério de empresas e de riqueza”¹⁰⁵.

Dito isto estamos cientes que o problema de liquidez não é uma causa mas sim uma consequência da crise atual. Consoante se escreveu no *Global Europe Anticipation Bulletin* “é um problema de solvência que cria os “buracos negros” nos quais desaparecem as liquidez, quer se chamem insolvências de empresas, endividamentos das famílias, balanços dos bancos ou défices públicos”¹⁰⁶.

2. A PRIMAZIA DOS CREDITORES COMO FINALIDADE DO PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

Nos finais do século XX, a incapacidade europeia de obter taxas de crescimento significativas e a persistência de uma elevada taxa de desemprego com pesados custos sociais fizeram com que o direito falimentar sofresse reformas significativas¹⁰⁷, nas quais se inscrevem quer o CPEREF de 1993, quer o atual CIRE¹⁰⁸.

Cumprir referir que com o encetar deste movimento reformador o Direito das falências que, até então, se caracterizava por ser um direito voltado para o comerciante, voltou-se para a empresa, logrando, primordialmente, salvar a empresa e os valores que

¹⁰³ A fonte desta estatística é a Direcção Geral da Política de Justiça.

¹⁰⁴ Fonte da estatística: Direcção Geral da Política de Justiça.

¹⁰⁵ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Perspectivas Evolutivas do Direito da Insolvência*, ob. cit., p. 591.

¹⁰⁶ Artigo disponível em <http://www.leap2020.eu/>.

¹⁰⁷ As crises petrolíferas e a necessidade dos Estados protegerem as empresas recuperáveis e os níveis de empregos estão na base do nascimento deste movimento reformador.

¹⁰⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Perspectivas Evolutivas do Direito da Insolvência*, ob. cit., p. 576.

a mesma envolve. Com o brotar desta reforma o velho direito das falências perde forças passando-se a tender para um Direito “das empresas em dificuldades”¹⁰⁹.

Entre nós, primeiro pelo Decreto-Lei n.º 177/86 de 2 julho e depois pelo Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresa e de Falência, a problemática sócio-económica inerente aos temas concursais levou o legislador a adotar soluções que permitissem a recuperação de empresa. Os direitos dos credores surgiam apenas em segunda linha.

Em 2004 o Código da Insolvência é alvo de reforma, surgindo estruturalmente novo. Estas inovações constituem a pedra de toque para afastar o óbice da recuperação e introduzir como finalidade principal do processo de insolvência a primazia do interesse dos credores.

O novo CIRE marca assim uma reviravolta na finalidade do processo da insolvência. Com efeito, o processo de insolvência deixou de ter como principal finalidade a recuperação da empresa para passar a ostentar como único fim a satisfação dos credores, de que a empresa é mero instrumento.

Destarte, cumpre evidenciar que a liquidação do património de um devedor insolvente e a conseqüente repartição do produto obtido pelos credores passam a ser a nova finalidade do processo de insolvência.

Sublinhe-se que o escopo principal do novo regime é a “*satisfação pela forma mais eficiente possível dos direitos dos credores, é aos credores que cumpre decidir quanto à melhor efectivação da garantia comum dos seus créditos, é sempre das estimativas dos credores que deve depender, em última análise, a decisão de recuperar a empresa, é sempre a vontade dos credores que comanda todo o processo*”¹¹⁰.

Contudo, ressalte-se que esta primazia não opera apenas em detrimento da empresa: exige-se, igualmente, o sacrifício de terceiros que tenham contratado com a entidade insolvente. Daí o princípio geral do artigo 102.º, n.º 1 do CIRE, alusivo a negócios ainda não cumpridos: até o administrador da insolvência optar pela execução ou recusar o incumprimento, o seu cumprimento fica suspenso¹¹¹.

¹⁰⁹ Expressão de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Perspectivas Evolutivas do Direito da Insolvência*, ob. cit., p. 577.

¹¹⁰ Cfr. Prêambulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março.

¹¹¹ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Perspectivas Evolutivas do Direito da Insolvência*, ob. cit., pp. 583-584.

Propugnando esta mesma primazia dos credores na no Preâmbulo do CIRE consagra-se que *“No CIRE a primazia que efectivamente existe é a da vontade dos credores, enquanto titulares do principal interesse que o direito concursal visa acautelar: o pagamento dos respectivos créditos, em condições de igualdade quanto ao prejuízo decorrente de o património do devedor não ser, à partida e na generalidade dos casos, suficiente para satisfazer os seus direitos de forma integral”*¹¹².

Nesta perspetiva, leva-se mais longe a confiança nos mecanismos reguladores do mercado, conferindo-se soberania aos credores e limitando-se, drasticamente, os poderes do juiz¹¹³.

3. A INSOLVÊNCIA NOS GRUPOS DE SOCIEDADES

3.1. SUJEITOS PASSIVOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA: O GRUPO DE SOCIEDADES?

Tal como é reconhecido no Preâmbulo do CIRE, o artigo 2.º do CIRE contempla um elenco aberto dos sujeitos passivos da declaração de insolvência.

Face à *ratio* desse artigo coloca-se a questão de saber se os grupos de sociedades são abrangidos pela teor desta norma, uma vez que não se encontram expressamente previstos na mesma. Mais propriamente, emerge aqui uma pertinente questão: será válida a declaração de insolvência de um grupo de sociedades como tal?

O principal óbice que se coloca emerge do paradoxo existente entre a personalidade jurídica de cada uma das sociedades que integram o grupo e na correspondente ausência de personalidade jurídica do grupo¹¹⁴.

Pese embora o grupo seja constituído por um variado número de sujeitos independentes faz-se *mister* relevar que para o exterior, muitas vezes, é veiculada uma imagem de unidade patrimonial do conjunto das sociedades que o integram. Daí que

¹¹² Vide Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março.

¹¹³ Cfr. Ac. do STJ, de 14 de Junho de 2011, processo 6132/08.OTBBRG-J.G1.S1 (Relator: Fonseca Ramos).

¹¹⁴ Entendimento sustentado por SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, Revista de Direito das Sociedades, Ano V (2013), Números 1 e 2, p. 342.

perante os credores se invoque, frequentemente, “a solvência patrimonial conjunta do grupo como elemento de garantia”¹¹⁵.

Porém, tal confiança gerada pela aparência unitária do grupo serve tanto para assegurar a solvência e o cumprimento das obrigações perante terceiros, como também serve para que os credores possam vir a reclamar da sociedade dominante ou de outras sociedades do grupo o pagamento dos seus créditos, quando a filial não esteja em condições de o fazer. Ou seja, se a confiança no grupo é utilizada como um instrumento para que o mesmo possa contrair dívidas, esta confiança deve servir também para a satisfação das mesmas¹¹⁶.

Remetendo-nos ao cerne da questão em apreciação, almejamos descortinar se, efetivamente, os grupos de sociedades podem ser considerados como sujeito passivo da declaração de insolvência, enquanto entidade própria, direta e globalmente afetada pela declaração de insolvência.

A este respeito o Preâmbulo do CIRE postula que “(...) apresenta-se no artigo 2.º do novo código um elenco aberto de sujeitos passivos do processo de insolvência. Aí se tem como critério mais relevante para este efeito, não o da personalidade jurídica, mas o da existência de autonomia patrimonial, o qual permite considerar como sujeitos passivos (também designados por devedor ou insolvente), designadamente, sociedades comerciais e outras pessoas colectivas ainda em processo de constituição, o estabelecimento individual de responsabilidade limitada, as associações sem personalidade jurídica e “quaisquer outros patrimónios autónomos”¹¹⁷.

A opção do CIRE não se traduz numa substituição do critério da personalidade jurídica pelo da autonomia patrimonial, mas sim em introduzir, ao lado do critério da personalidade jurídica, o da autonomia patrimonial¹¹⁸.

¹¹⁵ Cfr. SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, ob. cit., p. 342.

¹¹⁶ Sublinhando esta posição vide SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, ob. cit., p. 342.

¹¹⁷ Cfr. Prêmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março.

¹¹⁸ Neste sentido veja-se o Acórdão do TRL, de 9 de Dezembro de 2003, processo 8322/2003-7 (Relator: Proença Fouto) ao consagrar que “na empresa de grupo ou plurissocietária as sociedades agrupadas conservam em pleno a sua personalidade jurídica individual, ou seja, mantêm a respectiva autonomia jurídico-patrimonial e jurídico-organizativa”.

Convoque-se aqui o douto entendimento de CATARINA SERRA ao propugnar que o critério da autonomia patrimonial é *“o mais adequado para delimitar o âmbito de aplicabilidade da falência, devendo ser definitivamente afastado o critério da personalidade jurídica uma vez que (...) a finalidade principal do processo (pagamento aos credores através da liquidação do património responsável) torna suficiente o critério da autonomia patrimonial” (...)*^{119 120}.

Na verdade, a lei não atribui personalidade jurídica ao grupo de sociedades como sujeito de direito (*personificação do grupo*), pois o que o caracteriza, enquanto forma de organização de um conjunto de empresas, é precisamente *a unidade económica do todo e a pluralidade jurídica das partes*, e o grupo de sociedades, seja vertical, horizontal ou diversificado, não é reconduzível a uma empresa (em sentido objetivo ou subjetivo), postergando-se a conceção de unidade empresarial¹²¹.

Pronunciando-se sobre a possibilidade de personificação dos grupos de sociedades, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES¹²² aduz que tal desiderato é completamente inadequado, uma vez que se trataria de uma verdadeiro *“contra-senso”* em relação aos seus elementos constituintes, porquanto a personificação legal do grupo geraria o seu desaparecimento - o seu *“homicídio legislativo”*¹²³ - ao colocar fim ao aspeto fundamental da sua constituição, a combinação híbrida de uma unidade económica com a manutenção da diversidade jurídica.

Ora, afigurando-se o grupo de sociedades como uma unidade económica empresarial, embora constituído por diversas pessoas jurídicas, poderá então o mesmo ser objeto de um processo de insolvência?

¹¹⁹ Sobre estas noções escreve CATARINA SERRA, *Nótulas sobre o Registo Predial da Insolvência*, disponível em [http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/Registo Predial de Insolvência.pdf](http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/Registo%20Predial%20de%20Insolv%C3%ancia.pdf), pp. 3-4.

¹²⁰ Corroborando tal entendimento vide o Ac. do TRC, de 27 de Julho de 2010, Processo 255/10.2T2AVR-B.C1 (Relator: Carlos Gil) ao sustentar que *“É, pois, ao critério da unidade patrimonial e empresarial, mais do que ao critério da personalidade jurídica, que devemos atender quando nos deparamos com um grupo societário: seja para efeitos de responsabilidade patrimonial pelos créditos dos credores do grupo, seja para efeitos de apreciação da situação de insolvência”*.

¹²¹ Neste sentido, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p.155 e ss.; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade: As Empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1996, p.256 e ss.

¹²² *“Personificar significaria assim colocar a empresa plurissocietária num verdadeiro “colete de forças”, destruindo aquela típica combinação entre personalidade jurídica e unidade económica que constitui a fonte última das vantagens comparativas em termos de flexibilidade organizativa e aproveitamento das sinergias económicas que justamente apresenta em face da tradicional estrutura unisocietária”*. São palavras de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p.157.

¹²³ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 155 e ss.

Dado que as sociedades de grupo, mesmo em domínio total, mantêm autonomia jurídica, como resulta da própria regulamentação legal e é entendimento doutrinário predominante, a lei não obsta à declaração de insolvência de uma ou de várias delas face ao conteúdo do art. 2.º do CIRE¹²⁴.

Apesar da direção económica comum pautada na dependência económica das sociedades, no nosso ordenamento jurídico, o grupo de sociedades não tem personalidade jurídica, mantendo-se a independência/autonomia jurídica de cada uma das sociedades integrantes do grupo, cada uma com personalidade jurídica. Ora, na medida em que não se reconhece personalidade jurídica ao grupo como um todo cumpre-nos concluir que o grupo de sociedades não pode apresentar-se conjuntamente à insolvência.

Corroborando este entendimento, SARA MONTEIRO MAIA MACHADO¹²⁵ discorda que, pese embora a unidade económica do grupo, o mesmo possa ser objeto de um processo de insolvência. Neste âmbito, considera a Autora¹²⁶ que não se pode descurar que dentro do grupo apesar de certas sociedades se encontrarem insolventes, outras sociedades podem preservar a sua solvência, pelo que não se vislumbra qualquer razão plausível para que as mesmas possam ser arrastadas para o processo de insolvência pelo simples facto de integrarem o mesmo grupo.

Ademais, salienta a Autora¹²⁷ que “o não preenchimento do pressuposto objetivo do processo de insolvência – precisamente o estado de insolvência nos termos do artigo 3.º do CIRE – quanto às sociedades solventes não o permite”, pelo que não se verificando o pressuposto objetivo da insolvência, não se permite a extensão do processo de insolvência às sociedades dos grupos que estejam numa situação de solvência¹²⁸.

¹²⁴ Sustentando este entendimento vide o Ac. do TRC, de 7 de Setembro de 2010, processo 213/10.7T2AVR-A.C1.

¹²⁵ Neste mesmo sentido SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, ob. cit., p. 343.

¹²⁶ Vide SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, ob. cit., p. 343.

¹²⁷ Cfr. SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *Ibidem*, p. 343. A única situação em que se pode aludir a uma situação de insolvência no grupo ocorria nos casos extremos de insolvência da sociedade-mãe cujas filiais são sociedades unipessoais. Quanto a estes casos, cfr. V.J. PULGAR, *El Concurso De Sociedades Integradas en un Grupo*, in A.A.V.V., *La Modernización Del Derecho De Sociedades De Capital En España* (Dir. Alonso Ledesma), Cizur Menor, 2011, p. 454, Nota 9.

¹²⁸ Atualmente as sociedades solventes não podem ser arrastadas para um processo de insolvência de outra sociedade do grupo. Hoje, trata-se de uma hipótese incompatível com o direito vigente. Porém, encontra-se validada “a possibilidade de participação voluntária das sociedades solventes em eventual plano de recuperação envolvendo o grupo. Diferentes são as situações em que a

O nosso parecer encaminha-se no sentido de que por mais entrosadas que sejam as vinculações patrimoniais entre duas ou mais sociedades integrantes do mesmo grupo, e por mais respeitável que seja o interesse dos seus credores comuns, as relações do grupo não são fundamento válido para que se possa estender o concurso a outras sociedades nas quais não se verifica o pressuposto objetivo da insolvência, atual ou iminente. O necessário respeito pelo interesse dos acionistas e credores das sociedades solventes que estariam a ser chamados ao processo em defesa de interesses que lhe são estranhos impõe que tal pretensão, abusiva pela falta de fundamento, seja proibida¹²⁹.

Desaparecem, portanto, as falências derivadas ou por arrastamento constantes do art. 126.º do CPEREF (traduzidas na possibilidade de chamar uma sociedade solvente a responder pelas dívidas de uma sociedade insolvente, em virtude da relação de grupo), por não se crer equânime sujeitar sem mais à declaração de insolvência as entidades aí mencionadas, que bem podem ser solventes. Assim os pressupostos de insolvência têm que se verificar relativamente a cada insolvente.

Efetivamente a hipótese de serem abrangidas no processo de insolvência sociedades integrantes do grupo que não se encontrem em situação de insolvência, tendo em conta os critérios legalmente estipulados - no caso do Direito português, o art. 3.º do CIRE - é manifestamente incompatível com o Direito vigente. Caso os critérios de insolvência previstos no CIRE não sejam preenchidos pela sociedade, o processo não pode abrangê-la.

No nosso entendimento, aplicando-se as regras do CIRE, que preveem que possam ser sujeitos passivos de um processo de insolvência não só as sociedades, mas também todas as entidades com ou sem personalidade jurídica que apresentem uma autonomia económica, chegamos à conclusão de que será necessário verificar para cada uma das sociedades do grupo a existência dos pressupostos de insolvência, pois só nesta medida é possível que as sociedades do grupo sejam sujeitos passivos de um processo de insolvência. Os pressupostos da insolvência tem que ser verificados para cada uma das

insolvência de uma sociedade do grupo (v.g., a sociedade-mãe) tem como consequência a insolvência iminente ou actual de outras sociedades do grupo ("efeito dominó"), hipótese não rara atenta a interdependência das sociedades agrupadas, mas que não se confunde com a anterior". Sufragando tal posição, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo, RDS Ano I (2009), Número 4, p. 999.

¹²⁹ Invocando isso mesmo S. L. SCHWARCZ, *Collapsing Corporate Structures: Resolving the Tension Between Form and Substance*, The Business Lawyer 60 (2004), pp. 113 a 115.

sociedades, admitindo-se que o processo de insolvência se institua apenas quando se demonstrem os indícios e requisitos exigidos na lei. Só nesta situação estas sociedades podem ser sujeitos passivos de um processo de insolvência.

Na verdade, como estamos na presença de sociedades distintas, com direitos e obrigações distintos, com objeto social distinto, com credores e devedores distintos, só podemos concluir pela independência destas sociedades numa situação de insolvência.

Não se verificando os pressupostos da declaração de insolvência para cada uma das sociedades, estas não podem ser declaradas insolventes, salvaguardando-se assim a posição dos seus credores que irão reclamar os seus créditos a estas sociedades que se mantêm em atividade.

3.2. A (IN)EXISTÊNCIA DE UM CONCEITO DE GRUPO DE SOCIEDADES PARA EFEITOS DO CIRE

Na sua vasta floresta legislativa, o direito da insolvência português não abarca um conceito específico de grupo de sociedades, assim como não consagra um regime específico que lhe seja aplicável.

Nesta órbita, o CIRE não vai além de remissões para noções vertidas noutros setores do nosso ordenamento jurídico.

Ainda que não tenha reservado para si qualquer conceito de relações societárias de grupo ou de domínio, o CIRE utiliza-o, como se extrai do cotejo entre os arts. 49.º, n.º 2, alínea b) e 86.º, n.º 2 do CIRE¹³⁰.

No art. 49.º, n.º 2, alínea b) faz-se uma menção expressa às pessoas especialmente relacionadas com o devedor, cujos créditos podem ser considerados subordinados nos termos do art. 48.º, preceituando-se que “*São havidos como especialmente relacionados com o devedor pessoa colectiva as pessoas que, se for o caso, tenham estado com a sociedade insolvente em relação de domínio ou de grupo, nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários (...)*”. Nestes termos, o CIRE remete, expressamente, para a noção prevista no Código dos Valores Mobiliários.

¹³⁰ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)* in RDS, Ano V (2013), Números 1 / 2, pp. 134-135.

Já no âmbito do n.º 2 do art. 86.º do CIRE, relativo à apensação de processos, propugna-se que sendo o devedor uma sociedade comercial, a requerimento do administrador da insolvência, poderão ser apensados aos autos “os processos em que tenha sido declarada a insolvência de sociedades que, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ela domine ou com ela se encontrem em relação de grupo”. Ora, uma vez mais o CIRE remete para o conceito de grupo previsto no CSC.

Destarte, o legislador concursal, embora não tenha desprezado a realidade dos grupos, coibiu-se de estipular um conceito de grupo de sociedades específico para efeitos do CIRE, preferindo optar pela técnica da remissão quando logra salientar a sua especificidade em matéria de insolvência¹³¹.

3.3. O DEVER DE REQUERER A DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NOS GRUPOS DE SOCIEDADES

A insolvência traduz-se no “estado patológico da actividade económico-social de um devedor e, como toda a patologia, carece de ser bem diagnosticada para que se lhe possa aplicar a terapia correta”¹³².

A situação de insolvência é definida legalmente como sendo a situação em que o devedor se encontra impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas (n.º 1 do artigo 3.º do CIRE). Configura, assim, para o devedor, uma insuscetibilidade de satisfazer obrigações que pelo seu significado no conjunto do passivo do devedor ou pelas circunstâncias do incumprimento evidenciam a impossibilidade de satisfação da generalidade dos seus compromissos¹³³.

¹³¹ Neste sentido SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedade: O Problema da Consolidação Substantiva*, ob. cit., p. 341.

¹³² Palavras de MANUEL REQUICHA FERREIRA, *Estado de Insolvência*, in *Direito da Insolvência*, Estudos, 1.ª Edição, coord. Rui Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 132.

¹³³ Cumpre ressaltar que a situação de insolvência não corresponde linearmente à situação líquida negativa, não significa ausência do património/ativo do devedor, ao invés, corresponde a uma impossibilidade de cumprimento pontual das obrigações. Assim sendo, a insolvência pressupõe mais do que a mera insuficiência patrimonial, pressupõe a ausência de capacidade patrimonial e a ausência de capacidade de a ultrapassar. Note-se que a declaração de insolvência repousa, assim, sobre dois elementos objetivos: por um lado na *impossibilidade de cumprir* e, por outro, no *vencimento das obrigações*, sendo que estes elementos implicam sempre uma análise do conjunto do passivo da empresa e das circunstâncias que motivaram o incumprimento.

Remetendo-nos, agora, ao dever de apresentação à insolvência advirta-se que de acordo com o n.º 1 do artigo 18.º do CIRE, toda a sociedade que se encontre em situação de insolvência e a conheça deve, dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência ou à data em que devesse conhecê-la, requerer a respetiva declaração judicial¹³⁴. Nestes termos é, em princípio, sobre a sociedade que se encontre insolvente que impende o dever de requerer ao Tribunal a declaração de insolvência¹³⁵.

Segundo a cominação expressa do art. 19.º do CIRE, tal dever, tratando-se de sociedades, há-de ser satisfeito “*pelo órgão social incumbido da administração*”.

Mas, no âmbito do grupo de sociedades, este será um dever da administração da sociedade dominada ou será que é à administração da sociedade dominante que incumbe requerer a declaração de insolvência da sociedade subordinada?

Essencialmente, consoante o propugnam CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA¹³⁶, a questão só faz sentido quando a sociedade dominante tenha competência para instruir. Como tal pressuposto não se verifica nas sociedades em relação de simples domínio nem nas de grupo paritário, estas ficam, desde logo, excluídas¹³⁷. Tratemos então das relações de grupo subordinado e de domínio total, nas quais o poder de instrução existe nos termos do art. 503.º do CSC.

Ora, nos termos conjugados dos arts. 18.º e 19.º do CIRE resulta que a administração da sociedade dominada tem o dever de promover a apresentação. Tanto nas sociedades em relação de domínio total, como nas sociedades constituídas por contrato de subordinação, atentando no teor do art. 19.º do CIRE, afigura-se-nos que este será um dever da administração da sociedade subordinada, que, todavia, poderá ser instruído por parte da administração da sociedade dominante ou diretora no sentido de a promover.

¹³⁴ Advirta-se que o n.º 3 do mesmo preceito se estabelece uma presunção de conhecimento *iuris et de iure* ao estipular que “*Quando o devedor seja titular de uma empresa, presume-se de forma inilidível o conhecimento da situação de insolvência decorridos pelo menos três meses sobre o incumprimento generalizado de obrigações de algum dos tipos referidos na alínea g) do n.º 1 do artigo 20.º*”.

¹³⁵ Cfr. art. 18.º, n.º 1 do CIRE.

¹³⁶ Neste sentido LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, *ob. cit.*, p. 143.

¹³⁷ Pensamento avançado por LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)* *ob. cit.*, p. 143.

Neste sentido, e em face dos limites do poder de instrução, não se afigura legítima qualquer ordem derivada da sociedade dominante que vise incitar a sociedade dominada a incumprir o dever da promoção da declaração de insolvência¹³⁸. Para a sociedade dominada não resulta qualquer obrigação de acatar tal ordem e, caso decida acatá-la sujeitar-se-á à cominação de ser responsabilizada pela violação do dever e, conseqüentemente, não ficará exonerada das conseqüências que, para ela, daí advêm.

Porém, se se verificarem os pressupostos para requerer a declaração de insolvência e a administração da sociedade dominada nada fizer, esta deverá ser legalmente responsabilizada na medida em que tendo acesso a toda a informação e contabilidade da empresa, é o órgão que melhor conhece a realidade da empresa.

Todavia, na parte inicial n.º 1 do art. 20.º do CIRE preceitua-se que “*A declaração de insolvência de um devedor pode ser requerida por quem for legalmente responsável pelas suas dívidas*”. Ora, sendo a sociedade dominante responsável legal pelas dívidas da dominada, tanto no grupo dominial, como no grupo subordinado, parece que também a sociedade dominante terá legitimidade para promover a declaração de insolvência da sociedade dominada.

JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES¹³⁹ focando-se no teor literal do art. 19.º do CIRE consideram que, mesmo que se faça uma interpretação extensiva, não se encontra aqui nenhum indício revelador que aponte no sentido de conferir aos titulares órgãos sociais da sociedade dominante alguma atribuição ligada ao cumprimento do dever de apresentação de sociedades dominadas. Ora, para os Autores, o silêncio da lei deverá ser interpretado no sentido de se rejeitar a existência de um dever especial da administração da sociedade dominante promover a declaração de insolvência da sociedade dominada^{140 141}.

¹³⁸ Posição propugnada por LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)* ob. cit., p. 144, com a qual estamos inteiramente de acordo.

¹³⁹ Sufragando este entendimento JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., p. 145.

¹⁴⁰ Cfr. JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., p. 147.

¹⁴¹ Para os Autores, a este respeito assume particular relevância a natureza jurídica que reveste o poder de instrução concedido à sociedade dominante, nos termos do art. 503.º do CSC. Com efeito, o facto deste poder se assumir como um verdadeiro direito subjetivo da sociedade dominante, de exercício não vinculado, permite que se afaste a ideia de que nele se funde a necessidade

O nosso parecer encaminha-se no sentido de recair sobre a administração da sociedade subordinada o dever de requer a sua declaração de insolvência uma vez que apesar de se tratar de uma sociedade inserida numa relação de grupo continua a manter a sua personalidade jurídica pelo que não fica amputada de levar a cabo os deveres atinentes à vida da sociedade em si pelo que entendemos que é no leque das competências da sua administração que recai a responsabilidade pelo dever de requer a sua declaração de insolvência.

3.4. OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INSOLVÊNCIA NA RELAÇÃO DE GRUPO SOCIETÁRIO

Como vimos, apesar de as sociedades estarem numa relação de grupo, as sociedades conservam em pleno a sua personalidade jurídica individual, isto é, mantêm a respetiva autonomia jurídico-patrimonial e jurídico-organizativa.

Ora, esta autonomia deve repercutir-se *in casu* de insolvência de uma ou mais sociedades do grupo. Com efeito, estamos em presença de entidades distintas, com direitos e obrigações distintos, com objeto social distinto, com credores e devedores distintos, pelo em caso de insolvência só podemos concluir pela independência destas sociedades.

Mesmo aquando da dissolução as sociedades mantêm essa independência. Conforme refere PINTO FURTADO¹⁴², a sociedade dissolvida mantém a sua personalidade jurídica, porque continua suscetível de direitos e obrigações, mas vê a sua capacidade jurídica de exercício reduzida ao objetivo da liquidação e partilha do património social.

Perante as considerações expendidas surge naturalmente a questão de saber como se processarão os efeitos da insolvência nas sociedades em relação de grupo. Que impactos emergem nestas sociedades em virtude da situação de insolvência?

normativa de ordenar à sociedade dominada insolvente a promoção do respetivo processo. Neste âmbito, uma instrução da sociedade dominante nada acrescentaria, nem modificaria, apenas se limitaria a ordenar fazer aquilo a que a administração da sociedade dominada já está legalmente obrigada. Cfr. JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., pp. 145-146.

¹⁴² Defendendo esta solução PINTO FURTADO *apud* ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Sobre a Dissolução das Sociedades Anónimas*, Lisboa, 1986, p. 17.

Na relação de domínio, a insolvência da sociedade dominada não interfere com a qualidade de sócia da sociedade dominante, qualidade que só virá a desaparecer quando a insolvente for liquidada no processo ou, quando suceda, se vier a ser aprovado, homologado ou executado um plano de insolvência que acarrete a perda dessa posição¹⁴³.

No que concerne à dimensão da responsabilidade da sociedade dominante ou diretora denote-se que a insolvência das sociedades subordinadas não modifica, por si mesma, esta responsabilidade mas sublinhe-se que lhe altera os termos, mais especificamente no que toca à responsabilidade e exequibilidade, tomando em consideração primeiro que a declaração de insolvência acarta, *ipso iure*, o vencimento de todas as obrigações da sociedade insolvente, consoante o postula o n.º 1 do art. 91.º do CIRE e, segundo, o regime preceituado na alínea c) do n.º 3 do art. 82.º do mesmo Código¹⁴⁴, nos termos do qual durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência pode propor e fazer seguir ações contra os responsáveis legais pelas dívidas do insolvente.

Realizando, agora um breve afloramento aos grupos paritários e de subordinação, convoque-se a alínea e) do n.º 1 do art. 141.º do CSC para aduzir que, constituindo a declaração de insolvência de qualquer das agrupadas causa de dissolução imediata da insolvente é, igualmente, causa de extinção do contrato, nos termos conjugados dos arts. 506.º, n.º 3, alínea a) e 492.º, n.º 5, do mesmo diploma¹⁴⁵.

E caso seja declarada insolvente a sociedade dominante, como ficará a situação das sociedades sob influência?

Nas sociedades em relação de grupo paritário ou de subordinação verificar-se-á a cessação do contrato. Se a sociedade-mãe for declarada insolvente e se estivermos perante uma relação de grupo constituída por contrato de subordinação, o contrato cessa os seus efeitos e o grupo extingue-se porque a sociedade-mãe é dissolvida.

¹⁴³ Posição expendida por JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou De Grupo)*, *ob. cit.*, p. 141.

¹⁴⁴ Vide JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou De Grupo)*, *ob. cit.*, p. 141.

¹⁴⁵ Atentando na multiplicidade dos seus efeitos, releve-se que “a insolvência da sociedade sob influência se projecta sempre sobre a posição jurídica da sociedade influente”. Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, *ob. cit.*, p. 142.

Por fim, nos grupos de domínio e de subordinação, a insolvência da sociedade dominante, por meio de um efeito-dominó, afetará, instantaneamente, o exercício da sua responsabilidade, que protege tanto a sociedade dominada, como os seus credores.

Já no que concerne ao poder de instrução, que se preserva na relação de domínio¹⁴⁶, tal poder permanecerá a cargo dos administradores da sociedade dominante ou será transferido para o administrador da insolvência, consoante a administração da massa insolvente venha a ser ou não confiada à devedora, à luz do regime estipulado nos arts. 223.º e seguintes do CIRE¹⁴⁷.

4. O PRINCÍPIO “PAR CONDITIO CREDITORUM” NO ÂMBITO DO GRUPO DE SOCIEDADES: O ART. 501.º DO CSC

No seio do grupo de sociedades, a direção unitária económica repercute-se no plano patrimonial, nomeadamente através da permeabilidade do património das sociedades-filhas, possibilitando-se a transação do património destas para outras sociedades dentro do grupo societário, pondo-se assim em causa a autonomia patrimonial da sociedade-filha e a intangibilidade do seu capital social¹⁴⁸.

Atentando que a garantia dos credores será o património da sociedade, esta permeabilidade poderá repercutir-se no seu direito ao crédito, podendo ficar ameaçada a garantia patrimonial dos credores de uma sociedade. Conforme o alerta JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES¹⁴⁹ *“Ao passo que os seus direitos estão limitados ao acervo patrimonial da filial devedora, a permeabilidade existente entre os patrimónios das sociedades agrupadas pode reduzir ou mesmo eliminar completamente tal acervo”*.

É indubitável que, devido à integração da sociedade-filha num grupo societário, os seus credores serão prejudicados porquanto *“a sociedade-filha inserida no grupo*

¹⁴⁶ *“O poder de instrução mantém-se na relação de domínio, visto que esta permanece em razão da manutenção da titularidade do capital da sociedade dominada”*. São palavras de LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., p. 142.

¹⁴⁷ Considerações entretecidas por LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., p. 142.

¹⁴⁸ Cfr. RITA TERRÍVEL, *O Levantamento Da Personalidade Colectiva nos Grupos De Sociedades*, ob. cit., p. 941.

¹⁴⁹ Vide JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 140.

societário continua a exteriorizar os riscos sociais nos credores mas, em virtude da permeabilidade do património das sociedades agrupadas, estes já não possuem contrapartidas^{150 151}.

Em boa verdade, o credor social lida com a aparência de uma sociedade comercial fiel ao seu interesse social, mas que, devido à sua integração num grupo, ficou sujeita a uma direção externa e dominante, vivendo em função não do seu interesse social, mas sim do interesse social do grupo, isto é, do interesse definido e controlado pela sociedade dominante.

Com efeito, no seio do grupo de sociedades, o interesse da sociedade-mãe ou das sociedades dependentes individuais será substituído pelo interesse do grupo, como critério de orientação e de validade das decisões de gestão do órgão de administração da superior. Estamos, então, perante uma situação em que a lei permite o sacrifício do interesse de uma sociedade ao interesse do grupo de sociedades a que pertence. Simplesmente, a este sacrifício autorizado do interesse da sociedade subordinada ou dependente, a lei faz corresponder determinadas contrapartidas¹⁵², que visam acautelar os interesses da própria sociedade-filha e dos seus credores.

Ora, nestes termos o legislador português veio preconizar a responsabilidade da sociedade dominante pelas dívidas da sociedade-filha como a solução mais justa da contrapartida do "*ius instructionis*"¹⁵³.

Pense-se, desde logo, nos casos em que com as transferências de património para outras sociedades do grupo foi delapidado o acervo patrimonial de uma sociedade. Não seria justo que os seus credores tivessem de suportar as suas consequências - a

¹⁵⁰ Assim o afirma RITA TERRÍVEL, *O Levantamento Da Personalidade Colectiva nos Grupos De Sociedades*, ob. cit., p. 942.

¹⁵¹ Ao analisar a questão da necessidade de proteção dos credores sociais no contexto do grupo, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES considera que se assiste a uma "*externalização virtualmente total dos riscos da exploração empresarial sem quaisquer contrapartidas*", isto é, uma transferência desses riscos para os credores sociais, mesmo que esses sejam credores involuntários - pessoas que não puderam nem estariam em condições de prever, prevenir ou garantir as consequências negativas, para o património social, da relação de grupo. Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de sociedades*, ob. cit., pp. 140 e ss.

¹⁵² Vide MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, ob. cit, pp. 412 e ss.

¹⁵³ No âmbito das relações de grupo atente-se que o art. 501.º representa a contrapartida do poder de instrução atribuído à sociedade-mãe nos termos do art. 503.º do CSC, pelo que apenas se aplica aos grupos assentes em contrato de subordinação (arts. 493.º e ss do CSC) e, por remissão do art. 491.º, aos grupos constituídos por domínio total, inicial ou superveniente (arts. 488.º e ss do CSC), excluindo-se a sua aplicação às relações de contrato de grupo paritário.

inexistência de património e, conseqüentemente, a inexistência da garantia dos seus créditos - em virtude da sociedade com a qual contratam estar inserida num grupo.

O facto de a sociedade-mãe do grupo se desmultiplicar, não pode transformar-se num ónus para os credores, pelo que o risco dessa “tentacularização” da atividade deve recair sobre a sociedade totalmente dominante.

Para este tipo de situações o legislador consagrou no art. 501.º do CSC a responsabilidade da entidade que exerce o poder de direção - ou seja, o poder de subordinar a gestão da sociedade subordinada¹⁵⁴, poder este que se consubstancia no poder de a sociedade-mãe dar à administração da sociedade-filha instruções vinculantes^{155 156} (a menos que o contrato de subordinação disponha o contrário),

¹⁵⁴ Quando nos referimos a sociedade subordinada esta respeita à sociedade subordinada em sentido amplo, abrangendo tanto a sociedade dirigida ao abrigo de um contrato de subordinação, como a sociedade dirigida em virtude de ser integralmente dominada. Já a relação de grupo paritário está excluída do âmbito do art. 501.º e ss. Pese embora o legislador preveja a existência e validade de uma relação de grupo constituída por contrato paritário, não retira daí quaisquer conseqüências ao nível da responsabilidade. Para FRANCISCO PEREIRA COELHO, esta “*regulamentação extremamente comedida*” fica a dever-se à “*marginalidade*” deste fenómeno no direito dos grupos. Cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Grupos de sociedades*, ob. cit., pp. 338 e ss. Não se assume, assim, uma tutela expressa dos interesses das sociedades que, por força do contrato de grupo paritário, se sujeitam à direção unitária e comum, ou dos interesses dos seus credores. Especificamente no âmbito da tutela dos seus credores sociais, neste tipo de grupo, está afastada a possibilidade de existência de relações de subordinação ou de domínio entre as sociedades que o integram. Vide MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas*, ob. cit., pp. 411-412, nota 89.

¹⁵⁵ Estabelece-se um limite ao âmbito das instruções vinculantes: tais instruções devem restringir-se aos atos de gestão da sociedade que respeitem à esfera da competência do órgão de administração do tipo de sociedade em causa; estão excluídas as matérias relativas à organização da sociedade. Cfr. RAÚL VENTURA, *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas em Nome Colectivo*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 1994, pp. 117 e ss.. Para uma análise aprofundada neste âmbito de noções de gestão, cfr. MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, AAFDL, Lisboa, 1990, pp. 36 e ss.

¹⁵⁶ Em face do quadro normativo de que dispomos e na ausência de instruções da sociedade diretora, os membros do órgão de administração da sociedade subordinada deverão gerir esta sociedade apenas no próprio interesse desta, e não também e primordialmente no interesse da sociedade diretora ou do grupo. Nem será legítimo empregar a expressão “*interesse do grupo*” para referir um “*interesse comum a todas as sociedades do grupo, interesse pelo qual se deveria pautar o comportamento dos órgãos de cada uma delas*”. Palavras de JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade*, ob. cit., pp. 269 e ss. Neste mesmo sentido manifestam-se ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades em Relação de Grupo*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 120; MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, ob. cit., p. 94 e ss e RAÚL VENTURA, *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo*, ob. cit., p. 120. Porém, sustentando entendimento divergente, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., pp. 758 e ss., para quem o órgão de administração da sociedade subordinada deverá, na situação aludida, orientar a sua atuação de acordo com o interesse global do grupo, no sentido de que a esse órgão, quando exista uma relação de grupo constituída por contrato de subordinação, cabe gerir os negócios da sociedade subordinada de modo a não tomarem decisões que possam comprometer esse interesse de grupo (para a tomada de decisões com possível impacto a esse nível, o Autor, *ibidem*, p. 760, defende a obrigação de consulta, pelo órgão de administração da sociedade subordinada, dos órgãos competentes da sociedade directora).

mesmo que estas se revelem desvantajosas para a sociedade filha, conforme previsto no art. 503.º, n.º 2 do CSC^{157 158} - pelas dívidas da sociedade-filha.

No que aqui nos interessa, logrando-se precaver os interesses dos credores, no seio do nosso ordenamento jurídico consagrou-se um regime de responsabilidade intragrupo que se afigura particularmente oneroso para a sociedade-mãe^{159 160}.

Derrogando o princípio jurídico-societário tradicional da responsabilidade limitada dos sócios das sociedades anónimas e por quotas¹⁶¹, o legislador consagrou a responsabilidade pessoal, ilimitada e acessória da sociedade-mãe por todas as dívidas e obrigações da sociedade-filha constituídas antes da celebração, durante a vigência e até ao termo do contrato da relação de grupo (art. 501.º)^{162 163 164}.

¹⁵⁷ Deve entender-se por desvantajosas as instruções contrárias ao interesse social próprio da sociedade-filha, que um gestor criterioso e diligente, orientado por tal interesse, não teria tomado. Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Poderes nos Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 163.

¹⁵⁸ Do preceituado no n.º 4 do art. 503.º do CSC resulta que a sociedade-mãe pode determinar a transferência de bens do ativo da sociedade-filha para outras sociedades, desde que exista uma “*justa contrapartida*” (a não ser no caso das situações previstas no art. 502.º do CSC, em que a transferência é admitida sem qualquer contrapartida, por se tratar de casos em que a lei institui uma “*responsabilidade interna comum*” pelas perdas anuais das sociedades do grupo) – conceito indeterminado a preencher a partir da situação da sociedade subordinada (e não da do grupo), de modo a colocá-la na situação que estaria se não tivesse existido aquela transferência de bens. Cfr. MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, ob. cit., pp. 46 e ss.

¹⁵⁹ Neste sentido o Ac. do STJ, de 31 de Maio de 2011, processo 35/1997.L1.S1 (Relator: Salazar Casanova).

¹⁶⁰ “*Pode afirmar-se, depois de uma análise comparativa da tutela conferida aos interesses dos credores das sociedades subordinadas, no âmbito de relações de grupo constituídas por contrato de subordinação (aplicável também aos grupos constituídos por domínio total ex vi do art. 491.º CSC), que o legislador português consagrou um regime jurídico particularmente agressivo, uma vez que aqueles credores podem contar com uma dupla proteção (embora a que resulta do artigo 502.º do CSC apenas indirectamente lhes aproveite)*”. A este propósito MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas*, ob. cit., pp. 420 e 421.

¹⁶¹ O regime de responsabilidade previsto no artigo 501.º do CSC configura uma derrogação ao princípio geral de que cada sociedade responde única e exclusivamente pelas suas próprias dívidas (cfr. artigos 397.º e 601.º do Código Civil e artigos 197, n.º 3 e 271.º do CSC, no que respeita à responsabilidade das sociedades por quotas e das sociedades anónimas, respetivamente).

¹⁶² Cfr. RITA TERRÍVEL, *O Levantamento Da Personalidade Colectiva nos Grupos De Sociedades*, ob. cit., p. 959.

¹⁶³ Para um estudo mais aprofundado acerca do regime contido nos arts. 501.º a 504.º do CSC, cfr. ALESSANDRO BORGIOLO, *Direzione Unitária e Responsabilità Nell’amministrazione Strordinaria*, in *Riv. Delle Società*, 1982, n.ºs 1 e 2; ANTONIO PAVONE LA ROSA, *La Responsabilità da Controllo nei Gruppi di Società*, in *Riv. Delle Società*, 1984, n.º 3; DOMINIQUE SCHMIDT, *La Responsabilité Civil et dans les Relations de Groupe de Sociétés*, in *Revue des Sociétés*, 1981, n.º 4; MARCUS LUTTER, *La Responsabilité Civil et dans le Groupe de Sociétés*, in *Revue des Sociétés*, 1981, n.º 4 e PIER GIUSTO JAEGER, *Direzione unitária di grupo e responsabilità degli amministratori*, in *Riv. Delle Società*, 1985, n.ºs 4 e 5.

¹⁶⁴ A Lei brasileira não reconhece um regime equivalente de responsabilidade da sociedade diretora pelas dívidas da sociedade dependente. COMPARATO, transcrevendo a exposição de matérias do projeto de lei, relata que não se institui “*la responsabilité solidaire presuée des sociétés du même groupe, qui gardent leurs patrimoines distincts en tant qu’unités autonomes de responsabilité et de risque, car l’expérience montre que le créancier, en général, obtient la protection de ses droits par la voie*”

Por via do art. 501.º, o legislador logrou atribuir uma válvula de segurança aos credores das sociedades-filhas, visando, claramente, a sua proteção¹⁶⁵.

O sentido desta norma é o seguinte: *“no equilíbrio estabelecido pelo legislador no âmbito dos grupos de sociedades de jure, o património das sociedades totalmente dependentes está inteiramente à mercê do interesse da sociedade dominante e, indirectamente, dos credores desta, o que tem como contrapartida a responsabilidade ilimitada da sociedade dominante pelas dívidas das suas participadas (art. 501º, n.º 1, do CSC) e a obrigação de compensação pelas perdas anuais (art. 502º do CSC)”*¹⁶⁶.

A *ratio* do artigo 501.º do CSC é, assim, proteger os credores da sociedade-filha de possíveis ingerências da respetiva sociedade-mãe decorrentes do poder de dirigir instruções¹⁶⁷ (artigo 503.º do CSC): representa o *“reverso da medalha”* de um tal poder

contractuelle, et qu'il exigera la solidarité quand il voudra. En outre, une telle solidarité, une fois établie par la loi, transformerait les sociétés groupées en véritables départements d'une même société, défigurant le groupe, dans sa nature d'association de sociétés avec personnalité et patrimoine distincts”. Cfr. FABIO KONDER COMPARATO, Les Groupes des Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions, in Revue Internationale de Droit Comparé, 1978, n.º 3, p. 808.

¹⁶⁵ No sistema alemão, a proteção direta dos credores da sociedade dependente apenas está prevista na hipótese de ter terminado um contrato de domínio ou um contrato de entrega de lucros. *“Os credores da sociedade dependente são, assim, indirectamente tutelados através das providências tomadas para a manutenção do património social: assunção de prejuízos causados pela empresa dominante; indemnização de prejuízos causados pelo exercício da influência da empresa dominante. Tal tutela dos credores é um “reflexo da existência e do funcionamento do contrato de domínio ou de entrega de lucros; a situação em que a sociedade possa ter ficado, por causa da empresa dominante, quando esse contrato terminar, justifica que os credores cujos créditos constituídos antes de o termo do contrato ter sido tornado público possam, se nisso tiverem interesse, requerer a prestação de caução a seu favor”*. Já no *“Estatuto de S.E., a proteção dos credores das empresas que, num grupo sejam dependentes, está contida no art. 239.º, do seguinte teor: “I. A empresa de grupo dominante responde pelas obrigações da sociedade de grupo dependente; II. A acção não pode, contudo, ser exercida contra a empresa de grupo dominante senão depois de o credor ter infrutiferamente colocado em mora, por escrito, a sociedade de grupo dependente, para satisfazer o seu crédito”*. Apesar dos Autores do Projeto de Estatuto não esconderem que esta proposta conduz a um *“certo excesso em favor do credor”* consideram-na justificada *“por causa das possibilidades de intervenção da empresa dominante na gestão da empresa dominanda”*. Proteção semelhante encontra-se na Proposta Cousté cujo art. 24.º dispõe *“A sociedade dominante responde, solidariamente com a sociedade dependente, por qualquer dívida desta, vencida antes do exercício antecedente ser encerrado e que continue exigível três meses depois da aprovação das contas do dito exercício”*. Trata-se de uma *“plena cominação da responsabilidade solidária da empresa dominante, sem atenção à data anterior ou posterior do início do domínio, de constituição do débito ou da natureza desta; o simples decurso de um outro prazo a contar da aprovação das contas de exercício da sociedade dependente, torna o débito exigível à sociedade dominante”*. Cfr. RAÚL VENTURA, *Grupos de Sociedades - Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE*, ob. cit., pp. 347-348.

¹⁶⁶ A este respeito, vide o Ac. do TRC, de 18 de Janeiro de 2011, Processo 255/10.2T2AVR-E.C1, (Relator: Fonte Ramos).

¹⁶⁷ As instruções da sociedade diretora constituem verdadeiros atos de gestão, pelo que o órgão competente para as dar é o seu órgão de administração que, de resto, também é o órgão competente para representar a sociedade. Cfr. MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, ob. cit., p. 48.

e constitui forma de redistribuição do risco da exploração empresarial na medida em que aquele direito de emitir instruções é suscetível de agravar a posição dos credores.

Quando a sociedade-filha assume determinadas obrigações perante outra entidade, sabe que está sujeita a receber instruções da sociedade-mãe (as quais, no limite, poderão prejudicá-la) e que as decisões de gestão da sociedade-filha poderão ser tomadas com base em critérios e no interesse de uma terceira entidade, a sociedade-mãe.

Assim sendo, consagrou-se um sistema de proteção vocacionado, exclusivamente, para uma tutela ao nível das sociedades-filhas, consagrando-se uma tutela em favor dos credores sociais que cumula uma proteção *direta* (na medida em que permite aos credores agredir diretamente o património da sociedade-mãe para obterem a satisfação dos seus créditos) e uma proteção *indireta* (o legislador ao postular um dever de cobertura de todas as perdas anuais da sociedade-filha acaba por assegurar a conservação do património desta, o qual constitui a principal garantia dos créditos dos credores)¹⁶⁸.

Todavia, à responsabilidade da sociedade dominante pelas obrigações da sociedade dominada, nos termos previstos no art. 501.º do CSC, não corresponde qualquer responsabilidade da sociedade dominada pelas obrigações da sociedade dominante¹⁶⁹.

O art. 501.º opera em cenários de insolvência: desde que, naturalmente, se verifiquem os seus requisitos e funciona independentemente da sua fonte ou do seu conteúdo^{170 171}.

Acresce que, as declarações de insolvência das sociedades dominadas conduzem à cessação da relação de grupo destas com a sociedade dominante, deixando o

¹⁶⁸ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, *ob. cit.*, p. 818.

¹⁶⁹ Na verdade, tal regime jurídico, que se mostra aprazível do ponto de vista dos credores da sociedade dominada, poderá vir a revelar-se de forma desfavorável sobre os credores e sócios da sociedade dominante, podendo aumentar a carga financeira desta, obrigada a fazer face às perdas e aos débitos das suas subordinadas, influenciando na sua situação patrimonial e, por conseguinte, nos direitos dos respetivos sócios e credores sociais.

¹⁷⁰ Assim o defende ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (501.º/1, Do CSC) e o Seu Âmbito*, *ob. cit.*, p. 103.

¹⁷¹ “As sociedades-mãe respondem por todo o passivo social das filiais, independentemente de este ter resultado ou não do exercício concreto do seu poder de controlo intersocietário: aquela responsabilidade respeita a todas as obrigações sociais, sendo, no dizer de vários autores, independente da respetiva fonte (“Rechtsgrund”) ou conteúdo (“Inhalt”)”. Pronunciando-se nestes termos o Ac. do TRL, de 19 de Junho de 2006, Processo 260/2007-6 (Relator: Manuela Gomes).

património daquelas de ser considerado no ativo desta. Acontece, porém, que pese embora cesse a relação de grupo, e ocorra a separação e individualização de patrimónios das várias sociedades, não termina a responsabilidade da sociedade-mãe para com os credores das sociedades-filhas – art. 501.º do CSC¹⁷².

Ressalte-se que através do art. 501.º não se visa instituir um regime de tutela dos credores da subsidiária *à custa dos credores da dominante*: almeja-se, apenas, repor a igualdade na responsabilidade patrimonial e não beneficiar os credores de uma sociedade do grupo em detrimento dos credores de outra¹⁷³.

O que está subjacente ao art. 501.º do CSC é conferir aos credores de uma sociedade integrada no âmbito de um grupo societário uma tutela especial dos respetivos direitos em face dos riscos patrimoniais decorrentes dessa integração¹⁷⁴.

Como nota final cumpre não olvidar que mau grado a subordinação ou o domínio total, as pessoas coletivas envolvidas permanecem separadas, configurando-se como entidade jurídicas autónomas com o privilégio da limitação da responsabilidade. Apenas nas especiais condições do art. 501.º se despoleta a garantia da dominante¹⁷⁵.

¹⁷² Postulando tal entendimento, o Ac do TRC, de 18 de Janeiro de 2011, Processo 255/10.2T2AVR-E.C1 (Relator: Fonte Ramos).

¹⁷³ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, ob. cit., p. 718.

¹⁷⁴ Defendendo este entendimento *vide* o Ac. do STJ, de 31 de Maio de 2005, processo 05A1413 (Relator: Fernandes Magalhães).

¹⁷⁵ Cumpre não olvidar que, caso a caso, o afastamento do art. 501.º é possível por acordo entre o credor e a sociedade subordinada ou dominada. Neste sentido JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 813, nota 1593 e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, in *CSC/Clássica*, 2.ª edição, 2011, art. 501.º, nota 17, p. 1297. Tal situação é permitida por meio do art. 602.º do CC (limitação de responsabilidade por convenção das partes).

PARTE II

OS MODELOS PARA O TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA NO ÂMBITO DOS GRUPOS

CAPÍTULO I

OS DOIS MODELOS FUNDAMENTAIS

Atentando nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, pode dizer-se que existem, fundamentalmente, dois modelos para regular a insolvência no âmbito dos grupos.

O primeiro modelo alicerça-se, fundamentalmente, na adoção de medidas de coordenação processual dos processos de insolvência das sociedades do grupo plurissocietário, logrando-se facilitar a tramitação dos processos de insolvência, imprimindo-se dessa forma uma maior celeridade e eficácia à condução daqueles processos.

Já o segundo modelo, de cariz mais arrojado, consagra o modelo da consolidação substantiva para o tratamento da insolvência no âmbito dos grupos de sociedades.

A consolidação substantiva traduz-se na liquidação conjunta das sociedades operada através da unificação dos bens e das responsabilidades das diversas sociedades agrupadas, gerando-se uma única massa destinada à satisfação, de modo igualitário, de todos os credores do grupo.

A - A COORDENAÇÃO PROCESSUAL E AS SUAS MODALIDADES

O modelo da coordenação processual funda-se na adoção de mecanismos de coordenação processual que, em última instância, conduzirão à consolidação dos processos de insolvências de sociedades integrantes do mesmo grupo societário.

Pese embora não tenha uma definição legal, a coordenação processual refere-se ao que na prática podem ser diferentes graus de coordenação da condução e administração dos vários processos de insolvência iniciados, que respeitem a dois ou mais membros do grupo de sociedades¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Cfr. *Insolvency Proceedings in Case of Groups of Companies: Prospects Of Harmonisation At EU Level*, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Brussels, 2011, p. 11.

Vários processos de insolvência podem ser simplificados de várias maneiras: através de ordens ou acordos para a coordenação de procedimentos, facilitando-se o intercâmbio de informações de modo a obter-se uma avaliação abrangente da situação dos vários devedores; por meio de audiências e reuniões dos credores, inclusive por meio de credores comuns; através de acordos versando sobre procedimentos de reivindicações conjuntas ou a realização e venda coordenadas de empresas e ativos dos devedores ou mesmo através da realização de reuniões simultâneas de credores ou comités de credores.

A coordenação processual geralmente facilita soluções para o grupo de sociedades em insolvência. Quando dois ou mais tribunais estão envolvidos, a cooperação pode incluir não só a coordenação na realização de audiências, assim como uma mútua partilha e divulgação de informações. Consequentemente, as audiências coordenadas poderão promover, de forma significativa, a eficiência de processos de insolvência paralelos que envolvam membros de um grupo de sociedades, facultando uma melhor informação às partes e permitindo que estas discutam e resolvam questões pendentes ou conflitos potenciais, podendo-se desta forma evitar extensas negociações e inerentes atrasos¹⁷⁷.

O *Guia Legislativo da UNCITRAL* veicula alguns exemplos de medidas de coordenação processual que podem ser adotadas: desde a nomeação dos mesmos administradores em cada um dos processos de insolvência asseverando-se que estes possam ter uma visão global do significado das relações dentro do grupo e avaliar melhor as causas de insolvência e, ainda, para que possam supervisionar de forma mais satisfatória qualquer solução concursal que se componha. A segunda solução passará por nomear distintos administradores para cada processo, contemplando-se um dever de cooperação entre eles almejando-se a troca de informações.

Aqui chegados, cumpre agrupar os principais mecanismos de coordenação processual.

Um desses instrumentos passa por promover a coordenação e cooperação entre os administradores de insolvência responsáveis por cada processo. Neste âmbito, a coordenação processual refere-se aos deveres de mútua cooperação e comunicação

¹⁷⁷ Vide *Insolvency Proceedings in Case of Groups of Companies: Prospects Of Harmonisation At EU Level*, ob. cit., p. 11.

que se devem observar entre os administradores de insolvências dos processos de sociedades pertencentes ao mesmo grupo. Na prática, existirão tantos processos principais de insolvência quantos os membros do grupo que estejam insolventes, assegurando-se a necessária separação processual entre eles, o que, todavia, pode dificultar o dever de cooperação¹⁷⁸.

Outro instrumento consiste na nomeação de um único administrador de insolvência para todos os processos.

CATARINA SERRA¹⁷⁹ aponta como vantagem deste mecanismo a eliminação de perdas relacionadas com coexistência de vários administradores da insolvência e a necessidade de uma sua coordenação, não assegurando, em contrapartida, a neutralidade e a independência do administrador da insolvência, de ele se deparar com conflitos de interesses (na hipótese de ações de responsabilidade civil dentro do grupo ou de obrigações de restituição de uma sociedade a favor de outra).

Apesar da existência de possíveis casos em que a identidade da administração da insolvência possa afetar interesses contrapostos de empresas pertencentes ao mesmo grupo de empresas, despoletando-se eventuais situações de conflitos de interesses, a identidade de administração de insolvência pode ser benéfica atendendo aos interesses da insolvência já que será um único administrador da insolvência a analisar a contabilidade de cada uma das empresas. Além disso, a coordenação das propostas de acordo e/ou liquidação tornar-se-ão mais eficientes se forem realizados por um único administrador de insolvência: mediante a análise conjunta das demonstrações financeiras de todas as empresas grupo, um único administrador de insolvência pode avaliar as transações com as partes levadas a cabo pelas empresas do grupo. A estas vantagens acrescem os benefícios de ter uma única pessoa que coordene as eventuais propostas de acordo ou, quando seja ordenada, a liquidação de todas as sociedades.

Um terceiro instrumento será a atribuição da competência para conhecer dos processos dos membros do grupo a um tribunal único, que, normalmente, será o tribunal considerado competente para o processo de insolvência da sociedade-mãe¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Assim o alerta CATARINA SERRA, *Revitalização no Âmbito de Grupos de Sociedades*, in: CATARINA SERRA (coord.), III Congresso de Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, Almedina, 2014, p. 470.

¹⁷⁹ Cfr. CATARINA SERRA, *Revitalização no Âmbito de Grupos de Sociedades*, ob. cit., pp. 470-471.

¹⁸⁰ Neste sentido CATARINA SERRA, *Revitalização no Âmbito de Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 471.

Este tipo de coordenação destina-se a promover a conveniência processual e a eficiência de custos. Embora os processos sejam administrados de forma coordenada, cada um dos membros do grupo, incluindo os seus ativos e passivos, permanecem separados e distintos, preservando-se a sua integridade e identidade, assim como os direitos substantivos dos reclamantes. Por conseguinte, o efeito da coordenação processual é limitado aos aspetos administrativos do processo, não tocando em questões substantivas.

Cumprе salientar que a coordenação processual pode conduzir, no máximo, à consolidação processual, possibilitando-se a unificação dos processos de insolvência das sociedades separadas do grupo. Com a apensação de processos almeja-se uma coordenação meramente processual, logrando-se adaptar o processo de insolvência à realidade do grupo de sociedades.

B – A CONSOLIDAÇÃO SUBSTANTIVA

Atualmente é cada vez mais frequente que a atividade das empresas seja conduzida não por meio de uma única entidade jurídica, mas através de uma rede de empresas interligadas, cada uma com os seus próprios ativos e passivos. Isto verifica-se tanto a nível de empresas nacionais mas, mais ainda, na presença de empresas cujos componentes estão espalhados internacionalmente que, num mundo de crescente globalização, tendem a ser padrão¹⁸¹. Ou seja, a atividade empresarial desenvolve-se através de uma complexa rede de sociedades interligadas entre si, cada uma com os seus próprios ativos e responsabilidades – os grupos de sociedades.

Enquanto um grupo de sociedades, considerado como um todo, se encontrar solvente, não se colocam problemas pelo facto de estar dividido em várias entidades empresariais e mesmo pela maneira como se encontra dividido, sendo tal divisão muitas vezes desconhecida pelos próprios terceiros que lidam com o grupo¹⁸².

¹⁸¹ HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, in Peter Nobel (Ed.), *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heft 1, Bern 1998, p. 87 e ss.

¹⁸² HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, *ob. cit.*, p. 88.

No entanto, na hipótese de uma ou mais sociedades do grupo se tornarem insolventes, desencadeia-se a questão de saber se cada sociedade do grupo deve continuar a ser tratada como uma *separate entity*¹⁸³.

Neste âmbito, o princípio geral é o de que faça ou não a sociedade parte de um grupo, em caso de insolvência é tradicionalmente considerada como um corpo distinto, uma entidade autónoma, com os seus próprios ativos e apenas responsável pelas suas dívidas¹⁸⁴.

Esta abordagem clássica baseia-se, essencialmente, no princípio da personalidade jurídica separada de cada sociedade do grupo e na responsabilidade limitada dos acionistas: as dívidas em que cada sociedade incorre são dívidas suas e os ativos do grupo não podem ser utilizados para o pagamento dessas dívidas. Em caso de insolvência de uma ou mais sociedades pertencentes ao mesmo grupo societário, a liquidação atomística segue o velho dogma “*uma sociedade, um processo, uma insolvência*”, sendo cada uma das sociedades, com os seus ativos e passivos próprios, liquidada separadamente.

Todavia, o princípio da *corporate separateness* nunca foi absoluto uma vez que sempre se alertou para a necessidade de, em certas situações, se levar a cabo uma redistribuição dos riscos no seio dos grupos de sociedades¹⁸⁵. Sucede ainda que, no âmbito de um grupo de sociedades, adotar uma visão estritamente individualista da sociedade insolvente seria ignorar que, durante toda a sua vida, esta sociedade foi apenas uma parte de uma entidade económica maior, tendo sempre agido e sido tratada como tal.

Ora, face às ineficiências da abordagem atomística tradicional, tem-se verificado uma tendência cada vez mais frequente das partes envolvidas em situações de insolvência dos grupos recorrerem a uma abordagem consolidada. Esta consolidação tem sido proposta não só por parte dos credores, mas também pelas próprias empresas

¹⁸³ HENRY PETER, *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When And How?*, Geneva, 2004, p. 199- 211.

¹⁸⁴ Neste sentido CHRISTOPHER W. FROST. *Organization Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups*, 44 (1993), *Hastings Law Journal*, p. 449.

¹⁸⁵ Neste sentido vide SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, *ob. cit.*, p. 351.

insolventes (ou seja, por devedores), pelos administradores e, em alguns casos, tem sido mesmo imposta pelos tribunais¹⁸⁶.

Assiste-se, assim, ao nascimento do modelo da consolidação substantiva que desponta como uma exceção à tradicional *entity approach*¹⁸⁷.

A principal preocupação contra a medida da consolidação substantiva é que ele subverte o princípio da "*identidade separada de cada membro do grupo*".

A consolidação substantiva interfere significativamente com a estrutura jurídica do grupo uma vez que se constitui de uma medida para a fusão dos ativos e dívidas do grupo¹⁸⁸. Mais precisamente, a consolidação substantiva afigura-se como a reunião, para efeitos falimentares, do ativo e do passivo de duas ou mais sociedades do grupo em situação de insolvência.

Ou seja: os ativos e passivos de uma ou mais entidades são combinados e tratados, para efeitos de insolvência, como pertencentes a uma única empresa. Os credores das várias sociedades do grupo tornam-se credores do grupo consolidado, compartilhando os ativos combinados com todos os outros credores do grupo¹⁸⁹.

Parafraseando o Professor SKEEL "*a consolidação substantiva desmorona completamente as fronteiras entre as sociedades de um grupo plurissocietário*"^{190 191}.

Com efeito, na prática, as várias entidades passarão a ser tratadas como se fossem apenas uma¹⁹². Passando a explicar: uma vez decretada a consolidação, os créditos sobre cada sociedade do grupo transferem-se para a massa insolvente comum. O património unificado passará a ser tratado como se só a uma pessoa pertencesse e as

¹⁸⁶ Assim o afirma HENRY PETER, *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When And How?*, ob. cit., p. 203.

¹⁸⁷ Para maiores desenvolvimentos neste âmbito, SETH D. AMERA, *Substantive Consolidation: Getting Back to Basics*, 14 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 1, 10-12 (2006); TIMOTHY E. GRAÚLICH, *Substantive Consolidation – A Post Modern Trend*, 14 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 527, 538 (2006), ("*Substantive consolidation ... is the most dramatic and far – reaching exception to corporate separateness*").

¹⁸⁸ Cfr. IRIT MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, 2009, pp. 59-165 e 224-227.

¹⁸⁹ Cfr. HENRY PETER, *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When And How?*, ob. cit., p. 204.

¹⁹⁰ DAVID A. SKEEL *apud* HENRY PETER, *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When And How?*, ob. cit., p. 204.

¹⁹¹ Para um estudo mais completo sobre esta matéria, DAVID A. SKEEL, *Groups of Companies: Substantive Consolidation in the U.S.*, in *The Challenges Of Insolvency Law Reform In The 21st Century* 229 (Henry Peter et al. eds., 2006).

¹⁹² ELISABETH KORS, define a consolidação substantiva como "*a incorporação efetiva de duas ou mais entidades legalmente distintas num único devedor com um conjunto comum de ativos e um corpo comum de passivo*", cfr. ELISABETH KORS, *Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation*, 59 (1998) U Pitt. L. Rev., p. 381.

diferentes massas serão reunidas criando-se uma única massa insolvente (*pool*), sendo os credores pagos com o valor apurado na liquidação do ativo integrante dessa única massa¹⁹³.

Destarte, como resultado da consolidação, aqueles que eram credores de uma, algumas ou de todas as pessoas envolvidas passam a ser credores da massa única então formada, concorrendo conjuntamente ao resultado líquido eventualmente apurado com a liquidação do ativo global. Desta forma, aquele que detinha uma pretensão contra duas ou mais pessoas envolvidas passa a ter uma única pretensão contra a massa consolidada, sendo extintas as pretensões entre as pessoas cujos patrimónios foram consolidados¹⁹⁴. Consequentemente, os credores deixarão de ver a sua possibilidade de satisfação confinada ao devedor original (às respetivas sociedades insolventes), tornando-se credores do património do grupo consolidado.

O instituto da consolidação substantiva visa, primordialmente, evitar gastos desnecessários e a repetição de atos processuais que, caso contrário, teriam de ser realizados em cada um dos procedimentos falimentares. Todavia, saliente-se que, para que a consolidação possa operar, as sociedades terão de ser essencialmente idênticas e a consolidação terá de ser essencial para alcançar uma vantagem ou evitar uma desvantagem, com o limite da tutela de confiança dos credores: assim se compreende que a consolidação se torne impossível no caso de o credor provar que confiou na separação de responsabilidades e que a consolidação lhe causa danos¹⁹⁵.

Nestes termos, porquanto a consolidação substantiva afeta vitalmente os direitos e interesses das partes envolvidas no processo de falência, deve ser usada com cautela¹⁹⁶¹⁹⁷. Na medida em que cobra rigorosos requisitos, deverá ser aplicada somente em

¹⁹³ Remete-se, por todos, para CHRISTOPHER W. FROST. *Organization Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups*, *ob. cit.*, especificamente p. 450; J. STEPHEN GILBERT, *Substantive Consolidation*, *Vanderbilt Law Review*, 43/207 (1990).

¹⁹⁴ Vide Gilberto Deon Corrêa Junior, *Consolidação Substantiva no Direito Norte-Americano* in *Revista da AJURIS*, n.º 73 - Julho/1998, p. 321.

¹⁹⁵ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo*, *ob. cit.*, p. 1002.

¹⁹⁶ Para desenvolvimentos mais aprofundados vide GILBERT J. STEPHEN, *Substantive Consolidation In Bankruptcy: A Primer*, *Vanderbilt Law Review*, 43/207 (1990), p. 207 e ss.

¹⁹⁷ A consolidação substantiva pode prejudicar certos credores. Por exemplo, os credores de um devedor com muitos ativos (ou alguns passivos) que se consolida com suas afiliadas mais insolventes poderão ver as suas recuperações diminuir significativamente.

circunstâncias muito limitadas, que devem ser consideradas como exceções à regra principal, que é a da *corporate separateness*.

Destarte, a consolidação não deve ser olhada nem usada como regra geral, devendo apenas aplicar-se a casos excepcionais¹⁹⁸.

Numa breve incursão no panorama internacional vejamos quais as prerrogativas postuladas pela INSOL e pela UNCITRAL no que concerne à aplicação deste instituto.

A INSOL¹⁹⁹ sugere que a consolidação substantiva deve ser permitida apenas em circunstâncias nas quais seja impossível separar os ativos e os passivos das diferentes sociedades do grupo. Neste tipo de casos nos quais os negócios das empresas pertencentes ao mesmo grupo foram misturados, considera a INSOL que seria injusto se não se recorresse à consolidação. Uma distribuição justa significa que todos os ativos do grupo devem estar disponíveis para serem distribuídos por todos os credores. A liquidação conjunta não só permitirá uma distribuição de ativos e passivos a nível do grupo, evitando uma distribuição arbitrária membro-a-membro, como também eliminará os custos que teriam de ser dispendidos na tentativa de desvendar a teia de conexões existentes entre as sociedades insolventes do grupo.

Também a UNCITRAL incluiu a consolidação substantiva no seu Guia da Insolvência. Todavia, à semelhança da INSOL, admite o recurso à consolidação substantiva somente em circunstâncias excepcionais, designadamente: (i) nos casos em que os ativos e os passivos das sociedades do grupo se encontrem de tal forma misturados que se torne impossível identificar propriedade dos bens e responsabilidade dos passivos sem incorrer em desproporcionados custos e elevada morosidade²⁰⁰; (ii) ou nos casos em que as sociedades do grupo estejam envolvidas num esquema de atividade fraudulenta ou sem finalidade comercial legítima, sendo o recurso à consolidação essencial para retificar aquele esquema ou atividade, repondo-se os interesses da justiça²⁰¹.

Além disso, porque a consolidação substantiva elimina garantias envolvendo devedores consolidados, a consolidação substantiva pode prejudicar os direitos dos credores que dependiam dessas garantias.

¹⁹⁸ A este respeito STAEHELIN salienta que a consolidação substantiva mina um princípio fundamental de direito societário: o de responsabilidade limitada. Cfr. DANIEL STAEHELIN, *No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies, in The Challenges Of Insolvency Reform In The 21st Century*, (Henry Peter, Nicolas Jeandin & Jason Kilborn eds., 2006), at 9.

¹⁹⁹ Article 46(1) of the *Revision of the European Insolvency Regulation*, INSOL Europe.

²⁰⁰ Cfr. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2004*, Part III, recommendation 220(a).

²⁰¹ Cfr. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law 2004*, Part III, recommendation 220(b).

CAPÍTULO II

AS SOLUÇÕES DO DIREITO COMPARADO

Emergindo numa breve incursão pelo direito comparado, cumpre-nos, numa sucinta resenha, analisar os modelos que os ordenamentos jurídicos vizinhos têm adotado para lidar com o fenómeno da insolvência no contexto dos grupos de sociedades.

Nesta esteira, elegemos e focamo-nos nos ordenamentos jurídicos americano, alemão e espanhol para explanarmos o tema.

A) OS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A CONSOLIDAÇÃO SUBSTANTIVA COMO MODELO DE SUPERAÇÃO DA ABORDAGEM ATOMÍSTICA?

O Direito da insolvência norte-americano, excecionalmente, adota uma perspetiva típica da *entreprise law*. Genericamente, na maior parte das questões, a *bankruptcy law* segue a tradicional ótica da *corporate law*, tratando-se como entidade jurídica independente cada sociedade mesmo nas situações em que se verifica um controlo comum pela sociedade-mãe, assim como uma direção económica unitária²⁰². Apenas em casos especiais, como o da *substantive consolidation*, a *enterprise-based approach* suplanta a *entity-based approach*²⁰³.

A abordagem atomística é a regra e a abordagem consolidada a exceção.

A lei da insolvência nos EUA adota, como regra geral, a abordagem atomística de pessoas jurídicas *in casu* de insolvência de uma ou mais entidades pertencentes ao mesmo grupo societário. Em termos substanciais, as sociedades, os seus ativos e passivos, ainda que relacionados, ou seja, mesmo que parte do mesmo grupo plurissocietário, são tratados como distintos em relação a qualquer outra entidade²⁰⁴.

²⁰² Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo*, ob. cit., p. 1002.

²⁰³ Cfr. BLUMBERG/ STRASSER/ GEORGAKOPOULOS/ GOUVIN *apud* ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo*, ob. cit., p. 1002.

²⁰⁴ Vide HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, ob. cit., p. 90.

Sucedem porém que esta tendência tem vindo a mudar, tendo-se assistido a um crescente despoletar do número de casos nos quais os tribunais norte-americanos têm aderido à doutrina da consolidação²⁰⁵.

Desde o final dos anos oitenta, à luz da experiência dos EUA, alguns Autores têm vindo a sugerir que a consolidação pode ser uma solução apropriada para superar os limites da abordagem atomística²⁰⁶.

Por meio do modelo da *substantive consolidation in bankruptcy*, os ativos e passivos das diferentes sociedades do mesmo grupo são tratados, no âmbito da insolvência do grupo societário, como se pertencessem a uma única empresa. Com a *substantive consolidation* permite-se a unificação dos bens e das responsabilidades das diversas sociedades agrupadas, gerando-se uma única massa destinada à satisfação, de modo igualitário, de todos os credores do grupo. Deste modo, com os ativos consolidados cria-se um fundo único a partir do qual todas as reclamações contra os devedores consolidados serão satisfeitas²⁰⁷.

No Código Falimentar Norte-Americano não existe qualquer dispositivo expreso autorizando o decretamento da consolidação substantiva. Todavia, as Cortes norte-americanas têm fundamentado a sua autoridade para lançar mão deste instituto no juízo de equidade facultado ao magistrado pela secção 105(a) do aludido Código²⁰⁸.

No âmbito deste juízo de equidade, os Tribunais de Insolvência norte-americanos gozam de poderes que lhes permitem emitir “*qualquer ordem, processo ou julgamento que seja necessário ou apropriado para a realização das disposições do Código*”²⁰⁹. Assim se compreende que, ao abrigo destes poderes, os Tribunais de Insolvências norte-americanos possam desconsiderar pessoas jurídicas distintas e, portanto, ordenar a consolidação.

²⁰⁵ A consolidação é também praticada noutros ordenamentos de Common Law, a saber: na Austrália (cfr. sec. 579E (1) do *Corporations Amendment (Insolvency) Act. 2007*); na Irlanda (cf. Sec. 141 do *Companies Act. 1990*) e na Nova Zelândia (cfr. sec. 271 (1) (b) *Companies Act 1993*).

²⁰⁶ Cfr. LOUIS DALLÈVES, *Problèmes de Droit Privé Relatifs à la Coopération et à la Concentration des Entreprises*, Revue de Droit Suisse, 1973, vol. II, p. 679; ANNE PETITPIERRE-SAUVAIN, *Droit Des Sociétés et Groupes De Sociétés*, ob. cit., pp. 72-74.

²⁰⁷ Pronunciando-se neste sentido HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, ob. cit., p. 90.

²⁰⁸ Cfr. HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, ob. cit., p. 91.

²⁰⁹ A referida secção do Código Falimentar - 11 U.S.C. § 105(a) - dispõe, na parte relevante: “*A Corte pode determinar qualquer ordem, processo, ou proferir julgamento que seja necessário ou apropriado para executar as disposições deste título*”.

Na base desta aplicação do instituto da *substantive consolidation* jaz a ideia de que a consolidação deve ser decretada quando o magistrado acredita que ela proporcionará um tratamento mais equitativo às partes. Mas o juízo de equidade deve sempre ser exercido dentro dos limites do Código Falimentar, devendo o magistrado observar não só as normas do Código, mas também os princípios do justo tratamento dos credores e da estrita observância das prioridades existentes entre as diversas classes de credores.

Pese embora a aplicação do instituto da *substantive consolidation* tenha vindo a ser mais constante, a jurisprudência norte-americana encaminha o seu entendimento no sentido de que em virtude da magnitude dos efeitos da consolidação sobre os direitos das partes, este instituto deve ser utilizado cautelosamente, devendo ser decretada a consolidação substantiva apenas após o cuidadoso exame de todas as circunstâncias relevantes existentes no caso.

Afigurando-se a consolidação como uma drástica medida que afeta os direitos substantivos das partes, só deve ser concedida quando as vantagens que dela possam derivar superem em larga medida as prejuízos envolvidos. A consideração acerca dos possíveis prejuízos, desigualdades ou da injustiça que possam resultar para os credores será determinante para decidir acerca da aplicação da consolidação substantiva. Assim sendo, caberá aos Tribunais averiguar se em cada caso os benefícios da consolidação superam os prejuízos.

Na verdade, considerando que a consolidação substantiva pode ser decretada pelo magistrado no uso do juízo de equidade autorizado pela secção 105(a) do Código Falimentar, as Cortes norte-americanas têm decidido que a consolidação pode ser moldada de forma a atender às necessidades específicas de cada caso²¹⁰.

Consoante se aludiu, perante a ausência de um dispositivo legal a autorizar o decretamento da consolidação substantiva os Tribunais norte-americanos devem examinar os factos de cada caso de modo a determinar se a consolidação pode ou não ser concedida.

Contudo esta liberdade de decisão que não se guia por critérios rígidos fixados na lei despoletou uma série de decisões contraditórias. Para evitar esta discrepância decisória,

²¹⁰ J. STEPHEN GILBERT, *Substantive Consolidation*, *ob. cit.*, p. 213, “as Cortes podem decidir de forma a que a consolidação não seja completa”. Em certos casos tem sido admitida a consolidação parcial, pagando-se primeiro os credores privilegiados e colocando-se em comum os ativos e os créditos remanescentes.

segundo HENRY PETER²¹¹, os Tribunais norte-americanos frequentemente citam uma lista de sete pré-requisitos, considerados como relevantes para determinar a adequação da consolidação, nomeadamente²¹²: *“(i) a presença ou ausência de demonstrações financeiras consolidadas; (ii) a unidade de interesses e de propriedades entre as várias entidades empresariais; (iii) a existência de familiaridade entre garantias ou empréstimos; (iv) o grau de dificuldade em apurar ativos e passivos individuais; (v) a transferência de ativos desrespeitando as formalidades sociais; (vi) a ausência de segregação de ativos e funções de negócio e (vii) a rentabilidade de consolidação num único local físico”*.

Nas palavras de HENRY PETER²¹³ *“embora seja geralmente admitido que a presença dos fatores precedentes é instrumental, a sua existência não conduz automaticamente a uma ordem para consolidação”*. Na verdade, tendo em consideração que se deve sempre atender ao “tratamento equitativo” estes fatores não devem ser aplicados mecanicamente pelo que, dependendo das circunstâncias, a presença ou ausência de alguns deles podem ser ignorados²¹⁴.

Ademais, tais fatores devem sempre ser ponderados no balanço global de interesses que favorecem a consolidação em face daqueles que favorecem a separação (atomismo)^{215 216}.

A verificação dos fatores referidos é apenas um primeiro passo no processo de se aferir se a consolidação substantiva deve ou não ser aplicada ao caso concreto pelos Tribunais.

A segunda fase da análise faz-se através de um *“teste de equilíbrio”* onde se contrabalançam os interesses que favorecem a consolidação e os que favorecem a

²¹¹ Cfr. HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, *ob. cit.*, p. 93.

²¹² *Vide in re Veeco Constr. Indus.*, 4 Bankr. 407, 410 (Bankr. E.D. Va. 1980). Ver também *in re Richton Int'l Corp.*, 12 Bankr. 555, 558 (Bankr. S.D.N.Y. 1981); *in re Luth*, 28 Bankr. 564, 566 (Bankr. D. Idaho 1983); *in re Donut Queen, Ltd.*, 41 Bankr. 706, 709 (Bankr. E. D. N.Y. 1984); *in re Stop & Go of Am., Inc.*, 49 Bankr. at 747 (Bankr. D. Mass. 1985).

²¹³ *Vide* HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, *ob. cit.*, p. 94.

²¹⁴ Neste sentido HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, *ob. cit.*, p. 94.

²¹⁵ *Vide In re DRW Property Co.*, 54 B.R. 489, 494 (Bankr. N.D. Tex. 1985).

²¹⁶ Conforme se sustentou no caso *Eligie-Picher Industries Inc. "As decisões são feitas caso a caso"*. Cfr. *In re Eagle-Picher Industries Inc., Central Claims Services, Inc. vs. Eagle-Picher Industries Inc.*, bankruptcy no. 1-91-00100. Adv. No. 95-1105, United States Bankruptcy Courts, SD Ohio, Western Division, March 14, 1996, 905.

separação de patrimónios²¹⁷. Ou seja, incumbe ao Tribunal ponderar se no caso concreto o benefício resultante do decretamento da consolidação se sobrepõe aos danos que a consolidação poderá causar.

HENRY PETER²¹⁸ sugere que diante de um pedido de liquidação consolidada de um grupo de sociedades, os critérios a que os tribunais devem atender para decidir a favor ou contra a consolidação são: “(i) a complexidade, os custos e benefícios da consolidação proposta e (ii) os benefícios que num cenário de consolidação derivam para os credores em oposição a uma liquidação atomística”²¹⁹.

Tem sido sugerido que a variedade de casos nos quais os tribunais de falência norte-americanos têm decidido ser apropriada a aplicação da consolidação substantiva pode ser classificada em quatro tipos de situações²²⁰:

(i) pese embora esta opinião seja contestada por alguns Autores²²¹, uma das categorias padrão de casos em que a consolidação substantiva tem sido decretada ocorre quando uma subsidiária ou filial foi formada com o objetivo de enganar ou defraudar credores^{222 223 224};

²¹⁷ *In re Donut Queen, Ltd.*, 41 Bankr. 706, 709 (BankT. E. D. N.Y. 1984).

²¹⁸ Cfr. HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, *ob. cit.*, p. 108.

²¹⁹ Para maiores desenvolvimentos *vide* HENRY PETER/ FRANCESCA BIRCHLER, *Liquidation des Groupes de Sociétés et Consolidation - Enseignements de la Pratique Récente*, SZW 1995, pp. 125-127.

²²⁰ *Vide* PATRICK C. SARGENT, *Bankruptcy Remote Finance Subsidiaries: the Substantive Consolidation Issue*, 44 (1989) *Bus. Law.*, pp. 1223-1227.

²²¹ Cfr. GILBERT J. STEPHEN, *Substantive Consolidation In Bankruptcy: A Primer*, *ob. cit.*, p. 218.

²²² Cfr. HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, *ob. cit.*, p. 95.

²²³ Dentre esta categoria de casos veja-se por exemplo o caso *In re Tureaud* no qual as subsidiárias eram claramente organizadas para confundir os credores e as transferências de bens entre as sociedades eram realizadas com o único propósito de colocá-los fora do alcance dos credores. *Tureaud* transferiu ativos entre as empresas subsidiárias com total desrespeito pela sua natureza distinta, tendo usado os ativos de acordo com a sua vontade. Operou as empresas como uma unidade económica, realizou os pagamentos de todas as despesas de operação sem levar em conta a origem dos fundos ou a documentação de pagamento e os fundos e os bens das sociedades foram usados por *Tureaud* e pela sua família para seu benefício pessoal e a seu belo prazer. Nestes termos, a decisão do tribunal enveredou pelo decretamento da “*substantive consolidation*” como a solução mais justa para proteger os interesses dos credores. Cfr. 45 Bankr. 658 (Bankr. N.D. Okla. 1985), *affd*, 59 Bankr. 973 (Bankr. N.D. Okla. (1986).

²²⁴ Ora isto não é mais do que lançar mão da “*desconsideração da personalidade jurídica*” que é uma teoria bem conhecida e geralmente aplicada em direito societário nos EUA. Como alguns comentadores apontaram, nesta primeira categoria de casos a consolidação substantiva é decretada fundamentalmente com base nas mesmas razões que a desconsideração da personalidade jurídica. Assim o consideram CLARK ROBERT CHARLES, *The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors*, *Harvard Law Review*, Vol. 90, 1977, pp. 505 e ss e SARGENT PATRICK C., *Bankruptcy Remote Finance Subsidiaries: the Substantive Consolidation Issue*, *ob. cit.*, pp. 1224, 1225, 1227 e 1228.

(ii) numa segunda categoria de casos, os Tribunais norte-americanos têm decidido a favor da consolidação substantiva quando os credores provarem que, de boa-fé, confiaram que estavam a negociar com o grupo como um todo e sobre o crédito do grupo como um todo, ou no crédito da empresa-mãe quando se trate de uma sua subsidiária²²⁵. Se os credores negociaram com aquelas sociedades do grupo como se elas integrassem uma unidade económica e não acreditaram na separação existente entre elas a consolidação deve ser decretada^{226 227};

(iii) outro caso ocorre nas situações em que as inter-relações entre as várias sociedades que constituem o grupo estão tão fortemente interligadas que se torna extremamente difícil imputar a titularidade dos ativos e dos passivos a cada uma dessas sociedades, assim como separar as respetivas contabilidades²²⁸. Nestes grupos de casos os Tribunais têm considerado que o tempo e as despesas necessárias para desembaralhar esta teia de ligações não justificavam a sua separação jurídica. As despesas e dificuldades derivadas da impossibilidade prática de reconstruir os registos financeiros dos devedores, passivos e propriedade dos bens levaram os Tribunais norte-americanos a lançar mão da liquidação conjunta dos patrimónios das sociedades para este tipo de situações²²⁹;

²²⁵ Vide HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, *ob. cit.*, p. 97.

²²⁶ A este respeito veja-se, por exemplo, o caso *In re Augie/Restivo Banking Co.*, 860 F.2d 515 (2d Cir. 1988) no qual o Tribunal apontou como fundamentos da *substantive consolidation* a confiança do credor na unidade do grupo e o excessivo custo da desagregação dos negócios do grupo. Incumbia aos credores que lograssem obstar à atuação do instituto fazer prova da sua confiança no crédito de uma sociedade individual e não de um grupo como um todo.

²²⁷ Todavia se os credores das pessoas jurídicas acreditaram na separação das pessoas envolvidas (*rectius*, na separação entre as sociedades do mesmo grupo) e ter decidido com elas negociar baseados na situação económico-financeira de uma ou mais entidades em separado, a consolidação deve ser recusada. Ora, quando o credor prove que confiou na separação de responsabilidades e que a consolidação lhe causará danos, a consolidação não deve ser decretada.

²²⁸ Neste sentido HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, *ob. cit.*, pp. 100-101.

²²⁹ No caso *In re Flora Mir Candy Corp.*, 432 F.2d 1060 (ED Cir. 1970), o Tribunal, apoiando-se na magnitude das transações interempresariais e na proximidade das relações entre elas, declarou a unificação dos ativos e responsabilidades de onze subsidiárias. O entrelaçamento de contas corporativas também foi extremamente flagrante no caso "*In re 1438 Meridian Place*". Neste caso, nem o Tribunal, nem os credores, conseguiriam classificar ou separar os assuntos financeiros das empresas, tornando-se claramente impossível imputar a relação das receitas e despesas a cada uma das empresas individualmente consideradas. O Tribunal decidiu-se pelo decretamento da consolidação substantiva na medida em que esta não prejudicaria os credores com ou sem garantias. Outro exemplo foi o caso "*In re Vecco Construction Industries*", onde o Tribunal constatou a incapacidade de distinguir entre os montantes a receber e as despesas, as transferências e ausência de segregação dos ativos e fundos das sociedades inter-relacionadas. Mediante a solicitação dos devedores e não tendo havido oposição por parte de nenhum credor, o Tribunal, entendendo que os credores seriam tratados de forma justa e que a consolidação resultaria numa economia de despesas administrativas, decidiu conceder a consolidação substantiva.

(iv) a última categoria de casos é representada pelos casos a consolidação é alcançada por meio de uma proposta expressa num plano de reorganização^{230 231}. Nestes casos a consolidação é proposta com o intuito de facilitar ou acelerar o processo e deve ser aprovada por todos os credores. Se os credores concordarem em aderirem ao plano que propõe a consolidação substantiva, o Tribunal deve decretá-la. Este tipo de proposta surge crescentemente no âmbito da reorganização de empresas interligadas como um todo nos EUA.

A nível doutrinal as opiniões relativas à aceitação do instituto da *substantive consolidation* também se bifurcam, verificando-se algumas divergências no que respeita à sua aplicação.

Assim sendo, autores como LANDERS²³² seguem a *enterprise view*, apontando a *substantive consolidation* como solução-regra nos casos em que a sociedade-mãe e a subsidiária se encontram insolventes, excepcionando as situações de confiança do credor no crédito de uma particular sociedade individual e, genericamente, os casos em que a sociedade-mãe tivesse motivos para tratar a sociedades como entidades separadas.

A *contrario sensu*, POSNER²³³ partindo da premissa inversa valoriza o princípio da limitação de responsabilidade. Para o Autor, a *substantive consolidation* pode ter lugar não como solução-regra mas apenas nos casos em que o credor tenha confiado numa aparência de maior capitalização do que aquela que de facto existia. Deste modo, defende que não é suficiente que haja uma empresa unitária para haver consolidação, sendo antes necessária a frustração da confiança dos credores.

²³⁰ Cfr. HENRY PETER, *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, *ob. cit.*, p. 102.

²³¹ Tal plano foi, por exemplo, confirmado pelo Tribunal como sendo justo e equitativo para os credores no caso *In re Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997 (2d Cir. 1975).

²³² JONATHAN LANDERS *apud* ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupos*, *ob. cit.*, p. 1003, nota 24.

²³³ RICHARD A. POSNER *apud* ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupos*, *ob. cit.*, p. 1003, nota 24.

B) ALEMANHA: O ANTEPROJETO PARA ALTERAÇÃO DA *INSOLVENZORDNUNG* EM MATÉRIA DE INSOLVÊNCIA NO ÂMBITO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Pouco tempo após a Comissão Europeia ter publicado a sua Proposta de alteração do Regulamento Europeu sobre o processo de insolvência - visando uma introdução de regras de insolvência acerca dos grupos transfronteiriços de empresas - o Ministério Federal da Justiça Alemão emitiu, a 3 de Janeiro de 2013, o seu Projeto de Discussão sobre uma lei para a facilitação do tratamento de insolvências no âmbito dos grupos de sociedades (*Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*).

O escopo inerente ao Anteprojeto de Lei Alemã foi o estabelecimento de um novo modelo de coordenação (*Koordinationsverfahren*) que permita facilitar a coordenação entre os diferentes processos de insolvência das sociedades do grupo. Destarte, a reforma visa, fundamentalmente, uma melhor coordenação dos processos de insolvência de entidades que pertencem ao mesmo grupo.

O Anteprojeto de Lei Alemã estabelece novas disposições com o intento de reunir os diversos processos de insolvência das sociedades do mesmo grupo sob um único guarda-chuva, a fim de proporcionar aos membros do grupo a oportunidade de que o processo de insolvência decorra no mesmo tribunal.

Nesta senda, o Anteprojeto propõe uma competência central para os processos de insolvência, estatuidando a hipótese, embora a título não vinculativo, de um foro judicial único para conhecer de todos os processos de insolvência dos membros do grupo (§ 3a da *Insolvenzordnung*) - o designado foro do grupo (*Gruppen-Gerichtsstand*)²³⁴.

No essencial as novas propostas avançadas no Anteprojeto alemão incluem: a nomeação de um único administrador da insolvência para os processos de todas as empresas do grupo²³⁵ (proposto § 56b da *Insolvenzordnung*) e, alternativamente, um

²³⁴ Cfr. CATARINA SERRA, *Insolvência transfronteiriça - Comentários à Proposta de Alteração do Regulamento Europeu Relativo aos Processos de Insolvência, com Especial Consideração do Direito português*, ob. cit., p. 473.

²³⁵ Neste âmbito, o Anteprojeto apenas acolhe, consoante estipulado no §56b da *Insolvenzordnung*, a designação de único administrador judicial para os vários processos, designação essa que depende sempre do reconhecimento da aptidão deste administrador para o desempenho do cargo com a necessária independência e de que os conflitos de interesses que, eventualmente, futuramente, possam surgir serão suscetíveis de serem resolvidos através da nomeação de um ou mais administradores especiais. Assim se pronuncia CATARINA SERRA, *Insolvência Transfronteiriça - Comentários à Proposta de Alteração do Regulamento Europeu*

novo procedimento de coordenação para as empresas do grupo sujeitas a um processo de insolvência perante diferentes tribunais de insolvência e com diferentes administradores de insolvência; a possibilidade de o processo de coordenação incluir a nomeação de um administrador de coordenação e a abertura de um plano de coordenação (*Koordinationsverfahren*) (cfr. os propostos §269h e § 269i da *Insolvenzordnung*) e, nos casos em que os processos de insolvência decorram em vários tribunais, ou havendo vários administradores de insolvência para os distintos processos, as novas regras exigem a cooperação obrigatória entre os tribunais de insolvência e administradores de insolvência²³⁶, impondo-se deveres de cooperação entre os órgãos (cfr. os propostos § 269a a § 269b da *Insolvenzordnung*)²³⁷.

Pese embora exista no ordenamento jurídico alemão uma regra equivalente à norma do art. 501.º do CSC, a verdade é que a mesma conhece um âmbito de aplicação mais restrito²³⁸, nunca se podendo pela mesma operar qualquer hipótese de consolidação substantiva²³⁹.

Submetendo-nos à questão da consolidação, o Anteprojeto de Lei Alemã rejeitou, claramente, conceitos de consolidação processual ou material do processo de

Relativo aos Processos de Insolvência, com Especial Consideração do Direito Português, Revista de Direito das Sociedades, ano 5, vol. 10 (2013), p. 139.

²³⁶ O Anteprojeto estabelece obrigações de informação e de cooperação para as partes envolvidas. Em particular, os administradores de insolvência das diferentes empresas do grupo têm agora a obrigação expressa de cooperar e fornecer entre si todas as informações que possam ser relevantes para os respetivos processos judiciais. No entanto, essa obrigação não será aplicável quando os interesses dos credores do grupo possam ser prejudicados. A Proposta de Lei também prevê obrigações de cooperação entre os diferentes tribunais de insolvência e comitês de credores.

²³⁷ Assim o avança CATARINA SERRA, *Insolvência transfronteiriça - Comentários à Proposta de Alteração do Regulamento Europeu Relativo aos Processos de Insolvência, com Especial Consideração do Direito Português*, ob. cit., pp. 473-474.

²³⁸ Assim, no âmbito de um contrato de domínio, a AktG prevê a obrigação de a sociedade dominante compensar as perdas anuais durante a vigência do contrato de domínio (§302, I) e, no final da vigência desse contrato, obriga o acionista dominante a constituir garantias em benefício dos credores (§ 303 da AktG). O legislador permite, nos termos deste contrato de domínio (§308 AktG), a possibilidade da sociedade dominante emitir diretivas, mesmo desvantajosas para a sociedade dependente, desde que tenham como finalidade o interesse da sociedade dominante ou de grupo (§308, I, 2, da AktG). Neste caso, havendo um abuso do poder de emitir diretivas, a sociedade dominante fica obrigada a indemnizar a sociedade dominada, verificados os pressupostos da responsabilidade civil (§309, IV, da AktG).

²³⁹ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, ob. cit., pp. 723-724.

insolvência das sociedades do grupo, tendo-se conservado o princípio do tratamento individual de cada uma das sociedades insolventes do grupo²⁴⁰.

Não foi considerada útil qualquer consolidação processual de várias empresas insolventes do grupo pelos eventuais conflitos de interesse intragrupo que se poderiam desencadear. Ademais, considerou-se que nos casos em que as empresas do grupo estejam apenas vagamente interligadas a consolidação seria excessiva.

Já no que respeita à consolidação substantiva, no Anteprojeto afastou-se, claramente, a sua adoção.

No entender do Ministério Federal da Justiça Alemão a consolidação substantiva é inconciliável com o princípio do direito alemão da separação dos passivos de entidades empresariais, pelo que, pelo menos num futuro próximo, este modelo não merecerá acolhimento neste sistema jurídico.

Esta decisão decorre de preocupações ligadas às expectativas do público que venha a contratar com as sociedades do grupo. Considerou-se que num eventual panorama de liquidação conjunta dos ativos e passivos das sociedades insolventes do grupo, os potenciais credores seriam obrigados a avaliar a solvabilidade não só da sociedade com a qual contrataram mas também de todo o grupo de sociedades do qual a sociedade é um membro. Este seria um encargo adicional considerável para os credores e, por vezes, poderia até não ser viável na prática.

A nível de insolvência no seio dos grupos de sociedades estas são algumas particularidades da *Insolvenzordnung*.

Todavia, não podemos deixar de referenciar num breve apontamento que, numa linha de pensamento mais restrita, certos Autores defendem uma unificação processual das insolvências mas sem correspondência numa unificação da responsabilidade no grupo.

A este respeito veja-se o entendimento de HIRTE²⁴¹ o qual, apesar de apoiar uma unificação processual de insolvências das sociedades do grupo (defendendo tanto a competência do Tribunal responsável pela primeira insolvência para apreciar as demais,

²⁴⁰ CATARINA SERRA, *Insolvência transfronteiriça - Comentários à Proposta de Alteração do Regulamento Europeu Relativo aos Processos de Insolvência, com Especial Consideração do Direito Português*, ob. cit., p. 473.

²⁴¹ HERIBERT HIRTE *apud* ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo*, ob. cit., p. 1000.

assim como a existência de um administrador de insolvência único), rejeita uma consolidação das massas insolventes das sociedades do grupo, aduzindo que da unificação procedimental apenas resultaria maior economia de meios, o que deveria aumentar os meios disponíveis para a satisfação dos credores.

Neste ensejo, a doutrina germânica dispensa o acolhimento de uma regra geral de consolidação substantiva, focando os seus interesses primordiais neste âmbito num plano de coordenação a nível da insolvência no seio do grupo.

Todavia, pese embora o Anteprojeto esteja ainda destituído de força jurídica, a verdade é que o documento demonstra a crescente importância atribuída ao tratamento dos grupos de sociedades, podendo constituir a pedra de toque para encetar uma gradual mudança de perspetiva²⁴².

c) ESPANHA: “LA LEY CONCURSAL”

No ordenamento jurídico espanhol foi aprovada a reforma Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, mediante a promulgação da Ley 38/2011, de 10 de Octubre²⁴³.

A reforma recaiu, essencialmente, sobre o tratamento dos grupos de sociedades. A melhor evidência do interesse da reforma pelo regime de insolvência dos grupos resulta do Preâmbulo da LC, o qual na sua secção VIII detalha os aspetos específicos do regime jurídico falimentar: *“A la vista de la práctica acumulada, también se refuerza el régimen de los concursos conexos, en relación sobre todo con los grupos de sociedades. A este respecto se establece un nuevo capítulo III dentro del título I – por entender que tiene sustantividad suficiente para merecer un capítulo propio –, con el nombre de concursos conexos, que regula una misma cuestión, la acumulación de concursos de varios deudores, que puede producirse mediante una solicitud de declaración conjunta o mediante la acumulación de concursos ya declarados”*²⁴⁴.

²⁴² Cfr. CATARINA SERRA, *Insolvência transfronteiriça - Comentários à Proposta de Alteração do Regulamento Europeu Relativo aos Processos de Insolvência, com Especial Consideração do Direito Português*, ob. cit., pp. 472-473.

²⁴³ Doravante designada por LC.

²⁴⁴ Invocando isso mesmo pode ver-se JUAN SANCHÉZ-CALERO / MÓNICA FUENTES, *La Reforma Concursal y los Grupos de Sociedades*, Documentos de Trabajos del Departamento de Derecho Mercantil, 2012/44, Universidad Complutense, p.7.

Com esta reforma o legislador almejou reforçar o regime dos processos de insolvência das sociedades relacionadas, em especial as sociedades pertencentes ao mesmo grupo, tendo entendido que este tema merecia um capítulo próprio dentro daquela lei. Optou-se assim por incluir um novo Capítulo III, no Título I, sob o *título “de los concursos conexos”* (dos processos de insolvência conexos) com vista a regular a junção de múltiplos processos de insolvência.

A reforma veio introduzir duas alterações fundamentais a nível da regulamentação dos grupos de sociedades. Por um lado, veio admitir a coligação ativa ou passiva das sociedades insolventes do mesmo grupo (*“declaración conjunta de concurso de varios deudores”*, cfr. art. 25.1 e 25.2 da *Ley concursal*) e, por outro, admitiu ainda a apensação processual (*“acumulación de concursos”*) no caso de processos em que a insolvência já tenha sido declarada, a requerimento dos devedores, do administrador de insolvência e, em certas condições, até dos credores (cfr. art. 25bis.1 da *Ley concursal*).

Antes da reforma, o único artigo que abordou a questão foi o art. 25., mas apenas se referia à apensação, sendo os administradores de insolvência os únicos legitimados a requerê-la. No entanto, os tribunais de comércio já haviam admitido, em diferentes casos, a coligação ativa ou passiva dos membros das sociedades do mesmo grupo^{245 246}.

Por conseguinte, a reforma hospeda uma realidade já existente que se afigura razoável tendo em conta as diferentes relações de interconexão entre as empresas devedoras, especialmente as pertencentes ao mesmo grupo.

²⁴⁵ Neste sentido, o Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid en el Auto de 1 de febrero de 2011, assumiu um carácter favorável à apensação ao assinalar que *“Sin embargo, en la práctica forense se ha llevado a cabo una interpretación amplia de estos preceptos y así se ha admitido de forma más o menos generalizada, especialmente en el caso de concurso de personas físicas casadas, la posibilidad de solicitud conjunta de varios deudores, pero siempre, claro está que concurra alguno de los supuestos del art. 3.5 y 25 de la Ley. Así se ha venido diciendo que la declaración de concurso de esas personas físicas o jurídicas, la tramitación coordinada y la existencia de una sola administración concursal facilitará la tramitación del procedimiento permitiendo una sustanciación ágil y beneficiosa para los deudores, y fundamentalmente para los acreedores, sin que ello implique que se produzca una confusión de masas (perjudicial para los acreedores), sino una tramitación coordinada de los procesos concursales”*.

²⁴⁶ Decidiu-se neste sentido no Auto 18 de fecha 29/12/2004 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona. Cfr. *Auto del Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona*, de 29 diciembre 2004, AC 2005, 161.

²⁴⁷ No Auto de la Audiencia Provincial de Mallorca considerou-se que a utilidade da apensação de processos de insolvência de grupos de sociedades é a mesma que a dos outros casos de apensação e, quanto à sua finalidade a apensação de processos de insolvência de sociedades do mesmo grupo é uma exigência das relações de poder que existem entre a sociedade dominante e suas dominadas, em virtude da qual a unidade económica funcional ocorre, mesmo quando as partes componentes pertençam juridicamente a várias sociedades formalmente independentes. *Vide AP MALLORCA de fecha 30 de diciembre de 2005, AC 2005, 151.*

A principal novidade resultante da reforma assume caráter processual e corresponde à possibilidade de coligação ativa ou passiva das sociedades insolventes do mesmo grupo.

O novo art. 25 da Ley Concursal veio admitir esta possibilidade ao postular no seu parágrafo 1º: *“Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedad”*.

Sendo processual, esta medida influi no desenvolvimento do processo de insolvência em questões de tramitação (coordenação de processos, relatórios e secções) mas ajuda também a encontrar soluções porquanto a declaração conjunta facilita o encontro de uma solução convencional, que contemple as relações de grupo desde o primeiro momento²⁴⁸.

Sob a égide do art. 25, 2, reconhece-se, ainda, legitimidade aos credores para solicitarem a coligação ativa ou passiva dos membros das sociedades do mesmo grupo em três casos: (i) quando os devedores sejam casados; (ii) quando exista entre os devedores confusão de patrimónios; ou (iii) os devedores do mesmo grupo de sociedades²⁴⁹.

No que aqui nos interessa, saliente-se que o credor pode solicitar a requerimento dos devedores, do administrador de insolvência e, em certas condições, até dos credores (cfr. art. 25bis.1 da *Ley concursal*), a coligação ativa ou passiva das sociedades insolventes do mesmo grupo.

Apesar de a lei facultar a um só credor a legitimidade ativa para poder solicitar a coligação ativa ou passiva de vários dos seus devedores, deverá admitir-se a

²⁴⁸ Alerte-se que em Espanha o grupo de sociedades não pode apresentar-se conjuntamente à insolvência uma vez que não se reconhece personalidade jurídica ao grupo como um todo. Com isso em mente, é preciso esclarecer que a declaração de insolvência de uma sociedade pertencente a um grupo, incluindo a sociedade-mãe do grupo não determina automaticamente a insolvência das outras sociedades que compõem esse grupo. Consequentemente, estabelece-se a inadmissibilidade da possibilidade de "atrair" para a insolvência as sociedades solventes do grupo.

²⁴⁹ Nestes termos o art. 25., 2, estatui que *“El acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades”*.

possibilidade de vários credores, separadamente, solicitarem a coligação ativa ou passiva de vários dos seus devedores²⁵⁰.

Especificamente quanto aos grupos de sociedades, no art. 25 bis, 1, 1º prevê-se a possibilidade de haver lugar à apensação dos processos em que a insolvência já tenha sido declarada, quando ocorra a insolvência de uma sociedade devedora do grupo ou da sua sociedade dominante e a sociedade insolvente ou a administração de insolvência o solicite ao Juiz: *“Cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados de quienes formen parte de un grupo de sociedades”*.

Fundamentalmente este artigo trata da apensação de processos após a insolvência das sociedades, tanto a pedido dos insolventes, como da administração de insolvência. Subsidiariamente, legitima-se a qualquer dos credores, mediante requerimento fundamentado, a possibilidade de requerer a apensação de processos nestes casos.

O requerimento a solicitar a apensação deve ser apresentado por escrito e deve fundamentar-se na relevância e conveniência para o processo de insolvência deste tratamento conjunto²⁵¹. Desta forma, o requerimento deverá indicar as vantagens de tal apensação²⁵².

JAVIER ANTÓN GUIJARRO²⁵³ entende que o juiz pode descartar a apensação quando considere que esta não trará nenhum benefício para a insolvência.

No campo dos beneficiários da apensação, encontram-se dois grandes destinatários: por um lado, os devedores insolventes e, por outro, os credores.

No que respeita às vantagens que se podem produzir para os devedores insolventes, ressalte-se possibilidade de se coordenar o grupo como um todo para fornecer uma

²⁵⁰ Neste âmbito assinala-se que na prática é difícil que vários credores apresentem uma solicitação conjunta uma vez que basta que um dos credores requeira a coligação para que esta também se possa aplicar aos demais credores. Cfr. ÁNGEL ROJO, *Comentarios a la Ley Concursal*, (dir: Angel Rojo y Emilio Beltrán), Tomo I, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 221.

²⁵¹ No âmbito da insolvência de empresas pertencentes ao mesmo grupo, é processualmente aconselhável a apensação dos respetivos processos de insolvência para dar uma solução conjunta – por meio de acordo ou liquidação – à situação de insolvência.

²⁵² Entre as vantagens que pode oferecer a apensação de processos de insolvência de sociedades que pertencem ao mesmo grupo, saliente-se a possibilidade de se divulgar a identidade dos responsáveis pela insolvência da empresa através das ações de reintegração no âmbito das ações de grupo ou de ações de responsabilidade de insolvência. A apensação de processos de insolvência pode beneficiar a obtenção de informações das relações intragrupo de cada uma das sociedades que formam o grupo. Tais informações podem ser vitais para determinar a responsabilidade do insolvente.

²⁵³ Cfr. JAVIER ANTÓN GUIJARRO, *Tratado Judicial de la Insolvencia*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2012, p. 594.

solução para a insolvência, por acordo ou liquidação. Tanto se a intenção for chegar a um acordo com os credores, como se for a realização de ativos em sede de liquidação, a unificação de processos de insolvência acarretará importantes vantagens relacionadas com a coordenação de ambas as opções. Além disso, o devedor pode beneficiar da vantagem que o processo de apensação produz no que concerne à possibilidade de, apesar da insolvência, continuar a atividade do grupo, cruzando determinadas sociedades do grupo.

Já para os credores, podem-se alcançar vantagens significativas, tais como a divulgação dos responsáveis pela insolvência após a interposição de ações para a reintegração do grupo ou a partilha da responsabilidade dos administradores culpados pelo desencadeamento ou pelo agravamento da situação da insolvência da empresa.

Após as considerações enredadas saliente-se que não basta a existência de um grupo de sociedades para automaticamente apensar os processos de insolvência. Especificamente, é necessário que a apensação produza um benefício para qualquer uma das partes - credor ou insolvente - que não pudesse ser obtido sem a apensação de processos²⁵⁴.

A coordenação processual de insolvência de grupos de empresas tem uma consequência direta: aumentar a eficiência do processo em sede de insolvência e uma redução considerável de custos contra o património. Tudo isto ajuda em certa medida a satisfação de patrimónios ou pelo menos parte deles.

Não obstante, o pedido de insolvência conjunta não afeta a identidade de cada empresa do grupo, de modo que cada empresa vai continuar a ser considerada como uma sociedade separada e distinta. Nem a coligação ativa ou passiva das sociedades insolventes do mesmo grupo, nem a apensação de processos de insolvência já iniciados envolvem a consolidação de massas, pelo que apesar do processamento dos respetivos processos de insolvência serem coordenados, cada uma das sociedades mantém a sua identidade.

²⁵⁴ Entre as vantagens resultantes do tratamento conjunto de várias sociedades pertencentes ao mesmo grupo salientem-se a simplificação do exame dos processos de insolvência e de certos cenários futuros do processo de falência, como a aprovação de quaisquer acordos com os credores em cada um dos processos de insolvência. Além disso, o tratamento conjunto de cada um dos processos de insolvência pode ser benéfico para determinar as massas activas e passivas das sociedades insolventes.

Conforme resulta do art. 25b LC. a coligação não irá produzir uma consolidação em massa mas uma mera coordenação de processos.

A existência do grupo de sociedades permite não só a coligação, como também permite a tramitação coordenada dos processos. Todavia, não faz desaparecer a personalidade jurídica independente de cada uma das sociedades que integram o grupo, assumindo alcance processual mas não tendo implicações substantivas^{255 256}.

Apenas num caso o art. 25 LC abre uma exceção e “*admite unificar os inventários dos bens e das listas de credores dos vários devedores (“consolidar inventarios y listas de acreedores”): quando exista confusão patrimonial e não seja possível desvendar a titularidade dos ativos e passivos sem injustificados custos e morosidade (cfr. art. 25ter.2 da Ley concursal)*”²⁵⁷. CATARINA SERRA considera que, ainda que com caráter excecional, esta possibilidade tem sido encarada como simbolizando o acolhimento da consolidação substantiva^{258 259}.

²⁵⁵ Cfr. ANA MARÍA GALLEGU SANCHÉZ, *Concursos Conexos – Cuestiones surgidas a raíz de la Ley 38/2011 de 10 de Octubre in Una revisión de la Ley Concursal y su Jurisprudencia dada por especialistas*, Dykinson, S.L., Madrid, 2013, p. 569.

²⁵⁶ Atente-se, desde logo, na *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (s. 9ª)*, de 22 de Marzo de 2010 (D^o. PURIFICACION MARTORELL ZULUETA) ao decidir que “*Se ha venido declarando por la doctrina y por los Juzgados de lo Mercantil en interpretación de los artículos 3.5 y 25. de la Ley Concursal que ni la declaración conjunta de concursos ni la acumulación sobrevenida implican confusión, sino coordinación de los procedimientos, no siendo posible la realización de “una consolidación substantiva o substancial” del patrimonio de todas ellas, en los términos que pretende la parte recurrente*”.

²⁵⁷ Assim o escreve CATARINA SERRA, *Revitalização no Âmbito de Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 472.

²⁵⁸ Vide CATARINA SERRA, *Revitalização no Âmbito de Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 472.

²⁵⁹ Neste decurso, atente-se na *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (s. 15ª)* de 28 de Junio de 2011 (D. IGNACIO SANCHO GARGALLO): “*no debería haber inconveniente para que, también de forma excepcional, el concurso de las sociedades de un mismo grupo que tuvieran confusión de patrimonios y que hubieran operado en el mercado como una sola empresa, no sólo se tramitaran conjuntamente sino como una sola entidad deudora, consolidando todos sus activos y pasivos. (...) En nuestro caso, el juez mercantil, haciéndose eco de lo manifestado por la administración concursal, justifica esta consolidación por la confusión de patrimonios de las tres sociedades y porque actuaban como si de una sola empresa se tratara. En concreto, refiere una serie de hechos, que no han sido contradichos por las apelantes, y que a la postre son determinantes para justificar el levantamiento del velo y la consolidación de masas activas y pasivas: a) Las tres sociedades coinciden en socios, administradores, domicilio social y objeto social; b) La finalidad de mantener tres sociedades diferentes para realizar la misma actividad, según reconocieron los administradores sociale, era obtener mejor calificación de las compañías de seguro de crédito; c) La imagen corporativa de las tres compañías era la misma y la tres compartían teléfono, fax y dirección de correo electrónico; d) Las tres sociedades compartían departamento de administración, equipos informáticos y software; e) Los trabajadores y las máquinas realizaban servicios indistintamente para las tres; f) La administración concursal detectó en las cuentas bancarias de las tres entidades decenas de transferências, que únicamente obedecían a necesidades puntuales de tesorería de cada una de ellas, pero no a operaciones contractuales reales. Llega a ser tal la confusión que, según refiere la administración concursal, resulta imposible determinar la situación real de créditos y deudas entre unas y otras compañías. Com todo debemos efectuar una serie de precisiones. Una cuestión es la relativa a la procedencia excepcional de la consolidación de masas cuando se dan las circunstancias referidas y otra la utilización de una solicitud de concurso necesario de diversas empresas, a fin de aplicar la teoría del levantamiento del velo com el*

Neste sentido atente-se no entendimento adotado na *Sentencia T.S. 670/2010 (Sala 1) de 4 de noviembre* “nuestro sistema reconoce la personalidad jurídica de las sociedades como centro de imputación de relaciones jurídicas, por lo que, como regla, es la sociedad la que debe responder de su propio actuar aunque instrumentalmente actúe por medio de sus administradores. Ello no es obstáculo para que excepcionalmente, cuando concurren determinadas circunstancias - son clásicos los supuestos de *infracapitalización, confusión de personalidades, dirección externa y fraude o abuso*-, sea procedente el “*levantamiento del velo*” a fin de evitar que el respeto absoluto a la personalidad provoque de forma injustificada el desconocimiento de legítimos derechos e intereses de terceros”.

Assim no sistema jurídico espanhol a existência de um grupo de sociedades não acarreta, sem mais, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Para que se possa proceder à excecional possibilidade de consolidação de massas terão de se observar razões distintas das que presidem à aplicação de tal teoria²⁶⁰.

Em jeito de conclusão, na doutrina e na jurisprudência espanholas têm-se admitido a consolidação exclusivamente a nível processual, remetendo-se a possibilidade de consolidação de massas para um círculo bastante restrito de casos em que poderá ser aplicada a título a título excecional, mais especificamente, nos casos de confusão de esferas jurídicas ou nas situações de abuso e fraude.

objetivo de que, como primer supuesto de la solicitud, se declare de la responsabilidad conjunta y solidaria de las sociedades respecto de una concreta deuda”.

²⁶⁰ Tradicionalmente, nos casos em que a aplicação rigorosa da abordagem atomística produza resultados totalmente injustos, tem-se recorrido à desconsideração da personalidade jurídica como forma de atenuar aqueles resultados.

CAPÍTULO III

O NOVO REGULAMENTO EUROPEU SOBRE INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA E AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

A globalização económica e o comércio transfronteiriço conduziram, inexoravelmente, à formação de grupos empresariais, os quais foram criando um crescente número de filiais por diferentes países.

Efetivamente, com o despoletar da globalização, superando as diferenças legislativas estatais, os grupos foram atuando num plano cada vez mais internacional²⁶¹. Em face desta realidade empresarial veio-se reclamar um marco legislativo no panorama internacional que estabelecesse um quadro normativo europeu para reger os processos de insolvência transfronteiriços²⁶².

Neste contexto surgiu o Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000^{263 264}. O Regulamento foi aplicável em todos os Estados membros da UE, exceto na Dinamarca, que exerceu o seu direito de optar por sair.

Desde já, importa dissecar o conceito de insolvência transfronteiriça. Isto é, quando é que a insolvência se poderá considerar como transfronteiriça?

A este respeito infira-se que a insolvência será transfronteiriça “quando, quer as pessoas implicadas (devedor e credores), quer os bens em causa, quer ambos, apresentem ligações com as ordens jurídicas de dois ou mais Estados”²⁶⁵ ou “quando,

²⁶¹ Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria vide J. L. WESTBROOK, *Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, The ALI Principles, and the EU Insolvency Regulation*.

²⁶² Na época haviam já surgido a Lei-Modelo da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) sobre insolvência transfronteiriça, adotada em 30 de Maio de 1997, assim como outros instrumentos internacionais destinados a resolver alguns problemas da insolvência transfronteiriça. Sobre estas convenções cfr. MARIA JOÃO MACHADO, *Da Falência em Direito Internacional Privado - Introdução aos seus problemas fundamentais*, Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2000, pp. 27-29.

²⁶³ O Regulamento foi adotado em Maio de 2000 e entrou em vigor a 31 de Maio de 2002.

²⁶⁴ Tratava-se de um Regulamento aplicável diretamente em todos os Estados-Membros, no que respeita às situações internacionais que envolvam Estados-Membros da União Europeia, com a exceção da Dinamarca. Desta feita, a aplicação do Regulamento dependia de um critério de conexão: que o centro dos principais interesses do devedor - a sede estatutária - esteja situado na União Europeia.

²⁶⁵ Cfr. MARIA JOÃO MACHADO, *Algumas Considerações sobre a Falência em Direito Internacional Privado*, in Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 1999, n.º 3, p. 78, ou *Da Falência em Direito Internacional Privado - Introdução aos seus problemas fundamentais*, ob. cit., p. 12.

*em razão das pessoas envolvidas ou dos bens abrangidos ou dos dois factores conjuntamente, apresenta contactos com diversas ordens jurídicas*²⁶⁶.

Mais, é importante enfatizar que *"uma insolvência internacional é tipicamente caracterizada por uma ou mais das seguintes características: o negócio devedor é conduzido em vários países; os credores estão situados em diferentes países; os ativos estão localizados em diferentes países; há processos paralelos em diferentes países"*²⁶⁷.

O Regulamento Europeu de Insolvência configurou um *"grande salto"* na administração eficaz do processo de insolvência na União Europeia.

Todavia, apesar de o Regulamento ter facilitado os processos de insolvência na União Europeia, a verdade é que, após dez anos de vigência, deixou de refletir de forma satisfatória tanto as práticas atuais da União Europeia, como as práticas nacionais de direito da insolvência, designadamente para promover a recuperação de empresas em dificuldades.

Desta feita, foi iniciado um processo para avaliação da sua aplicação, o qual culminou na Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho para Alteração do Regulamento do Conselho (CE) n.º 1346/2000, de 12 de Dezembro de 2000. A Proposta veio agora dar lugar ao novo Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência, que foi publicado no dia 5 de Junho de 2015 e revogou o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho. Este novo Regulamento entrou em vigor no dia 25 de Junho de 2015 e apenas será aplicável aos processos que se iniciem depois de junho de 2017²⁶⁸.

O escopo crucial do novo Regulamento é o reforço da eficiência do quadro normativo europeu na resolução de casos de insolvência transfronteiriços, almejando-se assegurar uma maior eficácia e eficiência aos processos de insolvência que produzem efeitos transfronteiriços, assim como garantir o bom funcionamento do mercado

²⁶⁶ Cfr. MARIA HELENA BRITO, *Falências Internacionais. Algumas Considerações a Propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, in Themis, Edição Especial – *Novo Direito da Insolvência*, 2005, p. 186.

²⁶⁷ Palavras de Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 3rd edn, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 618-619.

²⁶⁸ Nos termos do art. 92.º do Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, o Regulamento é aplicável aos processos de insolvência abertos após 26 de junho de 2017, com exceção: "a) Do artigo 86.º, que é aplicável a partir de 26 de junho de 2016; b) Do artigo 24.º, n.º 1, que é aplicável a partir de 26 de junho de 2018 e c) Do artigo 25.º, que é aplicável a partir de 26 de junho de 2019".

interno e a sua resiliência durante as crises económicas²⁶⁹. Este objetivo anda de “mãos dadas” com as atuais políticas da União Europeia que visam relançar o espírito empresarial na Europa, promover a recuperação económica e o crescimento sustentável, uma taxa de investimento mais elevada e a preservação de emprego, previstas na estratégia Europa 2020²⁷⁰. Assim sendo, o novo Regulamento contribuirá para garantir o desenvolvimento harmonioso e a sobrevivência das empresas, como indica a Lei das Pequenas Empresas²⁷¹.

Nesta esteira, no novo Regulamento as novas normas de insolvência deixaram de centrar-se tanto na liquidação das empresas para se centrar mais na sua recuperação - alargou-se o âmbito de aplicação do Regulamento aos processos que promovem a recuperação e revitalização do devedor, sendo atribuída competência ao administrador da insolvência para propor planos de recuperação. Nestes termos o novo Regulamento veio conceder uma nova oportunidade aos empresários, abarcando-se no seu âmbito de aplicação os processos que promovem a recuperação de empresas economicamente viáveis mas que se encontram em dificuldades.

Acresce que, do anterior Regulamento emergiam dificuldades e fragilidades derivadas da inexistência de qualquer obrigação de publicação ou de registo das decisões nos Estados-Membros em que o processo era aberto ou nos Estados-membros em que estivesse situado um estabelecimento. Ademais, não existia qualquer sistema que possibilitasse pesquisas sobre os processos de insolvência nos diferentes registos nacionais. Nestes termos, outra das novidades mais flagrantes do novo Regulamento prende-se com a obrigatoriedade dos Estados-Membros procederem à criação de registos de insolvência destinados à publicação de informações relativas aos processos de insolvência. Por meio destes registos procura-se evitar a abertura de processos paralelos em diferentes Estados-Membros, simplificando o acesso aos registos quer por parte dos tribunais, quer por parte dos credores. Será criado um sistema descentralizado

²⁶⁹ Em essência, a Comissão pretende ampliar a definição de um processo de insolvência, de modo que uma ampla gama de técnicas de reestruturação possa vir dentro do guarda-chuva do Regulamento. Isso geralmente é saudado como um passo positivo, o que irá facilitar ainda mais a reestruturação transfronteiriça.

²⁷⁰ Parecer COM (2012) 744 - Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência.

²⁷¹ Parecer COM (2008) 394 de 25 de Junho de 2008.

pela Comissão constituído pelos referidos registos de modo a interligar os diversos registos de insolvência.

O novo Regulamento permitiu também dissipar dúvidas no que concerne à determinação do Estado-Membro competente para abrir o processo de insolvência. Deste modo, no art. 3.º do Regulamento, sob a epígrafe “*competência internacional*” estabeleceu-se que “*Os órgão jurisdicionais do Estado-Membro em cujo território está situado o centro dos interesses principais do devedor são competentes para abrir o processo de insolvência (“processo principal de insolvência”). O centro dos interesses principais é o local em que o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses de forma habitual e cognoscível por terceiros*” (n.º 1 do art. 3.º do Regulamento (UE) 2015/848)²⁷².

Outros dos principais problemas diagnosticados no anterior Regulamento concernia aos problemas detetados a nível dos processos secundários. Na prática, verificava-se que a abertura de um processo secundário podia gerar dificuldades na eficaz administração do património do devedor. Com efeito, a abertura do processo secundário fazia com que o síndico perdesse o controlo sobre os bens situados noutra(s) Estado(s)-Membro(s), o que, conseqüentemente, dificultava a venda dos bens do devedor (venda da empresa ou dos bens como um todo). Tendo em vista estes tipos de casos e procurando dar solução aos mesmos, o novo Regulamento veio criar regras de cooperação e comunicação entre tribunais e entre estes e os administradores da insolvência, mais especificante no que concerne à administração e fiscalização dos bens e negócios do devedor, à realização de audiências, à aprovação de protocolos e à nomeação de administradores da insolvência.

Acresce ainda que, pese embora um grande número das insolvências transfronteiriças envolvesse grupos de sociedades, a verdade é que o anterior Regulamento não possuía regras específicas acerca da insolvência nos grupos multinacionais de sociedades. Ora, um dos pontos fracos do anterior Regulamento consistiu, assim, precisamente, na ausência de quaisquer disposições acerca de

²⁷² Clarifica-se no novo Regulamento que “*no caso de sociedades e pessoas coletivas, presume-se, até prova em contrário, que o centro dos interesses principais é o local da respetiva sede estatutária. Esta presunção só é aplicável se a sede estatutária não tiver sido transferida para outro Estado-Membro nos três meses anteriores ao pedido de abertura do processo de insolvência*”. Cfr. art. 3.º do Regulamento (UE) 2015/848.

insolvências no âmbito dos grupos de sociedades, tendo-se regulamentado, apenas, as empresas individuais. Denote-se que este vazio legislativo sobre a insolvência nos grupos não só diminuía as hipóteses de reestruturação do grupo globalmente considerado, assim como podia levar à sua desagregação.

Deste modo, uma das novidades mais aplaudidas do novo Regulamento (a mais pertinente no âmbito deste escrito e à qual dedicaremos as considerações que se seguem) foi então a criação de um conjunto de regras destinadas a regular os processos de insolvência relativos a membros de um grupo de sociedades.

Essencialmente, o novo Regulamento com a introdução do capítulo V, sob o título “*Processos de Insolvência relativos a Grupos de Sociedades*” veio preencher uma lacuna legislativa que não se coadunava com o tráfego e a realidade jurídico-económica dos tempos hodiernos.

Todavia a regulamentação da matéria dos grupos de sociedades no contexto da insolvência sempre foi uma tarefa desafiadora mas que demanda os mais extremos cuidados. Com efeito, no seu âmbito abarcam-se tantos os casos em que os bens de uma sociedade (ou parte deles) estão dispersos por outras sociedades do grupo, como os casos em que a atividade de uma sociedade está tão intrinsecamente interligada às outras que se impõe uma abordagem integrada²⁷³.

Destarte, no contexto da insolvência transfronteiriça, os grupos de sociedades apresentam dois desafios regulatórios chave. Um é como facilitar uma coordenação processual eficiente do processo de insolvência (incluindo reestruturações a nível do grupo), onde o grupo está espalhado por diferentes países; o outro é, como lidar, durante um processo de insolvência, com cenários de grupos fortemente integrados cujos bens ou dívidas tenham sido misturados²⁷⁴.

As medidas introduzidas pelo novo Regulamento são, essencialmente, regras que se alicerçam na comunicação, cooperação e coordenação no âmbito da insolvência dos membros de um grupo de sociedades, almejando-se sobretudo dotar o processo de uma maior eficiência.

²⁷³ Cfr. CATARINA SERRA, *Insolvência transfronteiriça - Comentários à Proposta de Alteração do Regulamento Europeu Relativo aos Processos de Insolvência, com Especial Consideração do Direito Português*, ob. cit., p.136.

²⁷⁴ Cfr. IRIT MEVORACH, *INSOL Europe's Proposals on Groups of Companies (in cross-border insolvency): a critical appraisal*, Vol. 21, 2012, p. 1.

Os deveres de mútua cooperação e comunicação são impostos quer entre administradores de insolvência, quer entre órgãos jurisdicionais e, em última *ratio*, entre administradores de insolvência e órgãos jurisdicionais²⁷⁵.

Quando o processo de insolvência envolva duas ou mais membros de um grupo de sociedades impõe-se que os administradores de insolvência nomeados para cada processo cooperem entre si conquanto esta cooperação permita simplificar e agilizar o andamento desses processos e não envolva qualquer conflito de interesses (art. 56.º, n.º 1 do Regulamento (UE) 2015/848). Apesar de se tratar de um medida inovadora revela alguma timidez na medida em que não se arriscou na criação da figura de um administrador de insolvência único para os processos de insolvência de todos os membros dos grupos de sociedades. Nesta medida, esta regra ficou á quem das expetativas envoltas na possibilidade de criação da figura de um administrador único do grupo. A identidade de um único administrador, longe de produzir efeitos adversos sobre as partes, pode fornecer uma visão geral do grupo e, por meio do seu relatório, divulgar informações relevantes sobre os responsáveis pela insolvência, a viabilidade do grupo como um todo e posição financeira de cada uma das empresas insolventes dentro do grupo. Evidentemente o administrador nomeado deveria estar apto a desempenhar com a necessária independência, obviando a situações de onde pudessem emergir eventuais conflitos de interesses.

Já no âmbito da coordenação, a principal novidade introduzida pelo novo Regulamento consubstancia-se na possibilidade de abertura de um processo de coordenação do grupo que poderá ser solicitado por um administrador de insolvência nomeado num processo de insolvência para um membro do grupo a qualquer órgão jurisdicional competente para o processo de insolvência de um membro do grupo (art. 61.º, n.º 1 do Regulamento (UE) 2015/848)²⁷⁶. No entanto esta norma impõe que sejam

²⁷⁵ “*Se forem abertos diversos processos de insolvência relativos a várias sociedades do mesmo grupo, deverá haver uma cooperação adequada entre as partes em causa nesses processos. Os vários administradores da insolvência e os órgãos jurisdicionais em causa deverão, por conseguinte, estar sujeitos a um dever de cooperar e comunicar entre si semelhante ao dos em causa nos processos principais e secundários de insolvência relativos ao mesmo devedor. A cooperação entre os administradores da insolvência não deverá ser contrária aos interesses dos credores em cada um dos processos em causa e deverá ter por objetivo encontrar uma solução que promova sinergias dentro do grupo*”. Cfr. Considerando (52) do Regulamento (UE) 2015/848.

²⁷⁶ “*As vantagens da abertura de um processo de coordenação de grupo não deverão ser superadas pelos custos desse processo. Assim, é necessário assegurar que os custos da coordenação, e a quota-parte desses custos a suportar por cada membro do grupo, sejam adequados, proporcionados e razoáveis, e determinados nos termos da lei nacional do Estado-Membro em que o processo de*

abertos separadamente processos para cada um dos membros do grupo, mantendo-se estes como independentes uns dos outros, afastando-se a hipótese de abertura de um processo único para todos os membros do grupo. Nesta senda, pese embora os processos devam ser tratados articuladamente, no novo Regulamento optou-se por um tratamento individual dos processos de cada uma das sociedades insolventes do grupo, preservando-se a independência dos mesmos²⁷⁷.

Digamos que a novidade mais arrojada do novo Regulamento a nível da insolvência dos membros dos grupos de sociedades consistiu na atribuição ao administrador da insolvência de poderes para requerer não só a suspensão dos processos abertos relativamente a outros membros do grupo²⁷⁸, como também para propor um plano de recuperação para todos ou alguns membros do grupo sujeitos a processos de insolvência (art. 60.º do Regulamento (UE) 2015/848).

A este respeito CATARINA SERRA²⁷⁹ considera que não se trata (ainda) da “*admissibilidade de um plano único ou comum pois tal contraria as necessárias independência e autonomia dos processos*” consubstanciando-se tão-só como “*um plano de coordenação que deverá funcionar como uma referência para os planos a adoptar em cada um dos processos*”.

Em suma, advogue-se que no novo Regulamento se revelou uma certa timidez em adotar medidas mais inovadoras para lidar com a insolvência dos membros de sociedades do mesmo grupo. Com efeito optou-se por deixar de fora o emergente

coordenação de grupo foi aberto. Os administradores da insolvência em causa deverão também ter a possibilidade de controlar esses custos desde o início do processo. Se a lei nacional o exigir, o controlo dos custos desde o início do processo poderá implicar que o administrador da insolvência tenha de procurar obter a aprovação de um órgão jurisdicional ou de uma comissão de credores”. Cfr. Considerando (58) do Regulamento (UE) 2015/848.

²⁷⁷ Vide CATARINA SERRA, *Revitalização no Âmbito de Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 475.

²⁷⁸ “*Para os membros de um grupo de sociedades que não participam no processo de coordenação de grupo, o presente Regulamento deverá ainda prever um mecanismo alternativo para conseguir uma revitalização coordenada do grupo. O administrador da insolvência nomeado num processo relativo a um membro de um grupo de sociedades deverá ter legitimidade para requerer a suspensão de qualquer medida relacionada com a liquidação dos bens nos processos abertos relativamente a outros membros do mesmo grupo que não estejam sujeitos a processos de coordenação de grupo. Só deverá ser possível requerer tal suspensão se for apresentado um plano de recuperação dos membros do grupo em causa, se esse plano beneficiar os credores do processo relativamente ao qual a suspensão é solicitada e se esta for necessária para assegurar a correta execução do plano*”. Cfr. Considerando (60) do Regulamento (UE) 2015/848.

²⁷⁹ Entendimento acolhido por CATARINA SERRA, *Insolvência transfronteiriça - Comentários à Proposta de Alteração do Regulamento Europeu Relativo aos Processos de Insolvência, com Especial Consideração do Direito Português*, ob. cit., p. 140.

instituto da consolidação substantiva ao qual se tem vindo a reconhecer importância crescente em diversos ordenamentos jurídicos.

Em boa verdade, seguindo-se o brocado “*uma pessoa, um património, uma insolvência*” o que se veio pugnar no novo Regulamento foi pela coordenação dos processos de insolvência respeitantes a membros do mesmo grupo. No entanto, exalta-se a coordenação mas como o limite de não se prescindir da individualidade de cada um dos processos dos membros do grupo.

Inevitavelmente, tendo em conta as semelhanças das propostas consagradas, é impossível que não se faça um paralelismo entre as soluções avançadas no Anteprojeto para alteração da *Insolvenzordnung* e as regras estipuladas no novo Regulamento sobre insolvência transfronteiriça em matéria de grupos de sociedades. Ao que tudo parece o legislador na elaboração do novo Regulamento não ficou imune às propostas perfilhadas no Anteprojeto de lei alemão, tendo a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho para Alteração do Regulamento do Conselho (CE) n.º 1346/2000, de 12 de Dezembro de 2012 sido elaborada na vanguarda do Anteprojeto de lei alemão²⁸⁰.

No fundo no novo Regulamento, o Parlamento Europeu e o Conselho optaram por “jogar pelo seguro” e subscrever a adoção de medidas de cariz mais cauteloso, deixando intocáveis matérias que poderiam despoletar alguma controvérsia, como foi o caso do instituto da consolidação substantiva. Pese embora a posição conservadora adotada no Regulamento seja criticável, a verdade é não se pode deixar de enaltecer e considerar bem-vinda a introdução no Regulamento da disciplina da insolvência dos membros dos grupos de sociedades, a qual já era ansiosamente aguardada há algum tempo.

²⁸⁰ Na Proposta do Anteprojeto de lei alemão e no novo Regulamento (UE) 2015/848 partilham-se propostas como a possibilidade de abertura de um processo de coordenação para as empresas do grupo sujeitas a um processo de insolvência e a imposição de deveres de cooperação entre os órgãos (administradores de insolvência e órgãos jurisdicionais). No entanto, a Proposta do Anteprojeto de lei alemão foi mais longe ao admitir nomeação de um único administrador da insolvência para os processos de todas as empresas do grupo ao passo que o novo Regulamento se coibiu de consagrar a figura de um único administrador do grupo. Mas, no essencial, na esteira da Proposta do Anteprojeto de lei alemão, o que o novo Regulamento veio estatuir foi a coordenação dos processos de insolvência de membros do mesmo grupo societário.

CAPÍTULO IV

O TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA NO ÂMBITO DOS GRUPOS EM PORTUGAL

1. AS SOLUÇÕES ATÉ AO CPREF

Na vigência do CPREF – art. 1.º, n.º 3 - admitia-se não só a coligação²⁸¹ ativa ou passiva de sociedades que se encontrassem em relação de grupo, como também existia significativa abertura dos tribunais quanto ao âmbito dessa coligação, ainda que a consolidação patrimonial fosse recusada^{282 283}.

Na verdade, pese embora a coligação fosse aceite, esta não se traduzia numa liquidação conjunta das sociedades do grupo: mesmo nas situações em que se verificassem razões materiais a reclamar tal solução, conservava-se o total respeito pela independência das sociedades agrupadas, permanecendo separadas as respetivas massas patrimoniais²⁸⁴.

²⁸¹ “O principal corolário da coligação é a unidade processual, o que quer dizer que, apesar de serem várias as empresas insolventes ou em situação económica difícil, cujo destino se visa definir, é um único o processo judicial que corre”. Cfr. o Ac. do TRP, de 14 de Fevereiro de 2004, processo 0326763 (Relator: Marques de Castilho),

²⁸² A este respeito veja-se o Ac. do TRP, de 14 de Fevereiro de 2004, processo 0326763 (Relator: Marques de Castilho), ao referenciar que “I - É possível requer-se a declaração conjunta da falência de várias empresas (coligação passiva), se elas se encontrarem numa relação de domínio ou de grupo.”, aditando-se ainda que “o n.º 3 do artigo 1.º do CPREF alargou o âmbito da coligação activa e passiva – aos casos de existência de uma relação de domínio – não só de grupo e também aos casos em que as empresas coligadas tenham os seus balanços e contas aprovados consolidadamente (...) Abona em favor da admissibilidade da coligação, mesmo no caso de diversidade, o facto de, precisamente, a razão que a justifica ser a da necessidade - ou da vantagem - de se considerarem globalmente os destinos de empresas muito relacionadas entre si, pelas consequências que o destino de uma pode envolver para a outra, independentemente de eles poderem ser diferentes.”. Ainda neste sentido veja-se o douto Ac. do TRL de 9 de Dezembro de 2003, processo 8322/2003-7 (Relator: Proença Fouto) ao considerar que “É viável uma acção falimentar em coligação passiva tendo como objecto um grupo de sociedades em relação de grupo por domínio total, em que a relação de crédito respeite directamente tão só a sociedade-mãe e a uma das “filhas” das demais sociedades componentes do grupo plurissocietário”.

²⁸³ JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES referem que a indicação contida na primeira parte do n.º 3 do artigo 1.º “segundo a qual a coligação não prejudica os efeitos patrimoniais resultantes da personalidade jurídica distinta das empresas coligadas significando desde logo que as massas patrimoniais se mantêm autonomizadas, apesar da coligação – solução, aliás similar à que ocorre no caso de falências derivadas ou conjuntas”. Apud. Ac. do TRP, de 14 de Dezembro de 2004, processo 0326763 (Relator: Marques de Castilho).

²⁸⁴ Salientando isso mesmo vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo*, ob. cit., p. 996.

A norma do art. 1.º, n.º 3 previa que “[s]em prejuízo dos efeitos patrimoniais da existência de personalidade jurídica distinta, [era] permitida a coligação activa ou passiva de sociedades que se encontr[ass]em em relação de domínio ou de grupo, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ou que t[ivessem]m os seus balanços e contas aprovados consolidadamente”. O artigo 13.º, n.º 2, do CPEREF permitia, simultaneamente, a apensação *ex post*: “quando estiverem pendentes em diferentes tribunais ou juízos processos de recuperação da empresa ou de falência relativos a sociedades coligadas, efectuar-se-á a sua apensação ao processo respeitante à sociedade de maior valor do activo”.

Ao abrigo do CPEREF admitia-se, então, não só a possibilidade de, no caso de a insolvência das diversas sociedades ocorrer logo *ab initio*, o credor pedir a declaração de insolvência da sociedade da qual é diretamente credor mas também de outras sociedades do grupo seja ou não titular de um crédito sobre ela, como também se admitia que as próprias sociedades agrupadas se pudessem apresentar conjuntamente à insolvência.

No que aos grupos de sociedades concerne, este regime previa a coligação das sociedades solventes quando uma outra se encontrasse em processo de insolvência²⁸⁵ podendo, assim, o património destas responder perante os credores sociais da sociedade insolvente quando esta já não tivesse capacidade para cumprir perante os credores sociais. Desta feita, admitia-se a possibilidade de uma “acção falimentar em coligação passiva tendo por objeto um grupo de sociedades por domínio total em que a relação de crédito se reportasse à sociedade-mãe e a uma das filhas das demais sociedades componentes do grupo plurissocietário”²⁸⁶.

Reflita-se, desde logo, nos grupos hierárquicos nos quais o financiamento do grupo depende, fundamentalmente, da sociedade dominante. Com efeito, a prática

²⁸⁵ Número 1 do Artigo 3.º do CPEREF., com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de Outubro.

²⁸⁶ Entendimento sufragado no Ac. do TRL de 9 de Dezembro de 2003, processo 8322/2003-7 (Relator: Proença Fouto) e no Ac. do TRP, de 14 de Dezembro de 2004, processo 0326763 (Relator: Marques de Castilho). “*In casu estávamos perante sociedades em relação de grupo por domínio total, tendo-se entendido que a falência da sociedade dominante importa a dissolução do grupo nos termos do art. 489.º, n.º 4, al. b), do CSC, arrastando para a falência as sociedades-filhas, esvaziadas de património (e sem sócios). Situação que justificaria a aplicação do regime induzido pelo normativo falimentar do n.º 3 do art. 1.º do CPEREF*”. Cfr. SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, *ob. cit.*, p. 345, nota de rodapé 14.

demonstra que a insolvência da sociedade dominante muito provavelmente, atenta a interdependência das sociedades agrupadas, irá importar a insolvência iminente das sociedades dominadas do grupo, através de um efeito dominó²⁸⁷. Assim sendo, parece plausível que se questione acerca da possibilidade de abertura do processo na base de uma solicitação conjunta da declaração de insolvência que terá o efeito de acautelar o tribunal (e conseqüentemente os credores e os administradores concursais) para a pertinência que a existência do grupo pode ter para a evolução do processo²⁸⁸.

Ademais, quando várias sociedades pertencentes ao mesmo grupo se encontrem insolventes, a abertura conjunta do processo de insolvência facilitará e simplificará a tramitação dos respetivos processos, possibilitando ao tribunal responsável um adequado exame das causas de insolvência e de outros aspetos essenciais do processo.

Nesta perspetiva, o pedido conjunto de declaração de insolvência de sociedades insolventes de um grupo permitiria, *a priori*, uma coordenação processual dos processos de insolvência das várias sociedades: seja pela adoção de medidas destinadas à agilização da tramitação do processo de cada uma dessas sociedades, seja através da organização das suas fases de uma forma coordenada, podendo-se designar uma administração concursal tendo em vista uma atuação consolidada²⁸⁹.

Todavia, o legislador não deu solução a certos problemas²⁹⁰. Exemplificativamente, a lei não esclarecia o que acontecia quando era requerida a recuperação para uma ou algumas das sociedades e a falência para outra ou outras. Não se estabeleceram regras sobre os órgãos processuais nem sobre a tramitação do processo. Nada se dispôs quanto aos critérios para determinar o tribunal competente para tramitar o processo nos casos de coligação²⁹¹.

²⁸⁷ Defendendo esta solução SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, *ob. cit.*, p. 344.

²⁸⁸ Assim se pronuncia JUAN SANCHÉZ-CALERO / MÓNICA FUENTES, *La Reforma Concursal y los Grupos de Sociedades*, *ob. cit.*, p. 15.

²⁸⁹ Soluções avançadas por SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, *ob. cit.*, p. 344.

²⁹⁰ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 3.ª edição, Lisboa, Quid Iuris, 1999, pp. 61-62.

²⁹¹ LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, conscientes das dificuldades práticas da solução e por analogia com a regra sobre a apensação, entendiam, apesar de tudo, que a ação deveria ser proposta no tribunal da sede ou domicílio da sociedade com maior valor do ativo. LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, *ob. cit.*, p. 98.

No que concerne a sociedades que se encontram em estado de insolvência, consideramos que não se vislumbram motivos para negar a coligação, atentando-se no facto de se tratar de uma regra puramente processual, não afetando a identidade própria de cada sociedade do grupo. Ademais, do ponto de vista processual constituiria uma mais-valia para facilitar a coordenação dos processos de insolvência.

Acresce que, ao abrigo do CPEREF, para além da coligação admitia-se a apensação de processos de sociedades em relação de grupo. Esta hipótese verificava-se nos casos em que, sendo possível a coligação, não se havia lançado mão dela (cfr. art. 13.º, n.º 2, do CPEREF)²⁹², operando, assim, como um mecanismo subsidiário²⁹³.

2 – O TRATAMENTO DA QUESTÃO NO CIRE: UM RETROCESSO?

Ao longo do tempo, os entendimentos adotados foram moldando a interpretação do legislador e, assim, se refletiram nas atualizações legislativas.

Nestes termos, remetendo-nos ao atual CIRE, aluda-se que, neste diploma, se eliminou a coligação, a qual passou a estar agora apenas prevista para a insolvência de casados (art. 264.º)²⁹⁴.

Dado que o artigo 30.º, n.º 4 do CPC – que previa igualmente a coligação – já havia sido revogado pelo Decreto-Lei n.º 315/98, resta inferir que hoje não existe base legal que possa fundamentar a coligação (ativa ou passiva) nos casos de grupos de sociedades. Isto leva-nos a concluir pela inadmissibilidade, entre nós da apresentação conjunta à insolvência por parte de duas ou mais sociedades pertencentes ao mesmo grupo^{295 296}.

²⁹² Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, ob. cit., p. 97.

²⁹³ Vide CATARINA SERRA, *Revitalização no Âmbito de Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 478.

²⁹⁴ O CIRE, no ponto 20 do seu Preâmbulo, abandonou aquela solução, negando a possibilidade das “falências derivadas” ou “por arrastamento”.

²⁹⁵ A título exemplificativo refira-se que a *Ley Concursal Espanhola* prevê expressamente no artigo 25.º a “*déclaration conjunta*” de sociedades que formem um grupo, atribuindo legitimidade para o pedido quer às sociedades devedoras, quer ao credor comum de ambas.

²⁹⁶ FÁTIMA REIS SILVA salienta que “[e]xcluiu-se a pregressa possibilidade de coligação de empresas em relação de grupo mantendo a possibilidade de coligação entre cônjuges casados entre si em regime de comunhão – cfr. art. 264.º. Em consequência, regulou-se

De forma a contornar esta situação, a consolidação processual só poderá ter lugar pela via da apensação, sendo esta a única solução conciliável com o regime legal em vigor^{297 298 299}.

Através da norma do art. 86.º, n.º 2, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas admite-se a apensação dos processos de insolvência de outras sociedades do grupo³⁰⁰. Em Portugal, a legitimidade para efetuar o pedido pertence em exclusivo ao administrador da insolvência do processo ao qual o outro, ou os outros processos, devam ser apensados.

No nosso entendimento, o atual CIRE ao eliminar a possibilidade de coligação processual no âmbito dos grupos de sociedades permitindo, apenas, a apensação dos respetivos processos (art. 86.º, n.º 2 do CIRE)³⁰¹ patenteou um retrocesso legislativo

e densificou-se uma matéria nova – a apensação entre processos de insolvência, regime que, nos termos do art. 17.º afasta, em alguns aspectos, o regime geral constante do art. 275.º do Código de Processo Civil”. FÁTIMA REIS SILVA, *Efeitos Processuais da Declaração de Insolvência*, I Congresso de Direito da Insolvência, Coordenação Catarina Serra, Almedina, 2013, p. 263.

²⁹⁷ ANA RITA GOMES DE ANDRADE, *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*, *ob. cit.*, pp. 134-135, defende a possibilidade de coligação, que parece fazer coincidir com a apensação de processos, preceituada no art. 86.º do CIRE. Todavia, esta norma apenas legitima a apensação (*ex post*) e não a coligação (*ab initio*).

²⁹⁸ Consoante o aduz o douto Ac. do TRC, de 27 de Julho de 2010, Processo 255/10.2T2AVR-B.C1 (Relator: Carlos Gil). “(...) *se durante todo o período de existência de um grupo societário, o património afecto à empresa considerada globalmente foi sendo afectado e realocado consoante as necessidades em cada momento verificadas, (necessidades de solvabilidade, para pagamento a credores, necessidades de investimento, o que fosse), não é admissível que, no momento final, na insolvência, se cristalize essa alocação tal como está e se separem as diversas componentes da empresa, deixando os credores das várias pessoas jurídicas titulares da empresa sujeitos, “à sorte”, à existência ou inexistência da garantia patrimonial para os seus créditos, consoante o momento da vida em que se encontrasse o grupo e a afectação do património que, momentos antes dessa cristalização, houvesse sido feita”.*

²⁹⁹ Contrariamente, no Guia Legislativo da UNCITRAL adotou-se um critério amplo no que respeita à legitimidade para solicitar a apensação de processos. Nesta senda, os sujeitos com legitimidade seriam qualquer sociedade do grupo afetada por um processo de insolvência, qualquer um dos administradores de insolvência designados em cada processo e os credores. Na esteira do defendido no Guia Legislativo da UNCITRAL, o legislador concursal espanhol também procedeu à ampliação dos legitimados para o pedido de apensação. Antes da reforma operada pela lei 38/2011 de 10 de Outubro à *Ley Concursal*, o artigo 25.º apenas outorgava legitimidade aos administradores de insolvência. Atualmente, o agora artigo 25Bis.2., confere legitimidade para solicitar a “*acumulación processual*” não só a qualquer um dos administradores de insolvência designados nos processos em causa mas também a qualquer das sociedades insolventes e, de forma residual, aos credores, mesmo que não sejam credores comuns das sociedades em causa. Como requisito, estabelece-se apenas que o pedido esteja devidamente justificado pois trata-se de uma solução processual cuja justificação assenta no favorecimento da tramitação dos distintos processos conexos.

³⁰⁰ A apensação regulada no art. 86.º do CIRE aplica-se, de facto, a três grupos casos: os processos dos que legalmente respondam pelas dívidas do insolvente, do cônjuge, se o regime de bens não for o da separação, e das sociedades em relação de domínio ou de grupo.

³⁰¹ Neste quadro, parece-nos que sempre que, por algum motivo, as várias sociedades de um grupo se apresentem separadamente à insolvência, o administrador da insolvência, no exercício do poder (que é também um dever) conferido pelo art. 86.º do CIRE, deve pugnar pela apensação dos mesmos. Em boa verdade, só agindo desta forma se conseguirá materializar o espírito do legislador ao

relativamente ao anterior CPREF. Parafrazeando CATARINA SERRA³⁰² *“as tendências mais recentes das leis europeias vão exactamente no sentido contrário, o que deixa isolada e torna ainda mais incompreensível a atitude do legislador português”*³⁰³.

3 – OS MODELOS PARA O TRATAMENTO DA INSOLVÊNCIA EM PORTUGAL

A) A CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL – O ART. 86.º DO CIRE

Em Portugal, o CPC prevê a apensação de ações enquanto poder ou faculdade conferido ao juiz com poder quase discricionário, como resulta da expressão final do art. 267.º, n.º 1 do CPC. A apensação de ações, ao abrigo do art. 267.º do CPC, justifica-se pela economia de atividade e pela uniformidade de julgamento das questões comuns³⁰⁴

³⁰⁵ ³⁰⁶

A junção dos processos encontra o seu fundamento na conexão existente entre eles, visando-se a economia de atividade processual e a coerência ou a uniformidade de julgamento. A estas vantagens *“acrescem – quando não mesmo se sobrepõem – razões de boa administração da justiça - juntando processos será provavelmente mais esgotante a produção probatória e respectiva cognição – e mesmo de prestígio das decisões – pois desaparecerá o perigo de uma pluralidade de decisões sobre questões idênticas ou conexas se contradizerem materialmente: a unificação de processos tem como consequência natural que a sentença é só uma para as várias causas que se*

adotar o critério da autonomia patrimonial em detrimento do critério da personalidade jurídica, assim como só assim será viável a compatibilização do regime do CIRE com o regime dos grupos de sociedades regulado no CSC.

³⁰² Cfr. CATARINA SERRA, *Revitalização no Âmbito de Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 482.

³⁰³ Veja-se, a título exemplificativo, a reforma na *Ley Concursal* empreendida em Espanha no seio da qual se veio consagrar expressamente a possibilidade de coligação ativa ou passiva das sociedades insolventes do mesmo grupo.

³⁰⁴ Neste sentido veja-se o douto Ac. do TRC, de 29 de Outubro de 2013, processo 737/08.6TMAVR-E.C1 (Relator: Henrique Antunes).

³⁰⁵ *“Visando a apensação de processos a economia processual e a uniformidade de julgamento, tendo em vista os interesses de paz social e da justiça, deve deixar-se ao prudente arbitrio do julgador a apreciação das suas vantagens ou inconvenientes no caso concreto”*, cfr. Ac. do STJ, de 3 de Novembro de 2011, processo 850/2001.C1.S1 (Relator: Álvaro Rodrigues).

³⁰⁶ *“A finalidade da apensação de acções é a economia de actividade processual e a uniformidade de julgamento que pode proporcionar a circunstância da causa de pedir ser a mesma e única, ou de os pedidos estarem numa relação de dependência nas acções apensadas”*. A estas adite-se, ainda, a vantagem de alguma celeridade processual adviniente da economia de atividade. Cfr. Ac. do TRC, de 21 de Maio de 2013, processo 4044/07.3TJCBR-C.C1 (Relator: Sílvia Pires).

*juntarem; todas elas hão-de, por isso, ser decididas, pelo mesmo juiz, no mesmo acto jurisdicional*³⁰⁷.

A apensação tem, assim, como consequência, não a extinção de um dos processos apensados, mas sim a instrução, a discussão e o julgamento conjunto de causas conexas³⁰⁸.

A consolidação processual envolve diferentes graus de coordenação no que diz respeito à administração de vários processos de insolvência iniciados contra as empresas do grupo e consubstancia-se na unificação dos processos de insolvência das sociedades separadas do grupo.

Atente-se, todavia, que as causas unificam-se do ponto de vista processual mas conservam a sua autonomia quanto às questões adjetivas próprias³⁰⁹. Neste termos, *“o princípio do dispositivo ou da disponibilidade das partes não é afectado, não aproveitando às partes de uma das causas o que na outra se alegou, pelo que não se regista qualquer “osmose” entre os factos privativos de uma delas*^{310 311}.

Pese embora as ações apensadas conservem a sua autonomia do ponto de vista substantivo, o facto de comungarem dos requisitos que determinaram a sua apensação obriga, em termos de disciplina, a sujeitarem-se ao escopo da junção que, passando pela economia de atividade, postula a uniformidade do seu tratamento, com instrução,

³⁰⁷ Pronunciando-se neste sentido o Ac. do TRC, de 29 de Outubro de 2013, processo 737/08.6TMAVR-E.C1 (Relator: Henrique Antunes).

³⁰⁸ Vide Ac. do TRC, de 29 de Outubro de 2013, processo 737/08 .6TMAVR-E.C1 (Relator: Henrique Antunes).

³⁰⁹ *“(…) nem mesmo quando a apensação tem lugar nos termos gerais da lei processual civil, precedendo condições que viabilizariam um processo único, os diversos autos se confundem (concentram), ou, sequer, são afectadas as formalidades e o seguimento específicos de cada um, por falta de suporte legal para tanto. Mantêm, por isso, todos eles independência formal e substantiva, sem prejuízo de decisões proferidas num se poderem reflectir noutros, ou até de o juiz ordenar, ex officio, a suspensão de algum, valendo-se da prerrogativa conferida no art. 279.º do Código de Processo Civil”*. Douro entendimento de LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., pp. 161-162.

³¹⁰ Palavras de Abílio Neto, Código de Processo Civil Anotado, 20.ª Edição *apud* Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte, de 9 de Dezembro de 2011, processo 00616/10.7BECBR (Relator: Maria Fernanda Antunes Aparício Duarte Brandão).

³¹¹ *“(…) os processos apensados conservam a sua individualidade, que permite, v.g. a confissão, transacção ou desistência relativamente a qualquer deles ou a sua desapensação, se e quando for oportuna, além da prática de qualquer acto processual que for específico do apenso, de forma a não perturbar a marcha processual do conjunto para a decisão final”*. Determinando-se a decisão de apensação de ações prevista no art. 275.º do CPC por critérios de conveniência e/ou de oportunidade (n.º 1, in fine), verificando-se que deixou de ser oportuna e conveniente a apensação, designadamente se impedir ou dificultar a apreciação dos pedidos formulados por alguns sujeitos processuais, nada obsta a que se determine a desapensação das ações. Vide Ac. do TRE, de 18 de Abril de 2013, processo 122/05.1TBADV-A.E1 (Relator: Maria Alexandra R. Santos).

discussão e julgamento conjuntos^{312 313}. Destarte, as várias causas unificam-se do ponto de vista processual, e o processo passa a ser comum a todas as ações apensadas³¹⁴.

Ou seja, as ações são apensadas mas não se unificam numa única ação, preservando cada uma a sua autonomia e individualidade uma vez que a razão de ser da apensação assenta no princípio da economia processual^{315 316}.

No entanto, refira-se que as normas do CPC apenas se aplicam à consolidação de processos de insolvência de sociedades em relação de grupo na medida em que não contrariem as normas do CIRE³¹⁷, o que significa que, por força do art. 17.º do CIRE, o art. 267.º afigura-se como um regime geral e subsidiário, apenas podendo ser aplicado, subsidiariamente, em relação às normas do CIRE.

No domínio do CIRE, e no que aqui nos interessa, o art. 86.º, n.º 2 constitui a pedra de toque no que concerne à apensação de processos no âmbito da insolvência. No seio de um grupo societário, se por algum motivo as várias sociedades do grupo se apresentarem separadamente à insolvência, os respetivos processos poderão ser apensados, no exercício do poder que o artigo 86.º do CIRE confere ao administrador da insolvência³¹⁸.

³¹² Entendimento acolhido no Ac. do TRC, de 29 de Junho de 2006, processo 1253/06 (Relator: Fernandes da Silva).

³¹³ “A noção de apensação de acções sugere que as mesmas, apesar de juntas, mantêm a sua autonomia, propiciando-se apenas a instrução e o julgamento conjuntos, com vista à economia processual e em ordem a evitar contradições entre julgados. Assim, não haverá que adicionar os pedidos e transformar as duas ações numa só, eventualmente sob a forma de processo mais solene, isto é, permanece a utilidade económica do pedido de cada acção e não se altera o valor do processo principal.”. Cfr. Ac. do TRC, de 27/02/2007, processo 819/05.6TBOHP.C1 (Relator: Garcia Calejo).

³¹⁴ Vide Ac. do TRC, de 29 de Junho de 2006, processo 1253/06 (Relator: Fernandes da Silva).

³¹⁵ Pensamento postulado no Ac. do STJ, de 9 de Março de 2010, processo 94/2001.P1.S1 (Relator: Moreira Alves).

³¹⁶ Como esclarecidamente se escreveu no Acórdão do STJ, de 3 de Novembro de 2011, processo 850/2001.C1.S1, relatado pelo Sr. Conselheiro Álvaro Rodrigues “Portanto, os processos apensados conservam a sua autonomia apenas naquilo que lhes é peculiar, isto é, que não pode ou não convém requerer ou decidir no processo principal, para evitar prejuízo na tramitação processual dos restantes e sempre segundo critérios de conveniência e/ou de oportunidade a decidir pelo juiz do processo. É que, ainda segundo o ensinamento de Alberto dos Reis, a junção dos processos com base nos critérios de conexão subjectiva ou objectiva (identidade de partes ou de pedidos, que não se confunde com litispendência como vimos) tem algumas vantagens de monta, não constituindo mero capricho do julgador. O citado Mestre assim escrevia: “O fundamento da junção é a conexão: juntam-se as causas que são conexas; e juntam-se, como dissemos para conseguirem estes dois benefícios: a) Economia de actividade; b) Coerência, ou melhor, uniformidade de julgamento”.

³¹⁷ Afirmando isso mesmo pode-se ver o Ac. do TRC, de 18 de Janeiro de 2011, processo 255/10.2T2AVR-E.C1 (Relator: Fonte Ramos).

³¹⁸ “Trata-se de uma medida que facilita, no plano processual, o reconhecimento da dependência societária como factor que deve considerar-se na tramitação e solução do processo de insolvência de uma ou várias sociedades integradas no mesmo grupo”. Cfr. SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, ob. cit., p. 346.

Na verdade, mor das vezes, à insolvência de uma sociedade do grupo, segue-se a insolvência de outras sociedades, particularmente ligadas por vínculos patrimoniais que não conseguem escapar às consequências da inicial declaração de insolvência. Desta forma, será desejável dispor de um meio processual que possibilite a articulação dos processos das sociedades insolventes do grupo.

No âmbito da insolvência de sociedades pertencentes a um mesmo grupo societário, a coordenação processual não só amplificará a eficiência das atuações, obviando a uma duplicação de esforços, como também permitirá uma diminuição dos custos, facilitando tanto a obtenção de informação completa sobre as operações comerciais das empresas do grupo sujeitas a um processo de insolvência, como a valoração dos bens e identificação dos credores e de outras partes com interesses juridicamente reconhecidos.

Ora, mediante a leitura do artigo 86.º do CIRE, facilmente se percebe que foi intenção do legislador, em matéria de sociedades em relação de grupo, permitir a apensação de processos, chamando à colação outras sociedades do grupo, insolventes, quando seja declarada insolvente uma sociedade do grupo³¹⁹. Nestes termos, o CIRE concedeu a hipótese de apensação dos processos das sociedades insolventes pertencentes ao mesmo grupo societário, o que irá permitir *“uma coordenação processual e, conseqüentemente, uma melhor ponderação dos múltiplos, variados e contraditórios interesses afectados pelos processo em causa”*³²⁰.

Na apensação fundada no artigo 86.º do CIRE, e à falta de qualquer preceito especial que acolhesse outra solução, as coisas passam-se como na apensação em geral. Deste modo, os processos mantêm a sua independência formal e substantiva, a apensação não interfere com a orgânica dos processos de insolvência envolvidos e nem se repercute sobre as distintas massas³²¹.

³¹⁹ Assim, JOÃO LABAREDA e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2008., pp. 356-357.

³²⁰ Pronunciando-se assim, SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, ob. cit., p. 346.

³²¹ *“Porque embora apensos, os processos mantêm autonomia formal e substancial, cada um segue os seus próprios termos, e as vicissitudes não se comungam. Permite-se, outrossim, uma perspectiva generalizada que, para lá das vantagens gerais que proporciona, em virtude dos elementos de conexão que legitimaram a apensação, favorece o cumprimento de certas exigências da lei, como seja, por exemplo, a do não recebimento por nenhum credor de mais do que lhe é devido, o que, obviamente, pode ser*

Cumpra ainda salientar que no nosso ordenamento jurídico a consolidação processual só pode operar pela via da apensação e sempre a requerimento do administrador de insolvência^{322 323 324}.

A ponderação e avaliação articuladas da situação das várias sociedades e da busca dos mecanismos mais ágeis de proteção dos múltiplos interesses em causa é o que realmente justifica a admissibilidade da apensação^{325 326}.

Relativamente ao critério geral para a apensação, apesar de alguma controvérsia, a solução que tem sido sustentada pela doutrina maioritária “*é o critério da causa justificativa: a apensação deve ser feita ao processo em que ocorre a situação determinante ou habilitante da apensação, ou seja, no caso das sociedades em relação de domínio ou de grupo, ao processo da sociedade dominante ou da sociedade-mãe*”³²⁷.

favorecido pelo concurso simultâneo às diversas massas insolventes responsáveis pela dívida”. Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, ob. cit., p. 162, nota 44.

³²² Quando concorrem declarações de insolvência de sociedades que, pelo menos à data da primeira, se encontravam em relação de grupo, tal não basta para que, conhecido o facto, se proceda à apensação oficiosa fundada nessa situação de coligação societária. A apensação não opera automaticamente, não detendo o tribunal o poder oficioso de a requerer. O atual CIRE passou a referir a apensação dos processos de insolvência como um dos efeitos processuais da declaração da insolvência, sendo que agora a apensação não é automática – ao contrário do que resultava do disposto no art. 13.º, n.º 2, do CPEREF - dependendo agora de requerimento do administrador da insolvência nesse sentido.

³²³ Em breves palavras, poderão ser apensados ao processo de insolvência – mediante requerimento do administrador da insolvência – os processos em que tenha sido declarada a insolvência de pessoas que legalmente respondem pelas suas dívidas, como é o caso das sociedades em relação de grupo. No caso de uma determinada sociedade do grupo ser declarada insolvente poderão, à luz do n.º 2 deste preceito legal, ser apensados os processos em que tenha sido declarada a insolvência de sociedades que esta sociedade domine ou que com ela se encontre em relação de grupo.

³²⁴ À luz do atual sistema legislativo, ao juiz não incumbe, “*por regra, exercer qualquer tipo de sindicância sobre a bondade do requerimento*”. O tribunal apenas tem de se certificar acerca da ocorrência da relação exigida, não lhe competindo “*escrutar sobre as motivações do administrador*”, nem sequer sobre a “*bondade do que solicitou, tanto mais que, por regra, a apensação nem sequer é idónea para causar qualquer perturbação minimamente significativa no processo principal*”. Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., pp. 158-159. Segundo ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA “*o papel central de controlo da legalidade do processo – e, portanto, o papel de garante da obtenção do fim último da satisfação dos credores – pertence ao juiz da insolvência. As competências legalmente cometidas ao administrador, sem prejuízo da sua relevância essencial, assentam (...) na sua proximidade da situação e na sua conseqüente melhor posição para avaliar os efeitos da consolidação ao nível da satisfação do interesse dos credores*”. Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, ob. cit., p. 732.

³²⁵ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., p. 165.

³²⁶ Com esta previsão o legislador parece ter querido conferir maior proteção aos credores e dotar o processo de insolvência de maior celeridade.

³²⁷ Assim o afirma CATARINA SERRA, *Revitalização no Âmbito De Grupos de Sociedades*, ob. cit., pp. 480 e 481.

Mais, a regra preceituada no n.º 3 do artigo 86.º impossibilita que se apense a um processo de insolvência que corre em tribunais de competência genérica, outro processo que corra em tribunal de competência especializada^{328 329 330}.

Colocando-se a questão de saber se a não apensação de processos ofende o interesse comum dos credores, dir-se-á que os credores têm muitas vezes interesses contrapostos, contraposição que é mais nítida quando, como em regra sucede no processo de insolvência, existe um ativo insuficiente para satisfação de todos os créditos dos credores. Não obstante, é possível afirmar que é interesse comum dos credores a máxima satisfação dos seus créditos, que não significa necessariamente a sua satisfação imediata porquanto, se assim fosse, não se preveriam alternativas à liquidação da massa insolvente. De facto, por vezes, em vez da cobrança imediata ou quase imediata de um certo valor, pode lograr-se a recuperação total ou quase total do crédito em dívida. Além da máxima satisfação dos créditos, deve ainda considerar-se integrar o interesse comum dos credores que essa satisfação creditória decorra com respeito das exigências da hierarquia, da igualdade e da proporcionalidade dos credores³³¹.

B) A CONSOLIDAÇÃO SUBSTANTIVA – AS SOLUÇÕES PRECONIZADAS PELA DOUTRINA

³²⁸ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., p. 155.

³²⁹ O tribunal “*terá de ser um tribunal de competência especializada para processos de insolvência - um tribunal de comércio - ou, sendo de competência geral, encontrar-se em situação idêntica à do tribunal do processo a apensar*”. Palavras de LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., pp. 155-156.

³³⁰ Descortine-se que podem ser apensados processos que se encontrem a correr em tribunais com diferente competência material. Se estes tribunais forem tribunais de competência genérica (comuns) ou de competência especializada (de comércio), é claro, pela leitura do n.º 3 deste preceito, que a apensação deverá ser requerida no processo de competência especializada, devendo o outro processo ser apenso a este. Advirta-se ainda que, nos termos do n.º 3 do artigo 86.º do CIRE, “*quando os processos corram termos em tribunais com diferente competência em razão da matéria, a apensação só é determinada se for requerida pelo administrador da insolvência do processo instaurado em tribunal de competência especializada*”, cfr. CATARINA SERRA, *Revitalização no Âmbito De Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 481.

³³¹ Vide, neste sentido, JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., pp. 327 e ss. Sobre a concretização do conceito de interesse comum dos credores veja-se, JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., pp. 327-328, anotação 2.

Consoante *supra* explanámos, a consolidação processual almeja uma coordenação meramente processual, na medida em que estamos em face de regras que visam adaptar o processo de insolvência à realidade do grupo de sociedades.

Todavia, inevitavelmente, à semelhança do que vem acontecendo noutros ordenamentos jurídicos, questiona-se se a apensação processual também poderá ter efeitos substantivos, ou seja, se pode viabilizar uma consolidação patrimonial dos passivos e ativos das sociedades insolventes e, conseqüentemente, se possibilita uma liquidação conjunta das sociedades insolventes do grupo.

Com efeito, no nosso ordenamento jurídico, a questão de saber se a consolidação processual pode constituir uma via para a liquidação conjunta dos patrimónios das sociedades insolventes tem constituído uma *vexata quaestio*.

A doutrina atual tem propendido para a necessidade de se abandonar uma perspetiva estritamente hierárquica e unilateral do grupo optando-se antes por se valorizar a multiplicidade de laços intersocietários a que o controlo dá origem, legitimando-se que é essa essa teia de ligações entrosadas que constitui a conexão do grupo³³².

Prima facie, no que concerne ao especial problema de saber se a apensação de processos se deve traduzir numa verdadeira unificação substancial, isto é, se permite ou reclama a liquidação conjunta das sociedades, a doutrina em geral, adotando uma visão tradicional cunhada no aforismo “*uma pessoa, um património, uma insolvência*”, tem propendido para a tese de que permanece a “*autonomia formal e substancial dos processos*”³³³, contestando-se uma liquidação conjunta.

No entanto, “*remando contra a maré*”, assistiu-se ao deflagrar de uma inovadora posição na doutrina - a qual, quiçá, se poderá consubstanciar como o encetar de uma transformação no universo societário nacional em matéria de apensação de processos e da consolidação substantiva no processo de insolvência.

Cumpre-nos, assim, aqui fazermos uma análise das duas correntes opostas que se vem manifestando acerca da viabilidade do acolhimento do controverso instituto da consolidação substantiva no nosso ordenamento jurídico.

³³² Invocando isso mesmo ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, ob. cit., p. 721.

³³³ Neste sentido JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado*, ob. cit., p. 359.

Assumindo uma posição inovadora na doutrina, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA veio subscrever a tese da admissibilidade da liquidação conjunta das várias sociedades integrantes do mesmo grupo nas situações em que são simultaneamente insolventes a sociedade-mãe, totalmente dominada, e a sociedade-filha, totalmente dominada, e a sociedade-mãe detenha 100% do capital da sociedade-filha.

O problema não se coloca *in casu* de insolvência da sociedade-filha (não acompanhada de insolvência da sociedade-mãe) uma vez que tanto os credores da sociedade-filha, como os credores da sociedade-mãe vão poder ver satisfeito o seu crédito através do património da sociedade-mãe³³⁴. *Rectius*, os credores da sociedade-filha, para além de concorrerem ao património desta sociedade, vão ainda ter um “*plus*” podendo ter direito a ver os seus créditos satisfeitos pela sociedade-mãe³³⁵. Alerte-se, no entanto, que ainda que os credores da sociedade-filha possam concorrer ao património da sociedade-mãe, sem que o inverso seja possível, encontrando-se a sociedade-mãe solvente, não se verifica qualquer locupletamento ou benefício para os credores da sociedade-filha³³⁶.

Nesta hipótese, tanto os credores da “mãe”, como os da “filha” vão obter o integral pagamento do seu crédito pela sociedade-mãe. É certo que a insolvência da sociedade-filha afeta o património da sociedade-mãe que, conseqüentemente, se desvaloriza. Todavia, enquanto a desvalorização não chegar ao ponto de tornar a sociedade-mãe incapaz de cumprir as suas obrigações, todos os credores verão os seus créditos integralmente satisfeitos, não se despoletando qualquer problema no plano da igualdade entre eles³³⁷.

³³⁴ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo*, *ob. cit.*, p.1009.

³³⁵ Tal ocorre nas hipóteses do art. 501.º, bem como nos casos em que se verifiquem os pressupostos do levantamento da personalidade. Nesta situação, cabe apenas não olvidar que, nos termos do art. 82.º, n.º 2, al. c), do CIRE, “*durante a pendência do processo de insolvência, o administrador de insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir as ações contra os responsáveis legais pelas dívidas do insolvente, as quais ocorrem por apenso nos termos do n.º 5*”. Neste sentido, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo*, *ob. cit.*, p. 1017.

³³⁶ Vide MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas*, *ob. cit.*, pp. 412 e ss.

³³⁷ Neste sentido pronuncia-se ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, *ob. cit.*, p. 718.

Sucedem porém que já não será assim nas situações em que sejam simultaneamente insolventes a sociedade-mãe e a sociedade-filha, colocando-se a tónica do problema precisamente neste tipo de casos.

Ora, aplicando-se o art. 501.º do CSC a uma situação de insolvência simultânea da sociedade-mãe e da sociedade-filha, resulta que os credores da sociedade-filha vão poder concorrer à massa insolvente da sociedade-mãe, em paridade com os credores da sociedade-mãe, sem que o inverso seja possível.

Só que neste tipo de casos ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA³³⁸ emite um alerta: “o art. 501.º está pensado para a situação em que a mãe é uma sociedade economicamente mais sólida, que beneficia do poder de instrução sobre a filha e se mantém solvente”.

Transportar o art. 501.º para uma situação de insolvência concomitante da sociedade-mãe e da sociedade-filha, sem que ocorra a liquidação conjunta, significaria, na ótica da Autora³³⁹, a produção de um resultado que concederia um benefício injustificado aos credores da sociedade-filha em detrimento dos credores da sociedade-mãe: ao permitir-se que a massa insolvente da sociedade-mãe passasse a estar disponível quer para os seus credores diretos, quer para os credores da sociedade-filha, ao invés de se estar meramente a evitar um prejuízo ilegítimo para os credores da sociedade-filha, estar-se-ia a proteger os credores da sociedade-filha à custa dos credores da sociedade-mãe.

A solução para obviar a esta violação do princípio “*par conditio creditorum*” será, ao abrigo da tese da Autora, a liquidação conjunta das sociedades³⁴⁰. Sendo a sociedade-mãe responsável também perante os credores da subsidiária, a consolidação das massas patrimoniais e das responsabilidades de ambas as sociedades favorece a justa repartição das massas patrimoniais pelos diferentes credores do grupo (da sociedade-mãe e da

³³⁸ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Insolvência nas Sociedades em Relação de Grupo: de Novo pela Consolidação Substantiva das Massas Patrimoniais*, I Congresso de Direito da Insolvência (Coordenação: Catarina Serra), Almedina, 2012, p. 302.

³³⁹ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Insolvência nas Sociedades em Relação de Grupo: de Novo pela Consolidação Substantiva das Massas Patrimoniais*, *ob. cit.*, p. 302.

³⁴⁰ Para a Autora a apensação terá lugar tanto quando seja declarada primeiramente insolvente a sociedade dominada, sendo posteriormente declarada a insolvência da sociedade dominante, assim como no caso inverso, não podendo a ordem da declaração de insolvência afetar a possibilidade de apensação e de liquidação conjunta. Vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragruppo*, *ob. cit.*, p. 1012.

sociedade-filha) devendo ser afirmada³⁴¹. Ao negar-se a liquidação conjunta conduzir-se-ia a um benefício dos credores da sociedade-filha em detrimento dos credores da sociedade-mãe na medida em que adotando-se uma liquidação separada, seria destruída a igualdade entre os credores do grupo, pretendida pelo sistema legal e especialmente pelo art. 501.º.

Sendo a *ratio* do art. 501.º o reequilíbrio da responsabilidade pelas dívidas no grupo, uma aplicação isolada do art. 501.º desacompanhada da consolidação substantiva, conduziria a um desequilíbrio daquela responsabilidade e consequentemente a norma seria aplicada contra a sua *ratio*^{342 343 344}.

A ideia-chave para o entendimento desta corrente baseia-se em ter sempre em consideração a unidade do grupo. Com efeito o grupo nasce e deve ser administrado como uma unidade económica, financeira, comercial, administrativa e pessoal pelo que a destruição das fronteiras internas das várias sociedades³⁴⁵ no âmbito do grupo não é mais do que uma consequência desta “unidade genética”. Ademais, se no grupo se

³⁴¹ “Assim é o próprio Direito das sociedades comerciais que pretende a anulação das fronteiras ditadas pela personalidade societária no que toca à responsabilidade por dívidas, criando a unidade de responsabilidade que reclama que em contexto de insolvência, a apensação de processos seja acompanhada de uma liquidação comum. Ainda que o CIRE não comine expressamente essa consequência para a apensação, ela decorrerá das regras matérias do Direito societário”. Pugnando por esta posição ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo*, ob. cit., p. 1010.

³⁴² Considerações postuladas por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, ob. cit., p. 719.

³⁴³ A norma do art. 501.º apenas visa restaurar a garantia dos credores da sociedade-filha, potencialmente prejudicados pelo poder de instrução estipulado no art. 503.º, não sendo objetivo da mesma beneficiar os credores da sociedade-filha. Vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, ob. cit., p. 719.

³⁴⁴ “Os credores da sociedade totalmente dominada, sob o pretexto de não serem prejudicados pela integração no grupo e pelo poder de instrução da sociedade-mãe, passariam a contar com o património da sociedade-mãe e com o da sociedade-filha; em contrapartida os credores da sociedade-mãe manter-se-iam como credores exclusivos desta. E não se justifique, portanto, este desequilíbrio com o art. 501.º, que visa, bem ao invés, restaurar a igualdade entre os credores do grupo”. Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, ob. cit., p. 720.

³⁴⁵ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA propugna que o artigo 501.º representa a quebra do princípio da limitação da responsabilidade das sociedades comerciais (pelo menos, por quotas e anónimas), pelo que considera que a falta de autonomia patrimonial no grupo de sociedades está subjacente ao regime legal da responsabilidade por dívidas fundado no art. 501.º. Nestes termos, não será legítimo invocar-se a autonomia das sociedades do grupo para recusar a consolidação até porque só porque a autonomia patrimonial cedeu é que se pode compreender a responsabilidade consagrada no art. 501.º. Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, ob. cit., pp. 720-722.

comungam os riscos, também nele se comungam as responsabilidades pelo que numa situação de insolvência da sociedade-mãe e da sociedade-filha não se poderá ignorar que o grupo foi desde a sua origem tratado como um todo, não se podendo beneficiar ou prejudicar determinados credores em virtude de ter tido a sorte ou o azar de ser credor da sociedade com mais ou menos património^{346 347}.

Acresce que, para esta corrente, mesmo fora dos casos do art. 501.º, o princípio da boa-fé enquanto alicerce da correta distribuição dos riscos pela comunidade de credores, poderá consubstanciar-se como um substrato apto para fundamentar a consolidação substantiva³⁴⁸. Nestes casos é, em última *ratio*, por imposição da boa-fé e, por esta via do próprio sistema jurídico que a consolidação substantiva pode ser chamada a atuar.

Não obstante, ressalva-se que a consolidação substantiva não deve ser aceite em toda e qualquer hipótese mas apenas nas situações em que as relações existentes no seio do grupo *“impuserem que se trate o grupo como massa comum e que se alargue o princípio da “par conditio creditorum” ao universo geral dos credores do grupo”*^{349 350}. Ou seja, a consolidação merecerá acolhimento apenas nos casos em que a sociedade-mãe seja legalmente responsável pelas obrigações da sociedade-filha,

³⁴⁶ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Insolvência nas Sociedades em Relação de Grupo: de Novo pela Consolidação Substantiva das Massas Patrimoniais*, ob. cit., p. 303.

³⁴⁷ *“Tal como ao longo da vida do grupo existe uma redistribuição interna patrimonial e financeira, em função das necessidades das várias sociedades envolvidas, também no momento da efectivação da responsabilidade em caso de insolvência se exige o reconhecimento desse imperativo de redistribuição equitativa”*. Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, ob. cit., p. 726.

³⁴⁸ Vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupos*, ob. cit., p. 1010.

³⁴⁹ Neste sentido ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupos*, ob. cit., p. 1011.

³⁵⁰ Existindo confusão de patrimónios será *“mais simples, mais justo e mais económico haver um processo de insolvência no grupo”*. No entanto a *ratio* da consolidação também dita os seus limites, isto é a apensação só determina a liquidação conjunta quando as relações existentes no contexto do grupo impuserem o tratamento do grupo como massa comum, alargando-se o *“princípio par conditio creditorum”* ao universo geral dos credores do grupo. Porém, tal hipótese só será aceitável nos casos em que *“o grupo surja efectivamente como “unidade económica” e a separação jurídica já não tenha correspondência numa separação económica, ou nos casos em que uma das sociedades (a sociedade-mãe) seja legalmente responsável pelas obrigações da sociedade-filha, independentemente do exercício do poder de direcção (caso do art. 501.º aplicável directamente ou ex vi do art. 491.º)”*. Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupos*, ob. cit., pp. 1010-1011.

independentemente do exercício do poder de direção - caso do art. 501.º aplicável *ex vi* do art. 491.º - ou nos casos em que o grupo surja como “unidade económica” e a separação jurídica não tenha correspondência numa separação económica^{351 352} e defrauda os cálculos de risco e expectativas dos credores^{353 354 355 356}.

Neste decurso, infira-se que, ao abrigo desta corrente, também nos casos de confusão patrimonial será mais justo, simples e económico enveredar por um processo de insolvência do grupo. Todavia, será a *ratio* da consolidação substantiva a ditar os seus limites: a apensação só determinará a liquidação conjunta quando tal for se justificar,

³⁵¹ Isto é, nas situações em que os fluxos patrimoniais entre as sociedades sejam de tal modo que se possa aferir a existência de confusão de esferas jurídicas entre as sociedades do grupo, derivada da impossibilidade de distinguir na prática a separação dos respetivos patrimónios, a necessidade de solucionar o problema tendo em atenção a proteção das expectativas dos credores, justifica a admissibilidade da consolidação substantiva. Cfr. SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, ob. cit., pp. 355-356.

³⁵² “Em suma, a consolidação material traduzida na liquidação conjunta e assente na liquidação processual - corresponde à solução mais justa de repartição dos riscos, sendo aquela que melhor tutela os credores perante a insolvência do grupo, mas apenas nos casos em que exista norma legal aplicável ou quando se verifiquem materialmente os pressupostos do recurso ao instituto do levantamento da personalidade colectiva, de que é, afinal, manifestação: quando, não obstante a relação de domínio ou de grupo, a separação jurídica continue a ter correspondência na separação económica entre as sociedades, a consolidação deve ser recusada, negando-se o alcance substancial da apensação dos processos”. Vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo*, ob. cit., pp. 1011-1012.

³⁵³ Ademais, atentando que a *ratio* da consolidação substantiva é a promoção da equidade no tratamento dos credores, faz-se mister atender à expectativa dos credores, ou seja, à circunstância de os mesmos terem confiado estarem a lidar com o grupo, globalmente considerado, ou, contrariamente, com uma sociedade do grupo individualmente considerada.

³⁵⁴ “Genericamente a consolidação tem lugar no caso de as empresas serem essencialmente idênticas e de ser necessária para alcançar uma vantagem ou evitar uma desvantagem, com o limite da tutela de confiança dos credores: a consolidação é impossível se o credor provar que confiou na separação de responsabilidades e que a consolidação lhe causará danos”. Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo*, ob. cit., p. 1002.

³⁵⁵ A consolidação afigura-se como uma consequência da unidade do grupo: “se a separação patrimonial assenta no pressuposto de que as sociedades são geridas em função do seu interesse próprio e que o risco que os credores correm é o risco geral da actividade económica dessa sociedade, as razões favoráveis à manutenção dessa separação cedem quando as empresas são geridas de forma unitária, hipótese em que não só a sua gestão deixa de ser orientada exclusivamente pelo seu próprio interesse, como também o risco da actividade económica tem de ser encarado num prisma global, devido á sua elevada possibilidade de contágio”. Ademais, “a unidade económica representada pelo grupo obriga, pois, a encarar o grupo também como unidade patrimonial para efeitos de responsabilidade por dívidas”. Vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, ob. cit., pp. 725-726.

³⁵⁶ Segundo WINTER, “em tal contexto, as razões económicas favoráveis à manutenção da separação de esferas (maxime, a aversão ao risco da sociedades e dos sócios) cedem: a própria estratégia de redução de risco e de diversificação falhou, havendo que dar prioridade ao interesse dos credores na insolvência do grupo”. Apud ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupo*, ob. cit., p. 1011.

objetivamente, à luz do sistema, ou seja, nas situações em que se revele fundamental para a realização da “*par conditio creditorum*” ao nível do grupo, tendo sempre como objetivo a obtenção da igualdade material entre os credores^{357 358}.

No entanto, cotejando a tese expendida, JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES refutam, inelutavelmente, a aplicação do instituto da consolidação substantiva no nosso ordenamento jurídico.

À luz do estado do ordenamento jurídico, com razoabilidade e com respeito mínimo dos cânones da hermenêutica jurídica, os Autores não vislumbram qualquer maneira que conduza à possibilidade de se concluir pela unificação das massas insolventes *in casu* de insolvência de várias sociedades integrantes do mesmo grupo plurissocietário.

Ao abrigo desta posição um dos aspetos de primordial interesse respeita, desde logo, à ausência de um qualquer normativo legal, seja de carácter processual ou substantivo, consagrado na panóplia da legislação societária, que determine, instigue ou sugira a unificação de massas na decorrência da apensação, seja qual for a modalidade da relação societária que a fundamente³⁵⁹.

Outra variável contributiva para tal posição está subjacente ao facto de, mesmo no domínio do CPREF, sem embargo de se ter admitido a coligação ativa ou passiva, de sociedades devedoras em relação de grupo, ter havido o ensejo de, explicitamente, se ressalvarem os efeitos patrimoniais advenientes da existência de personalidade jurídica distinta, o que manifestamente implicava a manutenção de distintas massas insolventes

³⁵⁷ Vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupos*, *ob. cit.*, p. 1015.

³⁵⁸ “A consolidação processual não poderá deixar de ter correspondência – sob pena da extraordinária limitação do impacto prático – numa consolidação dos activos e das responsabilidades das várias sociedades, tendo em vista a reposição da justiça na distribuição dos riscos que a presença do grupo terá destruído ou perturbado. Em tais hipóteses, a apensação de processos constitui, simplesmente, o instrumento processual da realização do princípio material da igualdade de tratamento entre os credores, nos casos em que estes contratam com uma sociedade individual, contando com a responsabilidade do respectivo património, mas a separação patrimonial entre as sociedades é meramente formal: o sistema, através do princípio da boa-fé, determina uma imputação das situações jurídicas activas e passivas em termos distintos daqueles que formalmente resultam da personalidade jurídica autónoma das diversas sociedades do grupo e da conseqüente limitação das responsabilidades legalmente prescrita”, *cfr.* ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupos*, *ob. cit.*, p. 1001.

³⁵⁹ *Cfr.* LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, *ob. cit.*, p. 163.

no decurso do processo³⁶⁰. Nesta esteira, com o abandono da coligação no CIRE, passando a admitir-se unicamente a apensação de processos das sociedades insolventes do grupo – a qual foi deixada na discricionariedade do administrador de insolvência – para os Autores é inconcebível que se prossiga à unificação de massas meramente por considerações de utilidade, quando tal possibilidade não tem qualquer suporte no texto legal³⁶¹.

Aos argumentos esgrimidos acresce, ainda, a favor desta tese, outro determinantemente corroborante da autonomia, derivado do regime ínsito no artigo 266.º do CIRE. Mau grado se tenha consagrado a possibilidade de coligação, ativa ou passiva, em processos de insolvência envolvendo ambos os casados, ressaltou-se que *“os bens comuns e próprios de cada um dos cônjuges são inventariados, mantidos e liquidados em separado”*. Irrompe assim do Código que mesmo na única situação em que se acolhe a coligação envolvendo mais de um devedor insolvente no mesmo processo, e quando as relações patrimoniais entre eles são, necessariamente, devido ao regime patrimonial de bens, particularmente intensas, de forma expressa a lei preceitua a autonomia das diversas massas patrimoniais abrangidas, como o mecanismo que reconhece como mais apropriado para satisfação do interesse dos credores, a concretizar segundo as regras aplicáveis do Direito substantivo³⁶².

Pese embora as responsabilidades comuns dos diferentes insolventes que possam concorrer, para os Autores as considerações entretecidas não podem deixar de cimentar a convicção, fortemente arrimada em tudo o que fica referido, no sentido de que quando haja apensação de processos de insolvência, ao abrigo do art. 86.º do CIRE, as massas insolventes do processo principal e do processo apenso (ou de cada um deles, *in casu* de serem mais de um) manterem-se autónomas³⁶³.

³⁶⁰ Assim se pronunciaram LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., p. 164.

³⁶¹ Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., p. 164.

³⁶² Vide LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., p. 164.

³⁶³ Neste sentido LUÍS CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, a Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)*, ob. cit., p. 165.

Destarte, debruçando-se sobre a questão da insolvência no seio dos grupos e, em abono da exclusão da consolidação substantiva, CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA³⁶⁴ sustentam, no sentido da autonomia formal, que nos casos em que haja lugar à apensação de processos, estes devem permanecer formal e substancialmente autônomos, isto é, cada um dos processos apensos segue os seus próprios termos (embora proporcione vantagens como a do não recebimento por nenhum credor de mais do que lhe é devido, dado o concurso simultâneo às diversas massas insolventes responsáveis pela dívida), não se comungando as vicissitudes de cada processo³⁶⁵.

A unificação processual conduziria, apenas, a uma maior economia de meios, o que por seu turno deveria aumentar os meios disponíveis para a satisfação dos credores. Portanto, propendem os Autores para a posição de que mesmo havendo apensação processual tal não implica uma liquidação conjunta: as massas insolventes mantêm-se autônomas, com os respetivos ativos e passivos e responsabilidades separadas, observando-se a regra de que o processo de insolvência é dirigido à liquidação do património de cada sociedade de acordo com as responsabilidades a que está individualmente afeto.

Na base da escolha legislativa do art. 86.º do CIRE, estarão apenas motivos conexos com o apregoado objetivo de favorecer a simplificação, celeridade e eficiências processuais, naturalmente afetadas por insolvências conjuntas.

4. OS MODELOS DE INSOLVÊNCIA NA ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS NACIONAIS

³⁶⁴ Cfr. CARVALHO FERNANDES / JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado, ob. cit.*, p. 360.

³⁶⁵ JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES sustentam que a existência de um único administrador de insolvência para todos os processos, no plano teórico, é um dos fatores que pode fundamentar a apensação, precisamente por favorecer uma visão global do conjunto, proveitosa para a tomada de medidas concretas que se vão impondo, quer quando os processos em definitivo, seguem a via da liquidação, quer mesmo quando se procure alternativa através de um plano de insolvência. Não obstante, não existe nenhum dispositivo legal que, por si mesmo, fundamente a substituição do administrador do processo apensado, por virtude ou decorrência da apensação. A solução poderá passar pela aplicação do regime da destituição por ocorrência de justa causa que não se limita às situações do art. 53.º: comportamento culposo do administrador ou a ele imputável. *Vide* JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas Anotado, ob. cit.*, p. 359. No sentido de que a existência de um único administrador da insolvência é uma garantia de que, através de uma visão mais global dos processos, serão melhor acautelados os interesses dos credores, *vide* o Ac do TRP, de 27 de Maio de 2010, Processo 283/05.OTBMD-B-W (Relator: Joana Salinas).

Na abordagem desta temática, evidentemente, não poderá deixar de ser tomada em consideração a construção jurisprudencial que trata e resolve casuisticamente as situações de insolvência nos grupos de sociedades para as quais a lei é omissa.

Deveras, a questão da insolvência no contexto do grupo plurissocietário já foi submetida à apreciação dos tribunais nacionais pelo que nos cumpre realizar uma breve resenha das decisões já pronunciadas neste âmbito.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 7 de setembro de 2010³⁶⁶, reconhecendo que o CIRE (aprovado pelo D.L. n.º 53/2004 de 18/3) não contém um regime específico sobre a insolvência no grupo de sociedades, deu acolhimento à conceção de que a apensação de processos consagrada no art. 86.º, n.º 2 do CIRE, deve interpretar-se extensivamente de modo a permitir, em determinadas condições, uma consolidação substancial, através da liquidação conjunta.

Numa ótica oposta manifestou-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27 de julho de 2010³⁶⁷. Em apreço estava a insolvência de uma SGPS em relação de domínio total com duas outras sociedades e em relação de domínio indireto e quase total (98,18%) com outra, cujo destino culminou igualmente na sua insolvência. Ou seja, a sociedade insolvente nestes autos é uma sociedade gestora de participações sociais, sociedades que têm por único objeto contratual a gestão de participações sociais noutras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades económicas.

In casu, um credor da sociedade-mãe vem requerer ao Tribunal que se digne, em substituição do administrador da insolvência (uma vez que, este entendeu não requerer a apensação de processos), ordenar a apensação de processos para que as demais sociedades do grupo, as dominadas – entretanto declaradas insolventes –, possam juntar os diversos patrimónios num só e, após liquidá-lo, repartirem o produto do mesmo pelos credores das sociedades-filhas e da sociedade-mãe³⁶⁸.

³⁶⁶ Processo n.º 213/10.7T2AVR-A.C1 (Relator: Jorge Arcanjo).

³⁶⁷ Processo n.º 255/10.2T2AVR-B.C1 (Relator: Carlos Gil).

³⁶⁸ O credor da sociedade-mãe alegou a necessidade de liquidação conjunta das sociedades na medida em que o património da sociedade-mãe, sendo constituído apenas pelas participações nas sociedades-filhas, passaria a ser nenhum. A Recorrente pugnou por diversas vias, sem sucesso, pela apensação e liquidação conjunta do património das três sociedades insolventes, visando evitar que o ativo das sociedades dominadas fosse distribuído apenas pelos respetivos credores, deixando os ativos da sociedade-mãe, a partilhar pelos respetivos credores reduzido a participações sociais que ficaram sem qualquer valor. Ademais, sendo liquidado à parte o património das sociedades-filhas, servirá apenas para os seus credores. Ora, o processamento das insolvências das sociedades dependentes, separada e independentemente da insolvência da sociedade dominante e das restantes sociedades do

Apesar de o Tribunal ter entendido que poderia existir matéria para que o administrador da insolvência tivesse requerido a apensação de processos, entendeu também que essa é uma mera faculdade que, apenas, deve obedecer ao melhor juízo deste, não estando o juiz legalmente habilitado para se fazer substituir ao administrador da insolvência³⁶⁹.

Ademais, pugnou-se ainda no respetivo acórdão que a lei não permite a consolidação substancial dos patrimónios das sociedades do grupo, desde logo, porque a acontecer, na hipótese em apreço, a violação do princípio “*par conditio creditorum*” verificar-se-ia se os credores da sociedade dominante pudessem concorrer ao lado dos credores das sociedades dominadas ao património destas³⁷⁰. Assim sendo, invocando a personalidade jurídica distinta de cada uma das sociedades envolvidas e a necessidade de proteger os interesses dos credores exclusivos de cada uma das sociedades, o Tribunal negou a liquidação conjunta de todo o património das sociedades do grupo.

Num outro Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18 de janeiro de 2011³⁷¹, em que foi considerado insolvente um grupo societário, uma sociedade credora da sociedade-dominante vem ao processo requerer a apensação de processos nos termos do número 2 do artigo 86.º do CIRE.

No caso *sub judice* o Recorrente - credor da sociedade dominante – perante a inércia do administrador de insolvência em requerer a declaração de insolvência, vem requerer a apensação dos diferentes processos da insolvência. O Recorrente perfilha a tese de que sobre o administrador da insolvência recai um verdadeiro dever de requerer a apensação de processos, quando se verificarem os seus pressupostos e que, quando este não o faça, deve fazê-lo o juiz, por sua iniciativa, ou por requerimento de qualquer

grupo, no caso destes autos, em que a sociedade dominante nada tinha senão as participações nas suas dominadas, conduziria a um esvaziamento do património da sociedade dominante, eliminando toda e qualquer garantia patrimonial dos créditos detidos pelos credores desta, em benefício dos credores da sociedade dependente que veem exclusivamente afeto a si o património da sociedade dependente.

³⁶⁹ Considerou, ainda, o tribunal que tal apensação não é legalmente imposta com caráter necessário e que tem apenas efeitos processuais, mantendo-se as massas insolventes autónomas, com os respetivos ativos e passivos e responsabilidades separadas.

³⁷⁰ Neste sentido postulou-se no douto Acórdão que os “*credores de uma SGPS sabem ou têm o dever de saber que a sua devedora apenas e em regra é titular de participações sociais noutras sociedades*”. No caso concreto, tratando-se de uma SGPS, os seus credores saberiam *a priori* que o seu património é quase exclusivamente constituído por participações sociais noutras sociedades, não contando para a sua garantia patrimonial com o património das sociedades participadas.

³⁷¹ Processo n.º 255/10.2T2AVR-E.C1 (Relator Fonte Ramos).

interessado (credores). Não obstante, visa o Recorrente, não a apensação dos processos, mas sim liquidação conjunta dos mesmos, por considerar que só assim se garante o cumprimento do princípio “*par conditio creditorum*”³⁷².

Todavia, os argumentos esgrimidos pelo Recorrente não mereceram acolhimento por parte do Tribunal. O Tribunal, confiou nas qualidades, mérito e competência do administrador da insolvência a decisão de requerer ou não a apensação de processos, tendo decidido no sentido de ser da exclusiva competência do administrador da insolvência a faculdade de requerer, ou não, a apensação dos diferentes processos de insolvência não podendo, nem o juiz, nem os credores, requerer a apensação dos processos³⁷³.

Já no que concerne à possibilidade da liquidação conjunta dos processos requerida pela Recorrente, decidiu o tribunal negar tal pretensão, sustentando a sua decisão no fundamento de não existir no nosso sistema jurídico a hipótese de coligação nos grupos societários, apontando como caracterizantes do grupo a *unidade económica do todo e a pluralidade jurídica das partes*, sendo entendimento daquela Relação que a norma do artigo 501.º do CSC não constitui fundamento suficiente para se decretar a consolidação patrimonial, com o conseqüente levantamento da personalidade individual de cada uma das sociedades e divisão do produto do património pelos credores do grupo.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão 339/2011 de 4 de outubro de 2011³⁷⁴, foi, também, chamado a pronunciar-se no seguinte caso: foi decretada a insolvência de uma *holding* e das suas sociedades participadas, encontrando-se estas numa relação de

³⁷² Com efeito, sustenta o Recorrente no duto acórdão que “*a apresentação à insolvência, de forma separada, ainda que simultânea, de várias sociedades de um mesmo grupo apenas aproveita aos credores das sociedades dominadas, uma vez que estes veem os credores da sociedade dominante serem excluídos do concurso ao património da sua devedora, ao passo que continuam a poder concorrer, em pé de igualdade, com os credores da sociedade dominante, ao património desta. Este resultado é contrário às disposições do CSC e do CIRE., colidindo com a boa-fé, aqui materializada no princípio “par conditio creditorum”, segundo o qual o processo de insolvência deve ser norteado pela igualdade de tratamento entre credores”.*

³⁷³ Sustentando-se nos n.ºs 2 e 3 do art. 86.º do CIRE, postulou o Tribunal que “*caberá ao administrador judicial aquilatar das vantagens e dos inconvenientes da apensação de processos; porque lhe cabe avaliar o benefício da apensação, não se encontra vinculado ao dever de a requerer – verificada uma situação legitimadora da apensação, verificados os pressupostos de que depende, ela terá ou não lugar conforme seja ou não requerida pelo administrador, cuja decisão traduz um acto discricionário do mesmo; o juízo de mérito sobre os benefícios da apensação ficou confinado, em exclusividade, ao administrador (...) na convicção de que a sua independência será garante suficiente da razoabilidade do que decidir e que as implicações que daí possam decorrer, mormente na sua dimensão económica e nos procedimentos de liquidação, serão adequadamente ponderadas e avaliadas por quem terá a competência técnica, a equidistância e a independência exigidas ao bom desempenho do encargo”.*

³⁷⁴ Processo n.º 822 10.

grupo, constituída por domínio total. Logrando evitar que o ativo das sociedades dominadas fosse distribuído apenas pelos respetivos credores, deixando os ativos da sociedade-mãe a partilhar por estes, reduzido a participações sociais que ficaram sem qualquer valor, a Recorrente pugnou, por diversas vias, mas sem sucesso, pela apensação e liquidação conjunta do património das três sociedades insolventes³⁷⁵.

Ora, na competência do Tribunal Constitucional cabe, apenas, decidir se as normas são inconstitucionais e não se essa é a melhor interpretação do direito infraconstitucional. Neste recurso a Recorrente, enquanto credora da sociedade dominante, pediu a apreciação da constitucionalidade tanto do n.º 2 do artigo 86.º do CIRE, assim como dos arts. 501.º e 503.º, n.º 4, do CSC, entendendo existir violação da constitucionalidade do art. 13.º da CRP e do art. 62.º CRP, quando se interpretam aquelas normas, no sentido de *“não existir apensação necessária dos processos de insolvência de várias sociedades em relação de grupo por domínio total, mesmo que elas formem uma só empresa, pelo facto de o património do grupo societário não dispor de autonomia patrimonial, não sendo legalmente um património autónomo, e também pelo facto de a alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º do CIRE permitir a apresentação à insolvência de quaisquer pessoas colectivas, incluindo qualquer sociedade comercial, mesmo que pertença a um grupo societário”*.

Entendeu, ainda, a Recorrente ocorrer violação da constitucionalidade dos arts. 20.º e 202.º da CRP, quando se interpreta o n.º 2 do artigo 86.º do CIRE no sentido de que, num processo de insolvência de sociedades em relação de grupo por domínio total, impende exclusivamente sobre o administrador da insolvência o poder discricionário de requerer ou não a apensação de processos, estando o Tribunal vinculado a ordenar a apensação quando a mesma for requerida pelo administrador da insolvência e estando impedido de ordenar a apensação dos processos, quer oficiosamente, quer a requerimento de um sujeito processual interessado.

No *supra* citado acórdão, o Tribunal Constitucional concluiu pela não inconstitucionalidade, por violação do art. 13.º da CRP e do art. 62.º CRP, dos arts. 86.º,

³⁷⁵ Acerca do sentido da norma do art. 86.º, n.º 2 do CIRE entendia a Recorrente que se um grupo societário se comporta como uma única entidade, nomeadamente, a nível da gestão do património, então, na altura em que as sociedades do grupo são dissolvidas, o mesmo deve continuar a ser considerado como um único património, sendo liquidado no seu todo e distribuído perante os credores sociais das diferentes sociedades que compõem o grupo.

n.º 2 do CIRE, e 501.º e 503.º, n.º 4, do CSC, quando interpretados no sentido de “*não existir apensação necessária de todos os processos de insolvência de várias sociedades em relação de grupo por domínio total*”. No entendimento do Tribunal Constitucional, não pode pretender-se que o não reconhecimento da apensação e, muito menos, da consolidação substantiva implique uma violação da garantia conferida pelo art. 62.º, n.º 1 da CRP³⁷⁶.

Propugnou-se no douto acórdão, que a situação diferenciada em que se vêm colocados os credores das diversas sociedades em relação de grupo no momento da liquidação em processo de insolvência nada tem de arbitrário na medida em que “*reflecte apenas a situação jurídica em que se encontravam enquanto credores de entes patrimonialmente autónomos*”, dado que, em via de regra, pelas dívidas de cada sociedade responde apenas o seu património. Mais, considerou-se que, do ponto de vista jurídico, mantém-se inalterada a posição dos credores da sociedade dominante na medida em que não passam a ter concorrentes ao património desta que antes não tivessem, nem são afetados em qualquer possibilidade jurídica de concorrer ao produto da liquidação do ativo das sociedades dependentes uma vez que, enquanto credores da sociedade-mãe, não tinham qualquer direito sobre o património das sociedades filiais.

Por outro lado, o que o Tribunal de 1.ª instância tinha para decidir, e foi essa decisão que foi confirmada pelo acórdão recorrido, consistia em saber se o juiz podia ordenar ao administrador da insolvência que requeresse a apensação de processos. Ora, entendeu o Tribunal Constitucional que cabe ao administrador da insolvência o poder discricionário de requerer a apensação dos processos de insolvência, não podendo o juiz ordenar-lhe que requeira a apensação, mesmo em situações de processo de insolvência de sociedades em relação de grupo por domínio total. Deste modo, o Tribunal não aplicou a norma do n.º 2 do art. 86.º do CIRE na medida em que não cabe ao juiz ordenar ao administrador da insolvência que requeira a apensação dos processos de insolvência.

A este respeito considerou o TC não vislumbrar que uma norma com aquele sentido

³⁷⁶ Para o TC “*a exposição às vicissitudes da fortuna do devedor e a inerente perda de consistência económica da garantia é uma condição comum dos credores*” e o que acaba por suceder na situação *sub judice* é que a “*sociedade dominante sofre a perda de consistência dos seus activos compostos por participações sociais que resulta da insolvência das suas participadas. A consistência económica da garantia dos credores dessa sociedade sofre a erosão inerente à perda de valor dos activos da sociedade devedora*”.

possa violar a reserva de função jurisdicional (art. 202.º de CRP) ou o princípio da tutela jurisdicional efetiva (art. 20.º da CRP).

Ora, nesta linha de pensamento, o TC improcedeu o recurso quanto à norma do n.º 2 do art. 86.º do CIRE e concluiu que a consolidação substantiva não é imposta constitucionalmente. Todavia, tal não significa que em certas circunstâncias a consolidação substantiva não possa ser a melhor solução. Unicamente, julgou tratar-se de matéria que cabe na discricionariedade legislativa.

CAPÍTULO V

APRECIÇÃO CRÍTICA

O CSC foi a primeira lei portuguesa a tratar com ambições de sistematização daquilo que na linguagem corrente se designa por grupos de sociedades.

Já a nível do CIRE não se adotou qualquer definição de grupo de sociedades, pelo que não podemos deixar de criticar a atual formulação do CIRE neste âmbito. O mundo atual está marcado pela globalização, pela crescente gravitação dos processos económicos de carácter global pelo que, neste panorama, como já se referenciou *supra*, os grupos de sociedades conquistaram um papel cada vez mais relevante nas economias dos países. Nesta senda, pensamos que devem ser desbravados novos horizontes no âmbito do direito concursal português de modo a adaptar o CIRE ao hodierno contexto dos grupos de sociedades. A nosso ver trata-se de uma lacuna legislativa que não se coaduna com o desenvolvimento económico contemporâneo.

Consoante o aduz MARIA DA GRAÇA TRIGO³⁷⁷, no universo do direito societário português, *“a regulamentação das sociedades coligadas constitui, porventura, um dos campos mais herméticos do regime do CSC, o que se explica por se tratar de um regime altamente sistematizado que surge na ordem jurídica a regular um fenómeno preexistente”*.

Mutatis mutandis, o regime legal das sociedades coligadas, revestiu-se da maior importância, acarretando amplas repercussões de ordem prática, atentando na dimensão e incremento que entre nós têm revestido os fenómenos de agrupamento de sociedades.

O legislador optou por, taxativamente, definir o que entendia por relação de grupo e proteger, em primeira linha, os credores e, em segunda linha (ainda que de forma ténue) a sociedade subordinada. Com efeito, a estrutura do grupo societário é suscetível de originar problemas importantes para a sociedade-mãe e para os diversos atores que

³⁷⁷ Pensamento postulado por MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Grupos de Sociedades*, ob. cit., p. 112.

gravitam em seu torno, *maxime* os credores sociais³⁷⁸, que reclamam atenta consideração.

A proteção da sociedade-mãe, do seu próprio interesse, dos seus sócios e credores, não foi considerada na equação e, por isso, o regime previsto é-lhes extremamente gravoso³⁷⁹.

Neste estudo, pareceu-nos fundamental o especial tratamento de particulares aspetos em que aquela regulação especial se justifica, quer no âmbito da proteção dos credores das sociedades dominadas, quer na consagração de certos desvios a alguns dos critérios gerais pelos quais se pauta a administração das sociedades, instituindo-se contrapartidas, como a especial responsabilidade da sociedade-mãe pelas obrigações das “filhas”. Se nas empresas plurissocietárias, as decisões para a vida sobrevivência e o destino do grupo passarão a estar na hegemonia da administração da sociedade-mãe – que se transforma no “*verdadeiro órgão de cúpula para o grupo inteiro*”³⁸⁰ - é indubitável que estas se repercutirão sobre a posição jurídico-patrimonial dos respetivos credores, sem que estes tenham sido consultados.

Todavia, mesmo os credores da própria sociedade-mãe podem não escapar ilesos aos efeitos despoletados pela alteração da estrutura jurídica da empresa-social: faz-se *mister* não perder de vista os mecanismos protetores dos credores das sociedades-filhas, introduzidos quer por via legislativa (*v.g.*, a responsabilidade ilimitada da sociedade-mãe perante os credores das respetivas filiais, prevista no art. 501.º do CSC), quer por via jurisprudencial (*v.g.*, mediante técnicas de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades agrupadas), os quais acabam sempre por

³⁷⁸ Neste sentido pronuncia-se JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, *ob. cit.*, p. 17.

³⁷⁹ O regime português é, particularmente, penalizador para as sociedades portuguesas, tendo-se até já suscitado a sua inconstitucionalidade. Causticar as já pressionadas empresas com regras de cautela inexistentes na generalidade dos estados europeus afigura-se como uma má orientação de política legislativa. Na medida em que lhe compete concretizar o direito, o intérprete aplicador não deve desligar-se dessa realidade pelo que, salvo em exigências bastante consideráveis da boa-fé, não deve alargar, para além do que a lei imponha, as medidas pesarasas para as empresas. Posição acolhida por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (501.º/1, Do CSC) e o Seu Âmbito*, *ob. cit.*, p. 115.

³⁸⁰ Vide JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, *ob. cit.*, p. 23.

acarretar efeitos potencialmente negativos para os credores da própria sociedade-mãe, podendo mesmo, no limite, originar a insolvência global do próprio grupo³⁸¹.

São os credores sociais que o artigo 501.^{o382} protege primeiro e antes que tudo, garantindo paralelamente ao património da sociedade-filha, o património da sociedade-mãe^{383 384}. A sociedade-filha, ao ser totalmente dominada, perde a sua independência (ou nunca a teve). A pessoa coletiva com quem os credores lidam não é, portanto, “*senhora dos seus atos*”, na medida em que o seu poder deliberativo e económico pertence a uma outra pessoa coletiva (o processo de decisão, quer a nível executivo, quer acionista, fica nas mãos da dominante). A sociedade comercial que passa a ser integrada numa organização empresarial de grupo é comandada por uma empresa que a utiliza como mais um membro do seu corpo, um corpo composto pelas demais sociedades que domina. Lidamos, então, com uma estrutura complexa mas que atua no mercado de forma unitária – guiada pelos interesses da sociedade-mãe (*maxime* dos seus acionistas). É a conceção da sociedade dominada como um meio e não um fim.

O reconhecimento desta “*dependência*” jurídica (e não apenas económica) das sociedades dominadas, torna-se evidente na possibilidade de a sociedade-mãe ter o direito de dar instruções desvantajosas para a sociedade subordinada (art. 503.^o, n.^o 2), se tais instruções prosseguirem o interesse do grupo.

O tráfego comercial, a segurança económica e a velocidade e dispersão dos negócios não se coadunam com a falta de transparência. O terceiro tem de saber com quem negocia e confiar que lida com uma pessoa coletiva autónoma – não com uma filial,

³⁸¹ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Liability of Corporate Groups – Autonomy and Control in parente-Subsidiary Relationships, in US, German and EU law : an international and comparative perspective*, Deventer: Kluwer, 1994. pp. 306 e ss.

³⁸² “*Acontece que se constitui precisamente como uma “situação muito especial”, e com “previsão legal específica” a situação da responsabilidade da sociedade totalmente dominante pelas dívidas da sociedade subordinada, pois que existe norma positiva a impor essa responsabilidade, a saber, o art. 501.^o do CSC*”. Cfr. o Ac. do TRC, de 15 de Janeiro de 2013, processo 2110/09.0T2AVR.C1 (Relator: Luís Cravo).

³⁸³ “*(...) com efeito, o sentido geral que preside à disciplina do fenómeno dos grupos societários aí contida é o de um direito protector da sociedade dependente, respectivos sócios e credores sociais*”, cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, ob. cit., p. 15.

³⁸⁴ Atentando nas regras de aplicação e nos valores em jogo, não é possível apelar ao artigo 501.^o, sempre que a sociedade dominante não detenha 100% da dominada. *Rectius*, sempre que não haja domínio total. Minuciosamente, faltando uma ação que seja, a sociedade dominante já não poderá dar instruções vinculantes à dominada. É esse o fator que estatui a responsabilidade da dominante, isto é, quem dá ordens é responsável pelas suas decisões. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (501.^o/1, Do CSC) e o Seu Âmbito*, ob. cit., p. 115.

amputada de grande parte da sua autonomia. As sociedades comerciais a que dedicamos o nosso estudo, são sociedades de um mercado pouco regulamentado, onde a falta de transparência e a dificuldade de acesso a informações societárias esclarecedoras e fiáveis obrigaram à criação de mecanismos alternativos de proteção, como é o caso do art. 501.º.

Com todas as reservas indicadas, o art. 501.º deve operar no seu estrito âmbito de aplicação, devendo fazer-se uma contida interpretação do mesmo. O artigo 501.º configura-se como um regime excecional que é, materialmente, *ius singulare*, e como tal deve ser interpretado e aplicado³⁸⁵.

É inequívoco, que o artigo 501.º surge numa área bastante frágil, que ordena integral segurança: quer para sociedade, quer para os credores e os investidores. Entre nós, prefigure-se que este regime não pode ser volátil, exigindo-se que se ergam barreiras claras quanto à sua aplicação. Caso imanente à natureza deste regime se admitisse uma zona cinzenta, na qual pese embora o não preenchimento das suas condições de aplicação, o artigo 501.º pudesse operar nas situações de má conduta da sociedade dominante qualificada, seria inserir, no seio do Direito das sociedades um pesado fator de incerteza³⁸⁶. Pelo que, não pode ser esta a intenção do legislador.

E se, por vezes, a doutrina convoca o instituto da *desconsideração* ou *levantamento* da personalidade coletiva no âmbito do grupo de sociedades, quer com base em normas específicas (v.g., o art. 501.º do CSC), quer por “*necessidade do sistema*”³⁸⁷, importa atentar que mesmo nas situações de confusão de esferas jurídicas ou de subcapitalização material, não é o simples controlo, a interpenetração das sociedades ou a direção unitária que justificam o *levantamento*, dada a natureza excecional e

³⁸⁵ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (501.º/1, Do CSC) e o Seu Âmbito*, ob. cit., p. 115.

³⁸⁶ Neste sentido ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (501.º/1, Do CSC) e o Seu Âmbito*, ob. cit., p. 113.

³⁸⁷ Ou seja, “*enquanto instituto de carácter excepcional, a desconsideração mantém o seu espaço próprio de actuação – necessariamente residual – mas não pode nunca ser erigido em solução de âmbito geral para os problemas dos grupos de sociedades. Por isso mesmo, em princípio a autonomia das sociedades mantém-se mesmo em caso de insolvência de uma ou de todas, salvo se os pressupostos do levantamento se encontrarem preenchidos ou se existir norma positiva a impor a responsabilidade*”. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *O Levantamento da Personalidade Colectiva*, ob. cit., pp. 81 e ss.

subsidiária do instituto, sendo que este é trazido à colação apenas quando a *“personalidade foi usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros”*³⁸⁸.

No nosso ordenamento jurídico, os entendimentos adotados foram moldando a interpretação do legislador e, assim, se refletiram nas atualizações legislativas.

Em matéria de direito da insolvência, cumpre-nos aludir que o legislador empreendeu, no atual CIRE, aquilo que na nossa visão se apresentou como um retrocesso legislativo face ao anterior CPEREF. No âmbito dos grupos de sociedades o anterior CPEREF consagrava a coligação ativa de sociedades em relação de domínio ou de grupo ou com balanços e contas consolidadas, permitindo a apresentação conjunta de pedidos de insolvência de diversas sociedades do grupo. Porém, no atual CIRE o legislador abandonou tal solução, passando a regular a questão no art. 86.º, n.º 2 que prevê, mediante requerimento do administrador de insolvência, a apensação dos processos de insolvência das sociedades dominadas declaradas insolventes.

Nesta perspetiva, desbravando novos horizontes, doutrina e jurisprudência pronunciaram-se acerca da possibilidade da apensação processual se traduzir numa liquidação conjunta das sociedades.

A controvérsia sobre este tema instalou-se tanto na doutrina como na jurisprudência. Com efeito, tanto a nível jurisprudencial, como a nível doutrinal, a aplicação deste instituto não tem merecido consenso.

Ressalte-se que, no seio da jurisprudência nacional, apenas num caso³⁸⁹ se considerou a liquidação conjunta das sociedades insolventes como aquela que *“melhor garante a igualdade dos credores, cuja solução se revela dogmaticamente mais consistente, e, por isso mesmo, aceitável”*.

Na doutrina, pese embora se propenda para a manutenção da autonomia formal e substancial dos processos, a verdade é que se denota o surgimento de uma nova

³⁸⁸ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragruppo*, ob. cit., p. 1007.

³⁸⁹ No Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 7 de setembro de 2010, processo n.º 213/10.7T2AVR-A.C1 (Relator: Jorge Arcanjo). Propugnou-se, ainda, no douto Acórdão que *“O CIRE (aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18/03) não contém um regime específico sobre a insolvência no grupo de sociedades, eliminando a coligação, prevista anteriormente no CPEREF (redacção do DL n.º 315/98, de 20/10) passando a estatuir (art. 86.º, n.º 2) a apensação de processos, devendo interpretar-se extensivamente de modo a permitir, em determinadas condições, uma consolidação substancial, através de liquidação conjunta”*.

corrente apologista do instituto da consolidação substantiva, que se poderá afigurar como o “motor” para a futura introdução do instituto no nosso ordenamento jurídico.

Aqui chegados, não podemos deixar de formular a nossa apreciação crítica acerca de uma questão que tem sido tão badalada no seio do direito societário e cujo consenso sobre a qual parece uma meta bastante longínqua.

Encetando a nossa apreciação pelos segmentos conexionados com a viabilidade do regime preceituado no artigo 501.º do CSC configurar um meio para conduzir a uma liquidação conjunta das sociedades insolventes do mesmo grupo, incumbe-nos fazer aqui alguns reparos.

Hodiernamente é pensamento pacificamente assente que a lógica imanente ao art. 501.º almeja uma tutela dos credores da sociedade-filha e não o inverso.

Consoante indagamos, a responsabilização da sociedade que exerce o poder de direção (sociedade-mãe) é a contrapartida do “*ius instructionis*”³⁹⁰. Trata-se aqui da responsabilidade da sociedade que exerce o poder de direção previsto no art. 503.º, n.º 2, do CSC, ou seja, o poder de dar instruções vinculantes de gestão à administração da sociedade subordinada ou dependente, mesmo que estas sejam desvantajosas para esta última, conforme previsto no art. 503.º, n.º 2, do CSC.

No caso do grupo de sociedades, o interesse dos credores da sociedade subordinada é especificamente defendido pela norma do art. 501.º do CSC, que vem responsabilizar a sociedade diretora por todas as obrigações da sociedade subordinada. Desta forma, o interesse social está ligado à tutela dos credores da sociedade, uma vez que no âmbito dos grupos de sociedades, sempre que o legislador permite a lesão do interesse social de uma certa sociedade, determina também instrumentos que permitem facultar uma tutela adequada dos interesses dos credores da sociedade cujo interesse pode ser sacrificado.

Consoante tivemos oportunidade de aduzir, o art. 501.º visa constituir um mecanismo de proteção directa dos credores da sociedade subordinada ou totalmente

³⁹⁰ Parafrazeando ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO “O art. 501.º tira a sua justificação profunda do poder legal que a dominante total tem de dar instruções vinculativas, mesmo desfavoráveis, à dominada. Se essas “instruções” forem dadas ilegalmente, não há que apelar ao artigo 501.º que, de todo, não foi pensado para isso: haverá, sim, que recorrer à responsabilização dos administradores envolvidos (que podem, inclusive, incorrer em consequências criminais) e, no limite, às técnicas do abuso do direito, desta feita na vertente do levantamento ou da desconsideração da personalidade colectiva”. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (501.º/1, do CSC) e o seu Âmbito*, ob. cit., pp. 112 e 113.

dominada³⁹¹. Na medida em que a sociedade-filha passa a ser gerida em função dos interesses da sociedade-mãe, subjaz àquela responsabilidade pessoal e ilimitada da sociedade-mãe, o objetivo de proteção dos credores da sociedade-filha.

Transportando esta situação para um panorama de insolvência concomitante da sociedade-mãe e da sociedade-filha, pensamos que o facto de se proceder a uma consolidação dos ativos e dos passivos da sociedade-mãe e da sociedade-filha poderia, liminarmente, contrariar o objetivo inerente ao artigo 501.º e traduzir-se, ao inverso, num benefício para credores da sociedade-dominante. Passamos a explicar.

Pense-se, desde logo, numa situação em que tanto a sociedade-mãe como a sociedade-filha estão insolventes mas a sociedade-mãe está mais insolvente do que a sociedade-filha. Aceitar a consolidação substantiva com base no artigo 501.º seria, incongruente, ir contra a teleologia inerente à própria norma uma vez que seria o património da sociedade-filha a responder pelas dívidas da sociedade-mãe³⁹² e, como tal, em vez de se beneficiar os credores da sociedade-filha conduzir-se-ia a um benefício dos credores da sociedade-mãe.

Ademais numa situação em que a sociedade-mãe e a sociedade-filha estejam ambas insolventes, a concretização da responsabilidade consagrada no artigo 501.º ocorre através do artigo 95.º do CIRE³⁹³, o qual legitima que os credores da sociedade-filha concorram não só ao património desta, como também ao património da sociedade-mãe.

A nosso ver esta perspetiva não pode ser negligenciável, pelo que após vertida e analisada esta questão, firmamos a convicção de que numa situação de insolvência de várias sociedades do grupo, o artigo 501.º não poderá conduzir a uma consolidação material dos ativos e passivos das sociedades insolventes do grupo. Na nossa ótica, o que o artigo 501.º logra traduzir é uma unidade de responsabilidade derivada da direção unitária, e não uma unidade substancial.

³⁹¹ Ressalte-se que o art. 501.º logra a proteção dos credores da sociedade-filha, sem atender aos interesses dos credores da sociedade-mãe, que passam a concorrer com os primeiros. Efetivamente consubstancia-se como um direito de proteção direcionado, exclusivamente, para uma tutela da sociedade-filha.

³⁹² Esta posição foi expandida por Sara MONTEIRO MAIA MACHADO e na nossa ótica afigura-se como a solução mais correcta, pelo que a subscrevemos inteiramente. Cfr. SARA MONTEIRO MAIA MACHADO, *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: o Problema da Consolidação Substantiva*, *ob. cit.*, p.362.

³⁹³ Retira-se do artigo que “O credor pode concorrer pela totalidade do seu crédito a cada uma das diferentes massas insolventes de devedores solidários e garantes, sem embargo de o somatório das quantias que receber de todas elas não poder exceder o montante do crédito”.

Na esteira do roteiro realizado pelo “trajetória” do artigo 501.º, cumpre “*não perder o norte*” e, seguidamente, ingressarmos numa análise crítica da consolidação substantiva fora dos casos do artigo 501.º.

No nosso entendimento, propendemos para uma posição mais mitigada no que concerne à adoção do instituto no panorama legislativo nacional. Não negamos, perentoriamente, a sua aplicação mas também não nos parece que deva ser utilizada quase como instituto-regra nos casos de insolvência no contexto dos grupos de sociedades.

No plano substantivo, caso a apensação venha a efectivar-se, tal não significa, necessariamente, uma liquidação conjunta de todo o património das sociedades em relação de domínio ou contrato de subordinação, pois a tanto obsta a personalidade jurídica distinta de cada uma das sociedades em causa³⁹⁴. Cremos que o entendimento oposto contenderia com os interesses dos credores exclusivos de cada uma das sociedades obrigando-os a concorrer com credores de outras sociedades, desconsiderando, sem base legal, a personalidade jurídica de cada uma das referidas sociedades.

Sustentamos que a consolidação substantiva, à luz do que se vem observando nos ordenamentos jurídicos internacionais, deve ser decretada apenas em circunstâncias excepcionais, devendo ser reservada para casos extraordinários, em que a sua aplicação apresente vantagens relativamente à consolidação processual, e concedida apenas após uma análise cuidadosa dos direitos e interesses de todas as partes envolvidas. Nestes termos deve ser decretada apenas em casos excepcionais: quando uma sociedade-filha tenha sido formada com o objetivo de enganar ou defraudar credores; quando haja uma confusão de patrimónios que torne impossível reconfigurar a separação patrimonial ou naqueles casos em que os credores tenham confiado e negociado com duas ou mais pessoas como se elas fossem uma só. Apreciemos a nossa posição.

Cremos que nos casos em que as sociedades do grupo estejam envolvidas em esquemas fraudulentos ou em atividades sem finalidade comercial legítima, a consolidação substantiva afigura-se como o modelo que melhor tutela os direitos e interesses das partes envolvidas, justificando-se a derrogação do princípio da separação

³⁹⁴ Concordamos, assim, com o acórdão proferido pelo TRP de 20/4/2010, Processo 484/03.5TYVNG-I.P1.

para chamar à responsabilidade a sociedade-mãe que também agiu através da sociedade filha, sendo também responsável pela insolvência desta.

Mais, a própria existência do grupo tem como característica inerente a comunicação do capital das suas sociedades componentes e tem como prática financeira a transferência de capital de umas sociedades do grupo para outras de acordo com o interesse global do grupo. Esta nova conformação societária do património no interior do grupo societário tem por consequência direta a confusão patrimonial das sociedades participantes, isso porque os patrimónios não são estanques e passam a ser transferidos sob a perspectiva grupal³⁹⁵. Esta integração patrimonial resultante da direção única da política financeira do grupo atinge graus tão complexos que em certas situações torna-se muito difícil apurar o montante total de cada sociedade participante, ou ainda saber os níveis de transação que ocorrem entre as sociedades. Nos casos em que se verifique uma confusão entre os ativos e passivos das sociedades do grupo de tal forma que se possa afirmar a existência de confusão de esferas jurídicas das sociedades em causa, derivando a impossibilidade prática de proceder à imputação dos passivos e ativos a cada sociedade do grupo - em suma, a impossibilidade de separação dos respetivos patrimónios - a solução mais justa será o recurso à consolidação substantiva.

Na verdade, durante a vida do grupo societário vários fatores se comungam no seu seio, e quando tais fatores estejam fortemente interligados entre as várias sociedades do grupo plurissocietário, podem contribuir para esta situação.

A título exemplificativo, mencionámos alguns desses fatores: a existência de contas consolidadas do grupo³⁹⁶; a utilização de uma única conta bancária para todas as sociedades do grupo; a comunicabilidade de interesses e a partilha de bens entre as

³⁹⁵ MUNHOZ denomina tal fenómeno de “*teoria dos vasos comunicantes*”: realmente o princípio dos vasos comunicantes pode ser aplicado na perfeição, quando se trata de examinar a realidade patrimonial dos grupos de sociedades, pois a transferência de recursos financeiros entre os seus membros, dá-se num nível tão elevado e com grande frequência, a ponto de serem considerados como autênticas organizações de mercado interno. Invocando tal prerrogativa EDUARDO SECCHI MUNHOZ, *Empresa Contemporânea e Direito Societário: Poder de Controle e Grupos de Sociedades*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p. 135.

³⁹⁶ “A expressão contabilística da unidade económica do grupo é a consolidação das contas individuais das entidades abrangidas pelo grupo. (...) A importância da consolidação de contas pode ser aferida na dupla óptica de instrumento de informação e de gestão. De facto, apenas as contas consolidadas estão em condições de fornecer aos investidores, credores e organismos estatais uma imagem sintética e fiel do património, da situação financeira e do resultado do grupo, como se tratasse de uma só entidade”. Cfr. MARIA DOS PRAZERES RITO LOUSA, *Considerações sobre a Tributação dos Grupos de Sociedades*, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 350, 1988, pp. 220-221.

empresas do grupo; a dificuldade de distinção entre os ativos e passivos e as contabilidades de cada empresa do grupo; a confusão de bens e de operações comerciais.

Ora, o imbricamento de tais fatores entre as diversas sociedades do grupo pode originar situações de confusão de tal ordem entre os ativos e os passivos das sociedades que se torne impossível imputá-los às sociedades individualmente consideradas, sem incorrer em elevados custos e exagerados atrasos, prejudicando todos os credores.

Quando tais situações ocorram na prática, advogamos que o mecanismo mais adequado para solucionar um problema em que a proteção das expectativas dos credores é impraticável será a admissão da consolidação material dos ativos e passivos das sociedades do grupo. Ou seja, parece-nos que quando a sociedade dominante não respeita o princípio da separação, confundindo o seu património social com o património social das sociedades dependentes, se deve admitir o recurso ao modelo da consolidação substantiva.

Nestas situações excecionais de confusão de esferas jurídicas, os custos de desagregação dos negócios das sociedades diminuem os meios disponíveis para a satisfação dos credores prejudicando-os a todos, pelo que o meio mais viável para proteger os credores será o decretamento da consolidação substantiva.

Na verdade se um grupo de sociedades está fortemente integrado e os ativos e passivos de cada empresa dentro do grupo estão altamente interligados e não podem ser separados, na prática, a consolidação substantiva deve ser permitida. Nestas situações, a complexidade, a morosidade e os custos da separação justificam a liquidação conjunta das sociedades, acarretando para os credores benefícios superiores a uma liquidação atomística³⁹⁷. Já se um grupo de sociedades é formado em forma

³⁹⁷ Nestas situações de cariz excepcional, caso a liquidação conjunta seja deferida pelo juiz, entendemos que deve passar a existir apenas um administrador de insolvência. Efetivamente, se ocorre uma unificação da massa insolvente das sociedades envolvidas e o processo passa a ser apenas um, um dos dois administradores de insolvências deverá cessar funções. Ora, para facilitar as operações entendemos que deve ser o administrador da insolvência do processo com menor complexidade ou com menores créditos e credores a cessar funções na medida em que será mais fácil transferir as informações relevantes para o administrador do processo com maior complexidade. Nesta medida entendemos que um único administrador de insolvência pode ter uma visão global das relações do grupo, avaliar melhor as causas da insolvência e supervisionar de forma mais eficaz qualquer solução concursal que se proponha. Porém, se pese embora a liquidação conjunta se optar pela manutenção de distintos administradores para cada processo, deverá sempre privilegiar-se um dever de cooperação e comunicação entre eles com vista à troca de informações.

descentralizada e opera em modo mais independente, entendemos que a consolidação substantiva deve ser recusada.

Por fim, mas não menos importante, cumpre-nos atentar nos casos em que, de forma amiúde, as sociedades do grupo incitam os credores a negociar com o grupo como uma entidade única e poderá ser precisamente esse o motivo que levou a que os credores aceitassem conceder o crédito. Verdadeiramente, se é o próprio grupo que desenvolve uma atividade e que adota uma estrutura corporativa e patrimonial que fomenta uma conceção unitária de si mesmo, se os credores confiaram e negociaram com duas ou mais pessoas como se elas fossem uma só, propugnamos que a consolidação substantiva merece acolhimento. Ora, se o fator decisivo que levou os credores a negociar com duas ou mais sociedades do grupo foi precisamente o entendimento de que estavam a negociar com uma só entidade, tendo confiado no crédito do grupo como um todo, ou no crédito da empresa-mãe quando tenham negociado com uma das suas “filhas”, sustentar a liquidação atomística numa situação de insolvência, a nosso ver, constituiria uma violação das expectativas e da posição jurídica dos credores que negociaram com o grupo de boa-fé. Se o conhecimento da situação de grupo e o património global do grupo foram fundamentais para que os credores aceitassem celebrar o negócio, então numa situação de insolvência tais credores devem igualmente poder contar com o património totalitário do grupo, devendo este ser liquidado conjuntamente.

Destarte, apesar de não existir no nosso ordenamento jurídico nenhum normativo legal que permita expressamente a aplicação da consolidação substantiva em casos de insolvência de sociedades do mesmo grupo, pendemos para o decretamento da consolidação substantiva nos casos *supra* referidos. No entanto, não se pode olvidar que a decisão do decretamento da consolidação substantiva terá sempre de passar pelo crivo do instituto do levantamento da personalidade.

A nível do direito comparado, nos ordenamentos continentais domina, ainda, a visão atomística da sociedade, valorizando-se a autonomia e a personalidade próprias de cada empresa. Em suma, não são muitas as jurisdições a permitir uma consolidação substantiva na sua legislação. O conceito é, sem dúvida controverso, uma vez que implica a mistura de ativos e dívidas das entidades jurídicas separadas de outra forma, ignorando o “véu corporativo”.

Assim, nos ordenamentos jurídicos estrangeiros tem-se assistido a uma plausível resistência à admissibilidade da liquidação em conjunto das sociedades do grupo, verificando-se a sua aceitação sobretudo em casos de levantamento da personalidade. Verdadeiramente, é nesses casos que, à luz da unidade do grupo, é mais patente o imperativo da consolidação: de facto, se se prova que o grupo é dirigido como uma unidade económica e a separação jurídica já não encontra correspondência numa separação económica, as razões económicas que sustinham a manutenção da separação de esferas acabam por ceder, reclamando-se a consolidação. Fora destes casos as oposições à consolidação são mais patentes³⁹⁸.

No nosso entendimento, cremos que a melhor solução de *jure constituendo* seria o legislador passar a regulamentar os casos em que deverá ser admitida a consolidação substantiva ou, pelo menos, estabelecer os fatores relevantes para se ponderar a admissibilidade do recurso àquele instituto.

Ademais, impõe-se, igualmente, a criação de um regime excecional que permita dissipar dúvidas quanto a redistribuições de responsabilidades e reorganização dos ativos e passivos no seio do grupo de modo a atender à satisfação dos credores, procurando-se também imprimir alguma celeridade e maior eficiência aos processos de insolvências no âmbito dos grupos de sociedades.

Estabelecendo agora um cotejo com o direito comparado, revele-se que mesmo nos ordenamentos jurídicos onde o instituto da consolidação substantiva era colocado como que dentro de um “colete de forças”, sendo encarado com reservas e com alguma resistência, tem-se encetado um caminho de abertura à figura. É o caso dos Estados Unidos da América e da Espanha.

Ainda no panorama internacional, através da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho para alteração do Regulamento do Conselho (CE) n.º 1346/2000, de 12 de Dezembro de 2012, que culminou na publicação do novo Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, parece-nos louvável a iniciativa de se regulamentar a insolvência nos grupos multinacionais de sociedades. Com efeito, tendo em conta o cenário de crises que

³⁹⁸ Defendendo este entendimento vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Ainda sobre a Liquidação Conjunta das Sociedades em Relação de Domínio Total e os Poderes do Administrador da Insolvência: a Jurisprudência Recente dos Tribunais Nacionais*, ob. cit., p.723.

assolou a Europa, e atuando os grupos de sociedades num plano cada vez mais internacional, reclamava-se um amparo legislativo que viesse responder às especificidades dos grupos de sociedades no âmbito das insolvências transfronteiriças. Pese embora o Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015 tenha constituído o “trampolim” para uma adaptação do Regulamento às hodiernas necessidades que o panorama internacional no contexto das insolvências transfronteiriças reclamava, a verdade é que ficou aquém do esperado, nomeadamente no que concerne ao tratamento global do grupo ou da empresa plurissocietária. Mais uma vez optou-se por uma posição mais conservadora, excluindo-se o tão badalado princípio da consolidação substantiva - já desenvolvido nos Estados Unidos e analisado nos ordenamentos da Europa Continental - mesmo nos casos de confusão patrimonial.

Em bom rigor, o que se defende primordialmente, no novo Regulamento é a coordenação dos processos relativos a membros do mesmo grupo, através da sujeição dos administradores de insolvência e dos órgãos jurisdicionais a deveres de cooperação mútua³⁹⁹. Subjacente a esta ideia está a possibilidade de não comprometer a reestruturação do grupo como um todo e, nos casos em que os bens dos membros estejam fortemente interligados, obviar à sua venda em separado e à perda de valor que isso naturalmente representaria. Ora, no fundo denota-se aqui clara uma influência do ordenamento jurídico alemão no qual, no Anteprojeto de lei para a facilitação do tratamento da insolvência nos grupo de sociedades, o legislador, na senda de uma linha de pensamento de cariz claramente conservador, recusou tanto a consolidação processual, como a consolidação substantiva, mesmo nos casos de confusão de patrimónios nos quais se torna impossível distinguir e tratar de forma independente os patrimónios de cada uma das sociedades (conservou-se, assim o princípio do tratamento individual).

Num breve apontamento crítico, parece-nos, apenas, que futuramente as alterações legislativas neste âmbito se deverão encaminhar não só para a possibilidade de abertura conjunta de processos para os membros do mesmo do grupo, por razões de celeridade

³⁹⁹ Esta era uma das propostas contidas na *INSOL Europe, vide Revision of the European Insolvency Regulation – Proposals by INSOL Europe*, pp. 13 e 93.

e economia processual (poder-se-ia simplificar a tramitação dos respetivos processos e organizar as suas fases de uma forma coordenada), assim como para uma “*abertura de portas*” à consolidação substantiva em casos excecionais.

No presente trabalho os grupos de sociedades foram analisados sob a ótica da sua aplicabilidade no ordenamento jurídico, o qual carece de consistência legislativa capaz de sustentar a complexa atuação desta atividade no cenário sócio-económico atual, principalmente pela constatação de que o direito encontra-se em mora com os factos, e o seu correspondente contexto prático.

Pese embora este estudo tenha logrado uma melhor compreensão acerca da realidade dos grupos de sociedades numa situação de insolvência, tendo-se dado particular relevância à responsabilidade da sociedade-mãe perante os credores da sociedade-filha e à garantia do cumprimento do princípio “*par conditio creditorum*” numa situação de insolvência, e tendo-nos cumprido avançar com algumas soluções, a verdade é que o atual panorama em matéria de insolvência de grupos de sociedades reclama já uma atualização legislativa do CIRE, devendo passar a consagrar-se um regime específico para os grupos de sociedades que venha acompanhar as mutações ocorridas no contexto sócio-económico em que o grupo de sociedades hodiernamente actua e assim venha dar resposta às cada vez mais presentes e controversas questões debatidas no seio da doutrina e da jurisprudência. A doutrina nacional pouco debate sobre o tema inversamente ao direito comparado que há mais de um século se dedica ao seu estudo.

PARTE III
CONCLUSÃO

1. ENTRE O “*IURE CONSTITUTO*” E AS SOLUÇÕES ALMEJÁVEIS DE “*IURE CONSTITUENDO*”

Chegados à meta do percurso que nos propusemos percorrer cumpre-nos “fechar a cortina” das reflexões expendidas num apontamento final.

É indubitável que no mundo contemporâneo, pela sua importância económica e jurídica, os grupos de sociedades tornaram-se objeto de regulações de várias naturezas, tanto nas vertentes contabilística (consolidação de contas) e fiscal (tributação pelo lucro consolidado), como nas vertentes da defesa da concorrência (combate aos monopólios) e do direito privado.

No prisma do direito privado, que aqui nos interessa, saliente-se que Portugal foi o terceiro país no mundo a formular uma regulação legal global do tema dos grupos de sociedades. Na esteira da Alemanha⁴⁰⁰ (*Aktiengesetz* de 1965) e do Brasil (Lei das Sociedades Anónimas brasileira de 1976), passou a dar relevância jurídica e a regulamentar, em 1986, a matéria do grupo de sociedades, afigurando-se, desta feita, como uma das primeiras leis a tratar da sistematização dos grupos de sociedades⁴⁰¹.

A evolução da economia e a necessidade de competitividade fomentaram a coligação de sociedades e a criação de empresas multi-especializadas, a ponto de se poder afirmar que o paradigma das sociedades isoladas vem sendo substituído.

Na verdade, a evolução e o constante crescimento económico e estrutural das sociedades traduziu-se numa expansão externa, com destino à aquisição de outras empresas, deixando de fazer sentido a configuração da sociedade comercial como um ente jurídico e económico autónomo⁴⁰².

⁴⁰⁰ Foi na Alemanha que os grupos de sociedades receberam vasta regulação pelo legislador, digna de uma regulação global, a qual serviu de modelo para a disciplina do instituto em países como Portugal (Código das Sociedades Comerciais, de 1986) e o Brasil (Lei das Sociedades Anónimas, de 1976).

⁴⁰¹ No âmbito das fontes inspiradoras do CSC em sede de grupos, destacam-se as normas do direito alemão das sociedades por ações (*Aktiengesetz*, ou *AktG* de 1965 - Lei das Sociedades por Ações) e do direito brasileiro sobre sociedades anónimas (Lei das Sociedades Anónimas de 1976, ou LSA - Lei n.º 6404, de 15 de Dezembro de 1976), referindo-se ainda a influência de projetos legislativos no âmbito do ordenamento comunitário (a Proposta de Regulamento de Estatutos de uma Sociedade Anónima Europeia, na sua versão de 1975, e o Projeto de uma 9.ª Diretiva Comunitária sobre as Coligações entre Empresas e os Grupos de Sociedades, na versão de 1984) e, na França, da *Proposition de Loi sur les Groupes de Sociétés et la Protection des Actionnaires, du Personnel et des Tiers*, na versão de 1978.

⁴⁰² Parafraseando JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES “O direito societário veio aceitando gradualmente no seu próprio seio certos mecanismos de controlo intersocietário que justamente haveriam de conduzir à subversão dessa soberania e à destruição dessa autonomia, funcionado assim paradoxalmente como a fonte próxima da natureza virtualmente fictícia desse modelo. Esta

Os grupos de sociedades derivam, assim, de um processo de concentração económica, e os pressupostos do seu aparecimento coincidem com os que levam ao surgimento das empresas individuais, isto é, facilitar a sua atuação económica nos mercados, regulando-se a relação de pessoas reunidas com o escopo comum, almejando-se a maximização dos lucros

Esta forma de agrupamento de sociedades corresponde à “*mitigação da autonomia económica e jurídica da sociedade comercial, pois leva à ocorrência de interesses extra-sociais numa sociedade legalmente autónoma e dotada de independência, como previsto pela sua teoria tradicional (...), onde uma sociedade (‘controladora’/‘mãe’) define a actuação de outra (‘controlada’/‘filha’), fazendo coexistir entre ambas uma diversidade jurídica, numa unidade económica*”⁴⁰³.

Desde a década de 1970 que em Portugal se assistiu ao nascimento de uma forte concentração empresarial de tal modo que mais de 50% dos negócios empresariais portugueses eram empreendidos por grupos societários. Na década seguinte, foi instituída uma política de nacionalização dos grupos pela qual se criou uma *holding* de natureza pública denominada *Instituto e Participações do Estado – IPE*, que controlava centenas de companhias⁴⁰⁴. Na década de 1990, observou-se a criação de grandes grupos de sociedades, alguns até com uma centena de subsidiárias, como foi o caso do grupo *SONAE*⁴⁰⁵.

Esta nova realidade económico-social veio reclamar necessariamente uma nova realidade jurídica, que abarcasse a regulamentação legal dos grupos de sociedades, urgindo a sua previsão legal.

O direito teve de intervir para regular uma realidade preexistente e que suscitou a sua atenção devido aos riscos de que se reveste para os interesses de terceiros e dos próprios intervenientes no grupo de sociedades.

contradição interna deste ramo do direito – que poderíamos denominar por “síndrome do Cavalo de Tróia” -, para além de conduzir a resultados ambivalentes, constitui, afinal, a origem última daquele fosso entre direito e realidade para que crescentemente alertaram os autores”. Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, Os Grupos de Sociedades, ob. cit., p. 111.

⁴⁰³ Vide PEDRO IVAN VASCONCELOS HOLLANDA, *Os Grupos de Sociedades e o Direito Societário: Retrato de uma Crise*, Revista de Direito Empresarial, n.º 7. Curitiba: Juruá Editora, 2007, pp. 70-71.

⁴⁰⁴ Para maiores desenvolvimentos sobre esta matéria vide JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *The Law of Affiliated Companies in Portugal*, in *Rivista Delle Società: a cura di Ariberto Mignoli e Guido Rossi. Atti del Convegno Internazionale di Studi*. Venezia, 16-17-18 Novembre 1995, v.1, Milano: Giuffrè, 1996, p. 357.

⁴⁰⁵ Cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *The Law of Affiliated Companies in Portugal*, ob. cit., p. 357.

Atentando nas suas especificidades flagrantes surgiu-nos, naturalmente, a questão de saber se aos grupos de sociedades deverá ser reconhecida uma regulação especial. Ora, quanto a este aspeto, saliente-se que a grande maioria dos países não consagrou regras especiais sobre a matéria.

Em Portugal, *“o regime dos grupos de sociedades, imponentemente consagrado no Título VI do Código das Sociedades Comerciais foi obra do legislador de 1986. Baseado em quê? Não houve qualquer estudo de campo que conheçamos; tão-pouco se poderá falar numa problemática nacional de grupos que tenha obrigado a apurar um regime”*⁴⁰⁶.

Desta forma, trata-se de um regime edificado sem qualquer sustentação na realidade prática subjacente ao funcionamento dos grupos pelo que este furto aos cânones da prática para além de patentear a principal debilidade daquele regime jurídico⁴⁰⁷, potencia o acréscimos de riscos no que respeita à capacidade de tal regime dar resposta aos inúmeros problemas que se despoletam na prática, dando também aso a situações de incerteza jurídica.

Saliente-se que pese embora Portugal tenha sido um dos primeiros países a legislar a matéria dos grupos de sociedades, atualmente o direito societário português já não se encontra apto para acompanhar as transformações verificadas na atividade empresarial. Com efeito, atualmente, as normas previstas não acompanham a realidade e a dinâmica dos grupos societários, podendo mesmo afirmar-se que se tornaram antiquadas no contemporâneo quadro jurídico.

Estranhamente, apesar de ser um tema que está bastante na ordem do dia e o qual tem constituído no âmbito do direito comparado um “menu apetecível” para novas atualizações pelo legislador, a verdade é que em Portugal se verifica uma ataraxia quanto ao mesmo.

⁴⁰⁶ Assim o escreveu FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *Grupo de Sociedades, Anotação Preliminar aos art.ºs 488.º a 508.º do CSC, ob. cit. p. 783.*

⁴⁰⁷ Neste sentido MARIA DA GRAÇA TRIGO afirmou que *“o facto de se tratar de um regime «fabricado» e não progressivamente formado - acompanhando a evolução das realidades económicas-sociais - constitui precisamente a principal fragilidade do sistema”*. Cfr. MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Grupos de Sociedades, ob. cit., p. 112.*

Na verdade, neste momento, a legislação já não dá respostas satisfatórias a dúvidas cada vez mais pertinentes que vão emergindo e a doutrina, para além de se encontrar ainda bastante despida quanto ao tema, é também bastante controversa.

Talvez as atuais alterações jurídicas nos ordenamentos jurídicos vizinhos possam vir dar o mote para imbuírem o legislador no espírito de uma necessidade de reflexão sobre o tema.

Com efeito, nos dias que correm a articulação dos interesses subjacentes aos potenciais ou reais perigos advenientes da direção unitária e da primazia do interesse de grupo com a proteção dos terceiros que com o grupo contratam demanda a existência de uma lei clara que forneça um amparo legislativo que preveja uma adequada proteção tanto para as sociedades do grupo subjugadas aos comandos da sociedade-mãe, como para os credores das mesmas. Na realidade, um dos problemas mais flagrantes identificados neste estudo prende-se, precisamente, com as dificuldades em atingir a satisfação do interesse dos credores *in casu* de insolvência no seio do grupo.

Ora, esta instabilidade não é compatível com uma conjuntura atual marcada por um número cada vez mais elevado de insolvências no contexto de grupos societários. Aponte-se que segundo o último estudo do Instituto Nacional de Estatística realizado em 2011, existiam em Portugal 444 grupos de empresas, 62% dos quais eram grupos multinacionais, sendo que os 444 grupos integravam 7323 entidades. Trata-se de uma impressionante realidade que não pode continuar a passar ao lado dos olhos do legislador.

Almejam-se e reclamam-se soluções que articulem os vastos interesses em jogo na empresa plurissocietária, garantindo-se respostas sistemáticas coerentes e elucidativas que permitam o preenchimento das lacunas legislativas identificadas.

No contexto da insolvência dos grupos de sociedades cumpre dissipar dúvidas no que respeita à redistribuição dos ativos e passivos, na atribuição de responsabilidades, na proteção e satisfação dos interesses dos credores, numa eventual abertura de portas ao instituto da consolidação substantiva, cumpre afastar óbices que só imprimem incerteza e insegurança jurídica ao processo e que não se coadunam com a urgência pela qual se deve pautar a condução de um processo de insolvência.

Destarte, no horizonte legislativo é gritante a necessidade de criação de uma disciplina jurídica global e específica para o grupo de sociedades como um todo, urge o nascimento de um novo e verdadeiro “direito dos grupos”.

O desiderato seria a criação legislativa de um bloco normativo completo e perfeitamente aplicável e destinado à realidade dos grupos societários, sem esquecer as situações de insolvência no seio do mesmo. A nosso ver, esta afigurar-se-ia como a solução que melhor possibilitaria garantir a certeza e a segurança nas relações jurídico-comerciais e respeitar o caráter tendencialmente formal do direito societário.

Não obstante, para a necessária compreensão e elaboração de um novo regime legal, a par da experiência do direito comparado, muito poderão contribuir a atividade e os trabalhos doutrinários, assim como a intervenção jurisprudencial.

Naturalmente, o objetivo do presente estudo é o de lograr constituir um contributo para a melhor compreensão do regime instituído no ordenamento jurídico nacional atual, o qual, por enquanto e no âmbito de um tão entrosado e complexo sistema de vasos comunicantes intragrupo se afigura ainda muito pouco explorado e no âmago do qual ainda cumpre traçar novas perspetivas e se possível desbravar novos horizontes.

Alcançar conclusões sobre tema tão complexo e que ainda não recebeu a devida atenção pela doutrina, jurisprudência e legislação nacionais é uma tarefa árdua e que demanda os mais extremos cuidados pelo que por ora, tomando em linha de conta o “estado da arte” doutrinário e o engenho legislativo, não tendo colocado de parte a nossa perspetiva crítica perante o regime dos grupos de sociedades numa situação de insolvência, almejamos sobretudo realizar uma global assimilação do mesmo no nosso universo jurídico, esperando que este estudo auxilie num repensar do direito dos grupos societários e da responsabilidade nos grupos.

Pois bem, se “*o caminho faz-se caminhando*”, esperemos que estágio de reflexão precedente, que, até agora, se tem revelado precário venha no futuro a dar lugar a prementes reformas legislativas, que permitam adequar os escritos legislativos à realidade jurídica hodierna.

A verdade é que o compasso de espera sintomático por novas respostas já vai longo, pelo que se faz *mister* romper com as soluções do passado e perspetivar o grupo de sociedades por uma ótica diferente da até agora trabalhada.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Acórdão 339/2011 de 4 de Outubro de 2011, processo n.º 822 10, disponível em Diário da República, 2.ª Série, n.º 191, de 4 de Outubro de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Ac. do STJ de 31 de Maio de 2005, processo 05A1413 (Relator: Fernandes Magalhães), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do STJ, de 9 de Março de 2010, processo 94/2001.P1.S1 (Relator: Moreira Alves), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do STJ, de 31 de Maio de 2011, processo 35/1997.L1.S1 (Relator: Salazar Casanova), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do STJ, de 14 de Junho de 2011, processo 6132/08.OTBBRG-J.G1.S1 (Relator: Fonseca Ramos), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do STJ, de 3 de Novembro de 2011, processo 850/2001.C1.S1 (Relator: Álvaro Rodrigues), disponível em www.dgsi.pt.

TRIBUNAL CENTRAL ADMINISTRATIVO:

- Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte, de 9 de Dezembro de 2011, processo 00616/10.7BECBR (Relator: Maria Fernanda Antunes Aparício Duarte Brandão), disponível em www.dgsi.pt.

TRIBUNAL DA RELAÇÃO

RELAÇÃO DE COIMBRA:

- Ac. do TRC, de 29 de Junho de 2006, processo 1253/06 (Relator: Fernandes da Silva), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do TRC, de 27 de Fevereiro de 2007, processo 819/05.6TBOHP.C1 (Relator: Garcia Calejo), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do TRC, de 27 de Julho de 2010, processo 255/10.2T2AVR-B.C1 (Relator: Carlos Gil), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do TRC, de 27 de Julho de 2010, processo 255/10.2T2AVR-E.C1 (Relator: Fonte Ramos), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do TRC, de 7 de Setembro de 2010, processo 213/10.7T2AVR-A.C1 (Relator: Jorge Arcanjo), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do TRC, de 18 de Janeiro de 2011, processo 255/10.2T2AVR-E.C1 (Relator: Fonte Ramos), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do TRC, de 15 de Janeiro de 2013, processo 2110/09.0T2AVR.C1 (Relator: Luís Cravo), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do TRC, de 21 de Maio de 2013, processo 4044/07.3TJCBR-C.C1 (Relator: Sílvia Pires), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do TRC, de 29 de Outubro de 2013, processo 737/08.6TMAVR-E.C1 (Relator: Henrique Antunes), disponível em www.dgsi.pt.

RELAÇÃO DE ÉVORA:

- Ac. do TRE, de 13 de Junho de 2002, disponível em *Colectânea Jurídica*, 2002, Tomo III, p. 259;
- Ac. do TRE, de 18 de Abril de 2013, processo 122/05.1TBADV-A.E1 (Relator: Maria Alexandra Santos), disponível em www.dgsi.pt.

RELAÇÃO DE LISBOA:

- Ac. do TRL, de 9 de Dezembro de 2003, processo 8322/2003-7 (Relator: Proença Fouto), disponível em www.dgsi.pt;

- Ac. do TRL, de 19 de Junho de 2006, processo 260/2007-6 (Relator: Manuela Gomes), disponível em www.dgsi.pt.

RELAÇÃO DO PORTO:

- Ac. do TRP de 14 de Dezembro de 2004, processo 0326763 (Relator: Marques de Castilho), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do TRP, de 20 de Abril de 2010, Processo 484/03.5TYVNG-I.P1 (Relator: Ramos Lopes), disponível em www.dgsi.pt;
- Ac. do TRP, de 27 de Maio de 2010, processo 283/05.0TBMDB-W.P1 (Relator: Joana Salinas), disponível em www.dgsi.pt.

JURISPRUDÊNCIA ESPANHOLA

- Auto del Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona, de 29 Diciembre 2004, AC 2005, 161;
- Auto de la Audiencia Provincial de Mallorca, 30 de Diciembre de 2005, AC 2005, 151;
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (s. 9ª), de 22 de Marzo de 2010 (Dª. Purificacion Martorell Zulueta);
- Sentencia T.S. 670/2010 (Sala 1) de 4 de Noviembre;
- Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid en el Auto de 1 de Febrero de 2011;
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (s. 15ª), de 28 de Junio de 2011 (D. Ignacio Sanchogargallo).

JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA

- *In re Flora Mir Candy Corp.*, 432 F.2d 1060 (ED Cir. 1970);
- *In re Continental Vending Machine Corp.*, 517 F.2d 997 (2d Cir. 1975);
- *In re Veeco Construction Industries*, 4 Bankr. 407, 410 (Bankr. E.D. Va. 1980);

- *In re 1438 Meridian Place, NW, Inc.*, 15 B.R. 89 (D.D.C. 1981);
- *In re Richton Int'l Corp.*, 12 Bankr. 555, 558 (Bankr. S.D.N.Y. 1981);
- *In re Luth*, 28 Bankr. 564, 566 (Bankr. D. Idaho 1983);
- *In re Donut Queen, Ltd.*, 41 Bankr. 706, 709 (Bankr. E. D. N.Y. 1984);
- *In re DRW Property Co.*, 54 B.R. 489, 494 (Bankr. N.D. Tex. 1985).
- *In re Stop & Go of Am., Inc.*, 49 Bankr. at 747 (Bankr. D. Mass. 1985);
- *In re Tureaud*, 45 Bankr. 658 (Bankr. N.D. Okla. 1985);
- *In re Augie/Restivo Banking Co.*, 860 F.2d 515 (2d Cir. 1988);
- *In re Eagle-Picher Industries Inc., Central Claims Services, Inc. vs. Eagle-Picher Industries Inc.*, bankruptcy no. 1-91-00100. Adv. No. 95-1105, United States Bankruptcy Courts, SD Ohio, Western Division, March 14, 1996, 905.

LISTA DE BIBLIOGRAFIA

I) MANUAIS, MONOGRAFIAS E ARTIGOS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de,

- *Grupos de Sociedades e Direito do Trabalho*, Coimbra, 1990;
- *Da Empresarialidade: As Empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1996.

ALMEIDA, António Pereira de,

Sociedades Comerciais, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2006.

AMERA, Seth D.,

Substantive Consolidation: Getting Back to Basics, 14 Am. Bankr. Inst. L., Rev. 1, 10-12 (2006).

ANDRADE, Ana Rita Gomes de,

A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante, Almedina, Coimbra, 2009.

ANTUNES, José A. Engrácia,

- *Liability of Corporate Groups – Autonomy and Control in parente-Subsidiary Relationships, in US, German and EU law : an international and comparative perspective*, Deventer : Kluwer, 1994;
- *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1994;
- *The Law of Affiliated Companies in Portugal*, Rivista Delle Società: a cura di Ariberto Mignoli e Guido Rossi. Atti del Convegno Internazionale di Studi. Venezia, 16-17-18 Novembre 1995, v.1, Milano: Giuffrè, 1996;
- *O Artigo 490.º do CSC e a Lei Fundamental: Propriedade Corporativa, Propriedade Privada, Igualdade de Tratamento*, Estudos em Comemoração dos Cinco Anos

(1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coimbra, Coimbra Editora;

- *O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas*, em *Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, 2.º Volume, 2002;
- *Os Grupos de Sociedades: Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2002;
- *Os Poderes nos Grupos de Sociedades – O Papel dos Accionistas e dos Administradores na Formação e na Direção da Empresa de Grupo*, Problemas de Direito das Sociedades, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Almedina Coimbra, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira,

- *Direito Comercial - Sociedades Comerciais Parte Geral*, Volume IV, Dislivro, 2000;
- *Direito Civil – Teoria Geral I*, Almedina, 2005.

BENTO, Vítor,

Crise económica ou mais do que isso? in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Ano 1 (2008), n.º 4.

BORGIOLO, Alessandro, *Direzione Unitária e Responsabilità Nell'amministrazione Strordinaria*, *Riv. Delle Società*, 1982, n.ºs 1 e 2.

BRITO, Maria Helena,

Falências Internacionais. Algumas Considerações a Propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Themis, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência, 2005.

CASTRO, Pedro Vieira de,

Garantias intragrupo, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano V (2013), Número 1 / 2.

CHARLES, Clark Robert,

The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, *Harvard Law Review*, Volume 90.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira,

Grupo de Sociedades in Anotação Preliminar aos art.ºs 488.º a 508.º do CSC, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990, sep. do vol. 64 (1988).

COMPARATO, Fábio Konder,

- *Les Groupes des Sociétés dans la Nouvelle Loi Brésilienne des Sociétés par Actions*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1978, n.º 3;
- *O Poder de Controle na Sociedade Anónima*, 3.ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1983.

CORDEIRO, António Menezes,

- *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005;
- *A Responsabilidade da Sociedade com Domínio Total (501.º/1, Do CSC) e o Seu Âmbito*, Revista de Direito das Sociedades, Ano III, número 1, Almedina, 2011;
- *Perspectivas Evolutivas do Direito da Insolvência*, Revista de Direito das Sociedades, Ano IV (2012), Número 3.

CORREIA, Luís Brito,

Grupos de Sociedades in FDL/CCEJ, Novas Perspectivas do Direito Comercial, Almedina, Coimbra, 1988.

CUNHA, Paulo Olavo,

Direito das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 2006.

CURRIE, Carolyn V.,

The Banking Crisis of New Millenium – Why It was inevitable, Greg N. Gregoriu, *The Banking Crisis Handbook*, 2010.

DALLÈVES, Louis,

Problèmes de Droit Privé Relatifs à la Coopération et à la Concentration Des Entreprises, Revue de Droit Suisse, 1973, Vol. II.

DUARTE, Diogo Pereira,

Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio - Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária, Monografias, Almedina, 2007.

FERNANDES, Luís Carvalho / LABAREDA, João,

- *Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência Anotado*, 3.^a edição, Lisboa, Quid Juris, 1999;
- *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Lisboa, 2008;
- *De Volta à Temática da Apensação de Processos de Insolvência (Em Especial, A Situação das Sociedades em Relação de Domínio ou de Grupo)* in *Revista de Direitos da Sociedades*, Ano V (2013), Números 1 / 2.

FERREIRA, MANUEL REQUICHA

Estado de Insolvência, in *Direito da Insolvência, Estudos*, 1.^a Edição, coord. Rui Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

FRANÇA, Maria Augusta,

A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo, AAFDL, Lisboa, 1990.

FROST, Christopher W.,

Organization Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups, 44 (1993), *Hastings Law Journal*.

GALGANO, Francesco,

Globalizzazione E Conglomerazione, in *Contratto e Impresa*, 2006.

GILBERT, J. Stephen,

Substantive Consolidation, *Vanderbilt Law Review*, 43/207 (1990).

GOODE, Roy,

Principles of Corporate Insolvency Law, 3rd edn, Sweet & Maxwell, 2005.

GRAÚLICH, Timothy E.,

Substantive Consolidation - A Post Modern Trend, 14 Am. Bankr. Inst., Abi Law Revue, 527, 538 (2006).

GUIJARRO, Javier Antón,

Tratado Judicial de la Insolvencia, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2012.

HOLLANDA, Pedro Ivan Vasconcelos,

Os Grupos de Sociedades e o Direito Societário: Retrato de uma Crise, Revista de Direito Empresarial, n.º 7. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

JAEGER, Pier Guisto,

Direzione unitária di grupo e responsabilità degli amministratori, Riv. Delle Società, 1985, n.ºs 4 e 5.

JUNIOR, Gilberto Deon Corrêa, *Consolidação Substantiva no Direito Norte-Americano*, Revista da AJURIS, n.º 73 - Julho/1998.

KEUTGEN, Guy,

Le droit des groupes des sociétés dans la CEE, Bruxelles, Bruylant, 1973.

KORS, Elisabeth,

Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation, in: University of Pittsburgh Law Review, 1998, vol. 59.

LOUSA, Maria Dos Prazeres Rito,

Considerações sobre a Tributação dos Grupos de Sociedades, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, n.º 350, 1988.

LUTTER, Marcus,

La Responsabilité Civil et dans le Groupe de Sociétés, Revue des Sociétés, 1981, n.º 4.

MACHADO, Maria João,

- *Algumas Considerações sobre a Falência em Direito Internacional Privado*, Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 1999, n.º 3;
- *Da Falência em Direito Internacional Privado - Introdução aos seus problemas fundamentais*, Porto, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2000.

MACHADO, Sara Monteiro Maia,

A Insolvência nos Grupos de Sociedades: O Problema da Consolidação Substantiva, Revista de Direito das Sociedades, Ano V (2013), Números 1 e 2.

MARX, Karl, *O Capital*, Livro I, volume I, São Paulo: Nova Cultural, 1988.

MEVORACH, Irit,

- *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford University Press, 2009;
- *INSOL Europe's Proposals on Groups of Companies (in cross-border insolvency): a critical appraisal*, Vol. 21, 2012.

MUNHOZ, Eduardo Secchi,

Empresa Contemporânea e Direito Societário: Poder de Controle e Grupos de Sociedades, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002.

NETO, Francisco dos Santos Amaral,

Conferência Pronunciada na Ordem dos Advogados, Lisboa, 1987.

NUNES, António José Avelãs,

Uma Introdução À Economia Política, São Paulo, Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de,

- ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades em Relação de Grupo*, Almedina, Coimbra, 2007;
- *A Insolvência nos Grupos de Sociedades: Notas Sobre a Consolidação Patrimonial e a Subordinação de Créditos Intragrupa*, Revista de Direito das Sociedades, Ano I (2009), Número 4;
- *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, Coimbra, 2009;
- *CSC/Clássica*, 2.^a Edição, 2011;
- *Ainda sobre a liquidação conjunta das sociedades em relação de domínio total e os poderes do administrador da insolvência: a jurisprudência recente dos tribunais nacionais*, Revista de Direito das Sociedades, Ano III (2011), Número 3;
- *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade - Por Um Critério Unitário de Solução do "Conflito do Grupo"*, Teses, Almedina, 2012.
- *Insolvência nas Sociedades em Relação de Grupo: de Novo pela Consolidação Substantiva das Massas Patrimoniais*, I Congresso de Direito da Insolvência (Coordenação: Catarina Serra), Almedina, 2012.

PETER, Henry,

- *From Atomism to Consolidation in Group's Insolvency*, Peter Nobel (Ed.), Internationales Gesellschaftsrecht, Heft 1, Bern 1998;
- *Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When And How?*, Geneva, 2004.

PETER, Henry / BIRCHLER, Francesca,

Liquidation des Groupes de Sociétés et Consolidation - Enseignements de la Pratique Récente, SZW 1995.

PULGAR, V. J.,

El Concurso De Sociedades Integradas en un Grupo, A.A.V.V., La Modernización Del Derecho De Sociedades De Capital En España (Dir. Alonso Ledesma), Cizur Menor, 2011.

RAMALHO, Rosário Palma,

Sobre a Dissolução das Sociedades, A.A.F.D.L., Lisboa, 1986.

RIBEIRO, Maria De Fátima,

A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, Almedina, 2009.

ROJO, Ángel,

Comentarios a la Ley Concursal, (dir: Angel Rojo y Emilio Beltrán), Tomo I, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2004.

ROSA, Antonio Pavone La,

La Responsabilità da Controllo nei Gruppi di Società, in *Riv. Delle Società*, 1984, n.º 3.

SANCHÉZ, Ana María Gallego,

Concursos Conexos – Cuestiones surgidas a raíz de la Ley 38/2011 de 10 de Octubre in Una revisión de la Ley Concursal y su Jurisprudencia dada por especialistas, Dykinson, S.L., Madrid, 2013.

SANCHÉZ-CALERO, Juan / FUENTES, Mónica,

La Reforma Concursal y los Grupos de Sociedades, Documentos de Trabajos del Departamento de Derecho Mercantil, 2012/44, Universidad Complutense.

SARGENT, Patrick C.,

Bankruptcy Remote Finance Subsidiaries: the Substantive Consolidation Issue, 44 (1989), *The Business Lawyer*.

SAUVAIN, Anne Petitpierre,

Droit Des Sociétés et Groupes De Sociétés, Genève, 1972.

SCHMIDT, Dominique,

La Responsabilité Civil et dans les Relations de Groupe de Sociétés, in *Revue des Sociétés*, 1981, n.º 4.

SCHWARCZ, S. L.,

Collapsing Corporate Structures: Resolving the Tension Between Form and Substance,
The Business Lawyer 60, 2004.

SERRA, Catarina,

- *Nótulas sobre o registo predial da insolvência*, disponível em [http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/Registo Predial de Insolvência.pdf](http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/Registo%20Predial%20de%20Insolv%C3%ancia.pdf);
- *Insolvência Transfronteiriça - Comentários à Proposta de Alteração do Regulamento Europeu Relativo aos Processos de Insolvência, com Especial Consideração do Direito Português*, Revista de Direito das Sociedades, ano 5, Volume 10 (2013);
- *Revitalização no Âmbito de Grupos de Sociedades*, in: Catarina Serra (coord.), III Congresso de Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, Almedina, 2014.

SILVA, Fátima Reis,

Efeitos Processuais da Declaração de Insolvência, I Congresso de Direito da Insolvência,
Coordenação Catarina Serra, Almedina, 2013.

SKEEL, David A.,

Groups of Companies: Substantive Consolidation in the U.S., The Challenges Of
Insolvency Law Reform in The 21st Century 229 (Henry Peter et al. eds., 2006).

STAEHELIN, Daniel,

No Substantive Consolidation in the Insolvency of Groups of Companies, The Challenges
Of Insolvency Reform In The 21st Century, (Henry Peter, Nicolas Jeandin & Jason Kilborn
eds., 2006).

STEPHEN, Gilbert J.,

Substantive Consolidation In Bankruptcy: A Primer, Vanderbilt Law Review, 43/207
(1990).

TERRÍVEL, Rita,

O Levantamento Da Personalidade Colectiva Nos Grupos De Sociedades, Revista de Direito das Sociedades, Ano IV (2012).

TRIGO, Maria da Graça,

Grupos de Sociedades, Separata da Revista “O Direito”, Ano 123, 1991, I (Janeiro-Março).

VENTURA, Raúl,

- *Grupos De Sociedades/Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da C.E.E.*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 41, n.º 1 e II, 1981;
- *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Almedina, 1990;
- *Contrato de Subordinação entre Sociedades*, Revista da Banca, n.º 25, Janeiro/Março 1993;
- *Novos Estudos Sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 1994.

WESTBROOK, J. L.,

Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, The ALI Principles, and the EU Insolvency Regulation.

XAVIER, Cecília,

Coligação de Sociedades Comerciais, Revista da Ordem dos Advogados, 1992.

II) PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS

- Anuario de Derecho Concursal
- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal
- Contratto e Impresa

- Harvard Law Review
- I Congresso de Direito da Insolvência
- III Congresso de Direito das Sociedades em Revista
- Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho
- Revista da AJURIS
- Revista da Banca
- Revista da Ordem dos Advogados
- Revista de Direito das Sociedades
- Revista de Direito Empresarial
- Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal
- Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique
- Revista “O Direito”
- Revue de Droit Suisse
- Revue des Sociétés
- Revue Internationale de Droit Comparé
- Rivista Delle Società
- Themis

III) PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS ON-LINE

- Abi Law Review (<http://www.abi.org/member-resources/law-review>)
- Harvard Law Review (<http://harvardlawreview.org/>)
- Hastings Law Journal (<http://www.hastingslawjournal.org/>)
- The Business Lawyer
(http://www.americanbar.org/publications/the_business_lawyer.html/)
- University of Chicago Law Review
(<https://lawreview.uchicago.edu/>)
- University of Pittsburgh Law Review
(<http://lawreview.law.pitt.edu/ojs/index.php/lawreview/>)
- Vanderbilt Law Review (<http://www.vanderbiltlawreview.org/>)

IV) PARECERES

- Parecer COM (2008) 394 de 25 de Junho de 2008;
- Parecer COM (2012) 744 - Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência.

V) OUTRAS FONTES CONSULTADAS

LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA E INFORMAÇÃO JURÍDICA

- Centros de Estudos Judiciários (<http://www.cej.mj.pt/>)
- European Commission (<http://ec.europa.eu/>)
- European Parliament (<http://www.europarl.europa.eu/>)
- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (<http://www.fd.uc.pt/>)
- Global Europe Anticipation Bulletin (<http://www.leap2020.eu/>)
- INSOL Internacional (<https://www.insol.org/>)
- International Insolvency Institute (<http://www.iiiglobal.org/>)
- ITIJ - Bases Jurídico-Documentais (<http://www.dgsi.pt/>)
- PSM Law (<http://www.peterlegal.com/>)
- UNCITRAL (<http://www.uncitral.org/>)

REPOSITÓRIOS INSTITUCIONAIS

- Archive Ouverte UNIGE (<http://archive-ouverte.unige.ch/>)
- E-Prints Complutense: (<http://eprints.ucm.es/>)
- Repositório Universidade do Minho: (<http://repositorium.sdum.uminho.pt/>)