

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**A INSOLVÊNCIA NOS GRUPOS DE
SOCIEDADES**

Silvana Abreu do Nascimento

Mestrado Profissionalizante
Ciências Jurídico-Empresariais
Dissertação

2015

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**A INSOLVÊNCIA NOS GRUPOS DE
SOCIEDADES**

Silvana Abreu do Nascimento

Orientadora: Professora Doutora Maria Raquel Rei

Mestrado Profissionalizante
Ciências Jurídico-Empresariais
Dissertação

2015

Agradecimentos

Cumpro agradecer a todos os que me acompanharam neste percurso e que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a concretização deste trabalho.

Em especial à minha família, pelo apoio incondicional e pela motivação em todos os momentos.

À Exma. Sr^a. Professora Maria Raquel Rei pela ajuda e orientação prestada na presente dissertação.

Aos meus amigos pelo encorajamento, em especial ao Victor pelo apoio, paciência e motivação.

Lisboa, Setembro de 2015

Silvana Abreu do Nascimento

Resumo

Da análise do regime português da insolvência podemos observar que, ao longo da sua evolução e de forma a responder às necessidades das épocas, o regime sofreu várias alterações, umas mais significativas que outras, mas sempre assentes num de dois sistemas. Ora num sistema de falência – liquidação, baseado na liquidação do património do falido; ora num sistema de falência – saneamento, com primazia pelos mecanismos de recuperação da empresa. No momento atual, o tratamento da insolvência feito no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas privilegia, aparentemente, a recuperação do devedor, embora ao longo do código não encontremos disposições que concretizem essa prevalência.

Apesar das várias alterações que foram feitas no regime da insolvência, o fenómeno dos grupos de empresas em situação de insolvência continua por regulamentar. A carência de uma regulamentação especial deste fenómeno implica que cada sociedade tenha de ser considerada em separado.

Devido ao seu enorme crescimento e importância económica, os grupos empresariais constituem uma realidade corrente que merece um tratamento adequado. O disposto no n.º 2 do art. 86.º, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) não é suficiente para resolver todas as questões que surgem neste âmbito, uma vez que se trata de uma norma que carece de desenvolvimento concretizador.

Entendemos ser necessário aplicar, nestas situações de insolvência de sociedades agrupadas, um critério diferente do adotado para a insolvência de uma sociedade isolada, no sentido de haver uma coordenação dos processos de insolvência, através da criação de uma regulamentação mais precisa para a figura da apensação de processos de insolvência e a admissibilidade de uma consolidação substantiva das massas insolventes e liquidação conjunta, sempre que os princípios da igualdade de credores e tutela da aparência o exigirem, de forma a corrigir os resultados negativos de uma aplicação rígida do princípio da separação das sociedades. Deve ser criada uma coordenação eficiente entre os processos de modo a estabelecer resultados equitativos para todos os credores.

Palavras-chave: insolvência; grupos de sociedades; apensação de processos; consolidação substantiva; tutela dos credores.

Abstract

When examining the Portuguese insolvency regime one can notice that through its evolution, the regime was subjected to several changes in order to keep up with the needs of the times. Some of these changes were more significant than others but they all were based in one of two systems: the bankruptcy system – liquidation which consists of liquidating the bankrupt's assets; the bankruptcy system – sanitation, which emphasizes on a company's own mechanisms for regeneration. Nowadays, the insolvency process taken in Portuguese Insolvency and Recovery Code (CIRE), apparently gives preference to the bankrupt own means for recovering, although, throughout the code, one cannot find a disposition on going forward with this preference.

Despite the several changes made in the insolvency regime, there is still a need to regulate corporate groups that are in an insolvency situation. The lack of proper regulation to this phenomenon implies that each Society has to be considered separately instead of as a group.

Due to the huge growth and economic importance of corporate groups, the insolvency process for them requires proper and specific handling. The 2nd term in the 86^o article of CIRE isn't enough to deal with all the questions that may come up in this domain, this rule lacks on further development.

There is a need to apply, in these insolvency situations of corporate groups, a different criterion from the one adopted in single companies, in an effort to achieve coordination between insolvency processes. This can be reached through the creation of a sharper regulation for this joinder of processes and the eligibility of a substantive consolidation of insolvent masses and joint liquidation, whenever the principles of equality of creditors and tutelage of appearance require; this will correct and improve the negative results of a strict application of the separation of society's principle. An efficient coordination between processes must be created to establish equitable results for all creditors.

Key words: insolvency, corporate groups, joinder of cases, substantive consolidation, protection of creditors.

Lista de abreviaturas e siglas

Ac. - Acórdão

Al./als. - Alínea/ alíneas

Art./ arts. - Artigo / artigos

CC – Código Civil

Cf. – Conferir

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CPC – Código de Processo Civil

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

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC - Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-Lei

IAPMEI – Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento

n.º - Número

P/ Pp. – Página/ páginas

PER – Processo Especial de Revitalização

Ss – Seguintes

TC – Tribunal Constitucional

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UE – União Europeia

UNCITRAL - United Nations Commission on International Trade Law

Vol. – Volume

Indicações de Leitura

Todas as disposições legais sem menção da sua origem, a menos que o contrário resulte do texto, pertencem ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo DL n.º 53/2004, de 18 de março. Usa-se o modo itálico e negrito para destacar palavras e expressões em língua estrangeira e em língua portuguesa.

Este trabalho foi escrito ao abrigo do novo acordo ortográfico.

Índice

Introdução.....	7
I. Evolução histórica do instituto da falência/insolvência.....	9
1.1. Velho dogma “uma sociedade, um processo, uma insolvência”.....	14
II. Insolvência.....	17
2.1. Determinação da situação de insolvência e tramitação geral do processo.....	17
III. As sociedades coligadas em geral.....	22
IV. Insolvência das sociedades em relação de grupo.....	34
4.1. Relações de grupo.....	34
4.1.1. Relação de subordinação.....	35
4.1.2. Grupo paritário.....	35
4.1.3. Relação de domínio total.....	36
4.2. Enquadramento e alcance do art. 86.º do CIRE.....	36
4.2.1. Legitimidade para requerer a apensação de processos.....	40
4.2.2. Apensação obrigatória de processos de insolvência de sociedades agrupadas.....	41
4.3. A Consolidação processual e eventual consolidação substantiva.....	43
4.3.1. A consolidação substantiva.....	44
4.4. Diplomas internacionais e ordenamentos estrangeiros.....	50
4.4.1. Insolvência transfronteiriça.....	50
4.4.2. Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho.....	50
4.4.3. Novo Regulamento (UE) n.º 2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho.....	54
4.4.4. UNCITRAL – Guia legislativo sobre o regime da insolvência.....	56
4.4.4. Breve análise da Ley Concursal espanhola.....	58
V. Análise de jurisprudência.....	61
5.1. Coligação passiva de sociedades em relação de grupo.....	61
5.2. Apensação de processos de insolvência.....	63
5.3. Liquidação conjunta das sociedades insolventes.....	66
5.4. Desconsideração da personalidade coletiva.....	70
Conclusões.....	73
Bibliografia.....	77

Introdução

A insolvência é um tema atual e transversal a toda a sociedade, que reveste uma enorme importância nos dias de hoje.

Tendo em conta as repercussões jurídicas que advêm de um processo de insolvência, torna-se cada vez mais importante a análise do regime jurídico previsto para estas situações, não só pela sua atualidade, mas também pela sua importância prática. De facto, trata-se de um problema que contagia não só o insolvente e os credores, mas toda a sociedade, porque põe em causa interesses como o crescimento económico, a estabilidade no emprego e harmonia social.

A insolvência é um dos problemas da sociedade do século XXI. Que se agravou a partir dos anos 90 do século XX, com o fácil acesso ao crédito e o consumismo desenfreado aliado a desconhecimento financeiro dos consumidores e à falta de avaliação dos riscos. Isto levou a que, no início deste século, o número de insolvências tenha disparado, não só em empresas, mas também em pessoas singulares. Dando origem a reformas significativas no Direito da Insolvência¹.

Com o propósito de mostrarmos o modo como o ordenamento jurídico português tem regulado este fenómeno, faremos, no início deste trabalho, uma breve exposição acerca da evolução histórica da legislação sobre a insolvência em Portugal, indicando as principais alterações verificadas desde da sua sistematização até ao momento atual.

Entre o leque de empresas declaradas insolventes, encontramos as empresas coligadas. Prevista e reguladas no título VI do Código das Sociedades Comerciais. Trata-se de um tipo de empresas que merece especial atenção por representarem uma percentagem significativa do modo de organização das empresas atuais². Partindo desta realidade e com o intuito de resolver algumas questões suscitadas pela especificidade de estarmos a lidar com sociedades coligadas, o nosso trabalho procurará analisar a insolvência destas empresas, não numa visão clássica da empresa singular, mas da

¹ Conforme refere Menezes Cordeiro, a “incapacidade europeia de obter taxas de crescimento significativas e a persistência de um desemprego com pesados custos sociais originaram, ao longo da primeira década do século XXI, reformas significativas no Direito da insolvência.” CORDEIRO, António Menezes, *Perspectivas evolutivas do Direito da insolvência*, em Revista de Direito das Sociedades, Ano IV, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2012, p. 579.

² Segundo o Instituto Nacional de Estatística, em 2011, existiam em Portugal 444 grupos de empresas, 62% dos quais eram grupos multinacionais, incluindo entidades participadas estrangeiras no seu perímetro de influência (apenas foram incluídos os grupos de empresas com mais de 2 entidades participadas). Os 444 grupos integravam 7.323 entidades.

empresa contemporânea plurissocietária.

Após uma análise geral do nosso regime de insolvência previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, analisaremos de forma mais detalhada as especificidades da insolvência nos grupos, bem como o regime jurídico previsto no CIRE para estes casos. Procuraremos elencar os principais problemas ou falhas do regime jurídico e possíveis soluções para os mesmos. Manifestaremos, modestamente, a nossa posição, no seio do confronto das posições controversas da doutrina e da jurisprudência, quanto as questões da apensação de processos e consolidação substantiva das sociedades insolventes pertencentes a um grupo.

A este respeito consideramos que seria desejável uma clarificação na lei no sentido de esclarecer questões como: a legitimidade para requerer a apensação de processos; os trâmites ulteriores do processo de insolvência após ser requerida a apensação de processos nos termos do art. 86.º, n.º 2, de forma a tornar claro o desenvolvimento do processo a partir desse momento, assim como a admissibilidade ou não de uma consolidação das massas insolventes, para casos concretos.

A presente dissertação não ficaria completa sem a análise do modo como este tema tem sido tratado a nível comunitário. Assim sendo, faremos referência a alguns dos instrumentos mais recentes que tratam desta matéria e, de uma forma geral, o regime consagrado no país vizinho, na Ley Concursal espanhola.

Por fim, recorreremos a alguns casos jurisprudenciais decididos pelos nossos tribunais relativamente às principais questões levantadas neste trabalho, aquando da insolvência de sociedades coligadas, com vista a perceber a forma como estas questões têm sido tratadas na prática.

Em síntese, o presente estudo visa encetar uma análise do instituto da insolvência de sociedades pertencentes a um grupo, incidindo sobre o tratamento jurídico efetivamente dado a esta realidade, com foco para a necessidade de coordenação dos processos através da apensação dos mesmos e eventual consolidação substantiva³.

³ Consideramos que esta é uma questão que deve ser objeto de análise específica, tendo em conta que os interesses dos credores sociais podem ser particularmente postos em causa.

I. Evolução histórica do instituto da falência/insolvência

Historicamente e durante anos, a missão principal do processo de falência foi quase exclusivamente a liquidação do património do devedor através de uma execução coletiva e universal⁴. Os próprios termos falência⁵ e insolvência⁶ tinham significados diferentes. Em termos subjetivos a falência era vista como um instituto próprio dos comerciantes e era definida como a impossibilidade de o comerciante solver os seus compromissos⁷, enquanto a insolvência se aplicava aos devedores não comerciantes, quando o seu ativo patrimonial era inferior ao passivo.

No ordenamento jurídico português, foram várias as alterações verificadas no regime falimentar, desde das ordenações até ao regime atual, de forma a adaptar o regime jurídico as necessidades das épocas.

Podemos agrupar essa evolução do regime falimentar português em três grandes fases: a primeira de 1833 até 1961; a segunda de 1961 até 2004 e a última de 2004 até ao presente. Havendo, em cada uma dessas fases, um de dois sistemas em vigor, ora um sistema baseado na liquidação do património do devedor, ora num sistema de saneamento da empresa.

Na **primeira fase** encontramos as primeiras regras codificadas sobre a insolvência em Portugal, que surgem no Código Comercial de 1833 (Ferreira Borges) onde esta matéria aparece com um tratamento global e sistematizado e onde a falência é definida como a inabilidade para a satisfação de pagamentos. Nesta fase o objetivo primordial era a satisfação dos interesses dos credores e a punição dos devedores, procedendo-se à liquidação total do património falido e à sua punição por ter chegado a essa situação⁸. Uma vez declarada a falência, o processo orientava-se para a liquidação

⁴ Neste sentido, SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 22.

⁵ O termo falência etimologicamente significa fingir, induzir em erro, ou falsear promessas.

⁶ Insolvência significa falta de solvência e foi o termo reservado para os não comerciantes, até a entrada em vigor do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas com o DL n.º 53/2004, de 18 de março.

⁷ Sem mais possibilidades de obtenção de crédito, pois sempre que o comerciante conseguia obter crédito não era considerado falido.

⁸ Nesta primeira fase, as alterações verificadas são de ordem formal, não havendo grandes alterações substantivas. Podemos dividir esta fase em dois subperíodos: de 1833 até 1939 e de 1939 até 1961. De forma sucinta, ressaltamos os seguintes acontecimentos ocorridos no primeiro subperíodo: em 1899, aprovação do Código das Falências (que revogou o livro IV do Código de Veiga Beirão); em 1905 é aprovado um novo Código de Processo Comercial que procedeu-se a junção do Código de Processo

do ativo, com o objetivo de serem pagos os credores, “esta solução podia ser evitada, caso fosse obtida concordata, que dependia da aceitação de uma maioria de dois terços dos credores, que deviam, contudo, representar três quartos dos credores comuns”⁹. Vigorava um sistema de falência-liquidação, que durou até ao Código de Processo Civil de 1961.

Numa **segunda fase**, que se inicia com o CPC de 1961¹⁰, o regime jurídico sofre uma modificação essencial relativamente ao fim do processo, com uma nova configuração dos meios preventivos da declaração de falência, os quais passam a ter primazia em relação a liquidação judicial¹¹, surgindo como alternativa à declaração da falência e à liquidação do património do falido. O comerciante, após apresentar-se à falência, convocava a assembleia de credores, esta apreciava a lista dos créditos e pronunciava-se sobre a possibilidade de haver concordata (pagamento parcelar dos créditos). Se esta não fosse aceite, os credores poderiam deliberar no sentido de haver acordo de credores através da constituição de uma sociedade por quotas, destinada a gerir o património do falido. Se nenhum destes meios preventivos funcionasse era declarada a falência. Nos termos do n.º 1 do art. 1140.º, do CPC de 1961, todo o comerciante que se encontrasse impossibilitado de cumprir as suas obrigações comerciais devia, antes de cessar pagamentos, ou nos dez dias imediatos à cessação, apresentar-se à falência, requerendo a convocação dos credores¹².

Comercial e o Código das Falências; em 1932 é consagrado, pela primeira vez, um processo de liquidação coletiva para não comerciantes e em 1935, é aprovado um novo Código de Falências (a disciplina ganhou outra vez autonomia). Este código alterou a definição de falência, que deixou de assentar na presunção de cessação de pagamentos para se caracterizar na impossibilidade de o comerciante solver os seus compromissos. É aqui que se inicia o segundo subperíodo, da primeira fase da história da falência em Portugal, em 1939 com a aprovação do Código de Processo Civil. A grande novidade é a consagração, neste código, de meios preventivos e suspensivos da falência: a concordata; acordo de credores, e a moratória. A concordata consistia no pagamento parcelar dos créditos; o acordo de credores envolvia a constituição, pelos credores, de uma sociedade por quotas, destinada a gerir o património do falido, na qual era admitida a entrada de outras pessoas além deles. A moratória baseava-se na fixação de um prazo para pagamento aos credores comuns.

⁹ Neste sentido, FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na evolução do regime da falência no Direito português*, Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, p.1185.

¹⁰ E termina em 2004 com a entrada em vigor do CIRE.

¹¹ O chamado sistema de falência-saneamento, que através da utilização de meios preventivos, como concordata ou acordo de credores, procurava evitar a liquidação do património do devedor.

¹² Ainda nesta fase, e no âmbito da recuperação da empresa, surge o Decreto-lei n.º 177/86, de 2 de julho, que cria o processo especial de recuperação de empresas por via judicial, juridicizando as medidas de recuperação de empresas e criando uma nova figura - a Gestão Controlada -, outro meio de recuperação, além da concordata e do acordo de credores. Esta consistia num plano de reestruturação da empresa. À luz do quadro do processo de recuperação introduzido por este DL “a falência passou a surgir agora circunscrita aos casos de empresas previamente reconhecidas como inviáveis em processo judicial

Este código teve sucessivas reformas sendo a mais importante delas a lei n.º 132/93, de 23 de abril, que aprovou o Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e da Falência. Com esta lei deu-se uma importante reforma no sistema falimentar português, através da unificação do regime da falência e da recuperação de empresas, condensando-se num único diploma legal aqueles dois regimes e, consagrando-se como prioridade a recuperação da empresa cujos pressupostos indispensáveis eram a viabilidade económica e a recuperabilidade financeira¹³.

Foi abolida a distinção entre falência e insolvência, o regime passou a aplicar-se a todo o tipo de empresas, comerciais ou não e acrescentou-se um novo meio suspensivo da falência - a reestruturação financeira -¹⁴, a par da concordata, do acordo de credores e da gestão controlada (estes meios constituíam a panóplia de instrumentos legais possíveis para evitar a declaração de falência). O regime era composto por dois processos especiais: o processo de falência e o processo de recuperação de empresas, sendo este último possível, quando existisse viabilidade económica e recuperação financeira. Havia prevalência da recuperação sobre a declaração de falência, art. 1.º, n.º 2, do CPEREF (conforme já dissemos), opção que se manifestou no reforço que foi feito nos respetivos meios de recuperação, com a criação da reestruturação financeira, ao lado dos outros meios já previstos anteriormente.

Ainda na vigência deste código foi promulgado o DL n.º 316/98 que instituiu, ao lado do processo judicial de recuperação, um procedimento administrativo denominado procedimento de conciliação, que pretendia, numa fase prévia à da falência judicial, alcançar consenso entre as empresas e os credores através da mediação exercida pelo IAPMEI.

Embora o CPEREF introduzisse importantes alterações no regime falimentar, continuava por não dar resposta a dois dos principais problemas do processo de falência: a excessiva durabilidade e o carácter ruinoso da liquidação judicial do devedor.

Por estes e outros motivos¹⁵, surgiu a necessidade de se proceder à revisão do

próprio”. Cf. FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na evolução do regime da falência no Direito português*, Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, p. 1198.

¹³ Cf. relatório do diploma preambular que aprovou o CPEREF (DL n.º 132/93, de 23 de abril).

¹⁴ Definida como a “adoção pelos credores de uma ou mais providências destinadas a modificar a situação do passivo da empresa ou a alterar o seu capital, em termos que assegurem, só por si, a superioridade do ativo sobre o passivo e a existência de um fundo de manuseio positivo”, cf. art. 87.º.

¹⁵ O carácter tardio do impulso processual; a duplicação de chamamentos dos credores ao processo devido a existência de uma fase de oposição preliminar, quer no processo de recuperação, quer no de

processo de recuperação e falência. Esta revisão foi implementada pelo DL n.º 53/2004, de 18 de março, que aprovou, um novo código – o CIRE - que marca o início da **terceira fase**, onde a prevalência é a satisfação dos credores. Nesta fase, o processo de insolvência deixa de ter como fim principal a recuperação da empresa e passa a dar primazia a satisfação dos credores, através da liquidação do património do devedor insolvente e da repartição do produto obtido pelos credores *ou* através de um plano de insolvência¹⁶. Consagra-se um retorno ao sistema da falência-liquidação. Embora o código rejeite qualquer primazia de um dos mecanismos, a verdade é que a recuperação aparece como supletiva, surge como uma das finalidades do processo, em alternativa à liquidação, sendo um mero instrumento, um fim possível, entre outros. No entanto, na sexta alteração ao CIRE, o legislador procurou mudar esta realidade. A lei 16/2012, de 20 de Abril procurou dar primazia a recuperação, através do plano de insolvência¹⁷. Contudo, esta alteração, conforme refere Catarina Serra, não foi acompanhada de nenhuma modificação substancial da disciplina, no sentido de transformar o plano de insolvência na opção principal.

De uma forma sucinta, podemos indicar como grandes inovações do CIRE: a primazia da satisfação dos credores¹⁸; a simplificação do processo e aumento da autonomia privada dos credores, assim como a redução das possibilidades de intervenção do tribunal, com a redução da intervenção do juiz ao que estritamente releva do exercício da função jurisdicional (verificando-se uma verdadeira desjudicialização do processo da insolvência) Além disso, o CIRE acabou com a noção de falência, mantendo apenas o conceito de insolvência e eliminou a distinção entre a figura do gestor judicial e do liquidatário judicial, passando a existir a figura única do

falência; a criação de uma nova fase de reclamação de créditos; o recurso ao processo de recuperação como mero expediente para atrasar a declaração de insolvência.

¹⁶ Conforme resulta do relatório do decreto preambular, no modelo adotado pelo novo Código, é sempre a vontade dos credores a que comanda todo o processo. “Aos credores compete decidir se o pagamento se obterá por meio de liquidação integral do património do devedor, nos termos do regime disposto no Código ou nos de que constem de um plano de insolvência que venham a aprovar, ou através da manutenção em actividade e reestruturação da empresa, na titularidade do devedor ou de terceiros, nos moldes também constantes de um plano.”. A ideia de recuperação apresenta-se como secundária, embora no preâmbulo se afirme que a única primazia que efetivamente existe é a da vontade dos credores. Cf. Preâmbulo do DL. n.º 53/2004.

¹⁷ Sem prejuízo da satisfação dos direitos dos credores, que não deixou de ser a finalidade primacial, o que realmente importa, segundo o legislador, é incentivar a recuperação e manter o devedor no giro comercial.

¹⁸ O art. 1.º, do CIRE estipula que “o processo de insolvência é um processo de execução universal que tem como finalidade a liquidação do património de um devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores”.

administrador da insolvência.

Quanto às medidas de recuperação, o CIRE prevê: o plano de insolvência, o PER, plano de pagamentos e a exoneração do passivo restante. Estes dois últimos aplicam-se apenas às pessoas singulares.

O CIRE, desde a sua entrada em vigor em março de 2004, já sofreu sete alterações, a sexta, e mais significativa, através da Lei n.º 16/2012 de 20 de abril, criada no âmbito das exigências europeias decorrentes das obrigações assumidas pelo Estado Português no memorando de entendimento, celebrado com a Troika. Assinalam-se como principais alterações: o agravamento da responsabilidade do devedor; o aditamento do PER; a redução de 60 para 30 dias do prazo correspondente à obrigatoriedade de o devedor requerer a declaração da sua insolvência e a criação do SIREVE - Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial¹⁹.

No geral, com o CIRE, o processo foi simplificado e parcialmente desjudicializado, atribuindo-se maior competência ao administrador da insolvência, à comissão de credores e à assembleia de credores e uma menor intervenção do juiz no processo²⁰, com vista a uma maior celeridade processual²¹. Passou a existir, além da comissão de credores, a assembleia de credores (que no CPEREF intervinha apenas no processo de recuperação), agora com funções alargadas, sendo o órgão a quem está, fundamentalmente, confiada a tutela dos interesses comuns dos credores. As funções da comissão de credores são essencialmente consultivas. Outro ponto onde se manifesta essa desjudicialização é na inexistência de reclamação para o juiz, dos atos do administrador da insolvência e das deliberações da comissão de credores.

No que respeita às pessoas singulares, a grande novidade foi a criação do instituto da *exoneração do passivo restante*. Esta figura aparece com o intuito de

¹⁹ Criado pelo DL n.º 178/2012, de 3 de agosto.

²⁰ Isto nota-se, sobretudo, na fase de verificação dos créditos, que agora passa a ser feita por requerimento dirigido ao administrador da insolvência nos termos do art. 128.º. A este respeito Luís Carvalho Fernandes, entende que é excessiva a competência atribuída ao administrador da insolvência nesta matéria “em que, em geral, estão envolvidas questões jurídicas complexas, não só pelo que respeita à verificação dos créditos como à sua graduação”, em, FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na evolução do regime da falência no Direito português*, em Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, p 1214.

²¹ De entre as novas medidas para combater a morosidade do processo destacamos a declaração do carácter urgente do processo e de todos os seus incidentes – art. 9.º, n.º 1 e 5; a declaração imediata da insolvência, se apresentada pelo insolvente (art. 28.º); a declaração da insolvência como culposa nos casos em que não é cumprido o dever de requerer a insolvência (art. 187.º, n.º 3), de forma a estimular o cumprimento deste dever de apresentação; limitação das vias de recurso dos actos do administrador da insolvência, entre outras.

permitir às pessoas singulares um “*fresh start*” e surge para dar resposta ao aumento do incumprimento creditício das pessoas singulares, resultado de um acumular descontrolado de créditos e reforçado pela crise económica vivida na Europa desde 2007/2008. Esta má gestão orçamental levou a que milhares de pessoas singulares chegassem a uma situação de insolvência, sem retorno. Em linhas gerais, esta figura da *exoneração do passivo restante*, consiste no estabelecimento de um prazo de cinco anos, após o qual as obrigações creditícias que não tenham sido cumpridas (no processo de insolvência ou nos cinco anos posteriores ao encerramento deste) são declaradas extintas.

De notar que, com todas estas alterações verificadas no regime, desaparece a condição objetiva para recuperar a viabilidade económica, não havendo uma possibilidade de controlar a razoabilidade da decisão de recuperar a empresa²².

A opção por um sistema de recuperação, em nossa opinião, deve ter como condição objetiva a viabilidade económica de recuperação da empresa. Além disso, deixar a decisão sobre o destino da empresa, em exclusivo, nas mãos dos credores, significa deixar de fora os interesses públicos, que já referimos, como a estabilidade do emprego e o desenvolvimento da economia²³.

1.1. Velho dogma “uma sociedade, um processo, uma insolvência”

Os tradicionais modelos de organização empresarial caracterizavam-se pela empresa individual explorada pelo comerciante singular (até finais do século XVIII), com uma organização rudimentar, onde os diversos fatores produtivos e competências organizacionais estavam reunidos numa mesma pessoa – o empresário - com relações comerciais circunscritas a um comércio local, “a empresa constituía assim uma entidade atomística, estática e fechada...”²⁴. O sistema jurídico adaptou-se a essa realidade e criou o direito dos comerciantes individuais – *ius mercatorum*.

²² Cf. SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 23.

²³ A conservação da empresa como instituição economia faz parte integrante do interesse público na medida em que promove a criação de emprego. Isto não significa que o interesse público seja um objetivo próprio da atividade da empresa, mas deve ser tido em conta e, neste momento, o único critério tido em conta são os interesses privados dos credores.

²⁴ Cf. ANTUNES, José Engrácia, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 32.

Após a revolução industrial, as pequenas empresas individuais foram dando lugar à empresa coletiva – empresa societária, que nasce num cenário assente na produção industrial em massa, caracterizado pela concentração de empresas, com características diferentes da empresa tradicional, com separação dos vários poderes organizativos e limitação do risco da exploração empresarial.

Com a emergência do novo sistema económico e conseqüente transformação das estruturas das empresas, há um processo de expansão interno das mesmas, os operadores económicos passaram a concorrer num mercado mundial graças à globalização da economia e sentem necessidade de expandir a empresa. Este processo de crescimento interno da empresa chegou a um ponto a partir do qual começaram a surgir problemas de organização resultantes do seu gigantismo. A alternativa de crescimento encontrada pelas empresas foi a sua expansão externa através da aquisição de outras empresas - integração das empresas individuais em estruturas económico-organizacionais complexas no seio das quais se encontram os chamados grupos de sociedades. Passamos assim de uma sociedade isolada e independente para um modelo de sociedade coligada e dependente, o modelo capaz de dar resposta ao processo de expansão externa resultante de um sistema económico global.

No entanto, o regime jurídico, (especialmente o da insolvência), não acompanhou esta evolução, pois “prevalece ainda uma concepção que privilegia a autonomia e a personalidade jurídica próprias de cada sociedade, em detrimento da realidade global do grupo”, assente na responsabilidade limitada dos acionistas – “as dívidas que cada sociedade incorre são dívidas suas e os activos do grupo não podem ser utilizados para o pagamento dessas dívidas”²⁵. A realidade global da empresa coligada só pontualmente e (muito) limitadamente é tomada em conta no contexto da insolvência. O princípio geral é o de que, independentemente de o facto de uma sociedade fazer ou não parte de um grupo, na sua insolvência é, tradicionalmente, considerada como uma entidade autónoma. Mas esta visão clássica pode criar vários problemas no domínio da insolvência, como adiante iremos referir.

Para resolver alguns desses problemas é invocado, por alguma doutrina, a figura da consolidação substantiva, que visa criar uma única massa insolvente, aquando da insolvência de várias sociedades de um mesmo grupo, as “várias entidades são tratadas

²⁵ Cf. MACHADO, Sara Monteiro Maia, *A insolvência nos grupos de sociedade: o problema da consolidação substantiva*, em Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Almedina, Coimbra, 2013, p. 340.

como se fossem apenas uma”, “como consequência os credores deixam de ver a sua possibilidade de satisfação confiada ao devedor original tornando-se credores do património do grupo consolidado”²⁶. A nossa lei da insolvência não contém nenhuma norma que preveja diretamente esta possibilidade, o que cria uma lacuna que merece ser preenchida de forma a adequar a insolvência ao modelo atual de sociedade²⁷.

²⁶ Cf. MACHADO, Sara Monteiro Maia, *A insolvência nos grupos de sociedade: o problema da consolidação substantiva*, em Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Almedina, Coimbra, 2013, p. 352.

²⁷ Em ordenamentos como o dos EUA é dado relevo a esta realidade dos grupos, optando, em casos especiais, pela *enterprise-based approach* – “olha para o grupo como uma unidade económica, afastando-se dos formalismos da *entity-base approach*.”, cf. MACHADO, Sara Monteiro Maia, *A insolvência nos grupos de sociedade: o problema da consolidação substantiva*”, em Revista de Direito das Sociedades, Ano V, Almedina, Coimbra, 2013, p. 340. Um desses casos especiais é precisamente a *substantive subordination*.

II. Insolvência

Importa agora estudar os traços gerais do processo de insolvência no atual CIRE, nomeadamente, os seus pressupostos e principais fases procedimentais, para, num momento posterior, podermos enquadrar e analisar o fenómeno da insolvência nos grupos de sociedades, mais especificamente, os efeitos da insolvência neste tipo de sociedades.

2.1. Determinação da situação de insolvência e tramitação geral do processo

Estar insolvente significa, no Direito Português, estar impossibilitado de cumprir as obrigações vencidas²⁸. Entendemos que esta impossibilidade surge quando há insuficiência ou inexistência de recursos financeiros ou patrimoniais na esfera do devedor para fazer face às suas obrigações vencidas. Este é o pressuposto objectivo do processo de insolvência – o devedor estar em situação de insolvência, numa situação financeira que o impede de pagar pontualmente os seus débitos, como resulta do art. 3.º, n.º 1, do CIRE. Para as pessoas coletivas e patrimónios autónomos o legislador estipulou uma noção de insolvência que assenta na insuficiência do activo face ao passivo. Segundo o n.º 2 do art. 3.º, estas entidades são (também) consideradas insolventes, quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo²⁹.

Quanto ao pressuposto subjetivo do processo de insolvência, o CIRE adotou o critério da autonomia patrimonial para determinar quais os sujeitos passivos da insolvência. Nos termos do n.º 1 do art. 2.º, o processo de insolvência aplica-se a quaisquer pessoas singulares ou coletivas, sociedades civis (segundo a al. a) do n.º 1), e ainda às entidades não personificadas referidas nas al. b) a h), desse artigo.

No que concerne a tramitação do processo de insolvência regulado no CIRE,

²⁸ O chamado critério do *fluxo de caixa*, presente no n.º 1 do art. 3.º. Para a sua aplicação basta a existência de algumas dívidas relevantes que indiciem a impossibilidade genérica de cumprimento das restantes obrigações.

²⁹ Como critério alternativo ao previsto no n.º 1 do art. 3.º, o legislador criou, para as pessoas coletivas e patrimónios autónomos, o critério do n.º 2. Assim, para determinarmos se um devedor está numa situação de insolvência, podemos recorrer a dois critérios: o do fluxo de caixa (cash flow) e o do balanço (balance sheet). Segundo Menezes Leitão, o critério do balanço não afasta a aplicação do critério geral previsto no n.º 1 do art. 3.º. Cf. LEITÃO, Luís de Menezes, *Direito da Insolvência*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 85.

podemos repartir, as múltiplas atividades nele incluídas. em duas fases: uma fase declarativa e por uma fase executiva, conjugando desta forma dois tipos de ações: ação declarativa e ação executiva. É um processo declarativo na medida em que visa declarar a situação de insolvência do devedor e executivo, porque a sua finalidade é a apreensão e liquidação do património do devedor para satisfação dos credores. E de execução universal na medida em que abrange a liquidação de todo o património, penhorável, do devedor em benefício de todos os seus credores (execução coletiva).

De forma geral e simplificada, podemos, descrever a tramitação do processo de insolvência, através dos seguintes momentos chave:

- 1) Impulso processual;
- 2) Apreciação liminar e eventual adopção de medidas cautelares;
- 3) Sentença de declaração de insolvência e eventual impugnação;
- 4) Apreensão de bens;
- 5) Reclamação de créditos, restituição e separação de bens;
- 6) Assembleia de credores de apreciação do relatório;
- 7) Liquidação da massa insolvente;
- 8) Sentença de verificação e graduação dos créditos;
- 9) Pagamento dos credores;
- 10) Incidente de qualificação da insolvência;
- 11) Encerramento do processo³⁰.

O impulso processual cabe ao devedor³¹ (titular da empresa ou, no caso de uma pessoa coletiva, o seu órgão social); quem for legalmente responsável pelas dívidas; qualquer credor ou ao Ministério Público³², cf. n.º 1 do art. 20.º, do CIRE, e é desencadeado através de uma petição. Esta petição inicial deve ser acompanhada por todos os documentos indicados nos arts. 23.º e 24.º, do CIRE, assim como pelos meios de prova.

Após o impulso processual, entrada e distribuição da petição na secretaria do tribunal, há lugar a uma apreciação liminar, feita pelo juiz, com vista ao apuramento da

³⁰ Assim, MARTINS, Luís M., em *Processo de Insolvência*, anotado e comentado, 3.ª edição, Almedina, 2014, p. 13.

³¹ Para o devedor a apresentação à insolvência representa um dever e o seu incumprimento constitui uma presunção de culpa grave para efeitos de qualificação da insolvência como culposa (art. 186.º, n.º 3 e 4).

³² Desde que se verifiquem alguns dos factos taxativamente enumerados nas alíneas do n.º 1 do art. 20.º.

procedência do pedido e ao suprimento de vícios sanáveis da petição. Depois desta apreciação, o juiz profere despacho de indeferimento liminar ou despacho de correção de vícios. Supridos os vícios da petição e não tendo havido indeferimento é declarada a insolvência do devedor – art. 28.º, do CIRE. Se o impulso processual for de um terceiro, que não o devedor, a insolvência é decretada, depois do devedor ter sido citado pessoalmente e de ter sido realizado o julgamento³³ – arts. 29.º e 30.º, do CIRE. Neste momento inicial, poderão ainda ser ordenadas medidas cautelares destinadas a evitar a degradação ou dissipação do património do devedor (art. 31.º).

Na sentença são fixados vários elementos importantes para a tramitação posterior do processo, nomeadamente quem irá administrar a massa insolvente³⁴, a apreensão dos bens do devedor, entre outros efeitos elencados no art. 36.º, do CIRE.

Proferida a sentença, procede-se à notificação dos administradores do devedor e ao próprio devedor (caso não tenha sido até então citado) assim como os cinco maiores credores conhecidos³⁵. Esta sentença pode ser impugnada por meio de embargos e/ou recurso pelas pessoas elencadas no art. 40.º³⁶. Este dois meios podem ser usados alternativa ou cumulativamente, o uso de qualquer um destes meios faz com que a liquidação e a partilha do ativo sejam suspensas (sem prejuízo do disposto no art. 158.º, n.º 2 da venda antecipada dos bens deterioráveis ou depreciáveis).

De seguida, são apreendidos (por meio de arrolamento) todos os bens integrantes da massa insolvente e entregues ao administrador da insolvência, que deles fica depositário e terá como tarefa elaborar um inventário dos bens e direitos integrados na massa. Para sabermos quais os bens do devedor que podem integrar a massa insolvente, temos de conjugar o art. 601.º, do CC e o art. 46.º, n.º 2, do CIRE. Destes preceitos resulta que “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora” (art. 601.º, do CC), podendo, todavia, fazer parte da

³³ Se o devedor ou seu representante faltarem ao julgamento consideram-se confessados os factos alegados na petição inicial. Se, por sua vez, faltar o requerente e comparecer o devedor isto valerá como desistência do pedido, conforme o disposto no art. 35.º, n.º 2 e 3.

³⁴ Por massa insolvente entende-se todo o património do devedor à data e hora da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo, (art. 46.º, n.º 1).

³⁵ São citados pessoalmente ou por carta registada – art. 37.º, do CIRE. Os restantes credores e interessados são citados por edital e por anúncio publicado no portal Citius.

³⁶ Devedor, o cônjuge, os ascendentes ou descendentes e afins de 1.º grau da linha reta da pessoa singular insolvente, qualquer credor, responsáveis legais pelas dívidas do insolvente, sócios, associados ou membros do devedor e por fim o cônjuge, herdeiro, legatário ou representante do devedor, quando o falecimento tenha ocorrido antes do fim do prazo para a oposição de embargos que ao devedor fosse lícito deduzir.

massa os bens impenhoráveis se o insolvente os apresentar voluntariamente – art. 46.º, n.º 2, do CIRE. Estes bens podem ser atuais e/ou futuros, pois os bens que o insolvente for adquirindo após a declaração de insolvência até ao encerramento do processo reverterem a favor da massa insolvente.

Por efeito da sentença que declara a insolvência, o devedor fica privado dos seus poderes de administração dos bens que integram a massa insolvente, que passam para o administrador da insolvência³⁷ – art. 81.º.

Findo o prazo de 30 dias, estipulados pelo juiz na sentença que declara a insolvência para a reclamação de créditos, o administrador apresenta na secretaria (nos quinze dias seguintes) a lista dos credores reconhecidos e não reconhecidos. Esta lista pode ser impugnada, por qualquer interessado, nos 10 dias seguintes ao termo do prazo de apresentação da lista, mediante requerimento dirigido ao juiz, com os fundamentos previstos no art. 130.º, n.º 1³⁸. Se não houver reclamações, o juiz homologa a lista apresentada pelo administrador e gradua os créditos.

Conforme estipulado na sentença de declaração da insolvência, o administrador tem de juntar aos autos o seu relatório (art. 155.º) até 8 dias antes da data da assembleia de credores de apreciação do relatório. Este relatório deve conter uma análise dos documentos constantes no art. 24.º, n.º 1, assim como do estado da contabilidade do devedor e a sua opinião sobre os documentos de prestação de contas e de informação financeira, juntos aos autos pelo devedor. Deve ainda conter a opinião do administrador relativamente à manutenção da empresa, à conveniência da apresentação de um plano de insolvência e às consequências que decorrem para os credores nos diversos cenários figuráveis, de acordo com o art. 155.º, n.º 1. Com base nesse relatório a assembleia de credores delibera sobre o encerramento ou manutenção da empresa e sobre a eventual elaboração de um plano de insolvência. Caso não optem por esta última hipótese, inicia-se a liquidação da massa insolvente.

Como já dissemos, o fim do processo é a satisfação dos credores. Que pode passar pela liquidação do património do devedor e distribuição do produto pelos credores ou “pela aprovação de um plano de insolvência, que preveja outro destino para

³⁷ Embora em certos casos possa ser atribuída, a administração da massa insolvente ao próprio devedor, art. 36.º, n.º 1, al. e) e art. 224.º.

³⁸ As impugnações que são dirigidas ao juiz são objeto de um parecer da comissão de credores (art. 135.º), seguida de uma tentativa de conciliação (art. 136.º, n.º 1 e 2).

o património do insolvente”³⁹. A liquidação é da competência do administrador da insolvência e é processada por apenso ao processo de insolvência, procedendo-se à “conversão do património que integra a massa insolvente, numa quantia pecuniária” – através da cobrança de créditos e venda dos bens⁴⁰. Fica a cargo do administrador da insolvência escolher as modalidades da venda. Após a venda, o produto da liquidação é depositado à ordem da administração da massa – art. 150.º, n.º 6⁴¹.

Se não for apresentada qualquer impugnação à lista de credores, é proferida sentença de verificação e graduação de créditos. Esta graduação de créditos é geral para os bens da massa insolvente e especial para os bens com direitos reais de garantia e privilégios creditórios (art. 140.º, n.º 2).

E por fim, temos o pagamento dos credores. Nesta fase, são permitidos desvios ao princípio *par conditio creditorum*, pois é dada preferência ao pagamento de certos créditos, que beneficiem de garantias especiais. Em primeiro lugar, são pagas as dívidas da massa insolvente (art. 51.º), depois, são pagos os créditos sobre a insolvência⁴², começando pelo pagamento aos credores garantidos⁴³ (art. 47.º, n.º 4, al. a), passando para o pagamento aos credores privilegiados (art. 47.º, n.º 4, al. a) com respeito pela prioridade que lhes caiba; de seguida, são pagos os créditos comuns (se a massa não for suficiente para o seu pagamento integral, é feito um pagamento rateado). Depois de integralmente pagos estes créditos, há lugar ao pagamento dos créditos subordinados, pela ordem das alíneas do art. 48.º⁴⁴

Esta é, em traços gerais, a tramitação normal de um processo de insolvência⁴⁵. Para o nosso estudo, em concreto, importa, sobretudo, a fase executiva da insolvência, a liquidação do património do devedor, com vista à repartição do produto pelos credores.

³⁹ Neste sentido, EPIFÂNIO, Maria Do Rosário, em *Manual de Direito da Insolvência*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 238.

⁴⁰ Cf. EPIFÂNIO, Maria Do Rosário, em *Manual de Direito da Insolvência*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 244.

⁴¹ Se o devedor for uma pessoa singular o juiz pode dispensar a liquidação da massa se o devedor entregar ao administrador da insolvência uma quantia em dinheiro não inferior à que resultaria da liquidação (art. 171.º).

⁴² Apenas, aqueles créditos que foram verificados por sentença transitada em julgado – art. 173.º.

⁴³ O pagamento destes créditos deve respeitar o disposto nos arts. 172.º e 174.º, do CIRE. Trata-se de créditos que estão garantidos por bens individualizados.

⁴⁴ Se, após o encerramento da liquidação da massa insolvente, ainda restar saldo, este é entregue ao devedor nos termos do art. 184.º.

⁴⁵ De notar que o processo de insolvência pode seguir um caminho diferente nos casos de insolvência de pessoas singulares ou no caso de ser adotado um plano de insolvência ou processo especial de revitalização.

III. As sociedades coligadas em geral

Como já referimos anteriormente, com a maximização do comércio mundial, os padrões clássicos das sociedades comerciais com uma estrutura unissocietária isolada e autosuficiente (sociedades autónomas, independentes e dotadas de responsabilidade limitada) sofreram alterações de forma a responder as exigências de uma economia de grande escala. Estas mudanças ocorrem por meio da concentração empresarial, através da aquisição de partes sociais de outras sociedades ou através da constituição de uma nova sociedade subscrita na totalidade por uma sociedade. Estas ações podem dar origem, nomeadamente, a relações de simples participação; relações de participação recíproca; relações de domínio ou relações de grupo⁴⁶. O nosso legislador previu e regulou este fenómeno no Título VI do CSC, definindo, no art. 481.º, o seu âmbito de aplicação (pessoal e espacial). Daqui resulta que, as regras previstas neste título aplicam-se, apenas, às relações entre sociedades que revistam a forma de sociedades por quotas, sociedades anónimas ou sociedades em comandita por ações, quando as diversas sociedades intervenientes tenham a sua sede em Portugal⁴⁷.

Podemos agrupar estas relações intersocietárias em dois grandes tipos:

1. Relações de participação	2. Relações de grupo
1.1 Simples participação	2.1 Domínio total
1.2 Participação recíproca	2.2 Grupo paritário
1.3 Relação de domínio	2.3 Contrato de subordinação

Existe uma relação de coligação, quando duas ou mais sociedades estabelecem alguma destas relações, previstas no art. 482.º, do CSC. Nas relações de simples participação, uma das sociedades detém 10% ou mais do capital social de outra, não existindo outro tipo de relação de coligação entre elas⁴⁸. São características das relações

⁴⁶ O conceito de sociedade coligada engloba todas estas situações de coligação intersocietária. Existe uma coligação relevante, quando duas ou mais sociedades estabelecem uma relação que integre um dos tipos de relações indicados.

⁴⁷ “É aplicável o conceito de sede, previsto no 3.º: em causa está a sede real ou efetiva, entendida como *lugar onde as decisões são convertidas em actos de administração corrente (...)*”, cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, anotação 13 do art. 481.º.

⁴⁸ A tutela legal destas relações resume-se a um dever de comunicação da participação social – art. 484.º CSC. Esta comunicação deve ser efetuada pela sociedade que adquira ou detenha a participação no capital social de outra, embora não esteja prevista nenhuma consequência em caso de incumprimento

de simples participação, as participações diretas ou indiretas⁴⁹, iguais ou superiores a 10% do capital social e a inexistência de outra relação de coligação. De notar que, só são relevantes para efeitos do CSC, as participações em sociedades por quotas, anónimas ou em comandita por acções com sede em Portugal, conforme já referimos.

Nas relações de participações recíprocas existe um cruzamento de participações no capital social das sociedades igual ou superior a 10%, que podem ser simples ou qualificadas dependendo da percentagem de participações⁵⁰. Para sabermos se duas ou mais sociedades estão numa relação deste tipo verificamos se entre elas existe reciprocidade de participações (aqui se incluem participações recíprocas diretas e indiretas – art. 483.º, n.º 2, do CSC) de montante superior a 10% e se foi cumprido o dever de comunicação, previsto no arts. 484.º e 485.º, n.º 2⁵¹, do CSC. Caso exista concurso de relações se, por exemplo, a sociedade que adquire as participações noutra exerce sobre ela uma influência dominante, a aquisição é nula nos termos do art. 487.º, n.º 2, do CSC (cf. art. 485.º, n.º 4, do CSC). Como mecanismo de proteção, para este tipo de relações, temos o disposto no n.º 2 do art. 485.º, do CSC, que prevê a proibição de aquisição de novas quotas ou ações da participada, pela sociedade que, por último, tenha feito a comunicação da aquisição.

Já as relações de domínio caracterizam-se pela suscetibilidade de exercício de influência dominante de uma sociedade sobre outra. Esta influência dominante existe quando uma sociedade dispõe de um instrumento de domínio sobre outra. Os instrumentos capazes de criar esse domínio são, aqueles previstos no art. 486.º, n.º 2, do CSC (entre outros), que funcionam como presunções legais da existência da relação de

deste dever de comunicação. Autores, como Engrácia Antunes, entendem que deve ser aplicada analogicamente a consequência prevista no art. 485.º, n.º 3, do CSC para as participações recíprocas. (Cf. ANTUNES, José Engrácia, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 368 e ss).

⁴⁹ O art. 483.º, n.º 2, do CSC, indica que, para efeitos do montante da participação social, releva não só as participações detidas diretamente pela sociedade mas também as detidas por sociedade que dela seja dependente.

⁵⁰ Nas participações recíprocas simples, o montante percentual deve ser igual ou superior a 10% e inferior a 50 % (art. 485.º, n.º 4, do CSC). Se for superior a 50%, já estamos perante uma participação recíproca qualificada.

⁵¹ Este dever de comunicação visa assegurar transparência e publicidade às participações intersocietárias. A sociedade que comunicar por último a sua participação à outra ou não comunicar de todo fica sujeita às consequências previstas nos arts. 485.º, n.º 2 e 3 e 510.º, n.º 2, do CSC: proibição de aquisição de novas ações ou quotas na outra sociedade e paralisação do exercício dos direitos sociais que exceda a 10% do capital. Além destas consequências, existe ainda a possibilidade de responsabilização dos administradores, gerentes ou diretores, civil (arts. 485.º, n.º 3, e 72.º, do CSC) ou penalmente (art. 510.º, n.º 2, do CSC).

domínio e a nível processual fazem com que haja uma inversão do ónus da prova. Assim, presume-se que exista influência dominante, quando haja uma participação maioritária no capital, uma maioria de voto ou a possibilidade de designação da maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização de outra sociedade. Relevam “para efeitos do reconhecimento de uma relação de domínio, todos os meios capazes de facultar o poder de influenciar a gestão dos assuntos societários”⁵².

Como pudemos ver, este domínio vem associado à possibilidade de impor a sua vontade no contexto dos órgãos societários de outra sociedade, permitindo que esta sociedade possua uma posição de relevo na gestão social de outra sociedade⁵³. Esta influência dominante pode, no limite, criar um poder de direção unitária das sociedades controladas e conseqüentemente criar um grupo de facto, grupo este que não fica sujeito a obrigações específicas, como as previstas para os grupos de direito (arts. 501.º e 502.º, do CSC).

Quanto ao regime jurídico aplicável, não encontramos um específico⁵⁴ para as relações de domínio. Neste caso, são aplicadas as regras gerais do direito societário, com as especificidades previstas no arts. 486 e 487.º, do CSC, que se resume a uma proibição da sociedade dependente subscrever e adquirir ações ou quotas da sua dominante (arts. 487.º, n.º 3, 325º-A e 325.º-B, do CSC), no dever de publicidade do instrumento de domínio (art. 486.º, n.º 3, do CSC) e à proibição de participação simultânea de membros de órgãos de administração de uma sociedade em órgãos de fiscalização de sociedades que com ela se encontrem em relação de domínio (cf. arts. 414º-A, n.º1, e 437.º, n.º 1, do CSC). Daqui resulta que o exercício de influência dominante terá sempre que respeitar os limites fixados pelas regras gerais, nomeadamente pelo interesse social próprio da dominada (as administrações das

⁵² Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, anotação 25 ao art. 486.º, do CSC.

⁵³ Segundo Engrácia Antunes basta que a sociedade detenha a possibilidade desse exercício, não relevando se dele faz ou não uso de facto, logo não é necessário um exercício efectivo da influência dominante para a afirmação da existência de uma relação de domínio. Vide, ANTUNES, José Engrácia, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 558.

⁵⁴ A nossa lei omite “qualquer tutela preventiva ou sucessiva das sociedades em relação de domínio, bem como dos respetivos sócios externos e credores (...) não obstante a situação de perigo potencial ou real, decorrente da suscetibilidade ou até efectividade da situação de controlo” (cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, anotação 9 do art. 486.º, do CSC. Há quem entenda que para estas relações de domínio se deve aplicar o regime de responsabilidade previsto para as relações de grupo (de direito), contudo não é uma opção unânime. Ou ainda, caso se entenda que esse regime não deve ser aplicado fora dos grupos de direito, o levantamento da personalidade coletiva.

sociedades continuam vinculadas ao art. 64.º do CSC). Neste caso, não é permitido à dominante dar instruções à dependente, porque aqui se aplica a regra geral de independência da administração assim como dos restantes órgãos sociais. Nestas relações poderão ser usados os mecanismos gerais de proteção, tais como, impedimentos de voto; responsabilidade dos membros dos órgãos de administração; anulação de deliberações sociais abusivas (art. 58.º, n.º 1, al. b), do CSC); responsabilidade do sócio dominante – art. 83.º, n.º 4, do CSC. Deste modo, perante a ausência de previsões legais específicas para as relações de domínio, a responsabilidade da sociedade que exerce sobre outra sociedade uma influência dominante, direta ou indireta, está regulada nos arts. 72.º a 84.º, do CSC⁵⁵.

Para estas relações falta um conjunto normativo que enquadre e integre o relacionamento entre a sociedade dominante e a dominada, que estabeleça e deixe claro os direitos e deveres de cada uma delas.

Já para as relações de grupo, o legislador criou uma disciplina jurídica própria e excecional ao contrário das relações de participação que acabamos de analisar. Esta realidade empresarial está prevista no capítulo III do título VI do CSC (arts. 488.º a 508.º-E) e podemos defini-la, de uma forma geral, como um conjunto de sociedades comerciais (mais concretamente, sociedades de capitais) que estão submetidas a uma direção económica unitária e comum, mas que mantêm as suas personalidades jurídicas próprias. Daqui resultam duas características fundamentais desta figura: a pluralidade jurídica de partes e a unidade económica do todo. São estas características próprias dos grupos que permitem distinguir esta figura de outros fenómenos de concentração societária, como por exemplo a fusão. O nosso legislador optou por enumerar taxativamente os instrumentos jurídicos aptos a criar estas relações de grupo – art. 488.º, do CSC, são eles: o contrato de subordinação; contrato de grupo paritário e participação totalitária⁵⁶.

Começando por este último, os grupos constituídos por domínio total surgem quando uma das sociedades detém a totalidade do capital social de outra, quer se trate

⁵⁵ No caso de existir concurso de relações de domínio e de grupo, verificando-se, simultaneamente, uma relação de domínio e uma relação de grupo, aplicam-se, cumulativamente, as regras relativas aos dois tipos de relações de coligação.

⁵⁶ Por um lado temos as relações de grupo resultantes de instrumentos voluntários – contrato de subordinação e contrato grupo paritário – que surgem por acordo das partes envolvidas e por outro temos um instrumento automático – domínio total, que surge por simples força da lei, basta a detenção da totalidade do capital de uma sociedade para surgir automaticamente por força da lei uma relação de grupo.

de uma detenção inicial (art. 488.º, do CSC) ou superveniente (art. 489.º, do CSC).

Estamos perante um domínio total inicial, quando todas as participações da sociedade dominada são subscritas pela sociedade dominante logo de início, através da constituição (pela sociedade dominante) de uma nova sociedade que é por si subscrita (na totalidade). No domínio total superveniente já existe uma sociedade e há uma aquisição de todas as participações da sociedade dominada⁵⁷, originando, *ex vi legis*, uma relação de grupo.

Nestas relações temos uma sociedade que possui (direta e/ou indiretamente) a totalidade do capital social de outra, sendo a única sócia da sociedade dominada⁵⁸. Estas relações de grupo por domínio total são “a forma mais intensa de coligação societária prevista no CSC: para além do controlo exercido sobre o órgão de gestão da sociedade dependente (...) a sociedade totalmente dominante exerce, sozinha, todas as competências pertencentes ao órgão deliberativo, por inexistirem outros sócios.”⁵⁹.

São pressupostos objetivos desta relação a participação totalitária e a deliberação dos sócios prevista no n.º 2 e 3 do art. 489.º, do CSC (nas sociedades por quotas essa exigência resulta do art. 246.º, n.º 2, al. b), do CSC onde os sócios deliberam se querem ou não manter a relação de grupo já constituída⁶⁰. Esta deliberação justifica-se pelo facto de a subscrição/aquisição de participações ser um ato de gestão da competência do órgão de administração, não sendo necessário a prévia decisão dos sócios para a constituição desta relação. Contudo, como a constituição de uma relação de grupo por domínio total implica uma modificação estrutural na sociedade dominante (tendo em

⁵⁷ De notar que esta participação totalitária do capital social pode ser direta ou indireta. Será direta quando seja detida pela própria sociedade adquirente/dominante e indireta quando é obtida através de um dos sujeitos indicados no art. 483.º n.º 2, do CSC.

⁵⁸ Nesta sede, surge a questão dos sujeitos passivos deste tipo de relação de grupo pelo facto de o art. 488.º apenas se referir às sociedades anónimas (unipessoais). A opinião dominante na nossa doutrina em relação aos sujeitos passivos desta relação de grupo é no sentido de entender que a sociedade por quotas unipessoal constituída por outra sociedade fica com esta numa relação de grupo. Este tipo de sociedade não está expressamente previsto no art. 488.º, do CSC, pelo simples facto deste artigo ter surgido numa altura em que não era lícito constituir sociedades por quotas unipessoais. Relativamente às sociedades em comandita por ações apenas podem ser sujeitos ativos, mas não passivos, pois a unipessoalidade é incompatível com este tipo societário - art. 465.º, do CSC.

⁵⁹ Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, anotação 5 ao art. 489.º, do CSC.

Neste tipo de relações em que uma sociedade detém a totalidade do capital social de outra existe, simultaneamente, uma relação de domínio, aplicando-se ambos os regimes.

⁶⁰ No momento em que é realizada esta deliberação dos sócios, a relação de grupo por domínio total já existe pois trata-se de uma aquisição feita pela administração da dominante num momento anterior e que opera automaticamente pela lei. O objetivo desta deliberação é assim ratificar ou não aquela aquisição.

conta as amplas consequências jurídicas e patrimoniais previstas para as relações de grupo), o legislador criou esta deliberação como forma de tutela dos interesses destes sócios. Daqui resulta que não basta a participação totalitária para a constituição de grupo é ainda necessário que os sócios da dominante deliberem no sentido de manter essa situação de domínio total⁶¹.

Quanto ao regime jurídico aplicável temos os arts. 488.º a 491.º e por remissão deste último os arts. 501.º a 504.º, todos do CSC⁶². As sociedades que estejam neste tipo de relações dispõem de uma disciplina jurídica própria prevista para o contrato de subordinação, de responsabilidade ilimitada, aplicável em troca do poder de emanar instruções vinculantes (inclusive desvantajosas) previsto no art. 503.º, do CSC. A sociedade dominante – sócia única - responde ilimitadamente pelas obrigações da sociedade dominada – art. 501.º, do CSC e está obrigada a compensar as perdas sofridas pela dominada, verificadas durante a vigência do contrato – art. 502.º, do CSC. É ainda aplicável o regime especial de responsabilidade dos administradores estabelecido no art. 504.º, do CSC.

A relação de grupo por domínio total inicial ou superveniente cessa nas três situações previstas no art. 489.º, n.º 4, do CSC: a) a sede da sociedade dominante ou da dominada deixar de ser em Portugal; b) dissolução da sociedade dominante (ou da dominada); c) a sociedade dominante deixar de ter, direta ou indiretamente, na dominada participação social correspondente a 90% ou mais do capital desta⁶³.

O contrato de grupo paritário consiste num acordo contratual celebrado entre duas ou mais sociedades com vista à subordinação a uma direção unitária e comum⁶⁴. É um instrumento de natureza cooperativa, que tem como características principais a independência das sociedades e a subordinação voluntária a uma direção económica unitária exterior⁶⁵. As sociedades em causa não podem ser dependentes (art. 492.º, n.º 1,

⁶¹ Alguma doutrina entende que o regime previsto na parte final do art. 489.º, n.º 1, 2 e 3, do CSC, deve ser objeto de interpretação ab-rogante, porque a aquisição de domínio total “deve ser precedida de deliberação dos sócios não fazendo sentido que, no prazo de seis meses após a constituição do domínio total, a mesma assembleia-geral fosse chamada a pronunciar-se sobre a manutenção ou não da relação”. Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, anotação 14 ao art. 489.º, do CSC.

⁶² Este regime de responsabilidade será analisado aquando do estudo do contrato de subordinação.

⁶³ Este não é um elenco taxativo, podendo existir outras causas além destas, para fazer cessar a relação de grupo.

⁶⁴ São pressupostos para a sua constituição a forma escrita e a deliberação favorável de todas as sociedades intervenientes conforme o disposto no art. 492.º n.º 2, do CSC.

⁶⁵ Este contrato distingue-se de outras figuras afins, como o contrato de consórcio e o agrupamento

do CSC), isto é, não podem ser objecto de uma relação de domínio ou domínio total nem ser parte de um contrato de subordinação, entre si ou com terceiros⁶⁶.

Como estamos perante um grupo de coordenação/ horizontal as sociedades que o integram intervêm em pé de igualdade na determinação do conteúdo do poder de direcção⁶⁷, são simultaneamente sujeitos ativos e passivos desse poder de direcção, não havendo supremacia de uma sociedade sobre a outra. A titularidade dos órgãos de direcção pode ser feita pelas próprias sociedades ou pode ser criado um órgão autónomo de direcção ou coordenação comum, no qual as sociedades participam igualmente.

A celebração de um contrato deste tipo passa, primeiro, pela elaboração de um projeto de contrato (elaborado em conjunto pelos órgãos de administração das sociedades envolvidas), depois pela fiscalização do projeto pelos órgãos de fiscalização e, por fim, pela sua aprovação pelas assembleias-gerais das sociedades (art. 492.º, n.º 2, do CSC). A celebração do contrato é feita pelos administradores de ambas as sociedades, sob a forma escrita, e tem como objeto principal o exercício de uma direcção unitária e comum das sociedades agrupadas.

O legislador limitou-se a regular o regime destes contratos, no art. 492.º, do CSC, nada estabelecendo quanto a relação de grupo em si mesma, daqui resulta que a tutela dos sócios, das sociedades e dos credores é regida pelas regras gerais do direito societário, (com exceção da protecção conferida pelo art. 492.º, n.º 1, do CSC). É admissível a emissão de instruções vinculativas, contudo, não podem ser desvantajosas⁶⁸.

complementar de empresas (ACE). Este último “representa essencialmente uma forma de cooperação”, na qual surge um ente jurídico autónomo, distinto dos sujeitos contraentes. O ACE origina a criação de um agrupamento interempresarial dotado de uma personalidade jurídica própria. O consórcio “traduz apenas uma simples associação pontual entre empresas autónomas, que persegue um mero objetivo de cooperação temporária, limitada”. No contrato de consórcio apenas são abrangidos determinados sectores de atividade e não a totalidade das matérias de gestão, além disso a liberdade de autodeterminação dos intervenientes mantém-se inalterada, não existe a submissão a uma direcção unitária. Vide ANTUNES, José Engrácia, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 91 e ss.

O escopo principal deste contrato paritário é submeter a gestão das sociedades a uma direcção unitária e comum, à qual cabe emitir diretivas que devem ser seguidas pelo conjunto de sociedades que formam o grupo paritário. No entanto, o poder de direcção, nestas relações não é completamente igual ao disposto no art. 503.º, do CSC.

⁶⁶ Já relações de coligação societária de menor intensidade como – simples participação ou participação recíprocas – não estão impeditivas do estabelecimento de uma relação deste tipo.

⁶⁷ Assim, ANTUNES, José Engrácia, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 920.

⁶⁸ Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, anotação ao art. 492.º, do CSC.

Por último, temos o contrato de subordinação. Trata-se de um contrato de organização de base contratual que consiste num acordo através do qual uma sociedade se vincula a subordinar a sua gestão social⁶⁹ à direção de uma outra sociedade e por esta via esta última sociedade (diretora) adquire o direito de emitir instruções vinculantes, mesmo que prejudiciais (dentro de certos limites – art. 503.º, n.º 1 e 2, do CSC) à administração da sua subordinada. Para contrabalançar estas vantagens, a sociedade diretora assume obrigações e responsabilidades especiais – arts. 494.º, 501.º e 502.º, do CSC.

Uma questão que se levanta, neste ponto, é a de saber se a diretora está obrigada a dirigir a subordinada. A doutrina tem entendido que basta a existência do direito (de emitir instruções vinculantes), não sendo necessário o seu efetivo exercício⁷⁰. A responsabilidade solidária por dívidas e por perdas e a garantia de lucros (arts. 501.º, 502.º e 500.º, do CSC) são aplicáveis independentemente do exercício deste direito de direção.

Poderão existir limites ao poder de emitir instruções vinculantes, desde que razoáveis e que não ponham em causa o elemento essencial do contrato de subordinação – o direito de instruir vinculativamente a sociedade.

Se duas ou mais sociedades quiserem celebrar este tipo de contrato devem respeitar três fases fundamentais: primeiro, terão de elaborar um projeto do contrato (art. 495.º, do CSC), submetê-lo à avaliação dos órgãos de fiscalização (arts. 99.º e 496.º, do CSC) e posteriormente será objeto de discussão e votação pelos sócios de cada uma das sociedades. Só depois da aprovação poderá haver celebração, registo e publicação do contrato⁷¹. O projeto (único) é elaborado em conjunto pelos membros dos órgãos da administração de cada sociedade, e devem estar presentes os elementos obrigatórios elencados no art. 495.º, do CSC⁷² e todos aqueles que as administrações acharem necessários e convenientes. Deste contrato nasce um conjunto importante de

⁶⁹ Se o contrato não dispuser, em contrário, qualquer matéria de gestão da competência da administração da subordinada poderá ser objeto de direção pela diretora.

⁷⁰ Neste sentido, ANTUNES, José Engrácia, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 731.

⁷¹ Se durante a elaboração do contrato ou após a sua celebração a sociedade diretora adquirir o domínio total da sociedade subordinada, esta relação de domínio total prevalece sobre a relação de subordinação, aplicando-se o regime desta última, cf. art. 507.º, do CSC.

⁷² Constitui um conteúdo mínimo obrigatório do projeto do contrato de subordinação. Se o projeto não contiver os elementos exigidos neste art. 495.º, do CSC é considerado nulo nos termos gerais – art. 294.º do CC.

direitos e deveres para as sociedades envolvidas, bem como para os seus administradores.

Destacamos, como traços fundamentais do regime jurídico desta relação, o poder de direção e os mecanismos de tutela da sociedade subordinada. O poder de direção concretiza-se na possibilidade da dominante dar instruções vinculativas a subordinada (por instrução, deve entender-se toda a declaração de vontade, expressão ou tácita emitida pela sociedade diretora ao órgão de administração da sociedade subordinada e através da qual a primeira determina de modo vinculativo a gestão social da última⁷³), mas nem todo o tipo de instrução é admissível. As instruções devem ser legais, devem respeitar os limites legais, contratuais e estatutários bem como o interesse do grupo, sobretudo nos casos em que essas instruções sejam desvantajosas para a subordinada⁷⁴. Além disso as instruções devem incidir exclusivamente sobre matérias de gestão, matérias da competência do órgão de administração.

A atuação da sociedade diretora (administração) deve ser diligente e ordenada, no interesse do grupo, deve agir com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, conforme dispõe o art. 504.º, n.º 1, do CSC. Como corolário deste direito de dar instruções vinculativas temos o dever de obediência da sociedade subordinada. Esta sociedade tem o dever de executar as instruções recebidas, podendo recusar-se apenas a executar as instruções ilícitas. A recusa injustificada fundamenta a execução forçada ou judicial das ordens.

Tudo isto que acabámos de referir tem como consequência uma modificação no funcionamento normal de uma sociedade e uma certa degradação da posição dos sócios da sociedade subordinada. Para fazer face a esta situação, o legislador criou um regime especial de tutela para esta sociedade subordinada, de forma a tutelar os interesses desta, dos seus sócios e dos credores. Relativamente aos sócios estes dispõem de um direito de alienação das suas partes sociais⁷⁵ (cf. art. 494.º, n.º 1, al. a) e art. 499.º, do CSC) ou

⁷³ Cf. ANTUNES, José Engrácia, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 724.

⁷⁴ Nos casos em que a instrução cause prejuízo à sociedade subordinada deve haver uma vantagem para o grupo, tem de haver um interesse do grupo que legitime essa atuação. Além disso deve haver adequação e proporcionalidade entre elas para que as desvantagens não sejam demasiado excessivas relativamente as vantagens causadas. Não pode pôr em causa a sobrevivência da subordinada.

⁷⁵ Como refere a doutrina na anotação feita ao art. 499.º, do CSC “trata-se, em rigor, de um direito potestativo de fazer cessar unilateralmente a qualidade de sócio, com fundamento na inexigibilidade de permanência na sociedade, decorrente da profunda alteração estrutural, organizativa e patrimonial desta, produto do poder de direcção da sociedade-mãe sobre a sociedade-filha (...)”, cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina,

direito a uma garantia de lucros⁷⁶ (art. 494.º, n.º 1, al. b) e art. 500.º, do CSC) e os credores contam com uma responsabilidade pessoal e ilimitada da sociedade diretora por todas as obrigações da sociedade subordinada (art. 501.º, do CSC)⁷⁷. Trata-se de uma proteção direta dos credores da sociedade subordinada justificada pelo facto de esta sociedade passar a ser gerida em função dos interesses da sociedade diretora, que tem o poder de dar instruções, mesmo que desvantajosas à sociedade subordinada, podendo desta forma agravar a posição dos credores, assim, “por força da mera existência da relação de grupo a sociedade mãe é automaticamente responsável pela totalidade das dívidas das filiais (...)”⁷⁸. A doutrina e jurisprudência têm entendido que “a simples integração no grupo” “constitui fundamento suficiente” para esta responsabilidade, não relevando, no caso concreto, se houve ou não um efetivo exercício do poder de direção⁷⁹. A sociedade subordinada pode ainda exigir que a diretora compense as perdas anuais que se verifiquem durante a vigência do contrato de subordinação nos termos do art. 502.º, do CSC. Esta responsabilidade visa garantir que a sociedade diretora deixe a subordinada numa situação equivalente à que esta tinha antes da relação de grupo, protegendo, diretamente, a sociedade subordinada e, indiretamente, os sócios e credores. Assim como na responsabilidade prevista no art. 501.º, do CSC, esta também não fica dependente da efetiva emissão de instruções. Em virtude deste poder de dar intrusões e do correlativo dever de execução das mesmas pelos órgãos de administração das sociedades envolvidas, foi criada uma norma, o art. 504.º, do CSC, para regular os deveres e responsabilidades dos administradores no grupo. O poder de direção da sociedade diretora implica um acréscimo dos deveres e da responsabilidade do órgão de

Coimbra, 2009, anotação 7, ao art. 499.º, do CSC.

⁷⁶ Esta proteção justifica-se pelo impacto que a integração num grupo causa na sociedade e nos direitos dos sócios. Os sócios livres têm o direito de optar entre a alienação potestativa das suas participações e a garantia dos lucros (art. 499.º, n.º 1, do CSC).

⁷⁷ Esta proteção releva-se bastante onerosa para a sociedade-mãe e, por sua vez, para os seus sócios e credores, cujos interesses são também dignos de tutela. A responsabilidade, prevista no art. 501.º, do CSC, também abrange a responsabilidade nos grupos verticais - a sociedade-mãe/avó responde não só pelas dívidas da filha, mas também pelas dívidas da neta, “responde pelas dívidas da sociedade dependente, não só a dominante directa, mas também a (s) sociedade (s) indirectas”, cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, anotação 11 ao art. 501.º, do CSC.

⁷⁸ Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, Anotação 13 ao art. 501.º, do CSC.

⁷⁹ Neste sentido, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, nota 14, da anotação ao art. 501.º, do CSC. A responsabilidade é exigível decorrido 30 dias sobre a constituição em mora da sociedade subordinada – art. 501.º, n.º 2, do CSC.

administração (cf. n.º 1 e 2 deste artigo). Por sua vez, há uma diminuição da responsabilidade do órgão de administração da sociedade-filha prevista no n.º 3. A esta responsabilidade dos administradores da sociedade-mãe perante a própria sociedade e perante a subordinada, aplicamos os pressupostos gerais da responsabilidade civil (art. 798.º, do CC). A ação deve ser proposta contra os membros dos órgãos de administração da sociedade-mãe. Quanto aos administradores da sociedade-filha, estes são responsáveis, perante a sociedade diretora, pelo incumprimento de instruções lícitas e, perante a própria sociedade subordinada, pelo cumprimento de instruções ilícitas.

Em função do que foi dito, resulta que a nota distintiva das relações de grupo dos outros tipos de relações de coligação é o conceito de direção unitária⁸⁰, ou seja, o poder atribuído a uma sociedade dominante de definir a orientação geral do grupo. Esta direção unitária, exercida pela sociedade controladora sobre as sociedades controladas, decorre da influência dominante que a primeira tem sobre as últimas e traduz-se no direito de emitir instruções vinculantes às sociedades subordinadas (ou dependentes).

Àquelas sociedades, às quais a estrutura organizativa não corresponda a um destes tipos de relações previstos na lei, mas ainda assim exista poder de direção⁸¹, ficam vinculadas às regras gerais societárias, o que significa que este poder fica limitado pela autonomia e interesse social de cada sociedade do grupo e constitui um mero poder de facto. O CSC não criou uma distinção entre grupos de direito e grupos de facto, não faz sequer referência a estes últimos, ao contrário de outras legislações estrangeiras, como a brasileira (LSA⁸²), que faz uma distinção nítida entre grupos de facto e grupos de direito⁸³. Esta ausência de regras concretas de responsabilização nos grupos de facto

⁸⁰ A direção unitária “traduz o processo de transferência da soberania decisória individual das várias sociedades agrupadas para a sociedade mãe e a conseqüente transferência do poder último de direcção sobre a actividade empresarial do grupo à cúpula grupal”. Assim, ANTUNES, José Engrácia, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 114.

⁸¹ Os chamados “grupos de facto”, surge quando, entre duas ou mais sociedades, exista uma direção unitária que assenta em instrumentos não tipificados na lei. Segundo o nosso código das sociedades comerciais, sempre que uma sociedade dispõe de influência dominante sobre outra, verifica-se uma relação de domínio, se nesta relação a sociedade dominante exercer uma direção económica unitária nas sociedades, onde dispõe dessa influência, estaremos perante um grupo de facto, que não dispõe de regulamentação expressa e específica. Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, anotação ao art. 482.º, do CSC, parágrafo 9.

⁸² Lei das Sociedades Anónimas – Lei n.º 6.404/76.

⁸³ No direito brasileiro, os grupos societários podem ser de coordenação ou de subordinação e estes últimos podem ser de facto ou de direito, estando ambos regulados na lei. Já no direito alemão, na presença de uma relação de domínio, a lei presume a existência de um grupo (de facto) e estabelece a responsabilidade da empresa dominante pelos danos causados à sociedade dependente em virtude do

acarreta uma desproteção efetiva dos credores e sócios ou acionistas da sociedade controlada⁸⁴.

Assim, a mera existência de uma relação de domínio entre empresas, sem a sujeição a uma direção unitária, não gera responsabilidades específicas. Daí existir, na prática, mais situações deste tipo do que relações de grupo. Basta compararmos os regimes jurídicos para perceber que as consequências previstas para as relações de grupo são bem mais rígidas e penosas que o regime geral.

exercício da influência no âmbito da relação de domínio, nos termos do art. 317 e 318 da AktG. Se “a empresa dominante levar uma sociedade dependente a celebrar negócios ou a tomar ou omitir medidas de que resulte prejuízo para esta última, sem que os danos sejam efetivamente compensados antes do fim do exercício social, ou sem que à sociedade dependente seja atribuído o direito a uma determinada vantagem para compensar o prejuízo sofrido, deve a empresa dominante ressarcir a sociedade dependente pelos danos causados”, (Cf. RIBEIRO, Maria de Fátima, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a desconsideração da personalidade jurídica*, Almedina, Coimbra, 2009, nota de rodapé 116, p. 438.

⁸⁴ Pela nossa doutrina é reconhecido este problema da falta de tutela adequada nestas situações, havendo autores que defendem a aplicação analógica do regime previsto para as relações de grupo de direito, nomeadamente o arts. 501.º e 502.º, do CSC. Neste sentido, ANTUNES, José Engrácia, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, p. 600 e ss.

IV. Insolvência das sociedades em relação de grupo

4.1. Relações de grupo

Para o nosso tema interessa-nos sobretudo os grupos societários (*stricto sensu*). Como já referimos, este fenómeno dos grupos societários representa uma superação do modelo tradicional de sociedades autónomas, são a expressão da empresa moderna resultado de vários acontecimentos políticos, económicos e sociais. Integram-se num processo de concentração económica e caracterizam-se pela concentração de duas ou mais empresas que se submetem a uma direcção unitária e comum, sem contudo perderam a sua personalidade jurídica. As sociedades agrupadas conservam a respetiva personalidade jurídica própria, mantendo a sua autonomia patrimonial e organizativa⁸⁵, mas todas elas ficam dependentes dos interesses empresariais e estratégias definidas pela cúpula do grupo. É esta que determina o sentido da gestão social das empresas-filhas através da emissão de instruções vinculantes às respetivas administrações das sociedades-filhas⁸⁶.

Graças aos laços intersocietários, que se criam entre as sociedades agrupadas, é possível assegurar uma coordenação estratégica e coesão económica entre elas. A nível económico passa a existir uma política económico empresarial comum às várias sociedades agrupadas, o que faz com que a sociedade dominada se encontre dependente do interesse social definido pela sociedade dominante.

Este processo de integração económica surge por diversas razões, nomeadamente para reduzir custos de transação, assegurar à empresa o reforço da quota de mercado ou a diversificação da atividade da empresa a outras áreas, permitindo uma diversificação dos riscos de exploração empresarial bem como de benefícios fiscais.

Contudo não são só vantagens. De facto, também surgem riscos acrescidos neste tipo de relações societárias tais como a perda de poder de autodeterminação da sociedade-filha; a redução da sua autonomia patrimonial e organizacional⁸⁷; a

⁸⁵ A lei não atribui personalidade jurídica ao grupo de sociedades, separada e autónoma das sociedades componentes, como sujeito de direito, exatamente pelo facto de o grupo ter como característica típica a independência jurídica/ personalidade jurídica de cada sociedade.

⁸⁶ É a presença desta direcção económica unitária que permite distinguir a figura dos grupos das relações de domínio.

⁸⁷ Mais evidente na posição da assembleia geral que vê reduzido o seu poder de controlo e governo

instrumentalização desta última no sentido de funcionar como instrumento de gestão para realização dos objetivos da sociedade-mãe. Os próprios sócios das sociedades sofrem efeitos nefastos com esta relação, na medida em que perdem direitos de participação social relativamente a toda a empresa em favor dos órgãos de administração. Também os credores sociais da sociedade-mãe sofrem uma diminuição da garantia dos seus créditos (o património), pois esta garantia vai servir também de garantia de crédito às várias empresas do grupo. Em caso de insolvência, estes credores da sociedade-mãe podem mesmo ficar privados de qualquer garantia dos seus créditos, no caso de todo o grupo ser arrastado para uma insolvência global e o património não ser suficiente para pagar todos os créditos. E é precisamente esta situação que iremos analisar de seguida: o que acontece a estas sociedades agrupadas, quando chegam a uma situação de insolvência? Analisaremos os efeitos da insolvência nas sociedades pertencentes a um grupo e a responsabilidade para com os credores nestas situações.

4.1.1. Relação de subordinação

Nas relações de subordinação a declaração de insolvência de qualquer das sociedades agrupadas é causa de extinção do contrato de subordinação, nos termos dos arts. 506.º, n.º 3. al. a), e 492.º, n.º 5, do CSC. Se a sociedade subordinada estiver em situação de insolvência, a subordinante é responsável para com os credores da subordinada, nos termos no art. 501.º, n.º 1, do CSC, a sociedade-mãe fica “responsável pelas obrigações da sociedade subordinada constituídas antes ou depois da celebração do contrato, até ao termo deste” e pode eventualmente arrastar a subordinante para a mesma situação. Se pelo contrário, estiver a sociedade subordinante na situação de insolvência cessa o contrato de subordinação, e torna-se mais débil a possibilidade de exercício da responsabilidade da dominante perante a dominada.

4.1.2. Grupo paritário

da vida social da sociedade. Há uma transferência das competências própria das assembleias gerais para aquela cúpula grupal detentora do poder de direção que define as linhas de orientação e atuação das sociedades e as transmite às respetivas administrações das filhas. Ao contrário do que acontece com a assembleia geral, este órgão vê os seus poderes reforçados.

Basta qualquer uma das sociedades se encontrar em situação de insolvência para que o grupo seja dissolvido – art. 506.º e art. 492.º, n.º 5, do CSC.⁸⁸ As sociedades mantêm totalmente separadas as esferas de responsabilidade, pois cada uma das agrupadas assume as suas obrigações próprias.

4.1.3. Relação de domínio total

Determina o art. 489.º, n.º 4, al. b), do CSC que a relação de grupo termina se a dominante for dissolvida. Se, pelo contrário, for dissolvida a sociedade dominada, a lei nada diz, entende Engrácia Antunes que deveria ser atribuído idêntico resultado quando a dissolvida é a sociedade totalmente dominada.

Quanto às relações de domínio, a declaração de insolvência não produz efeitos na relação existente, porque não altera a titularidade das participações sociais, a qualidade de sócia da sociedade dominante só desaparece, quando a dominada-insolvente for liquidada. Se a sociedade totalmente dominada é declarada insolvente, a sociedade dominante é responsável para com os credores da filha à luz do art. 501.º, n.º 1 e art. 491.º, do CSC, todas as obrigações se tornam vencidas e diretamente exigíveis à dominante. Se for declarada insolvente a sociedade dominante é afetada a possibilidade de responsabilização prevista nos artigos acabados de referir.

Assim a insolvência das sociedades subordinadas e totalmente dominadas não altera a responsabilidade da diretora e dominante, apenas faz com que esta seja exigível.

Estas situações de insolvência não foram objeto de um tratamento autónomo no código da insolvência, sendo o art. 86.º, n.º 2 o único artigo que atualmente consta no CIRE para adequar o processo de insolvência à realidade dos grupos de sociedades.

Uma vez que este constitui o único preceito que trata das sociedades agrupadas justifica-se proceder à uma análise mais profunda do mesmo.

4.2. Enquadramento e alcance do art. 86.º do CIRE

Este artigo vem inserido no capítulo dedicado aos efeitos processuais da

⁸⁸ Nas relações de base contratual (subordinação e paritário), a declaração de insolvência de qualquer das sociedades coligadas constitui causa de caducidade da relação de grupo.

declaração de insolvência e tem como epígrafe a apensação de processos de insolvência⁸⁹. Esta figura da apensação é o único meio admitido no CIRE para fazer seguir em conjunto, processos de insolvência relativos a pessoas jurídicas distintas.

A apensação de processos⁹⁰, de forma sucinta, consiste em juntar várias causas que são conexas, para garantir um julgamento uniforme e uma maior economia de atividade processual (as várias causas ficam unificadas sob o ponto de vista processual). Nesta matéria, o CIRE optou por um regime diverso do previsto no CPEREF. Este último previa, no seu art. 1.º, n.º 3⁹¹, a coligação ativa e passiva de sociedades em relação de domínio ou de grupo, diferente da apensação, a coligação consiste na possibilidade de um ou vários autores acionarem um ou vários demandados através de vários pedidos.

Na vigência daquele código, era possível requerer-se a declaração conjunta de insolvência de várias empresas, desde que estas se encontrassem numa relação de domínio ou de grupo ou tivessem os seus balanços e contas aprovados consolidadamente. Era permitida a *coligação ativa*, que possibilitava a subscrição conjunta de requerimentos de instauração de ações de recuperação e de falência de empresas entre si relacionadas, bem como instaurar acções contra várias sociedades relacionadas – *coligação passiva*⁹². A introdução desta possibilidade teve como objetivo combater situações de fraude, nomeadamente de abusos da personalidade jurídica, uma vez que desta forma era possível considerar globalmente os destinos das empresas

⁸⁹ O 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 (cf. acórdão do TRP, de 27-05-2010).

⁹⁰ Cf. dispõe o art. 267.º do C.P.C pode ocorrer:

“1. Se forem propostas separadamente acções que, por se verificarem os pressupostos de admissibilidade do litisconsórcio, da coligação, da oposição ou da reconvenção, pudessem ser reunidas num único processo, é ordenada a junção delas, a requerimento de qualquer das partes com interesse atendível na junção, ainda que pendam em tribunais diferentes, a não ser que o estado do processo ou outra razão especial torne inconveniente a apensação.”

⁹¹ Na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de outubro, que dispunha:

“Artigo 1. - Campo de aplicação

(...)

3 — Sem prejuízo dos efeitos patrimoniais da existência de personalidade jurídica distinta, é permitida a coligação activa ou passiva de sociedades que se encontrem em relação de domínio ou de grupo, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ou que tenham os seus balanços e contas aprovados consolidadamente.”

⁹² Daí admitir-se a viabilidade de uma ação falimentar em coligação passiva tendo por objeto um grupo de sociedade por domínio total em que a relação de crédito se reportasse tão só à sociedade-mãe e a uma das filhas das demais sociedades componentes do grupo, cf. Acórdão da Relação de Lisboa de 9/12/2003 (Processo n.º 8322/2003-7).

relacionadas entre si através da unidade processual. Além desta hipótese, também era possível, num momento posterior, requerer a apensação de processos de recuperação da empresa ou de falência relativos a sociedades coligadas conforme previsto no art. 13.º, n.º 2, do CPEREF.

Atualmente a coligação apenas está prevista, para a insolvência de cônjuges casados entre si em regime de bens que não seja a separação – cf. art. 264.º, do CIRE, tendo sido eliminada a possibilidade de um pedido conjunto de declaração de insolvência de sociedades em relação de domínio ou de grupo. Quanto a nós, esta não foi uma opção adequada, pois entendemos ser de todo útil a possibilidade de demandar conjuntamente empresas insolventes pertencentes a um mesmo grupo, bem como a possibilidade de as próprias sociedades agrupadas se apresentarem, *ab initio*, conjuntamente à insolvência, quando todas as empresas do grupo se encontram numa situação de insolvência simultânea.

Assim, à luz do CIRE, se um credor (detentor de vários créditos contra várias sociedades de um mesmo grupo) quiser intentar uma ação de insolvência contra várias sociedades de um mesmo grupo terá de o fazer separadamente, não podem estas sociedades ser demandadas conjuntamente. Neste caso, terá este credor de propor ações autónomas e, caso queria que o processo corra todo junto, esperar que o administrador da insolvência requeira a apensação, nos termos do art. 86.º, caso este entenda que o deve fazer.

Perante o regime atual, este é o único meio processual que, de forma expressa, permite articular os processos de insolvência das sociedades de um grupo. Segundo o disposto neste art. 86.º, é possível apensar ao processo de insolvência:

i) Processos em que tenha sido decretada a insolvência de pessoas que legalmente respondam pelas dívidas do insolvente⁹³ (n.º 1 do art. 86.º);

ii) Processos de insolvência de cônjuges casados entre si em regime de comunhão, quando os processos tenham sido separadamente instaurados (n.º 1 do art. 86.º *in fine*);

iii) E, por último, processos em que tenha sido decretada a insolvência de sociedades que se encontre em relação de grupo ou de domínio (n.º 2 do art. 86.º).

As razões que justificaram a previsão da apensação de processos de insolvência

⁹³ Ver art. 6.º, n.º 2, do CIRE.

foi a proteção dos interesses dos credores e a prevenção da fraude⁹⁴. No entanto, há uma clara omissão dos efeitos processuais dessa apensação, o que torna mais difícil a prossecução eficaz desses objetivos. Sem prejuízo da relevância da primeira e da segunda hipótese, iremos apenas desenvolver a última hipótese relativa a sociedades integrantes do grupo, por corresponder ao tema do nosso estudo.

Para que exista apensação, nos termos do n.º 2, não basta que exista uma relação de grupo, é necessário que estejam preenchidos certos requisitos: o tipo de sociedade e relação societária (requisito substantivo), o meio processual e legitimidade para requerer essa apensação (requisito processual).

Relativamente ao primeiro requisito - o tipo de relação de grupo relevante para legitimar a apensação -, a sociedade insolvente tem de ser uma sociedade comercial que esteja numa relação societária de domínio ou de grupo⁹⁵, sendo idónea qualquer das relações de grupo que apresentamos no início deste capítulo. O segundo requisito, de ordem processual, exige que haja um requerimento do administrador da insolvência a solicitar a apensação. Perante o disposto no art. 86.º, a apensação não opera automaticamente, não basta que as sociedades estejam coligadas; é necessário um requerimento da autoria do administrador da insolvência a solicitar a apensação dos processos. Este último ponto tem suscitado algumas dúvidas tanto na doutrina como na jurisprudência, à propósito da legitimidade exclusiva para requerer a apensação e do carácter discricionário do ato.

Nas palavras de Luís Carvalho Fernandes e João Labareda, a apensação tem carácter residual, uma função acessória no processo de insolvência e configura-se como um efeito eventual da declaração de insolvência⁹⁶. Este carácter eventual traduz-se num ato discricionário do administrador da insolvência⁹⁷, de uma faculdade, apenas subordinada a um juízo de mérito sobre os respetivos benefícios.

⁹⁴ Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de outubro.

⁹⁵ O momento determinante para a verificação de tais relações, em termos de justificar a apensação é aquele em que é decretada a primeira sentença declaratória de insolvência de alguma das sociedades até aí agrupadas.

⁹⁶ Cf. FERNANDES, Luís Carvalho e João Labareda, *De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)*, em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 7. Almedina, Coimbra, 2012, pp. 150 e 151.

⁹⁷ Entende que o administrador não tem qualquer dever de promover a apensação, cf. p. 158.

4.2.1. Legitimidade para requerer a apensação de processos

Da conjugação dos n.º 1 e 2 do art. 86.º, do CIRE resulta que apenas o administrador da insolvência tem legitimidade para requerer a apensação, contudo esta não é uma visão unânime na doutrina. Há quem entenda que, uma interpretação literal no sentido de uma legitimidade exclusiva, pode pôr em causa o fim do processo de insolvência. Neste sentido, Ana Perestrelo de Oliveira entende que “ (...) essa competência não pode ser entendida em termos exclusivos, quando conduza à preterição irremediável dos direitos dos credores e à frustração do fim do processo de insolvência (...)”⁹⁸.

Pelo contrário, Luís Carvalho Fernandes e João Labareda entendem que se trata de uma reserva de legitimidade do administrador da insolvência e que se trata de um ato discricionário do mesmo, pois “correndo separados processos de insolvência de uma sociedade dominante e de sociedades dominadas, a eventual apensação decorrerá sempre da iniciativa do administrador da insolvência (...)”⁹⁹, e não tem de justificar essa opção, “bastando-lhe, pura e simplesmente, requerer,” demonstrando a existência dos pressupostos.

Quanto a nós, entendemos que o legislador deveria ter alargado essa legitimidade a outros sujeitos, como o fez a lei espanhola, ao prever de forma explícita que qualquer dos insolventes, que faça parte de um grupo, possa requer ao juiz a “acumulação de acções” e, na ausência de qualquer pedido do falido ou dos administradores, a acumulação pode ainda ser solicitada por qualquer dos credores, por escrito fundamentado¹⁰⁰. Contudo o teor literal da nossa lei é claro neste ponto: há uma atribuição normativa expressa de legitimidade apenas ao administrador da insolvência. Contudo, como iremos ver no ponto seguinte, isto não significa que o tribunal não possa

⁹⁸ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Ainda sobre a liquidação conjunta das sociedades em relação de domínio total e os poderes administrados da insolvência: a jurisprudência recente dos tribunais nacionais*, em Revista de Direito das Sociedades Ano III, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2011, p.732.

⁹⁹ FERNANDES, Luís Carvalho e João Labareda, *De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)*, em Direito das Sociedades em Revista, Ano 4, vol. 7. Almedina, Coimbra, 2012, p. 147.

¹⁰⁰ Cf. Ley Concursal (Ley 22/2003, de 3 de Julho) - Artículo 25 bis Acumulación de concursos

“1. Cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados siguientes:

1.º De quienes formen parte de un grupo de sociedades.

2. En defecto de solicitud por cualquiera de los concursados o por la administración concursal, la acumulación podrá ser solicitada por cualquiera de los acreedores mediante escrito razonado.”

intervir em caso de omissão do administrador da insolvência, pois somos do entendimento que a apensação deve ser requerida, sempre que, os seus preenchidos estiverem preenchidos e quando seja indispensável para assegurar a igualdade de tratamento dos credores do insolvente (assim ficam acauteladas as posições creditórias em caso de omissão pelo administrador).

4.2.2. Apensação obrigatória de processos de insolvência de sociedades agrupadas

Relativamente à decisão de requerer a apensação, entendemos que não se trata de uma opção eventual ou discricionária, mas sim obrigatória sempre que estivermos perante sociedades em relação de domínio ou grupo e comporte mais vantagens que inconvenientes para os processos e para as partes envolvidas.

Se, no CPEREF, essa apensação era automática¹⁰¹ e justificada para evitar abusos de personalidade e combater situações de fraude (cf. referido no preâmbulo do DL n.º 315/98 de 20 de Outubro), não pode o CIRE desconsiderar estes interesses e deixar nas mãos do administrador da insolvência uma total discricionariedade quanto a esta matéria. Se os processos seguirem autonomamente, haverá implicações no produto final que cada credor irá receber, nomeadamente, por impossibilidade de recorrer a uma apensação substancial, além disto, a apensação proporciona uma melhor visão do conjunto e melhor coordenação dos mecanismos e soluções¹⁰².

Somos do entendimento que, nestes casos, a apensação deve ser obrigatória, a fim de salvaguardar os interesses dos credores, nomeadamente, no reembolso dos seus créditos¹⁰³. Não se justifica que estes interesses deixem de ser protegidos ou fiquem à mercê da vontade de um único sujeito processual, pois a sua inércia retira qualquer hipótese dos credores pugnares pelos seus créditos, uma vez que não existe

¹⁰¹ O n.º 2 do art. 13.º, do CPEREF, previa que “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”. Esta alteração foi introduzida pelo DL n.º 315/98 de 20 de Outubro com o objetivo de “introduzir um factor de moralização nos abusos da personalidade jurídica e, mediatamente, combater situações de fraude”.

¹⁰² Assim como os restantes efeitos processuais da declaração de insolvência, que por regra são de produção automática (arts. 85.º; 87.º; 89.º), também a apensação o devia ser, quer pela sua inserção sistemática no seio daqueles, quer pelo seu antecedente histórico.

¹⁰³ Ao contrário, Carvalho Fernandes e João Labareda, que entendem ser apenas uma questão funcional.

possibilidade de recorrer daquela decisão. Desta forma, verificados que estejam os requisitos da apensação esta deve ser promovida pelo administrador da insolvência, cabendo, depois, ao juiz ordenar ou não a apensação¹⁰⁴. Caso o administrador da insolvência não requeria a apensação pode o juiz adotá-la, fazendo uso princípio da adequação formal, previsto no art. 547.º, do CPC. Esta solução vai ao encontro dos objetivos e preocupações presentes no preâmbulo do DL que aprovou o CIRE, pois é a solução que melhor garante os interesses dos credores.

Conforme nos diz Sara Machado a ” apensação irá permitir que os diferentes processos sigam um rumo semelhante, com as respectivas fases a correrem em paralelo” (...) “evitando uma duplicação de esforços e diminuindo os custos, facilitando não só a obtenção de informação completa sobre as operações comerciais das empresas do grupo sujeitas a um procedimento de insolvência, mas também a valoração dos bens e a identificação dos credores e de outras partes com interesses juridicamente reconhecidos”¹⁰⁵.

Também Ana Perestrelo de Oliveira entende que o exercício do poder previsto art. 86.º, n.º 2 é vinculativo e o tribunal, “órgão central de garantia da legalidade do processo e da realização do respectivo fim material, tem o dever de determinar a apensação e a consolidação das massas patrimoniais e das responsabilidades do grupo”¹⁰⁶.

Resta analisar os efeitos dessa apensação processual, quando acolhida.

¹⁰⁴ Entendemos que esta norma (n.º 2 do art. 86.º) pode ser interpretada conforme o art. 85º, pois nos termos deste artigo quem decide sobre a conveniência da apensação de outro processo é o juiz a requerimento do administrador da insolvência. O mesmo critério pode ser usado para estes casos do art. 86.º, n.º 2, do CIRE. Por exemplo, nos casos em que os processos de insolvência já estejam em diferentes fases e não se consiga coordenar de uma forma eficiente e célere os processos, o juiz pode não decretar a apensação, justificando essa decisão nas desvantagens ou prejuízos que tal decisão traria para os processos.

¹⁰⁵ Cf. MACHADO, Sara Monteiro Maia, *A insolvência nos grupos de sociedade: o problema da consolidação substantiva*”, em Revista de Direito das Sociedades, Ano V, n.º ½, Almedina, Coimbra, 2013, p. 346.

¹⁰⁶ Cf., OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Ainda sobre a liquidação conjunta das sociedades em relação de domínio total e os poderes administrados da insolvência: a jurisprudência recente dos tribunais nacionais*, em Revista de Direito das Sociedades Ano III, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2011, p. 733.

4.3. A Consolidação processual e eventual consolidação substantiva

O efeito principal da apensação é a “unificação dos processos”. Estes passam a correr todos juntos, embora substantivamente separados. O art. 86.º, do CIRE limita-se a descrever as situações em que é admissível requerer a apensação de processos sem, no entanto, referir as consequências que dela resultam para a tramitação posterior dos processos envolvidos; para os órgãos da insolvência de cada sociedade e para as massas insolventes.

A nível substantivo a apresentação à insolvência de forma separada, ainda que simultânea, de várias sociedades de um mesmo grupo faz surgir um privilégio injustificado aos credores das sociedades dominadas, uma vez que estes vêem 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, graças ao regime de responsabilidade previsto na lei para este tipo de relações (art. 501.º, do CSC). O mesmo continua a acontecer, quando são apensados os processos de insolvência de sociedades do grupo, isto porque, da interpretação literal do disposto no art. 86.º, a apensação só opera, meramente, a nível processual.

Daqui resulta que, estando a sociedade dominada e sociedade dominante simultaneamente insolventes¹⁰⁷, os credores da sociedade dominada concorrem ao património desta e ao património da dominante, graças ao regime de responsabilidade previsto no art. 501.º, do CSC, enquanto os credores da sociedade dominante dispõe, apenas, do património desta para satisfazer os seus créditos. Caso o património da dominante seja insuficiente para satisfazer todos os créditos, são os credores desta que saem prejudicados.

Esta questão representa um problema geral da insolvência nos grupos de sociedades, a solução para este problema passa, no nosso entender, pela liquidação conjunta do grupo.

¹⁰⁷ É neste cenário que desenvolvemos o nosso trabalho e situamos a nossa posição, quando, tanto a sociedade-mãe como a sociedade-filha estão, simultaneamente, insolventes. Pois se a sociedade-mãe estiver solvente não surge qualquer problema a este nível, ela pagará os credores da sociedade-filha nos termos do art. 501.º, do CSC, assim como pagará aos seus próprios credores.

4.3.1. A consolidação substantiva

Caso a apensação processual seja decretada, surge, ainda, a questão de saber se deve permanecer a autonomia formal e substancial dos processos ou, se pelo contrário, ela deve ter impacto substantivo, possibilitando uma consolidação patrimonial e liquidação conjunta das sociedades do grupo. No fundo, o que se pretende é saber se ela implica ou pode implicar a criação de uma única massa insolvente.

Como já referimos anteriormente, à análise e tratamento da insolvência de cada sociedade do grupo de forma autónoma, como entidades jurídicas independentes, pode ter impacto (negativo) na tutela dos interesses dos credores. Na medida em que cria um privilégio injustificado para os credores da sociedade-mãe, graças ao regime de responsabilidade previsto no art. 501.º, do CSC.

A via possível para corrigir este resultado é, admitir a extensão dos efeitos da apensação de processos, prevista no art. 86.º, n.º 2, no sentido de permitir uma consolidação substantiva¹⁰⁸, através da unificação das massas patrimoniais, criando uma única massa destinada à satisfação igualitária de todos os credores do grupo¹⁰⁹.

Na doutrina encontramos autores com opiniões favoráveis à unificação material dos processos bem como autores que rejeitam esta hipótese. No sentido da autonomia formal dos processos, temos autores como Carvalho Fernandes e João Labareda que entendem que cada um dos processos apensos segue os seus próprios termos “porque, embora apensos, os processos mantêm autonomia formal e substancial, cada um segue os seus próprios termos, e as vicissitudes não se comungam”¹¹⁰.

Em sentido contrário, pela defesa da consolidação patrimonial¹¹¹, temos Ana

¹⁰⁸ Neste sentido, Ana Perestrelo de Oliveira, quando afirma que “a compatibilidade da consolidação com o Direito positivo não oferece dúvidas à luz do art. 86.º, n.º2, do CIRE, que admite a apensação de processos de insolvência das várias sociedades do grupo e fornece, pois, o amparo processual para a consolidação substantiva.”, em *Os Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade. Por um critério unitário de solução do “conflito do grupo”*, Tese de Doutoramento em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 701.

¹⁰⁹ A este respeito ver OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Os Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade. Por um critério unitário de solução do “conflito do grupo”*, Tese de Doutoramento em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 697 e ss.

¹¹⁰ FERNANDES, Luís Carvalho e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris Editora, Reimpressão, Lisboa, 2009, p. 359.

¹¹¹ Com uma posição intermédia, temos Sara Machado que entende que a consolidação substantiva não deve funcionar como regra geral, “deve estar reservada para casos excepcionais, após uma cuidadosa análise dos direitos e interesses das partes envolvidas, em particular dos credores de boa-fé”. Vide MACHADO, Sara Monteiro Maia, *A insolvência nos grupos de sociedade: o problema da consolidação substantiva*”, em *Revista de Direito das Sociedades*, Ano V, n.º ½, Almedina, Coimbra, 2013, p. 353.

Perestrelo de Oliveira que nos diz que “a consolidação material – traduzida na liquidação conjunta e assente na consolidação processual – corresponde à solução mais justa de repartição dos riscos, sendo aquela que melhor tutela os credores perante a insolvência do grupo”¹¹² e, deve ser adoptada sempre que a lei ou a confusão dos patrimónios o justifiquem. Sendo o art. 501.º, do CSC, um suporte ou um fundamento material dessa liquidação conjunta¹¹³. A autora defende ainda que “(...) sobre o administrador da insolvência recai um verdadeiro dever de requerer não só a apensação dos processos de insolvência das sociedades em relação de domínio total, mas também a consolidação das respectivas massas patrimoniais e responsabilidades, tal como incide sobre o juiz o dever de aceitar o pedido correspondente”¹¹⁴.

Entendemos que, nas situações em que as administrações das várias sociedades do grupo agem como se não existisse separação entre os patrimónios das várias sociedades que dominam, “gerindo-as como se uma só sociedade se tratasse, verificando-se uma total dependência económica entre as várias sociedades, configurando uma mistura de esferas jurídicas e de patrimónios”¹¹⁵, sem respeitar a autonomia jurídica de cada sociedade, a opção por processos de insolvência separados não será justa para aqueles que confiaram nessa aparência e na gestão prudente dessas sociedades e que nada têm que ver com a, eventual, má gestão feita pelas sociedades. Os credores sociais da dominante são terceiros relativamente a essa má gestão feita pela dominante, mas são eles que acabam por ficar prejudicados em relação aos demais credores¹¹⁶. Deve haver uma justa distribuição dos riscos no seio do grupo. Assim, nos

¹¹² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *A insolvência nos grupos de sociedade: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupos*, em Revista de Direito das Sociedades Ano I, n.º 4, Almedina, Coimbra, 2009, p. 1011.

¹¹³ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Ainda sobre a liquidação conjunta das sociedades em relação de domínio total e os poderes administrados da insolvência: a jurisprudência recente dos tribunais nacionais*, em Revista de Direito das Sociedades Ano III, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2011, p. 723.

¹¹⁴ Cf. OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Ainda sobre a liquidação conjunta das sociedades em relação de domínio total e os poderes administrados da insolvência: a jurisprudência recente dos tribunais nacionais*, em Revista de Direito das Sociedades Ano III, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 728 e 729.

¹¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31 de maio de 2011 (Maria João Areias). Todavia entendemos que perante uma situação como a do acórdão, a solução devia passar pela consolidação das massas insolventes, quando na presença de um grupo, e não pelo recurso ao mecanismo da desconsideração da personalidade colectiva, de natureza excecional.

¹¹⁶ Por vezes invocado pela doutrina e jurisprudência o *instituto da desconsideração ou levantamento da personalidade coletiva*, como forma de superar o problema da autonomia jurídica das sociedades componentes do grupo. Mas dada a natureza excecional e subsidiária do instituto não nos parece que este possa funcionar como regra geral para resolver todas as situações que surgem neste âmbito.

casos, em que o grupo surge efetivamente como uma unidade económica, a consolidação substantiva deve ser adotada¹¹⁷, a fim de proporcionar uma distribuição material equitativa da massa insolvente pelas sociedades do grupo e pelos seus credores.

Do que fica exposto resulta que, para tutelar adequadamente os interesses dos credores sociais, na situação de insolvência de sociedades pertencentes a um grupo, deve ser criada uma norma habilitadora da consolidação substantiva, que estipule quando e em que situações pode a mesma operar. Na ausência desta norma, pode o juiz socorrer-se do **princípio da adequação formal**, previsto no art. 547.º, do CPC, dada a aplicação subsidiária das normas processuais comum ao processo de insolvência, por força do art. 17.º, do CIRE¹¹⁸, e adotar a consolidação substantiva, nos casos concretos em que o grupo se apresente como uma unidade económica (não existindo uma real separação dos patrimónios) e esta medida seja indispensável para garantir um tratamento igualitário entre os credores.

O princípio da adequação formal é apto a funcionar, neste casos, como meio de ser alcançada a verdade material, de modo a evitar que normas rígidas de natureza processual possam impedir a efetivação dos direitos e a justa composição do litígio (adequação formal à realidade material). Visto ser um mecanismo que deve ser usado (somente) quando “o modelo legal se mostre de todo inadequado às especificidades da causa e, em decorrência, colida frontalmente com o atingir de um processo equitativo”¹¹⁹. Parece-nos que, nestes casos, o princípio da adequação formal poderá ser usado no sentido de todos os processos de insolvência relativos a sociedades que em vida foram tratadas como uma só, sejam, no momento da “morte”, tratadas também unitariamente, através da consolidação substantiva, sempre que existirem elementos que indiquem que houve uma gestão unitária do grupo, apresentando-se como uma unidade económica.

Esses elementos são, entre outros, a inexistência de fronteiras internas entre as sociedades, com dificuldade de desagregação dos ativos relativos às várias sociedades; à

¹¹⁷ No sentido da consolidação substantiva em casos excecionais, quando o grupo surge efetivamente como uma unidade económica, MACHADO, Sara Monteiro Maia, *A insolvência nos grupos de sociedade: o problema da consolidação substantiva*, em Revista de Direito das Sociedades, Ano V, n.º ½, Almedina, Coimbra, 2013, p. 359.

¹¹⁸ A regra do art. 17.º, do CIRE apenas permite a aplicação do regime processual civil se não contrariar as disposições do CIRE, quando o próprio legislador da insolvência não tiver regulado especialmente a matéria.

¹¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14-10-2014, processo n.º 507/10.1T2AVR-C.C1 (relator: Carvalho Martins).

existência de um número muito significativo de transações, garantias e empréstimos entre as sociedades; a existência de relações intersocietárias de uma intensidade tal que a insolvência de uma sociedade levou ou contribuiu para a insolvência das restantes; a prática de induzir os credores a negociar com o grupo como uma única entidade, de modo, a que estes não saibam em concreto com qual das empresas estão a trabalhar¹²⁰.

Portanto, quando os credores confiaram na unidade do grupo e a separação patrimonial entre as sociedades do grupo seja meramente formal, devido a intensidade de interseção entre as diversas sociedades do grupo, deve haver consolidação substantiva e liquidação conjunta das massas patrimoniais, formando uma única massa insolvente em proveito geral de todos os credores das empresas cujo património foi consolidado.

A avaliação destes elementos cabe ao juiz, é ele quem deve decidir sobre a consolidação das massas. Para tal pode e deve socorrer-se dos vários fatores supra indicados, entre outros, que levam a presumir que estas sociedades formam um todo, um grupo, que deve ser tido como uma única entidade em sede de insolvência. Como refere Sara Machado, o recurso a esta figura requer uma unidade substancial entre as sociedades do grupo. Dos vários fatores a ter em conta, destaca a existência de uma confusão entre ativos e passivos das sociedades do grupo, cuja separação não é possível sem incorrer em custos e atrasos excessivos¹²¹. É esta visão de unidade empresarial, que legitima a consolidação.

Ao Juiz cabe verificar se houve ou não unidade de gestão e “decretar a consolidação das massas patrimoniais ainda que isso não tenha sido pedido pelo administrador da insolvência¹²²”.

Deste modo, com a declaração de insolvência das sociedades do grupo, o património da(s) sociedade(s) dependente(s) não representa um benefício exclusivo dos credores desta, em prejuízo dos credores da sociedade dominante, introduzindo desta forma um meio de combater a desigualdade entre os credores de um mesmo grupo. Se o

¹²⁰ Estes e outros fatores constam do guia legislativo da UNCITRAL sobre o regime da insolvência, na terceira parte.

¹²¹ Cf. MACHADO, Sara Monteiro Maia, *A insolvência nos grupos de sociedade: o problema da consolidação substantiva*”, em Revista de Direito das Sociedades, Ano V, n.º ½, Almedina, Coimbra, p. 355.

¹²² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Ainda sobre a liquidação conjunta das sociedades em relação de domínio total e os poderes administrados da insolvência: a jurisprudência recente dos tribunais nacionais*, em Revista de Direito das Sociedades Ano III, n.º 3, Almedina, Coimbra, p. 729.

grupo constitui uma unidade e atua como tal, apresentando-se perante terceiros como uma unidade, também deve responder perante terceiros como uma unidade, nomeadamente, no momento da liquidação do património e na repartição do produto pelos credores, (solução que garante um tratamento igualitário entre os credores).

Em suma, a consolidação patrimonial estará justificada em casos em que não existe uma separação real entre as empresas do grupo. Se o grupo só o é formalmente, então não faz sentido recorrer à consolidação, pois para nós esta só se justifica pelo facto de, através do poder de direção, o grupo surgir como uma unidade económica, com uma intensidade tal que uma eventual separação ou consideração isolada das sociedades não seria possível sem incorrer em custos e gastos de tempo excessivos. Caso “a separação jurídica continue a ter correspondência na separação económica entre as sociedades, a consolidação deve ser recusada”^{123 124}.

Cabe ao juiz apreciar se, no caso concreto, o grupo foi gerido como uma unidade económica. Se a resposta for afirmativa, então deve ser adotada a consolidação.

Através da aplicação do princípio da adequação formal, o juiz pode adaptar o modelo legal às especificidades do caso, de modo a garantir um resultado equitativo; pode adaptar a tramitação dos processos à realidade fáctica do grupo e decretar a consolidação substantiva.¹²⁵

O efeito dessa consolidação substantiva é a unificação do ativo e passivo das sociedades envolvidas, criando uma única massa insolvente destinada à satisfação de todos os credores. Relativamente aos órgãos da insolvência, não existem grandes alterações. A assembleia de credores e comissão de credores devem manter-se iguais; no caso dos administradores da insolvência, deve manter-se apenas um para os vários processos, permitindo, desta forma, uma visão global dos processos, um maior acesso a informação e uma redução de tempo e gastos. A nível dos créditos deve ser respeitado o disposto no título VII, do CIRE: primeiro, são pagos os credores garantidos, através do

¹²³ Assim, OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *A insolvência nos grupos de sociedade: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupos*, em Revista de Direito das Sociedades Ano I, n.º 4, Almedina, Coimbra, 2009, p. 1012.

¹²⁴ Só se, na prática, não existirem fronteiras internas entre as sociedades é que deve existir igualdade de tratamento dos credores, através da consolidação substantiva. Só faz sentido falar em unidade patrimonial se houver unidade económica, unidade de direção.

¹²⁵ A personalidade jurídica própria de cada sociedade não torna inválida esta solução, pois o próprio art. 2.º, do CIRE, relativo aos sujeitos passivos da declaração de insolvência, tem como critério relevante a autonomia patrimonial em detrimento da personalidade jurídica.

produto da liquidação dos bens onerados pelas garantias (bens individualizados)¹²⁶, de seguida, os créditos privilégios, créditos comuns e, por fim, os créditos subordinados.

Sendo o art. 86.º, n.º 2, o único preceito em que o legislador se refere de forma expressa à apensação de processos de insolvência, a omissão dos efeitos processuais dessa apensação relativamente aos processos apensados, e nomeadamente no que concerne ao efeito dessa apensação relativamente aos administradores da insolvência, deve ser objeto de regulação mediante a introdução de novas disposições, como o fez a Ley Concursal espanhola, na lei 38/2011, de 10 de Outubro.

Assim, do ponto de vista do direito a constituir, sugerimos as seguintes disposições, para um tratamento adequado destas situações de insolvência nos grupos:

Artigo 86.º

Apensação de processos de insolvência

4. Quando haja apensação de processos de insolvência de sociedades coligadas, os respectivos órgãos mantêm-se autónomos, com exceção dos administradores da insolvência. Apenas o administrador do processo principal deve permanecer e gerir todo o processo.

Artigo 86.º - A

Apensação substantiva

1. É permitida a apensação processual e substantiva de processos de insolvência relativos a sociedades que se encontrem em relação de domínio ou de grupo, quando as relações intersocietárias representem uma unidade económica e não seja justo para os credores a sua liquidação separada.
2. Essa unidade económica verifica-se, nomeadamente, quando haja:
 - a. Confusão de patrimónios, com dificuldade de desagregação dos ativos relativos às várias sociedades;
 - b. Transferência de bens (sem justa contrapartida), constituição de garantias e empréstimos entre as sociedades;
 - c. Uma única conta bancária comum às várias sociedades, bem como a utilização de uma sede comum;
 - d. A imagem pública do grupo como uma única entidade.

¹²⁶ O crédito remanescente transfere-se para a massa única, como crédito comum.

As matérias aqui analisadas também não passaram despercebidas no plano europeu. Embora exista escassa legislação sobre a insolvência de grupos económicos, assistimos, mais recentemente, a um interesse para regulamentação desta matéria, conforme veremos no ponto que se segue.

4.4. Diplomas internacionais e ordenamentos estrangeiros

4.4.1. Insolvência transfronteiriça

Falamos em insolvência transfronteiriça, quando “em razão das pessoas envolvidas ou dos bens abrangidos ou dos dois factores conjuntamente, apresenta contactos com diversas ordens jurídicas”¹²⁷.

Hoje em dia, às actividades das empresas produzem cada vez mais efeitos transfronteiriços e, por este motivo devem ser regulamentadas pelo direito da União. Até à entrada em vigor do regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho não havia, no espaço europeu, uma disciplina completa sobre a insolvência. As normas sobre a insolvência transfronteiriça eram relativamente escassas, com destaque para a Lei – Modelo da UNCITRAL, adotada em 30 de maio de 1997¹²⁸, criada com o objetivo ajudar os estados a adotar um regime de insolvência moderno, harmonioso e equitativo, que permitisse resolver com maior eficácia os casos de insolvência transfronteiriça.

Tendo em conta que a insolvência acarreta consequências negativas, não só para as empresas em causa, mas também para a economia dos estados, especialmente, se estivermos perante a insolvência de grandes grupos económicos, faz todo o sentido a análise e avaliação dos diplomas europeus que tratam desta matéria.

4.4.2. Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho

¹²⁷ Cf. BRITO, Maria Helena, *Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, em Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição especial – *Novo Direito da Insolvência*, 2005, p. 186.

¹²⁸ Model Law on Cross – Border Insolvency (1997).

O Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência, veio estabelecer uma disciplina comum para os processos de insolvência na União Europeia, com o objetivo geral de evitar o chamado “fórum shopping”¹²⁹, evitar transferências de bens ou ações judiciais de um país da UE para outro, bem como determinar os órgãos jurisdicionais competentes, o direito aplicável nestes casos de insolvências transfronteiriça e o reconhecimento nos outros países da UE das decisões adotadas pelo órgão jurisdicional responsável pelo processo principal. Neste regulamento, é estabelecido um quadro normativo europeu para os processos de insolvência transfronteiriços, aplicável sempre que o devedor tenha bens ou credores em mais do que um estado-membro, independentemente de ser uma pessoa singular ou coletiva.¹³⁰

Contudo, o modelo legislativo adotado inicialmente, não se mostrou satisfatório, e, após vários anos de vigência, foram apontados como pontos fracos do mesmo: o seu âmbito de aplicação; a determinação do estado-membro competente para abrir o processo de insolvência; os processos secundários; a publicidade dos processos; a reclamação de créditos e a falta de regras específicas sobre a insolvência nos grupos internacionais de sociedades¹³¹. Surgiu a necessidade de proceder a uma revisão do regulamento. Para o efeito, o Parlamento Europeu, numa resolução, em 15 de novembro de 2011¹³², solicitou à comissão que apresentasse uma ou mais propostas para um regime jurídico da UE em matéria de insolvência de empresas, de acordo com as recomendações formuladas na proposta de resolução apresentada.

As recomendações à comissão sobre os processos de insolvência no contexto das sociedades da UE, foram emitidas no sentido de haver harmonização entre os estados-

¹²⁹ Evitar que o devedor transferira os seus bens ou ações judiciais de um país para outro, com o intuito de obter uma posição jurídica mais favorável.

¹³⁰ Este regulamento foi alterado pelo Regulamento de Execução (UE) n.º 663/2014 do Conselho, de 5 de junho, que substitui os anexos A, B e C do Regulamento (CE) n.º 1346/2000, de 29 de maio de 2000. Conforme consta no sítio da DGPI, os anexos A, B e C do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 enumeram as designações atribuídas na legislação nacional dos Estados-membros aos processos de insolvência, aos processos de liquidação e aos síndicos aos quais o referido regulamento é aplicável, ou seja, o anexo A estabelece a lista dos processos de insolvência a que se refere o artigo 2.º, alínea a), o anexo B enumera os processos de liquidação a que se refere o artigo 2.º, alínea c), e o anexo C enumera os síndicos a que se refere o artigo 2.º, alínea b).

¹³¹ Ver, SERRA, Catarina, *Insolvência transfronteiriça – Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português*, em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 5, vol. 10, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 97-147.

¹³² Resolução do Parlamento Europeu de 15 de novembro de 2011, que contém recomendações à Comissão sobre os processos de insolvência no contexto do direito das sociedades da EU, disponível em <http://www.europarl.europa.eu>.

membros em aspetos específicos da legislação em matéria de insolvência, pois a disparidade entre legislações nacionais favorecem a procura de uma posição legal mais favorável¹³³. Conforme aquelas recomendações, os estados devem ser incentivados para criar condições equitativas de forma a beneficiar o mercado interno e evitar abusos, optando, sempre que possível, pela recuperação das empresas em alternativa à liquidação¹³⁴.

Desde da entrada em vigor do regulamento, ocorreram diversas mudanças a nível europeu, com destaque para a adesão de 15 novos estados-membros e o enorme crescimento do fenómeno dos grupos de empresas. Como tal, o parlamento, na resolução apresentada, considerou que os processos de insolvência deviam ter em conta as transferências intra-grupos com o objetivo de assegurar que o património seja recuperável transfronteiras, quando adequado, a fim de se atingir um resultado equitativo.

De entre as várias recomendações, destacamos as recomendações sobre a insolvência de grupos de empresas¹³⁵. O parlamento europeu recomenda que, estando perante insolvência de um grupo, o processo deve ser aberto no estado-membro em que está situada a sede operacional do grupo. Esta abertura do processo principal, deve dar lugar à suspensão dos processos abertos noutra estado-membro, devendo ser nomeado um único administrador da insolvência. Em todos os estados-membros em que sejam abertos processos secundários, deve ser constituído um comité para defender e representar os interesses dos credores e dos trabalhadores locais. E em caso de impossibilidade de determinação dos bens que pertencem a cada um dos devedores ou os créditos inter-empresas, o parlamento recomenda que, se deve recorrer, a título excecional, à **agregação dos patrimónios**.

Para os casos de insolvência de grupos descentralizados, o parlamento recomenda que haja uma coordenação e cooperação obrigatórias entre os órgãos jurisdicionais, entre estes órgãos e as partes falidas (ou seus representantes) e entres estes. E o reconhecimento das decisões relacionadas com os processos de insolvência (abertura, tramitação e encerramento). É recomendado que se promova uma maior

¹³³ Nomeadamente, a mudança artificial do CIP (centro de interesses principais) de uma sociedade em crise, para outro Estado, onde exista um regime de responsabilidade civil mais vantajoso.

¹³⁴ Estas recomendações surgem pelo facto de a Comissão ter de apresentar, até 1 de junho de 2012, um relatório sobre a aplicação do Regulamento sobre Insolvência adotado em 2000.

¹³⁵ Que consta na Parte 3 da Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de novembro de 2011, “recomendações sobre a insolvência de grupos de empresas”.

cooperação entre órgãos jurisdicionais na coordenação destes processos, através da partilha de informação; coordenação de operações e, elaboração de soluções comuns¹³⁶, (entre outras).

Tendo em conta estas recomendações, a Comissão analisou (após dez anos da entrada em vigor do regulamento) a sua aplicação na prática e considerou necessário alterar o regulamento com vista a sua modernização. Assim em 12-12-2012 apresentou a sua proposta (de revisão do regulamento¹³⁷) ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico. Em geral, a comissão considerou, na avaliação feita ao regulamento, que este não reflete de forma suficiente as prioridades atuais da UE, designadamente para promover a recuperação de empresas em dificuldades, o crescimento sustentável e a preservação do emprego¹³⁸.

Nesta proposta de alteração do regulamento, por parte da Comissão, além do objetivo principal de promover uma «cultura de recuperação das empresas» na UE, a comissão propõe as seguintes alterações:

- i) Alargar o âmbito de aplicação do regulamento, de modo a abranger processos de prevenção de situações de insolvência que visam a recuperação de empresas, passando a incluir os processos híbridos e de pré-insolvência. E a cobertura de uma série mais vasta de processos de insolvência de pessoas singulares;
- ii) Clarificar os critérios de competência (centro dos interesses principais) e melhorar o quadro processual para a análise da competência judiciária;
- iii) Estabelecer um sistema de registos de insolvência interligados a fim de aumentar a transparência para os devedores;

¹³⁶ Cf. Resolução do Parlamento Europeu, de 15 de novembro de 2011, Parte 3: “*recomendações sobre a insolvência de grupos de empresas*”.

¹³⁷ Conforme indicado na proposta apresentada, “o objetivo geral da revisão do Regulamento da Insolvência é reforçar a eficiência do quadro normativo europeu na resolução de casos de insolvência transfronteiriços, a fim de garantir o bom funcionamento do mercado interno e a sua resiliência durante as crises económicas.”.

¹³⁸ Além disso, foram assinalados os cinco problemas principais do regulamento:

- 1) O seu âmbito de aplicação, que não abrange os processos numa fase pré-insolvência nem os «processos híbridos»;
- 2) Dificuldades em determinar qual o estado-membro competente para abrir o processo de insolvência;
- 3) Os processos secundários;
- 4) As normas de publicidade dos processos de insolvência e de reclamação de créditos;
- 5) A falta de normas específicas que regulem a insolvência de empresas multinacionais.

- iv) Aumentar as possibilidades de recuperação de empresas, evitando a abertura de um processo secundário, se os interesses dos credores locais forem garantidos de outra forma;
- v) E fornecer um quadro jurídico para a coordenação dos processos relativos a membros de grupos de empresas¹³⁹.

Como resultado de tudo isto, surge, em 2015, um novo regulamento relativo aos processos de insolvência transfronteiriços - O Regulamento (UE) n.º 2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho¹⁴⁰.

4.4.3. Novo Regulamento (UE) n.º 2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho

Foi publicado, no dia 5 de junho de 2015, no jornal oficial da União Europeia, o novo regulamento relativo aos processos de insolvência transfronteiras, que revoga o Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho. Tem como principais novidades, o seguinte:

i) Alargamento do âmbito de aplicação deste regime, aos processos que promovem a recuperação e revitalização do devedor, sendo atribuída competência ao administrador da insolvência para propor planos de recuperação.

ii) Obrigação dos estados-membros criarem registos destinados à publicação de informações sobre os processos de insolvência. A interligação dos diversos registos de insolvência será assegurada por um sistema descentralizado criado pela Comissão, sendo constituído pelos referidos registos e pelo Portal Europeu da Justiça.

iii) A criação de um conjunto de regras destinadas a regular os processos de insolvência relativos a membros de um grupo de sociedades. Neste âmbito, destaca-se a figura do coordenador de grupo, que tem como funções: identificar e formular recomendações para a tramitação coordenada do processo de insolvência; ser ouvido e participar em qualquer dos processos abertos e, mediar os litígios que surjam entre dois

¹³⁹ Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu - Uma nova abordagem europeia da falência e insolvência das empresas, disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

¹⁴⁰ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

ou mais administradores da insolvência de membros do grupo.

iv) A fim de facilitar a coordenação do processo principal e dos processos secundários de insolvência relativos ao mesmo devedor, foram criadas regras de cooperação e comunicação entre tribunais e, entre estes e os administradores da insolvência, com primazia pela concentração de esforços no processo principal de insolvência, sendo possível obter a dispensa pelo juiz da abertura de processos secundários de insolvência noutros estados-membros¹⁴¹.

Este regulamento n.º 2015/848, entrou em vigor no dia 25 de junho de 2015, e será, apenas, aplicável aos processos de insolvência abertos após 26 de junho de 2017, com exceção do art. 86.º, que é aplicável a partir de 26 de junho de 2016, do art. 24.º, n.º 1, que é aplicável a partir de 26 de junho de 2018 e do art. 25.º, que é aplicável a partir de 26 de junho de 2019.

Em síntese, conforme vimos, este novo regulamento, alarga o âmbito de aplicação do (antigo) regulamento aos processos que promovem a recuperação e revitalização do devedor; fortalece o quadro legal de cooperação e comunicação entre tribunais; melhora a coordenação entre processos de insolvência abertos, quanto ao mesmo devedor e em caso de processos respeitantes a sociedades que façam parte de um grupo e aumenta a publicidade da insolvência através de registos da insolvência pelos estados-membros¹⁴².

A realidade dos grupos de empresas é agora objeto de disposições específicas, onde se prevê a cooperação e comunicação entre os órgãos jurisdicionais e administradores de insolvência, que lidam com processos de insolvência de sociedades coligadas¹⁴³. Contudo, manteve-se a regra clássica “uma pessoa, um património, uma insolvência”, embora nas recomendações do parlamento estivesse presente a agregação de patrimónios, em casos excecionais.

¹⁴¹ Esta dispensa está, no entanto, sujeita à demonstração de que os direitos dos credores locais estão plenamente assegurados, aplicando-se a sua lei para efeitos de privilégios creditórios e graduação de créditos, como se o processo secundário tivesse sido aberto.

¹⁴² Conforme consta no sítio da DGPI.

¹⁴³ Estas regras em matéria de cooperação, comunicação e coordenação no quadro da insolvência de sociedades que façam parte de um grupo só deverão ser aplicáveis na medida em que tenham sido abertos processos relativos a diferentes membros do mesmo grupo de sociedades em mais de um estado-membro.

4.4.4. UNCITRAL – Guia legislativo sobre o regime da insolvência

A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional lançou, em 2010, um guia legislativo sobre o regime da insolvência¹⁴⁴, que contém (exemplos) de medidas que podem ser adotadas pelos estados, nesta matéria da insolvência. Na parte terceira desse guia, vem precisamente, o tratamento que deve ser dado aos grupos de empresas em situação de insolvência. Considerando o tema deste estudo, destacamos apenas as recomendações previstas nessa terceira parte do guia.

Começamos pela permissão de solicitação conjunta de abertura de processo de insolvência de duas ou mais sociedades de um mesmo grupo. Conforme as recomendações 199 a 201, as disposições relativas à solicitação conjunta de abertura do procedimento de insolvência com respeito a dois ou mais empresas de um grupo, ao permitir que as empresas integrantes de um grupo que reúnam as condições para abrir processos de insolvência, o façam conjuntamente, facilita o exame coordenado dos processos de insolvência dessas empresas do grupo. Além de que, habilita o tribunal a obter mais informações acerca do grupo de empresas, o que facilita a determinação, se deve proceder ou não com a abertura de um processo de insolvência a respeito de cada uma dessas empresas do grupo. Promove, ainda, a eficiência e a redução de custos de abertura desses processos. Isto, contudo, não implica o afastamento dos requisitos da insolvência, pois cada empresa individualmente considerada deve reunir as condições exigidas para abertura do processo.

Segundo este guia, quando o regime da insolvência preveja a solicitação conjunta, conforme o indicado na recomendação 199, deve também, especificar quem poderá apresentar esse pedido: dois ou mais empresas de um grupo ou um só credor, desde que seja credor de cada uma das empresas do grupo que inclui na solicitação.

Também vem previsto, nas recomendações da UNCITRAL, a coordenação processual de processos de insolvência abertos a respeito de dois ou mais empresas de um grupo. Segundo as recomendações 202 a 210, o regime da insolvência deve especificar que, os processos de insolvência a respeito de dois ou mais empresas que pertencem a um grupo, podem ser coordenados para fins processuais. A coordenação processual pode consistir, por exemplo, na nomeação de um único ou mesmo administrador da insolvência, na coordenação das audiências ou intercâmbio de

¹⁴⁴ Poderá ser consultado em www.uncitral.org.

informação. O regime da insolvência deve ainda especificar o momento para apresentar o pedido de coordenação processual e as pessoas legitimadas a fazê-lo. O regime também deve indicar que, poderá ser modificado ou revogado esse pedido de coordenação processual, desde que não afecte nenhuma medida ou decisão já adotada a propósito desse pedido

Já à consolidação substantiva, aparece como exceção ao princípio básico da personalidade jurídica própria de cada sociedade, justificada em circunstâncias limitadas. Segundo o disposto, no guia da UNCITRAL (recomendações 219 a 231), o tribunal poderá ordenar a consolidação patrimonial a respeito de duas ou mais empresas de um mesmo grupo, unicamente, nas circunstâncias a seguir indicadas¹⁴⁵:

a) Se o tribunal tiver a convicção de que os ativos e passivos das empresas do grupo afetados estão de tal forma interligados, que não cabe delimitar a propriedade dos bens e das obrigações sem incorrer em gastos e demoras injustificadas.

b) Quando o tribunal estiver convencido de que as empresas de um grupo praticam atividades fraudulentas ou negócios sem legitimidade comercial, e a consolidação patrimonial é essencial para endireitar as ditas atividades ou negócios.

O regime da insolvência deve, também, especificar quem poderá apresentar o pedido de consolidação patrimonial e o momento para apresentá-lo. Tratando-se de grupos de empresas, a legitimidade para apresentar o pedido¹⁴⁶, deverá caber a qualquer empresa do grupo ou credor da empresa, assim como ao representante da insolvência da empresa.

Neste âmbito, o guia faz uma distinção entre a consolidação patrimonial e a coordenação processual e adota o critério de que os tribunais não podem atuar oficiosamente no que diz respeito à consolidação patrimonial, porque a gravidade da medida assim o exige. Por razões de equidade, as partes afetadas devem ser ouvidas e devem poder impugnar a medida.

Quanto ao momento para requerer a consolidação¹⁴⁷, consta do guia que será aconselhável que o regime da insolvência adote um critério flexível, permitindo que o

¹⁴⁵ Previstas nos parágrafos 106 e seguintes do *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, Tercera parte: "Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia (2010)"*.

¹⁴⁶ Previsto nos parágrafos 115 e 116, do *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, Tercera parte: "Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia (2010)"*.

¹⁴⁷ Parágrafos 117 e 118.

pedido seja feito ao apresentar-se a ação de abertura do processo de insolvência ou em qualquer momento posterior, de um processo já aberto.

O regime da insolvência deve precisar os efeitos de uma decisão de consolidação, nomeadamente, que o ativo e passivo de toda a empresa consolidada passam a ser tratados como se formassem parte de uma única massa insolvente e que os créditos contra as empresas do grupo afetadas pela decisão sejam tratados como se fossem créditos contra a única massa patrimonial¹⁴⁸.

É mencionado, que a coordenação dos diversos processos será facilitada, se for nomeado um único ou mesmo administrador da insolvência para administrar as diversas empresas do grupo objeto de um processo de insolvência. A designação de um único representante facilitará a coordenação da administração das diversas massas da insolvência, reduzindo os gastos, as demoras e facilitando a obtenção de informação acerca do grupo¹⁴⁹.

É ainda recomendado que os regimes de insolvência especifiquem o tratamento que deve ser dado às garantias reais, aos direitos e prioridades de um credor coberto por uma garantia real, bem como às reuniões de credores. Ao fim e ao cabo, o procedimento que deve ser adotado após uma ordem de consolidação patrimonial. Em muitos países, como por exemplo em Portugal, o regime da insolvência não regula estas questões.

Como podemos ver, também neste guia legislativo as matérias relativas a insolvência nos grupos de sociedades foi objecto de um tratamento autónomo e específico. De entre as medidas que podem ser adoptadas, encontramos, precisamente, a coordenação dos processos de insolvência e a possibilidade de uma consolidação patrimonial, em circunstâncias limitadas. Apresenta-se, assim, um importante ponto de partida para uma mudança da visão clássica do processo de insolvência.

4.4.4. Breve análise da Ley Concursal espanhola

Analisaremos agora, algumas das normas presentes na lei da insolvência espanhola, que, ao contrário da lei portuguesa, prevê normas específicas para a

¹⁴⁸ Cf. parágrafos 129 a 133.

¹⁴⁹ Ao decidir-se nomear um único ou mesmo representante da insolvência, haverá de se considerar a natureza do grupo, o grau de integração entre as empresas e a sua estrutura comercial. É desejável que esta opção por um só administrador seja em proveito da administração da insolvência enquanto tal.

insolvência nos grupos. Para o nosso estudo, em concreto, importa analisar os artigos 25, 25 bis e 25 ter.

Em matéria de declaração judicial conjunta de processos de insolvência, a lei espanhola, no seu artigo 25, confere legitimidade, para essa solicitação, aos devedores que sejam cônjuges ou que sejam administradores, sócios, membros ou pessoalmente responsáveis pelas dívidas de uma pessoa jurídica, assim como aqueles que formem parte de um mesmo grupo de sociedades. Também os credores podem solicitar a declaração conjunta de insolvência de vários devedores, quando sejam cônjuges; exista entre eles confusão de patrimónios ou façam parte de um mesmo grupo de sociedades.

Neste último caso, a cumulação de processos é uma exigência das relações de poder que existem entre dominante e dominada, em virtude das quais se produz uma unidade económica funcional¹⁵⁰.

O juiz competente para decidir sobre este pedido, no caso de se tratar de um grupo de empresas, é o do lugar onde se encontre a sociedade dominante. Nos casos em que o pedido não diga respeito a esta, será o da sociedade com maior passivo (cf. n.º 4 do art. 25 da Ley Concursal espanhola).

No artigo 25 bis, relativo à “acumulação de processos” (apensação), o legislador permite que qualquer dos devedores ou qualquer das administrações possa solicitar ao juiz, mediante requerimento fundamentado, a “acumulação” de insolvências já declaradas, de quem façam parte de um grupo de sociedades ou quando haja confusão de patrimónios. Na falta de um pedido pelas pessoas acima indicadas, poderá a acumulação ser solicitada por qualquer dos credores, mediante escrito fundamentado.

Nos casos em que a insolvência tenha sido decretada por tribunais diferentes, será competente para a tramitação dos processos acumulados o juiz que tenha decidido a insolvência do devedor com maior passivo, no momento da apresentação à insolvência, ou da insolvência da sociedade dominante. Caso esta não tenha sido declarada insolvente, o primeiro que tenha declarado a insolvência de qualquer das sociedades do grupo.

Vem ainda previsto nesta lei, no âmbito da insolvência nos grupos de sociedades, a tramitação coordenada dos processos, – “artículo 25 ter Tramitación coordinada de los concursos”. Segundo o disposto neste artigo, os processos declarados

¹⁵⁰ Neste sentido, CHAOS, Raquel Rós, *La acumulación de concursos*, Trabajo de Investigación de Doctorado, programa de doctorado del comercio y la contratación, Universitat Autònoma de Barcelona, 2013, p. 86.

conjuntamente ou acumulados (apensados) são tramitados de forma coordenada, sem consolidação das massas. Contudo, excepcionalmente, poderão ser consolidados inventários e listas de credores a fim de elaborar o relatório do administrador da insolvência, quando exista confusão de patrimónios e não seja possível demarcar a titularidade dos ativos e passivos sem incorrer em gastos ou em demoras injustificadas.

151

Como acabámos de ver, esta lei teve em conta os aspetos mais controversos que surgem quando tratamos do tema da insolvência nos grupos de sociedades, questões como a coligação, a apensação, a legitimidade, a competência e tramitação dos processos, estão regulados no capítulo III do título I da Ley Concursal. São precisamente estes aspetos que tratamos neste trabalho e que a lei portuguesa não aborda de forma específica e sobre os quais surgem várias dúvidas.

¹⁵¹ De entre as várias decisões dos tribunais espanhóis sobre este tema, temos o Caso Estructuras Vilanova SA (28/6/2011, AC/2011/2047, Aranzadi Thomson), no qual o juiz de comércio justifica a consolidação pela confusão de patrimónios das três sociedades, porque actuavam como se de uma só sociedade se tratasse, “resulta justificado el levantamiento del velo, para adecuar el tratamiento concursal de estas tres sociedades a la realidad: si operaban frente a terceros como una sola entidad y se valían de los mismos medios humanos y materiales para desarrollar su actividad, resulta justificado consolidar en una sola masa sus activos y en otra sola masa todas sus deudas.”, cf. CHAOS, Raquel Rós, *La acumulación de concursos*, Trabajo de Investigación de Doctorado, programa de doctorado del comercio y la contratación, Universitat Autònoma de Barcelona, 2013, p. 82.

V. Análise de jurisprudência

Tendo por base o tema deste trabalho, serão analisadas neste capítulo, algumas das decisões mais relevantes a que chegaram os nossos tribunais nesta matéria da insolvência nos grupos de sociedades¹⁵². Algumas dessas decisões ainda na vigência do CPEREF e outras já com o regime atual presente no CIRE. Serão sobretudo analisadas as questões relacionadas com a viabilidade de uma ação falimentar em coligação passiva tendo por objeto um grupo de sociedade, a apensação de processos de insolvência de sociedades em relação de domínio e grupo, a questão da liquidação conjunta das sociedades integradas num grupo e a desconsideração da personalidade coletiva.

5.1. Coligação passiva de sociedades em relação de grupo

A propósito da possibilidade de coligação de sociedades em relação de grupo, analisaremos o **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de dezembro de 2003**¹⁵³. A questão, objeto de discussão neste acórdão, prende-se com a admissibilidade de uma coligação passiva de sociedades em relação de grupo, e parte de um pedido de declaração de falência da sociedade “P. – Participações Financeiras, Comerciais e Industriais, SA” e de seis outras sociedades em relação de grupo. Na sequência desse pedido, o Mmº Juiz proferiu despacho de aperfeiçoamento por entender que a ação falimentar não podia prosseguir contra todas as requeridas, mas só contra as duas primeiras, uma vez que o requerente não era credor das restantes.

Inconformado, o requerente agravou deste despacho com fundamento na relação de grupo que existia entre as requeridas e com a possibilidade de coligação passiva estipulada no art. 1.º, n.º 3, do CPEREF (na redação introduzida pelo DL n.º 315/98, 20.10) que dispõe que “é permitida a coligação activa ou passiva de sociedades que se encontrem em relação de domínio ou de grupo, nos termos do Código das Sociedades Comerciais ou que tenham os seus balanços e contas aprovados consolidadamente”. Perante as relações de participação direta e indireta estabelecida entre as sociedades

¹⁵² Disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁵³ Processo n.º 8322/2003-7, (relator: Proença Fouto).

requeridas, perfila-se uma relação de grupo constituída por domínio total subsequente, direto e indireto, da 1.ª requerida com as restantes sociedades requeridas.

Conforme nos é dito no acórdão, nas empresas plurissocietárias as decisões para a vida e o destino da empresa global passam a estar concentradas nas mãos da administração da sociedade-mãe e repercutem-se sobre a posição jurídico-patrimonial dos respetivos sócios, sem que estes tenham sido consultados. Se as sociedades-filhas registarem perdas anuais ou abrirem falência, a sociedade-mãe poderá ser responsável ilimitada e solidariamente perante os credores sociais destas – cf. arts. 501.º e 502.º, “*ex vi*” do artigo 491.º, do CSC. “E, “*in casu*”, apesar de só a sociedade-mãe, 1.ª requerida, e a sociedade-filha, 2.ª requerida, serem devedoras do requerente, o certo é que, tratando-se de sociedades em relação de grupo por domínio total (em que a 1.ª requerida detém direta e indiretamente 100% das participações das outras sociedades requeridas), a falência da sociedade dominante – da 1.ª sociedade requerida – 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, restantes requeridas, esvaziadas de património (e sem sócios). Situação que justifica a aplicação do regime induzido pelo normativo falimentar do n.º 3 do artigo 1.º, do CPEREF.”

Entendeu o tribunal de agravo, neste acórdão, que era viável a coligação passiva apresentada pelo requerente, devendo prosseguir a ação falimentar apresentada¹⁵⁴.

Ainda no âmbito de vigência do CPEREF e sobre o mesmo tema, temos o **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14-12-2004**¹⁵⁵. Neste acórdão o tribunal, perante a questão da possibilidade de coligação passiva de sociedades pertencentes a um grupo, concluiu, também, pela viabilidade da ação falimentar em coligação passiva.

O recurso tem por base um processo judicial, relativo a uma ação especial de falência intentada pela autora B. Lda, contra três sociedades (C, D e E, S.A), em coligação passiva. A autora alegava que as três sociedades requeridas eram sociedades coligadas, que atuavam em perfeita relação de domínio, podendo e devendo ser demandadas conjuntamente como previa o art. 1.º, n.º 3 e arts. 126.º-A, 126.º-B E 142.º,

¹⁵⁴ Vd. Conclusão do acórdão: “É viável uma ação 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. Termos em que se dá provimento ao agravo, revogando-se o despacho recorrido, a dever preferir-se outro a ordenar o prosseguimento da ação falimentar.”

¹⁵⁵ Relativo ao Processo n.º 0326763, (relator: Marques de Castilho).

do CEPEREF. No entanto, o Mm.º. Juiz entendeu que a ação apenas devia seguir em relação a uma das requeridas, sendo que, em relação às outras requeridas deveriam ser instauradas novas ações autónomas, não dando procedimento à coligação passiva requerida pela autora. A requerente, descontente com esta decisão, decidiu interpor recurso, de agravo, solicitando o prosseguimento da ação contra todas as sociedades requeridas, em coligação passiva. Fundamentado esta pretensão na violação e/ou interpretação errada do disposto nos arts. 1.º, n.º 3, 2.º, 2.º-A e arts. 126.º-A, 126.º-C e 142.º, do CEPEREF, feita pelo tribunal *a quo*.

Resumindo, a questão em apreciação consiste em saber se é possível determinar num só processo a verificação dos pressupostos e declaração conjunta do estado de falência das requeridas. O tribunal de recurso entendeu que, embora tenham lugar em simultâneo as respetivas decisões, designadamente as que respeitam às empresas envolvidas entre si, devem necessariamente ser assumidas apenas pelos credores de cada empresa a que a decisão respeita. Não viu motivo para o indeferimento liminar da petição e concluiu pela viabilidade de uma ação falimentar em coligação passiva, tendo como objeto um grupo de sociedades coligadas, em que as relações de crédito invocadas respeitavam as diversas sociedades interligadas entre si.

Em ambos os acórdãos, os tribunais de recurso entenderam ser possível a coligação passiva de sociedades coligadas. No entanto, apenas neste último acórdão é feita referência ao modo como essa coligação, na prática, se processa. Indicando que perante a inexistência de uma norma reguladora, processualmente “ter-se-á que seguir um regime em tudo similar ao das falências derivadas ou conjuntas”.

Como pudemos ver, este mecanismo da coligação passiva facilitava a actuação dos credores e das próprias sociedades insolventes, na medida em que podiam num só requerimento querer a insolvência das sociedades coligadas de que fossem titulares de créditos, além de ser uma opção que resulta em economia processual.

5.2. Apensação de processos de insolvência

No âmbito de vigência do CIRE, e porque a figura da coligação não veio prevista para as sociedades coligadas, o legislador optou por coordenar os processos de insolvência de sociedades coligadas através da apensação. A aplicação desta figura foi objeto de discussão no **Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-01-**

2011¹⁵⁶, onde foi analisada a omissão por parte do administrador da insolvência de apensação de processos de insolvência de sociedades coligadas. No processo de insolvência, objeto deste acórdão, a credora A requereu a apensação de todos os processos de insolvência relativos ao Grupo I, alegando que as sociedades em questão formavam um grupo societário, por domínio total, fundamentando que as várias sociedades tinham sede no mesmo local, administrações comuns e o administrador da insolvência era o mesmo em todos os processos do grupo. Não tendo o administrador da insolvência requerido a apensação dos processos a ora requerente, na qualidade de parte interessada e afetada pela omissão, veio requerer a apensação dos processos de insolvência ao abrigo do art.º 275.º, do CPC, (subsidiariamente aplicável por força ao art.º 17.º, do CIRE). Alegou, entre outros argumentos, que “(...) não se pode interpretar o art.º 86.º, do CIRE, como tratando-se de um poder discricionário do administrador da insolvência, sem que os interessados tenham qualquer possibilidade de reagir contra a omissão deste (...)”.

Sobre este pedido, recaiu despacho de indeferimento, porque o tribunal entendeu que o art. 275.º, do CPC, era inaplicável aos autos, “uma vez que o CIRE prevê normas expressas que regulamentam a matéria em causa nos artigos 85.º e 86.º, pelo que são inaplicáveis (subsidiariamente) as normas do C.P.C. (ex vi do disposto no art.º 17.º do CIRE), cabendo, antes, de acordo com aquelas normas do CIRE (artigos 85.º e 86.º), ao Sr. Administrador de Insolvência requerer a apensação de processos”.

Inconformada com esta decisão, a credora interpôs recurso de apelação, alegando, entre outros argumentos, que “tendo sido separadamente apresentadas à insolvência diversas sociedades do grupo (...), o administrador das várias insolvências - que é o mesmo em todas elas - tem, nos termos do art.º 86.º, do CIRE, o dever, e não apenas o poder, de requerer a apensação dos processos; só assim se materializa o espírito do legislador ao eleger o critério da autonomia patrimonial em detrimento do critério da personalidade jurídica, e só assim é possível compatibilizar o regime do CIRE com o regime dos grupos de sociedades regulado no CSC.” Além disso “a decisão do Administrador, por não ser judicial, não é recorrível, nem a ela a Recorrente pode reagir de nenhuma forma.”. Segundo a requerente não faz sentido que este poder de

¹⁵⁶ Processo n.º 255/10.2T2AVR, pendente no Juízo de Comércio de Aveiro, da Comarca de Baixo Vouga, (relator: Fonte Ramos). A sociedade insolvente nestes autos é uma sociedade gestora de participações sociais (SGPS), tendo assim por único objeto contratual a gestão de participações sociais noutras sociedades, como forma indireta de exercício de actividades económicas.

requerer a apensação recaia em exclusivo no administrador da insolvência.

Por tudo isto, entendeu que “o Despacho recorrido violou o art.º 2.º, do CPC, aplicável por remissão do artigo 17.º, do CIRE, uma vez que impediu a ora Requerente de ver analisada em juízo a sua pretensão de que sejam apensados os processos. O art.º 86.º, do CIRE, na interpretação segundo a qual o Administrador de Insolvência tem, em exclusivo, o poder discricionário de requerer a apensação dos processos, não sendo aplicável nos processos de insolvência o disposto no art.º 275º, do CPC, é inconstitucional, por violação do art.º 20º da Lei Fundamental”¹⁵⁷.

Essencialmente, o que importa saber neste recurso é se a apensação poderia ser determinada pela Mm.^a Juíza *a quo*, independentemente de prévio requerimento do administrador da insolvência, bem como se, apensados os processos, era legalmente admissível a liquidação conjunta dos patrimónios. No caso em análise, o tribunal de recurso entendeu que o administrador da insolvência podia requerer a apensação dos processos de insolvência daquelas sociedades insolventes que se acham em relação de domínio, contudo ele não estava vinculado a requerer essa apensação, “tratando-se antes de uma decisão discricionária da sua parte que o tribunal está vinculado a deferir se for requerida”. Concluiu que, o tribunal não podia ordenar, como solicitou a recorrente, que o administrador da insolvência requeresse a apensação dos referidos processos de insolvência a estes autos.

O tribunal de recurso julgou improcedente a apelação, concluindo que o despacho recorrido não violou qualquer disposição legal ou constitucional e que a interpretação dada ao art.º 86.º, do CIRE, não padece de qualquer inconstitucionalidade.

Não seguimos o entendimento presente nesta decisão do tribunal de recuso, quando entende que o administrador não está vinculado a requer a apensação. Somos da opinião que, num caso como este, em que o administrador omitiu este ato de apensação, deveria ser possível ao juiz ordenar essa apensação ou decidir pela procedência ou não da mesma, nos casos em que é requerida pelo administrador da insolvência.

Como do art. 86.º, do CIRE não se retira a atribuição dessa legitimidade a outros interessados então, deve esta opção representar um dever para o administrador da insolvência, cabendo depois ao juiz avaliar se na prática a mesma é ou não vantajosa. Desta forma, também não concordamos com a opinião segundo a qual a decisão pela apensação representa “uma decisão discricionária “ do administrador que “o tribunal

¹⁵⁷ Quesito 35.º, 36.º e 37.º.

está vinculado a deferir se for requerida”. Entendemos que o juiz não pode, sem mais, aceitar a apensação. Terá de, no exercício da sua competência fiscalizadora, controlar a legalidade deste ato e analisar se, no caso concreto, esta apresenta mais vantagens que desvantagens, nomeadamente para os credores.

5.3. Liquidação conjunta das sociedades insolventes

A questão da liquidação conjunta de sociedades pertencentes a um mesmo grupo também já foi objeto de discussão nos nossos tribunais. No **Acórdão da Relação de Coimbra, de 07-09-2010**¹⁵⁸, considerou-se que a apensação de processos podia ser interpretada extensivamente de modo a permitir, em determinadas condições, uma consolidação patrimonial. No entanto, não foi aplicada no caso concreto, visto não ter sido esse o pedido da recorrente. A situação de facto era, em traços gerais, a seguinte: a sociedade “A”, credora de “B”, sociedade que detém 100% de “C”, que por sua vez detém 98,18% de “D”, que se encontra insolvente, veio deduzir embargos à sentença declaratória da insolvência de “D”, com fundamento no facto de “B” nunca lhe ter pago e o seu património ser insuficiente. Sendo a “B”, credora da insolvente, teria a faculdade, no âmbito do seu direito de crédito, opor embargos à sentença declaratória de insolvência de “D”, nos termos do art. 40 n.º 1, al. d), do CIRE, o que não fez, veio então “A” exercer ação sub-rogatória (art. 606.º, do CC) através dos embargos.

O despacho recorrido indeferiu liminarmente os embargos, com base em dois argumentos: a ilegitimidade ativa da embargante (por falta de verificação dos pressupostos da acção de sub-rogação) e a manifesta improcedência, por falta de fundamento legal (pois a embargante não alegou factos novos suscetíveis de infirmar/afastar a situação de insolvência da devedora). Inconformada, a embargante recorreu de apelação.

A apelante diz que o tribunal não considerou factos (novos) sobre a situação do grupo, por a sociedade “D” estar integrada num grupo societário que constitui uma unidade empresarial, não podendo decretar-se a insolvência de uma sociedade dominada, sem que previamente tenha sido decretada a insolvência da sociedade

¹⁵⁸ Processo n.º 213/10.7T2AVR-A.C1 (relator: Jorge Arcanjo).

totalmente dominante e das restantes do grupo, com vista a uma liquidação comum, ou seja, o objeto da insolvência terá de ser a empresa considerada no seu todo.

O Tribunal da Relação julgou improcedente o pedido da apelante, por entender que os embargos à sentença declaratória de insolvência não são meio adequado para neles se exercer a ação sub-rogatória.

Quanto à questão da liquidação comum, entende este tribunal (neste acórdão) que, embora o CIRE não contenha um regime específico sobre a insolvência no grupo de sociedades, eliminando a coligação, prevista anteriormente no CPEREF passando a estatuir (art.º 86.º, n.º 2) a apensação de processos, deve ser interpretada “extensivamente de modo a permitir, em determinadas condições, uma consolidação substancial, através de liquidação conjunta.”. “Mas uma coisa é a liquidação conjunta através da apensação de processos, na acepção acolhida, outra a impossibilidade legal da insolvência de uma das sociedades do grupo, reivindicada pela apelante.”.

Consideramos que este acórdão é um importante ponto de partida para futuras decisões nesta matéria, pois, pela primeira vez, é, em abstrato, admitida a possibilidade de uma liquidação conjunta das sociedades insolventes pertencentes a um grupo.

No mesmo ano, mas em sentido inverso, pronunciou-se o mesmo tribunal no acórdão de **12-10-2010**. Em causa estava a insolvência de uma SGPS em que o tribunal negou a liquidação conjunta de todo o património das sociedades do grupo, invocando para tal a personalidade distinta de cada uma das sociedades envolvidas. Desta decisão, houve recurso para o Tribunal Constitucional que deu origem ao acórdão n.º 339/2011.

Neste **Acórdão n.º339/2011 (2.ª série), de 7 de Julho de 2011 do Tribunal Constitucional**¹⁵⁹, foram analisadas algumas das questões fundamentais que nos propusemos a desenvolver nesta dissertação. O caso em estudo trata de um recurso interposto pela Aerogroup International Holdings, LLC do acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12-10-2010, no âmbito do processo de insolvência da sociedade Investvar Comercial SGPS, S. A.

Do cômputo geral do recurso interposto, concluiu-se pela apreciação, pelo TC, da constitucionalidade das seguintes normas: artis. 2.º, n.º 1; 9.º, n.º 1; 14.º, n.º 5.º; 78.º, n.º 1, e 86.º, n.º 2, do CIRE, 692.º, n.º 1 e 4, do CPC, 501.º e 503.º, n.º 4, do CSC, e 5.º, n.º 1, al. a), do Decreto -Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro.

A matéria que importa tomar em consideração neste acórdão resume-se a três

¹⁵⁹ Relativo ao Processo n.º 822 10 – 3ª secção – Tribunal Constitucional

questões:

1.ª questão: A existência ou não de apensação necessária nos processos de insolvência de várias sociedades em relação de grupo por domínio total¹⁶⁰?

2.ª questão: Quando estejam em causa processos de insolvência de várias sociedades em relação de grupo por domínio total, esta situação implica a apensação dos processos e a liquidação conjunta dos patrimónios?

3.ª questão: Cabe ao juiz ordenar ao administrador da insolvência que requeira a apensação dos processos de insolvência¹⁶¹?

Relativamente à primeira questão, o tribunal entende que não é inconstitucional a interpretação das normas do art. 2.º n.º 1. al. a) e art. 86.º, n.º 2, do CIRE, no sentido de não existir apensação necessária. Considera que tal apensação não é legalmente imposta com carácter necessário e que tem apenas efeitos processuais, mantendo-se as massas insolventes autónomas, com os respetivos ativos e passivos e responsabilidades separadas. A apensação não tem efeitos de consolidação material, não afastando 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. Argumentou-se 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. Reflete, simplesmente, a situação jurídica em que se encontravam enquanto credores de entes patrimonialmente autónomos”.

Não julga inconstitucionais as normas extraídas dos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 86.º, n.º 2, do CIRE, e arts. 501.º e 503.º, n.º 4, do CSC quando interpretadas no sentido de não existir apensação necessária dos processos de insolvência de várias sociedades em relação de grupo por domínio total. Não julga inconstitucional a norma extraída do arts. 78.º, n.º 1, do CIRE, interpretada no sentido de que, quando estejam em causa processos de insolvência de várias sociedades em relação de grupo por domínio total, a prossecução do interesse comum dos credores não implica a apensação dos processos e a liquidação conjunta dos patrimónios.

Quanto a questão da apensação e liquidação conjunta, o TC limitou-se a remeter,

¹⁶⁰ A recorrente apresentou alegações no sentido de ser declarada a inconstitucionalidade, (por violação dos artigos 13.º e 62.º da CRP) das normas extraídas dos artigos 2.º, n.º 1, alínea a), e 86.º, n.º 2, do CIRE e arts. 501.º e 503.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais quando interpretadas no sentido de não existir apensação necessária dos processos de insolvência de várias sociedades em relação de grupo por domínio total, em ordem à liquidação conjunta dos seus patrimónios:

¹⁶¹ Sobre a constitucionalidade da norma vertida no n.º 2 do art.º 86, do CIRE.

por identidade de razão, para a decisão relativamente à pretensão de inconstitucionalidade das normas das normas extraídas do artigo 2.º, n.º 1, alínea a), e 86.º, n.º 2, do CIRE e arts. 501.º e 503.º, n.º 4, do CSC. Ou seja, a resposta a esta questão é idêntica à 1.ª questão, não considerando inconstitucional a interpretação dessas normas no sentido de não existir apensação necessária.

Em matéria de legitimidade para requerer a apensação (3.ª questão), o TC não julga inconstitucional a norma do art. 86.º, n.º 2, do CIRE, na dimensão em que dela se conhece e da qual resulta que não cabe ao juiz ordenar ao administrador da insolvência que requeira a apensação dos processos de insolvência. Segundo o tribunal a “(...) apensação dos processos de insolvência tem meros efeitos processuais. Destina -se a obter vantagens de economia processual, em sentido amplo, e a potenciar as melhores condições da realização do interesse comum dos credores (...)”. Ora, sendo o administrador da insolvência um órgão da insolvência ao qual compete agir de molde a que se atinja pela forma mais eficiente possível a satisfação dos direitos dos credores, “(...) ao optar por requerer ou não requerer a apensação de processos de insolvência o administrador não está a decidir qualquer conflito de interesses públicos e privados, mas a avaliar o que melhor serve à prossecução do interesse comum dos credores”. Ademais, “(...) o reconhecimento dessa prerrogativa de avaliação é inerente ao carácter gestor e não adjudicatório da opção de requerer ou não a apensação. Decidir sobre eventual requerimento formulado por qualquer interessado e dirigido ao juiz é que respeitaria à reserva de função jurisdicional e à tutela jurisdicional efectiva. O que não é o caso de reclamação contra deliberação da assembleia de credores que (implicitamente) aprova a opção do administrador de não requerer a apensação de processos de insolvência.”

Neste acórdão não fica clara a questão de quem tem legitimidade para requerer a apensação, apenas se refere que não cabe ao juiz ordenar ao administrador da insolvência que requeira a apensação de processos. Sabemos que, de acordo com a nossa lei, essa legitimidade foi atribuída ao administrador da insolvência, cfr. art. 86.º, n.º 1 “a requerimento do administrador da insolvência são apensados aos autos (...)” mas, e como refere o acórdão, esta opção de apensação “destina-se a obter vantagens de economia processual, em sentido amplo, e a potenciar as melhores condições da realização do interesse comum dos credores”. Pelo que, não vemos entrave a que esta opção possa partir da iniciativa do juiz.

Em relação à consolidação substantiva, o entendimento do TC é que a mesma

não é imposta constitucionalmente, isto não significa que seja proibida. Em certas circunstâncias, como referimos, poderá ser a melhor opção, para garantir a equidade entre os credores.

5.4. Desconsideração da personalidade coletiva

As relações de domínio, como já tivemos oportunidade de referir, não estão sujeitas a um regime especial de responsabilidade, contudo a influência dominante, característica básica destas relações, pode dar origem, na prática, a grupos de facto, existindo um verdadeiro poder de direção da dominante sobre a(s) dominada(s). O que acontece nestes casos? Qual o regime a aplicar?

No **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4-10-2011**¹⁶² foi analisada uma decisão da primeira instância relativa ao decretamento do arresto de um bem¹⁶³ que foi vendido pela requerida “C” ao terceiro requerido “D”. A ação proposta pela requerente contra a primeira requerida visava a condenação desta no pagamento do crédito de que a requerente era titular em relação ao BPP¹⁶⁴. Face ao estatuído no art. 501.º, do CSC, a requerente tinha um direito de crédito sobre a primeira requerida “B”, no montante de 54.378.430,30 €, porque entre esta e o BPP existia uma relação de grupo por domínio total.

Tendo em conta que o BPP era o principal ativo do grupo empresarial (de que a primeira requerida é dominante) e que este se encontrava em situação de insolvência era elevada a probabilidade da primeira requerida (“B”) ficar insolvente. Desta forma vem a requerente por este meio solicitar o arresto do bem (ações) vendido pela segunda requerida ao terceiro requerido, pois aquela alienação provocava uma diminuição da

¹⁶² Processo n.º 646/11.1TVLSB-B.L.1-1, onde estão presentes as seguintes relações intersocietárias:

“B” (1.ª requerida) detém a totalidade do capital social de “F”.

“F” detém a totalidade do capital social de “C” (2.ª requerida) e de “E”

“B” detém por via indireta participação de 100% no capital de “C” e “E”

“B” detém a totalidade do capital social do BPP (agora em liquidação)

BPP era o principal ativo do grupo empresarial (com a sua insolvência, o património executável da primeira requerida reduziu-se substancialmente).

¹⁶³ 16.693.894 ações representativas de 13,7 % do capital social da requerente, vendidas pela 2.ª requerente ao 3º requerido.

¹⁶⁴ Em 2008, a requerente depositou no BPP a quantia de 53.380.995,00€

garantia patrimonial constituída pelo património da primeira requerida – “B”.

O primeiro problema que resulta desta situação é que a alienante (“C”) não é devedora da requerente. A devedora é a primeira requerente (“B”), ou seja, a requerente não é credora da alienante. Contudo, se tivermos em conta que a devedora detém indiretamente o domínio total da alienante já podemos justificar esta atuação da requerente. Este tribunal entendeu que, entre as sociedades, existe uma relação de domínio grupal e este tipo de relações de domínio funciona de acordo com uma lógica de “grupo”, o que, em alguns casos, poderá causar prejuízos significativos aos credores. A atuação de “C” ao alienar as ações em causa “é de molde a prejudicar a requerente enquanto credora da sociedade dominante, (a requerida “B”), ao provocar um agravamento da impossibilidade de obter a satisfação integral do seu crédito, face a desvalorização da participação social desta última na “F””.

Os factos apresentados¹⁶⁵ no acórdão indiciavam que existia uma subordinação da “C” a uma direção económica unitária exterior e apontavam no sentido da existência de um controlo absoluto da “B” relativamente às suas participadas. Tendo por base estes factos conhecidos e outros, o tribunal entendeu que era possível inferir que “C” ao alienar as ações tinha conhecimento da situação patrimonial da devedora e estava consciente do prejuízo que causava à credora (requerente) da “B”.

Decidiu o tribunal que numa situação como as dos autos (em que se apurou que a sociedade-mãe tinha um efetivo e completo domínio de facto sobre a sociedade-filha e, através desta, sobre a sociedade-neta) deve derogar-se o princípio da separação “e proceder ao levantamento da personalidade colectiva de C, imputando à B o acto jurídico, formalmente assumido por aquela”.

Também no acórdão do **Tribunal da Relação de Lisboa, de 31-05-2011**¹⁶⁶, entendeu-se que deveria haver desconsideração da personalidade jurídica das sociedades, concluindo-se que “A situação em que um grupo de sócios age como se não existisse separação entre o património das várias sociedades que dominam, gerindo-as como se uma só sociedade se tratasse, verificando-se uma total dependência económica entre as várias sociedades, configurando uma mistura de esferas jurídicas e de patrimónios, é passível de conduzir à desconsideração da personalidade jurídica de tais

¹⁶⁵ Nomeadamente, que “C” tem a sua sede no mesmo local da “B”, os administradores de “C” e “F” fazem parte do conselho de administração da “B”. A detenção por “B” de 100% do capital da “F”, e indiretamente de “C” também.

¹⁶⁶ Relativo ao Processo n.º 7857/06.0TBCSC.L1-7 (relatora: Maria João Areias).

sociedades”. “Apresentando-se um grupo de sociedades sob uma lógica de interesses comuns e até mesmo uma personalidade comum, implicando uma mitigação da personalidade individual de cada sociedade pertencente ao grupo, o recurso ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica permitirá que uma sociedade possa vir a ser responsabilizada por dívidas de outra sociedade”.

O instituto da desconsideração da personalidade coletiva tem sido aplicado, nas sociedades coligadas, para casos, como os referidos supra, em que uma sociedade detém poderes de direção e influência sobre outras sociedades, (os chamados grupos de facto). Isto porque, nestas situações de domínio a sociedade dominante detém sobre a sociedade dominada uma influência dominante, suscetível de condicionar e/ou prejudicar a gestão da dominada, mas não esta sujeita a um regime de responsabilidade especial, ao contrario dos grupos de direito.

Para suprir a ausência de um regime de responsabilidade específico para estes casos, a doutrina e jurisprudência nacional tem recorrido a várias soluções. Uma delas é a desconsideração da personalidade coletiva¹⁶⁷, que permite levantar a personalidade coletiva das sociedades e responsabilizar a dominante pelas obrigações da dominada.

Se para estes casos de domínio, em que o legislador considerou não ser necessário estabelecer um regime de responsabilidade especial, a solução da jurisprudência tem sido levantar a personalidade coletiva das sociedades e responsabilizar a dominante pelas obrigações da dominada, quando não exista separação entre o património das várias sociedades, então para as relações de grupo (de direito), onde o legislador prevê expressamente um regime de responsabilidade especial, por reconhecer a necessidade de proteger os credores e sócios nestas relações, o resultado final deveria ser idêntico. Ou seja, tratar as sociedades como uma unidade empresarial, procedendo a liquidação conjunta das sociedades, sempre que entre elas exista uma unidade substancial e as circunstâncias concretas do caso o reclamem, a fim de garantir um tratamento igualitário entre os credores.

A aplicação do art. 501.º, do CSC, deve ter como consequência, em caso de insolvência das várias sociedades do grupo, o tratamento unitário do grupo, através da adequação processual do art. 86.º, do CIRE, a realidade fáctico das sociedades que são geridas como uma unidade.

¹⁶⁷ Outras soluções propostas para esta lacuna, é a aplicação analógica do regime dos grupos – art. 501.º do CSC, ou a interpretação extensiva do art. 8.º, do CSC – a responsabilização da sociedade dominante como gerente de facto.

Conclusões

A escolha deste tema, da insolvência nos grupos de sociedades, advém da relevância que os grupos de sociedades assumem no contexto atual da globalização, assim como pelo facto de em Portugal a insolvência ser um problema atual, quer para as pessoas singulares quer para as empresas, verificando-se um aumento significativo, ao longo dos últimos anos, do número de empresas que são declaradas insolventes¹⁶⁸.

Do leque de empresas declaradas insolventes encontramos as sociedades coligadas, nomeadamente, sociedades em relação de grupo.

Os grupos de sociedades representam uma forma alternativa aos tradicionais modelos organizatórios da empresa individual, são uma técnica de organização da atividade empresarial, em sociedades distintas, que permite uma eficiente exploração da atividade económica. Esta técnica de organização, fruto da era da globalização, permite uma maior limitação do risco do negócio, uma redução de custos de transação e uma melhoria do rendimento financeiro, ao permitir que o grupo diversifique e distribua as suas atividades comerciais entre diversos tipos de sociedades.

Como vimos, a empresa plurissocietária caracteriza-se por representar uma verdadeira união de empresas, cuja especificidade reside na tensão típica entre unidade económica do todo e pluralidade jurídica de partes. Este tipo de organização acarreta riscos acrescidos tanto para os sócios minoritários como para os credores. Os primeiros poderão ser privados de dividendos e os segundos do reembolso dos seus créditos, na medida em que as transferências operadas intragrupo, poderão dissipar o património da sociedade, a principal garantia dos seus créditos. Com efeito, estas relações de grupo foram dotadas de um regime excecional, previsto no título VI, do CSC, voltado para a tutela dos credores sociais e sócios minoritários, com consequências próprias.

Este regime caracteriza-se assim por perspetivar esta problemática dos grupos exclusivamente no ângulo da sociedade-filha, “de cima para baixo”, desenvolvendo mecanismos de proteção para estas. No entanto, os efeitos provocados por este tipo de estruturas projetam-se, igualmente, na cúpula grupal, ao nível dos acionistas, na medida em que aumenta os poderes da administração ou direção em detrimento da assembleia-

¹⁶⁸ Segundo o Observatório Raciús, em estatísticas sobre o Mundo empresarial em Portugal, no resumo de 2015 (até julho de 2015) havia 7.341 Empresas em processo de insolvência/revitalização em Portugal no ano de 2015. Um número significativo em comparação com 2007, em que o número era bem menor. De acordo com o resumo de 2007, havia 2.895 Empresas em processo de insolvência/revitalização em Portugal. Informação disponível em: www.recius.com.

geral. São os administradores da sociedade-mãe que exercem os direitos sociais dos acionistas da sociedade-mãe (resultantes das participações detidas) na sociedade-filha. E o governo das sociedades, através do exercício do poder de direção. As decisões fundamentais estão nas mãos desta administração do topo e pode repercutir-se negativamente sobre os acionistas da dominante e credores sociais, pois há uma ampliação da esfera de risco empresarial. A sociedade-mãe pode vir a ser chamada para responder pelas obrigações das sociedades-filhas em caso de insolvência destas.

Foi neste contexto de insolvência de sociedades pertencentes a um grupo, que centramos o nosso estudo.

Através da análise do regime actual, concluímos que existe uma carência de regulamentação específica e adequada, para estes casos de insolvência nos grupos, que permita acautelar os interesses de todas as partes envolvidas.

Além de não conter um regime específico aplicável à insolvência nos grupos de sociedades, o legislador eliminou a coligação, prevista anteriormente no CPEREF (redação do DL n.º 315/98, de 20/10) passando a estatuir como único mecanismo de articulação desses processos - a apensação de processos, prevista no art.º 86.º, n.º 2. Segundo o disposto neste normativo, é possível à apensação de processos em que tenha sido declarada a insolvência de sociedades que, nos termos do CSC, ela domine ou com ela se encontrem em relação de grupo. Contudo, não estabelece, as consequências que dela advém, nem como se opera na prática, não esclarecendo várias questões fundamentais que surgem neste âmbito.

A tramitação dos processos de insolvência de sociedades de um grupo económico pode fazer-se de duas formas: ou analisando e liquidando o património de cada uma das sociedades separadamente, ou apensando os processos e liquidando o património das sociedades como se de um só se tratasse. A opção por qualquer uma desta vias tem as maiores implicações no produto final que os credores das várias sociedades irão receber.

Se forem abertos diversos processos de insolvência relativos a várias sociedades do mesmo grupo, deverá haver, na nossa opinião, uma apensação obrigatória dos mesmos, de modo a garantir uma gestão eficiente dos processos de insolvência¹⁶⁹.

E havendo uma efetiva unidade económica no grupo, fundamentada, entre outros

¹⁶⁹ Caso se opte pela recuperação das empresas, esta medida também permite uma melhor coordenação dos processos de insolvência dos membros de um grupo de sociedades, pois permite uma recuperação coordenada do grupo.

fatores, na confusão de patrimónios das sociedades coligadas (sem possibilidade de desagregação dos patrimónios, sem incorrer em custos) e na confiança dos credores na unidade do grupo, o n.º 2 do art. 86.º deve alargar as suas consequências e permitir, além da apensação de processos, uma consolidação substantiva, através da aplicação, pelo juiz, do princípio da adequação formal previsto no art. 547.º, do CPC. Desta forma é possível dar um tratamento igualitário a todos os credores e corrigir as desigualdades que resultam do regime atual.

Deste modo, com a declaração de insolvência das sociedades do grupo, o património da(s) sociedade(s) dependente(s) não representa um benefício exclusivo dos credores desta, em prejuízo dos credores da sociedade dominante, introduzindo desta forma um meio de combater a desigualdade entre os credores de um mesmo grupo, que, enquanto solvente, foi gerido como um todo, com uma política económico-empresarial comum a todas as empresas que o compõe.

A apreciação conjunta é indispensável para a justa composição do litígio, a separação dos patrimónios e a afetação exclusiva do património a determinados credores vai criar um resultado que a lei quis evitar ao estabelecer o regime legal dos grupos de sociedades, bem como ao definir que a finalidade principal do processo de insolvência é o pagamento aos credores através da liquidação do património responsável.

Se, frente aos credores, é invocada a solvência patrimonial conjunta do grupo como elemento de garantia, passando a imagem de unidade económica e patrimonial do grupo, não parece razoável que, no momento em que as sociedades estão insolventes, essa imagem deixe de funcionar¹⁷⁰.

Esta solução é, sobretudo para os grupos por domínio total, a que assegura uma justa e mais célere distribuição da massa patrimonial entre os credores. Pois neste tipo de coligação haverá, na maioria das vezes, uma impossibilidade prática de separação dos respetivos patrimónios devido aos frequentes fluxos patrimoniais entre as sociedades.

Caberá ao juiz avaliar se, no caso concreto, estão presentes aqueles fatores que indicam que há uma unidade económica de todo o grupo e, avaliar se, nesses casos, a consolidação substantiva apresenta vantagens para o caso concreto.

¹⁷⁰ “A confiança no grupo não deve servir só para contrair dívidas”, MACHADO, Sara Monteiro Maia, *A insolvência nos grupos de sociedade: o problema da consolidação substantiva*”, em Revista de Direito das Sociedades, Ano V, n.º ½, Almedina, Coimbra, 2013, p.

No decurso da nossa exposição, tivemos a oportunidade de constatar que este problema da insolvência nos grupos tem sido objecto de discussão nos nossos tribunais, assim como no espaço europeu, onde a preocupação para regulamentação actual destas matérias tem sido evidente, com vista a melhorar a eficácia e eficiência dos processos de insolvência transfronteiriços. Dos vários documentos emitidos a propósito destas matérias, destacamos as recomendações do parlamento europeu aquando da revisão do Regulamento (CE) n.º 1346/2000, onde encontramos a visão por nós acolhida, no sentido de agregação dos patrimónios de sociedades agrupadas, a título excepcional. Nos casos de impossibilidade de determinação dos bens que pertencem a cada um dos devedores ou os créditos inter-empresas. Assim como o guia da UNCITRAL sobre o regime da insolvência que admite a consolidação patrimonial, em circunstâncias limitadas.

Também nos nossos tribunais este tema tem sido objeto de análise. Todavia, para as várias questões propostas e apresentadas não há, na jurisprudência portuguesa, decisões uniformes que acompanhem a realidade actual dos grupos. Permanece, uma clara preferência pela visão clássica das sociedades, autónomas e com personalidade próprias, mesmo quando estão coligadas com outras sociedades e em situação de insolvência.

Em face do exposto, cremos que a criação de uma regulamentação mais clara e específica para a insolvência nos grupos de sociedades, revelar-se-ia a solução mais desejável e benéfica, quer para a tutela dos credores sociais, quer para a sociedade em geral. Na sua ausência, resta considerar a apensação de processos de insolvência (prevista no art. 86.º, n.º 2, do CIRE) como obrigatória, e suscetível de originar uma consolidação substantiva, sempre que os elementos do caso concreto indiquem a existência de uma verdadeira unidade económica do grupo, e a solução vise alcançar vantagens ou evitar desvantagens.

Bibliografia

ALVES, Lurdes Dias, *Os efeitos jurídicos declaração de insolvência*, Lisboa, Quorum, 2014;

ANTUNES, José Engrácia, *A supervisão consolidada dos grupos financeiros*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000;

ANTUNES, José Engrácia, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2002;

ANTUNES, José Engrácia, *Os poderes nos grupos de sociedades. O papel dos accionistas e dos administradores na formação e na direcção da empresa de grupo*, em *Problemas do Direito das Sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, 2003, 153-165;

BRITO, Maria Helena, *Falências internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, em *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Edição especial – *Novo Direito da Insolvência*, 2005, pp. 183-200;

Boletín Oficial del Estado, Madrid, *De la consolidación*, Ministerio de Justicia, 2010;

BOTELHO, João, *Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas - Notas de Jurisprudência*, 3.^a edição, Nova Causa - Edições Jurídicas, 2013;

CHAOS, Raquel Rós, *La acumulación de concursos*, Trabajo de Investigación de Doctorado, programa de doctorado del comercio y la contratación, Universitat Autònoma de Barcelona, 2013;

CNUDMI, *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, Tercera parte: “Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia” (2010)*, disponível em <http://www.uncitral.org/>;

Código das Sociedades Comerciais em comentário, volume II, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, n.º 7, Almedina, Coimbra, 2012;

CORDEIRO, António Menezes, *Perspectivas evolutivas do Direito da insolvência*, em *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 551-591;

CORDEIRO, António Menezes, *O princípio da boa-fé e o dever de renegociação em contextos de “situação económica difícil”*, em II Congresso de Direito de Insolvência, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 11-68;

EPIFÂNIO, Maria Do Rosário, *Manual de Direito de Insolvência*, 4.^a edição. Almedina, Coimbra, 2012;

FERNANDES, Luís Carvalho, *O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas na evolução do regime da falência no Direito português*, em Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, Vol. III, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 1183-1221;

FERNANDES, Luís Carvalho e João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris, Reimpressão, Lisboa, 2009;

FERNANDES, Luís Carvalho e João Labareda, *De volta à temática da apensação de processos de insolvência (em especial, a situação das sociedades em relação de domínio ou de grupo)*, em Direito das Sociedades em Revista, Ano 4, vol. 7. Almedina, Coimbra, 2012, pp. 133-173;

FERREIRA, José Gonçalves, *A Exoneração do Passivo Restante*, 1.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013;

GIL, Monica Lorena Junguito, *Da Insolvência: No CIRE e no Regulamento n.º 13461/2000 de 29 de Maio*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2011;

LABAREDA, João, *O novo Código da insolvência e da recuperação de empresas, alguns aspectos mais controversos*, em Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, n.º 2, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 9-49;

LEITÃO, Luís de Menezes, *Direito da Insolvência*, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2011;

LEITÃO, Luís de Menezes, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 6.^a edição, Almedina, 2012;

MACHADO, Sara Monteiro Maia, *A insolvência nos grupos de sociedade: o problema da consolidação substantiva*”, em Revista de Direito das Sociedades, Ano V, n.º ½,

Almedina, Coimbra, 2013, pp. 339-367;

MARTINS, Alexandre de, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015;

MARTINS, Luís M., *Processo de Insolvência*, 3.^a edição, Almedina, 2014;

NETO, Francisco dos Santos Amaral, *Os Grupos de Sociedades*, em Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, n.º 2, Set.1987, pp. 589-613;

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *A insolvência nos grupos de sociedade: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupos*, em Revista de Direito das Sociedades Ano I, n.º 4, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 995-1028;

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Menezes Cordeiro (coord.), Almedina, Coimbra, 2009, arts. 481.º - 508.º CSC;

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Os Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade. Por um critério unitário de solução do “conflito do grupo”*, Tese de Doutoramento em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, Capítulo IV;

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Ainda sobre a liquidação conjunta das sociedades em relação de domínio total e os poderes administrados da insolvência: a jurisprudência recente dos tribunais nacionais*, em Revista de Direito das Sociedades Ano III, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 713-733;

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *Insolvência nas sociedades em relação de grupo: de novo pela consolidação substantiva das massas patrimoniais*, I Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 290-306;

Parlamento Europeu, Resolução de 15 de novembro de 2011, Parte 3: “*recomendações sobre a insolvência de grupos de empresas*”, disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/>;

PINHEIRO, Luís de Lima, *O regulamento comunitário sobre insolvência – uma introdução*, em Nos anos 20 de Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, volume III. Coimbra Editora, 2007, pp. 153-198;

PRATA, Ana; Jorge Morais Carvalho; Rui Simões, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, anotado*, Almedina, 2013, arts. 85.º a 88.º;

RAMOS, Maria Elisabete Gomes, *A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português*, disponível em: <http://www.ies.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/viewFile/4548/3414>;

RIBEIRO, Maria de Fátima, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009;

SERRA, Catarina, *O código da insolvência e a recuperação das empresas e o direito registral*, Nos anos 20 do código das sociedades comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Volume II, Coimbra Editora, 2007, pp. 505-522;

SERRA, Catarina, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012;

SERRA, Catarina, *Insolvência transfronteiriça – Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português*, em *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 5, vol. 10, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 97-147;

SILVA, Maria Pinto da, *O cômputo da participação social no regime das sociedades coligadas*, em *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2009, ano L, n.º 1-2, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 59-151;

SILVA, Fátima Reis, *Algumas questões processuais no código da insolvência e da recuperação de empresas, uma primeira abordagem*, em *Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho*, n.º 2, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 51-80;

SIMÕES, Ana Raquel Lopes, *A insolvência das sociedades coligadas e dos grupos de sociedades*, Relatório da Seminário de Direito Comercial II, Curso de Mestrado 2005/2006, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006;

TERRÍVEL, Rita, *O levantamento de personalidade colectiva nos grupos de sociedades*, em *Revista de Direito das Sociedades*, Ano IV, n.º 4, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 935-1007;

VENÂNCIO, Ricardo Oliveira, *A consolidação da responsabilidade do grupo perante os credores sociais*, Dissertação de Mestrado no âmbito do Curso de Mestrado Forense da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2013;

XAVIER, Cecília, *Coligação de Sociedades Comerciais*, em *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 53, vol. III, Lisboa, (1993), pp. 575-607.