



UNIVERSIDADE
DE LISBOA

Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito

**APLICAÇÃO DO ARTIGO 490.º DO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS
AQUISIÇÃO TENDENTE AO DOMÍNIO TOTAL**

Mestrado Profissionalizante em Direito
Ciências Jurídico-Empresariais

Autor

Jorge Alexandre de Barros Raimundo

Professora Orientadora
Professora Doutora Ana Perestrelo de Oliveira

2016

*Realidade, logo reconhecimento jurídico;
reconhecimento jurídico, logo perigo;
perigo, logo remédios.*

Raúl Ventura

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Ana Perestrelo de Oliveira, orientadora da dissertação, pela inteira disponibilidade e apoio à realização deste trabalho.

A todos os Docentes que me acompanharam ao longo de vários anos de estudo, e que me possibilitaram a presente realização.

Aos meus amigos, e a todos os elementos da Equipa de Futebol da Faculdade de Direito de Lisboa, que com todo o seu companheirismo e apoio incondicional, dia após dia, me incentivaram nesta fase da minha carreira.

À minha família, em particular, aos meus Pais, Irmã e querida Avó, a quem deixo um agradecimento especial, por todo o apoio, carinho e dedicação que me têm proporcionado e permitido concluir mais uma etapa da minha vida, pessoal e profissional.

RESUMO

Com a presente dissertação, procurou-se realizar um trabalho que reunisse os necessários conhecimentos relativos à matéria dos grupos de sociedades, tendo como principal enfoco a figura jurídica estabelecida no artigo 490.º do Código das Sociedades Comerciais - Aquisição Tendente ao Domínio Total. Como parte integrante deste trabalho, foi feita uma breve abordagem de determinados instrumentos jurídicos, que pelo seu conteúdo e incidência, se devem clarificar, sob pena de se permeabilizarem ao conflito com a figura dos grupos de sociedades. Assim, pela absorção dos conhecimentos primários, se releva o estudo para os redutos complexos do tema, donde serão abordados de forma incisiva os pressupostos de aplicação plasmados no artigo 490.º. Esta figura, seguindo o encadeamento jurídico adotado pelo legislador, encontra-se estabelecida numa aqui denominada, *legal bridge*, entre o término de uma relação de domínio qualificado e o pretense início de uma relação de grupo, por domínio total superveniente. A emergência deste mecanismo surge no nosso regime, para fazer face a dissidências próprias que se foram constatando, fruto da evolução das próprias formas e relações jurídicas entre sociedades.

Ao regime legal das sociedades em relação de grupo, pela aplicação deste mecanismo de saída forçada de sócios minoritários, donde se extrai o conceito de aquisições e alienações potestativas, acabou por se abrir a discussão, no que concerne ao eventual desrespeito por vários princípios constitucionais, como seja o princípio da igualdade, propriedade privada e de livre iniciativa económica. Desde já se refere, que se acompanha a vasta doutrina e jurisprudência, que defende a não inconstitucionalidade da norma, resguardada pelo equilíbrio entre a realidade constitucional e a realidade económico/societária.

Palavras-chave: Direito das Sociedades Comerciais – Grupos de Sociedades – Aquisição Tendente ao Domínio Total – Pressupostos – Constitucionalidade.

ABSTRACT

The aim of the present dissertation was to carry out a work that would gather the necessary knowledge concerning the matter of Corporate Groups, focusing mainly, for the purpose of the present subject, on the legal figure established in article 490 of the Code of Commercial Companies, Acquisition Leading to Full Control. As part of this work, a brief approach is done to certain legal instruments that, due to their contents and incidence, must be clarified, under penalty of permeability to conflict with the figure of Corporate Groups. Hence, by absorbing the primary knowledge, one directs the study to the complex aspects of the subject, incisively approaching therein the application assumptions established in Article 490 of the Code of Commercial Companies. This figure, following the legal chain adopted by the legislator, is established in a so-called *legal bridge*, between the terminus of a relation of qualified control and the intended beginning of a group relation, due to supervening full control. The emergence of this mechanism occurs in our regime to face the own dissidences that were ascertained, a result of the evolution of the very legal forms and relations between companies.

The legal regime of companies in a group relation, by applying this mechanism for the forced exit of minority partners whence arises the concept of compulsory acquisitions and alienations, was ultimately open to discussion, as far as the eventual breach of several constitutional principles such as the principle of equality, private property and free economic initiative. Let it be hereby stated that we follow the vast doctrine and case law, which sustains the non-unconstitutionality of the standard, safeguarded by the balance between constitutional reality and economic/corporate reality.

Keywords: Commercial Corporate Law – Corporate Groups – Acquisition Leading to Full Control – Assumptions – Constitutionality.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| 1. PARTE GERAL | 13 |
| 2. INSTRUMENTOS AFINS | 16 |
| 2.1 Fusão de Sociedades | 16 |
| 2.2. Sociedades Gestoras de Participações Sociais | 18 |
| 2.3. Agrupamento Complementar de Empresas | 20 |
| 2.4. Consórcio | 21 |
| 3. SOCIEDADES COLIGADAS | 22 |
| 3.1. Origem | 22 |
| 3.1.1. Âmbito de aplicação pessoal | 24 |
| 3.1.2. Âmbito de aplicação espacial | 26 |
| 3.2. Sociedades em relação de simples participação | 29 |
| 3.3. Sociedades em relação de participações recíprocas | 29 |
| 3.4. Sociedades em relação de domínio | 30 |
| 3.5. Sociedades em relação de grupo | 32 |
| 3.5.1 Domínio total inicial | 33 |
| 3.5.2. Domínio total superveniente | 35 |
| 4. ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS | 37 |
| 4.1 <i>Compulsory Acquisition</i> no Direito Britânico (Sec. 974 e ss.) | 38 |
| 4.2. A <i>Eingliederung</i> no Direito Germânico | 40 |
| 4.2.1. Contratos de Domínio – <i>Beherrschungsvertrag</i> (§291 do <i>AktG</i>) | 41 |
| 4.2.2. Incorporação por maioria de capital – <i>Eingliederung</i> (§§319 a 327 do <i>AktG</i>) | 42 |
| 4.3. A Subsidiária Integral no Direito Brasileiro (§251 e ss.) | 44 |
| 5. AQUISIÇÃO TENDENTE AO DOMÍNIO TOTAL | 45 |
| 5.1. Genealogia do conceito | 45 |
| 5.2. Constitucionalidade | 47 |
| 5.2.1. Princípio da Igualdade (Art. 13.º) | 49 |
| 5.2.2. Princípio da Proporcionalidade (Art. 18.º, n.º 2) | 50 |
| 5.2.3. Princípio da Propriedade Privada (Art. 62.º) | 50 |
| 5.3. Âmbito de aplicação | 52 |
| 5.4. Sentido e Função | 53 |
| 5.5. Pressupostos de aplicação | 57 |
| 5.5.1. Dever de comunicação | 57 |
| 5.5.2. Oferta de aquisição | 58 |
| 5.5.3. Aquisição potestativa | 61 |
| 5.5.4. Alienação potestativa | 62 |

| | |
|---|----|
| 5.5.5. Recurso ao poder jurisdicional | 64 |
| 5.6. Qualificação Jurídica do Instrumento | 66 |
| 6.A RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE TOTALMENTE DOMINANTE | 69 |
| 6.1. Responsabilidade para com os credores sociais | 69 |
| 6.2. Responsabilidade pelas perdas da sociedade totalmente dominada | 70 |
| 6.3. Da responsabilidade dos membros do órgão de administração | 71 |
| 7. DA DELIBERAÇÃO EM ASSEMBLEIA GERAL - Integração num Grupo | 71 |
| 7.1. Da competência da Assembleia Geral | 73 |
| 7.2. Quórum deliberativo | 74 |
| CONCLUSÃO | 76 |
| BIBLIOGRAFIA | 78 |

ABREVIATURAS

AAFDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

ACE – Agrupamento Complementar de Empresas

AG – Assembleia Geral

AktG – Aktiengesetz

Art. – Artigo

CA – Companies Act

CCiv – Código Civil

CEE – Comunidade Económica Europeia

Cfr. – Conforme

Cit. – Citada

CRC – Código do Registo Comercial

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CVM – Código dos Valores Mobiliários

DL – Decreto-Lei

EFTA – European Free Trade Association

LSA – Lei da Sociedade por Ações

NCPC – Novo Código do Processo Civil

nr. – Nota de rodapé

OPA – Oferta Pública de Aquisição

Pág (s) – Página (as)

RDS – Revista de Direito das sociedades

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ROC (s) – Revisor(es) Oficial de Contas

SGPS – Sociedade Gestora de Participações Sociais

SROC (s) – Sociedade(s) de Revisores Oficiais de Contas

ss. – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal Administrativo

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

v.g. – Verbi Grata - por exemplo

INTRODUÇÃO

Os grupos de sociedades como protagonistas do sistema

Num mundo em constante mudança, de conceitos e paradigmas, os Estados e as pessoas, tendem sempre a procurar o expoente máximo da sua evolução.

Com este trabalho, pretende-se dar a conhecer um importante instrumento no mundo das sociedades em relação de grupo, denominado por Aquisição Tendente ao Domínio Total, regulado pelo artigo 490.º do CSC. No fundo, escarpelizar objetivamente, o seu âmbito de aplicação, pessoal, espacial e temporal, o sentido e função da norma, os seus pressupostos, e algumas incidências práticas fruto da inovação normativa em questão.

Aquando da análise do tema, foi difícil imaginar que só em 1986 o legislador tenha começado a sua caminhada no que aos grupos de sociedades diz respeito, quando, no panorama jurídico internacional, ordenamentos jurídicos como o britânico no seu artigo 209.º do *Companies Act* de 1948 (ao qual o legislador se acabou por apoiar), alemão, donde se destaca a Lei das Sociedades por Ações de 1965, (designada na sua língua materna por *Aktiengesetz*)¹ e ainda o ordenamento jurídico brasileiro nomeadamente pelos artigos 1273º a 1276º do Anteprojeto do Código Civil Brasileiro, e posteriormente pela Lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976.

Como se bem vê, ao longo dos anos, as sociedades comerciais nacionais têm vindo a espelhar um desenvolvimento e uma evolução bastante interessante, não nos deixando subalternizar comparativamente a ordenamentos estrangeiros. Estamos assim, perante um processo embrionário indiciado pela urgência evolutiva neste sector.

Num primeiro momento procede-se a um estágio de reflexão sobre os conceitos em questão e mais tarde, já com os pilares bem alicerçados, a uma efetiva sistematização legal.

Como o direito não é *per si* uma ciência exata, é importante esclarecer, a forma como o termo grupo de sociedades e coligação de sociedades se apresentou em

¹ Todas as referências que se façam a esta lei, *Aktiengesetz*, serão feitas pelo seu diminutivo *AktG*, e em itálico.

determinados ordenamentos jurídicos.² *mea culpa* ao legislador português que, num ato de *legis artis* própria, decidiu criar todo um *index* novo relativo aos grupos de sociedades, divergindo do já plasmado em ordenamentos jurídicos estrangeiros nos quais se podia ter baseado, não somente no âmbito material, mas também na sua vertente formalística.

Ultrapassada esta fase inicial, importa aferir da existência de instrumentos afins que, atento o seu conteúdo, possam vir a ser comparados, erradamente, com o regime dos grupos de sociedades. Estamos assim, perante instrumentos jurídicos de suporte à atividade empresarial e comercial cuja existência data de há largos anos e se têm mantido no panorama jurídico societário nacional em pleno funcionamento, e que, pelo seu conteúdo e forma, podem inadvertidamente ser levados para o panorama dos grupos de sociedades. Referimo-nos aos conceitos de fusão, sociedades gestoras de participações sociais (SGPS), agrupamentos complementares de empresas (ACE), e o consórcio.

É importante salientar que a expressão grupos de sociedades tem sido utilizado pela doutrina estrangeira como um termo genérico de referência na literatura especializada, no intuito de caracterizar *lato senso* o fenómeno geral da coligação de sociedades e *stricto senso* uma forma determinada de organização empresarial.³

² No direito português, o legislador, adotou como conceito genérico das relações intersocietárias o termo “coligação de sociedades”, resguardando o conceito de grupo de sociedades para designar somente uma modalidade desse termo geral. Inversamente, em ordenamentos jurídicos estrangeiros, dá-se preferência à utilização do conceito Grupos de Sociedades como um termo de referência genérica a este panorama jurídico societário. No Direito Alemão, atento o exposto no §18º do *AktG*, primeira parte, dispõe o seguinte, “*estando uma sociedade controladora e uma ou mais sociedades subordinadas a esta, concentradas sob a mesma direção, estas sociedades formam um grupo*” (*Konzern*). No que concerne à direção unitária, do ponto de vista jurídico traduz-se em *Einheitlichen Leitung e do ponto de vista económico, konzernpolitik*.

Ao núcleo constitutivo do grupo ou seja às respetivas sociedades que fazem parte integrante do *Konzern* é atribuída a designação de *Konzernunternehmen*. À empresa controladora atribui-se o nome de *Konzernobergesellschaft*. Por sua vez, quanto aos tipos de *Konzern* destacam-se dois: *Unterordnungskonzern* que pressupõe uma relação de subordinação ou seja uma estrutura vertical, através da qual a empresa no topo controla empresas subordinadas quer seja por contrato de subordinação, (*Beherrschungvertrag*) quer pela via participativa do capital social (*Eingliederung*) e o *Gleichordnungskonzern* onde não existe a relação de subordinação visto as sociedades estarem ao mesmo nível.

³ Antunes, José Engrácia, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2002, pág. 278, nr.578.

Ora no CSC de 1986, o legislador integrou como designação concetual o termo “coligação de sociedades”, divergindo assim em grande parte, das opções tomadas por legisladores estrangeiros.⁴

No entendimento de PAULO OLAVO CUNHA, entende-se por sociedades coligadas “a junção de duas ou mais sociedades que estejam sujeitas a uma influência comum, porque uma participa na outra, ou nas demais ou porque todas se subordinam à orientação de uma delas ou de uma terceira entidade.”⁵

No presente trabalho serão ainda analisadas as várias formas de coligação societária estabelecidas no quadro normativo português das quais se destacam: sociedades em relação de simples participação (483.º), sociedades em relação de participação recíproca (485.º), sociedades em relação de domínio (486.º) e sociedades em relação de grupo (488.º e ss.), com principal incidência no instrumento jurídico estabelecido no artigo 490.º do CSC, designado por aquisição tendente ao domínio total.

No âmbito desse instrumento, será abordada, a sua origem, sentido e função, sendo ainda feita uma breve análise relativa à questão da constitucionalidade do instrumento em questão (neste âmbito releva o facto deste instrumento ter suscitado posições doutrinárias e jurisprudências divergentes e que aqui se devem analisar, apesar de atualmente, a posição dominante se cifrar pela constitucionalidade da norma), atenta a sua característica imperativa de desafetação forçada de participações sociais. Uma incerteza jurídico/constitucional já com algumas décadas de estudo, e, ainda que em menor número, com algumas decisões contraditórias.

Posteriormente, serão analisados os pressupostos de aplicação deste instrumento, a virtuosidade do recurso ao poder jurisdicional, bem como o pilar de sustentação designado pela justa contrapartida. Fruto da relevância que sempre lhe foi associado, é no nosso entendimento um conceito basilar e um dos pilares deste composto jurídico pleiteado no artigo 490.º do CSC. Para tal, basta imaginar as consequências de contrapartidas que não reflitam a realidade, ou seja, que não espelhem o valor real associado às participações sociais alvo de aquisições forçadas.

⁴ Em ordenamentos jurídicos estrangeiros que nos são próximos, os conceitos utilizados para designar o composto societário de grupos de sociedades cifram-se em: *Corporate Group*, *Konzern*, *Gruppo di Società* e *Groupe de Sociétés*, entre outros.

⁵ Cunha, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 3ª Edição, Almedina, 2007, pág.781.

Ora, contrapartidas que não se pautem pelo rigor na hora do apuramento do seu real e justo valor, indubitavelmente, criariam na esfera jurídica do sócio minoritário, consequências gravosas, invertendo completamente o intuito “equitativo” deste instrumento, no plano jurídico, económico e financeiro.

É importante recordar que um dos motivos que de certa forma “constitucionalizou” esta norma, foi precisamente o facto de aliada à saída forçada da sociedade, ponderados os interesses sociais em questão, haver uma efetiva e determinada contrapartida.

Atende-se ainda, na necessidade da qualificação jurídica deste instrumento, que para a doutrina e jurisprudência se tem dividido em diversos sentidos.

De notar, que ainda na génese das relações de domínio (qualificado) e grupo, se deve abordar, ainda que de forma muito breve, a questão sobre quem deve recair a decisão de integração de uma sociedade em domínio num composto societário de grupo. Consideramos este tema de extrema importância no sentido de que tal decisão, afigura importantes mudanças a nível organizativo, da responsabilidade e do próprio interesse social, económico e financeiro da sociedade dominante e dos seus sócios.

Cumpramos assim saber, se cabe ao órgão de administração levar a discussão dessas matérias aos sócios, convocando assembleia geral, ou se cabe exclusivamente aos primeiros, atentos os seus efetivos poderes de gestão.

Ora, toda a controvérsia, incerteza e juventude jurídica presentes neste tema, foram dos principais motivos que me fizeram enveredar pelo estudo do mesmo. Ir em busca de um mecanismo diferente, poder opinar, deambular pelos mares profundos das sociedades comerciais e dar o meu contributo com gosto e dedicação sobre estas concentrações, que vieram para ficar, e de certo modo alteraram radicalmente o conceito formal e material de empresa e sociedade.

1. PARTE GERAL

Da pequena atividade mercantil, aos grupos multinacionais.

No contexto atual de globalização e internacionalização das empresas, os grupos multinacionais de sociedades têm assumido um relevo indiscutível no panorama jurídico empresarial.

Marcos importantes da evolução desta estrutura jurídica, desde a participação de Portugal na EFTA, passando pelo acordo concluído com o Mercado Comum até à integração na União Europeia, têm sido algumas das razões apontadas para a mudança de conceitos, e à prioridade à grande empresa.

É importante salientar que o universo jurídico em volta do conceito de empresa esteve até há pouco tempo, embebido numa regulação cuja base era a empresa singular ou autónoma. Por sua vez, em virtude da alteração de circunstâncias, que facilmente se constata, através de etapas integrantes quer a nível interno quer externo, como seja a revolução industrial, reorganização de indústrias, isenções fiscais, evolução sistémica dos conceitos, relações comerciais cada vez mais desenvolvidas, pela adoção de políticas de cooperação transnacionais, surgiu a necessidade de uma alocação regulatória à realidade atual, balizada claro está, na grande empresa.

Em virtude de uma cada vez maior evolução dos pressupostos societários, têm sido ao longo dos anos criados instrumentos vários que tendem a facilitar e agilizar a evolução natural do comércio, da pequena para a grande empresa, das relações autónomas às relações plurilocalizadas, todo um universo que tem vindo ao longo dos tempos a ser escalado e desenvolvido.

Ora, relativamente à matéria dos grupos de sociedades, (composto cada vez mais importante do panorama societário), também aqui se conota uma simpática evolução, ainda que pecando por tardia, dos seus pressupostos basilares.

Conforme CLAUDE CHAMPAUD, “os grupos de sociedades desempenham atualmente o papel principal no quadro do movimento geral da concentração de empresas”.⁶

De salientar, que este fenómeno dos grupos de sociedades, emergiu da própria evolução natural do comércio, evolução essa fruto das relações subjacentes aos seus protagonistas. Uma afirmação cada vez maior no sistema económico, seja pela própria influência dos marcos supra mencionados como pela modernização dos sectores dos transportes, produção e comunicação, adoção de comportamentos negociais de risco por parte dos comerciantes e criação de empresas, sociedades comerciais e filiais com conexões entre si e o exterior, e com a proliferação das chamadas sociedades comerciais em cascata.

No panorama internacional, destaca-se o carácter embrionário que este fenómeno das concentrações empresariais enferma. Fazem parte de um pequeno leque de matérias cujo desenvolvimento e espírito regulatório à época ainda não tinha encontrado o seu expoente máximo.

Um sinal dessa escassez jurídica é o facto de apenas o ordenamento jurídico alemão, fruto dos estudos incidentes nesse ramo, ter criado no *AktG* regulação direta e incisiva sobre os principais conceitos relativos aos grupos de sociedades.⁷

A nível Comunitário o estudo desta matéria iniciou-se, com a apresentação pela Comissão das Comunidades Europeias ao Conselho de Ministros em 30 de junho de 1970, de um projeto de Estatuto das Sociedades Anónimas Europeias, que no seu título VII, regulava o panorama dos grupos de sociedades.

Felizmente, na doutrina portuguesa estes processos de concentração societária, captaram a atenção de RAÚL VENTURA, cuja opinião podemos ver consubstanciada em três relevantes estudos⁸ e ainda no Projeto do CSC de 1983⁹ que

⁶ Antunes, José Engrácia, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2002, pág.51, remete para Champaud, Claud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, 197.

⁷ Vide Ventura, Raúl, em ROA, Ano 41, jan-abr, 1981, Grupos de Sociedades: - Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da C.E.E., págs. 38 e ss.

⁸ Neste sentido, Ventura, Raúl, Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades, Separata da ROA, s/local, s/Data; Participações Recíprocas de Sociedades em Sociedades, Separata SI, XXVII, n.ºs 153-156, jul.- dez, 1978 e ainda Grupos de Sociedades, uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projeto Preliminar de Directiva da CEE, ROA 41, 1981, 23-81 e 305-362.

⁹ *Código das Sociedades Comerciais (Projecto)*, BMJ 327, 1983, 43-339.

viria a servir de base às intenções regulatórias do legislador na formulação do CSC de 1986. Ora, surgia assim só em 1986 o primeiro Código das Sociedades Comerciais, onde se começaram a trilhar os primeiros passos na sistematização jurídica destes preceitos.¹⁰

O legislador apercebendo-se da crescente evolução associada a esta matéria viu-se na necessidade de efetivar a devida regulação, a qual foi introduzida no Título VI do CSC.

Numa perspetiva de enquadramento harmónico, é fundamental, que nesta área se proceda a um estudo jurídico, cada vez mais intenso, no intuito de fazer acompanhar de forma capaz e assertiva a evolução registada no comércio moderno. Dotar este sector de conceitos jurídicos base, seja pelo estudo das novas predisposições societárias, do espírito evolutivo do comércio ou da resolução de problemas que possam advir da respetiva *práxis* societária.

Dada a importância de que revestem os grupos societários e todos os movimentos subjacentes a essa relação, é imperativo, a consagração de um conjunto de normas legislativas que fossem unânimes aos vários países integrantes da União Europeia.

Atendendo a uma cada vez maior evolução no âmbito da juridicidade societária, têm sido criados pelos vários “protagonistas”, instrumentos jurídicos vários, capazes de aliar as consequências da evolução prática com os pressupostos de regulação jurídica.

No espaço regulatório atrás identificado, Título VI do CSC de 1986, subdividem-se os vários tipos de movimentos societários dos quais se destacam em termos genéricos as sociedades coligadas. Estas, subdividem-se em sociedades de simples participação, sociedades em relação de participações recíprocas, sociedades em relação de domínio e sociedades em relação de grupo sendo que estas últimas, podem ser constituídas contratualmente, contrato de subordinação e contrato de grupo

¹⁰ É importante salientar que a nível jurisprudencial, são poucos os casos ou decisões de tribunais portugueses que tivessem discutido esta matéria. Somente após a entrada em vigor do CSC, é que se começou a discutir estas matérias. Entre os casos mais flagrantes, destacam-se o acórdão do TRL de 26 de abril de 1990, relativa à aplicabilidade das normas das sociedades coligadas às empresas públicas e o Acórdão do STJ de 2 de Outubro de 1997. Esta última referência viria a ser a pedra basilar na análise da do instituto sob o prisma constitucional.

paritário, ou mediante aquisição derivada do capital, formulando-se numa relação de domínio total inicial ou superveniente.

Estamos assim, perante um conjunto de realidades que o direito não pode ignorar, como de resto se demonstra pelos vários textos legislativos nacionais e estrangeiros desde o mais antigo ao mais recente, com particular relevo para a lei alemã das sociedades por ações.

Em Portugal, a matéria dos grupos de sociedades já se encontra bem enraizada no nosso *Codex*, fruto das influências jurídicas estrangeiras e comunitárias, tendo sido desenvolvido todo um processo de lapidação normativa que possibilitou a Portugal estar entre os três países com um já adulto procedimento regulatório.

A frequência das relações societárias entre portugueses e estrangeiros, impõe aliás, uma harmonização progressiva dos regimes jurídicos, quer seja por iniciativa própria, pelo direito comunitário, ou influência de ordenamentos jurídicos estrangeiros.

2. INSTRUMENTOS AFINS

Atenta a consideração inicial atrás esgrimida, importa nesta sede, sob pena de mistura de conceitos, distinguir os vários instrumentos cuja *facti species* se possa confundir com o regime das sociedades coligadas.

Nas origens “estritas” do Direito Societário destaque para o mecanismo da fusão e a específica estrutura das sociedades gestoras de participações sociais (SGPS). Noutros ramos do direito serão abordados os agrupamentos complementares de empresas (ACE) e consórcio.

2.1 Fusão de Sociedades^{11 12}

A fusão de sociedades encontra-se regulada no art. 97.º do CSC, donde se extrai, as suas modalidades e respetivos elementos. Assim, no art. 97.º n.º 1 e 2

¹¹ A sua regulação está estabelecida em vários regimes normativos; Código das Sociedades Comerciais, artigos 97.º a 117.ºL; Código do Registo Comercial, artigos 3.º, p), 15.º, n.º 1, 70.º, n.º 1, a), 71.º, n.º 1, a), 2 e 4; Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas artigo 110.º, n.º 5, Código do Imposto Sobre o Valor Acrescentado, artigo 31.º e Decreto-Lei n.º 129/98, de 13 de maio, artigo 6.º, alínea f).

¹² Dos principais elementos justificativos da Fusão destacam-se: obtenção de economias de escala; sinergia; diversificação geográfica; transferência de recursos, entre outras.

permite-se que duas ou mais sociedades se fundam numa só, mecanismo esse que se pode dar pela transferência global do património de uma ou mais sociedades (sociedades incorporadas) para outra (sociedade incorporante) mediante a atribuição aos sócios daquelas, de partes, ações ou quotas destas, como estabelecido no art. 97.º, n.º 4. al. a). Este instrumento é qualificado como fusão por incorporação ou fusão absorção.

Existe ainda a possibilidade de fusão mediante a constituição de uma nova sociedade, para a qual transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, ações ou quotas da nova sociedade, art. 97.º, n.º 4, al. b) (fusão constituição). Por sua vez no seu n.º 2, consigna a possibilidade de fusão em sociedades dissolvidas, note-se neste âmbito que a existência de uma sociedade só termina com o registo do encerramento da liquidação.

Pelo exposto, e recorrendo às palavras de ENGRÁCIA ANTUNES, “a fusão de sociedades constitui uma operação de reorganização estrutural que, por definição, coenvolve uma extinção compulsiva de participações sociais para os sócios minoritários de ambas as sociedades (no caso de fusão constituição) ou da sociedade incorporada (no caso de fusão-incorporação)”¹³.

Quanto à sua natureza, destaca-se a circunstância de se tratar de um ato modificativo da estrutura da sociedade, em que ocorre uma efetiva transformação da sociedade, com a consequente extinção de pelo menos uma delas.

No que concerne à prossecução do projeto de fusão elaborado pelos órgãos de administração, o mesmo está sujeito a deliberação maioritária o que acaba por privar “unilateralmente” os minoritários das suas participações.

Quanto à contrapartida, desdobra-se em duas modalidades: em participações de capital da incorporante ou nova sociedade ou caso o sócio minoritário não tenha votado a favor da fusão (art. 112.º al. b), podem receber uma contrapartida em dinheiro (no entanto limitada ao conteúdo do contrato de sociedade, que defina essa possibilidade). De salientar a posição do legislador aquando existência de uma posição dominante aquando atingida a fasquia de 90% do capital da outra, em que

¹³ Antunes, José Engrácia, A Aquisição Tendente ao Domínio Total – Da sua Constitucionalidade, Coimbra Editora, 2001, pág. 91-92.

tutelou a posição dos sócios minoritários que votem contra o projeto de fusão, atribuindo-lhes o direito de se exonerarem da sociedade, como patente no art. 116.º.

Ora, comparativamente ao processo estabelecido no artigo 490.º, importa aqui frisar desde já as suas diferenças. O mecanismo estabelecido nesse artigo não acarreta a transformação dos entes societários, cuja consequência será a extinção de pelo menos uma das sociedades, antes pelo contrário, a personalidade jurídica de ambas as sociedades mantém-se inalterada. Por sua vez, também não se opera a transferência global do património de uma sociedade para a outra (incorporante), e ainda, quanto ao âmbito decisório, o regime do 490.º não pressupõe, expressamente,¹⁴ a necessidade de deliberação em assembleia geral quanto à sua constituição.

Ainda que sumariadas nesta sede algumas características, como salienta ENGRÁCIA ANTUNES “outras diferenças separam ainda estas duas técnicas jurídicas de concentração empresarial, apresentando a técnica do grupo por domínio total algumas vantagens de relevo relativamente à técnica da fusão, mormente comerciais, organizativas, económicas, fiscais e até jurídicas.”¹⁵

2.2. Sociedades Gestoras de Participações Sociais¹⁶

Por Sociedades Gestoras de Participações Sociais, entende-se aquelas sociedades que têm por único objeto contratual a gestão de participações sociais noutras sociedades, como forma indireta de exercício de atividades económicas, como dispõe o art. 1.º do Decreto-Lei n.º 495/88, de 30 de dezembro de 1988.

A participação numa sociedade é considerada forma indireta de exercício da atividade económica desta, quando não tenha carácter ocasional (detida por um período superior a um ano) e atinja, pelo menos, 10% do capital com direito de voto da sociedade participada. Este tipo de sociedades acaba por não ter inerente uma finalidade comercial, ao contrário do que acontece com as sociedades coligadas. A finalidade subjacente, acaba por ser o seu principal elo diferenciador, visto que, a uma

¹⁴ Neste âmbito, falaremos mais à frente quanto à necessidade de deliberação de AG, no âmbito das sociedades em relação de domínio total superveniente e decidam recorrer ao instrumento do art. 490.º do CSC.

¹⁵ Antunes, José Engrácia, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 1993, pág. 707.

¹⁶ O regime jurídico aplicado subsidiariamente a este tipo societário é o regime das sociedades coligadas, por expressa previsão do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 495/88 de 30 de Dezembro.

está afeta uma finalidade única de gestão de participações sociais e à outra uma finalidade económica mediante o exercício de uma atividade comercial.

Pelo exposto, o recurso a este tipo societário é habitualmente determinado por aspetos de racionalização, eficiência operacional e planeamento económico e financeiro. Como entidade gestora do grupo cabe-lhe efetuar o planeamento financeiro, jurídico e administrativo dos investimentos assim como gerir todas as suas atividades.

No entanto, as dúvidas surgem sobre a eventual responsabilidade das SGPS, nos termos dos art. 501.º, 502.º do CSC, em virtude da detenção de 100% do capital de outra sociedade. Ora, neste âmbito a doutrina diverge, sendo o tónico diferencial baseado na questão de saber se as SGPS pela aquisição de 100% do capital em outras sociedades, têm uma efetiva capacidade de poderem dar instruções diretas às suas participadas, exercendo dessa forma, ainda que lateralmente, uma atividade comercial.

Ora, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, posiciona-se no sentido de que “o simples facto de a sociedade deter 100% do capital social implica riscos para a sociedade totalmente dominada (“o perigo do grupo”): não é a configuração como SGPS que reduz tais riscos e que justifica que o CSC deixe de se aplicar, quando, para mais, é a própria lei que determina essa aplicação.”¹⁷

Por sua vez, numa posição diametralmente oposta, figura o entendimento de MENEZES CORDEIRO, quando infere que o regime consubstanciado no art. 503.º não é aplicável às SGPS que detenham 100% do capital noutra sociedade. Centra a sua posição no facto de que caso fosse aplicável o direito de emitir instruções, tal situação enquadrar-se-ia num exercício de uma atividade comercial ou de indústria, o qual como já se viu é oposto ao fim das SGPS.¹⁸ Tal entendimento tem como efeito prático a não aplicabilidade do regime exposto nos arts. 501.º e 502.º do CSC.

Na nossa opinião, tendemos a optar pela segunda posição, pois a mera factualidade de uma SGPS deter 100% do capital noutra sociedade, não faz presumir que emita direções ou instruções vinculativas a essa sociedade. Neste tipo de

¹⁷ Oliveira, Ana Perestrelo, Revista de Direito das Sociedades, Almedina, Ano IV, 2012, n.º 4.

¹⁸ Cordeiro, António Menezes, RDS, Ano IV, 2012, n.º 4, Almedina, págs. 874 e ss.

sociedades, o escopo de atuação é unívoco, ou seja, conflui no seu objetivo primário que é a gestão de uma carteira de participações, e nada mais.

2.3. Agrupamento Complementar de Empresas¹⁹

Inspirado na figura francesa denominada “*groupement d'intérêt économique*”, estatuída pelo legislador francês em 1967, o Agrupamento Complementar de Empresas (ACE) define-se como a entidade constituída por duas ou mais pessoas singulares ou coletivas com o fim de melhorar as condições de exploração das respetivas empresas, como dispõe a Base I, n.º 1, da Lei 4/73. Esta figura representa a associação entre diversas empresas economicamente autónomas, para fins de otimização e desenvolvimento de uma atividade em concreto (obtenção de vantagens económicas em virtude desse agrupamento).

Este tipo de mecanismos visam única e tão só uma conjugação de esforços no sentido de atingir determinado objetivo, mediante a disponibilização temporária de parte das suas atividades. Os ACE são formados por contrato específico, tem o agrupamento personalidade jurídica própria diversa das entidades que o constituem e têm como sujeitos ativos sociedades comerciais, pessoas coletivas e pessoas singulares. De salientar que a realização e partilha de lucros é meramente acessória (o lucro é dirigido para as empresas agrupadas) dando-se primazia ao desenvolvimento da atividade principal que visam aprimorar e desenvolver. Note-se que, atenta a finalidade subjacente, não é possível haver atividades concorrentes dentro de um ACE, visto que acabaria por ser até contrário à sua própria finalidade.

Assim, atentas as características próprias associadas a um ACE, o mesmo não se pode confundir com os chamados grupos de sociedades, visto que a nível jurídico e económico as diferenças são evidentes. A nível jurídico, subjaz desde logo o âmbito de aplicação pessoal deste instrumento, aplicável a sociedades comerciais, pessoas coletivas e pessoas singulares.

¹⁹ O Agrupamento Complementar de Empresas, é regulado pela Lei n.º 4/73, de 4 de Junho, alterada pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro, Decreto-Lei n.º 157/81, de 11 de Junho, Decreto-Lei n.º 36/2000, de 14 de Março, e Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março e pelo Decreto-Lei n.º 430/73, de 25 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de Novembro, Decreto-Lei n.º 36/2000, de 14 de Março, e Decreto-Lei n.º 323/2001, de 17 de Dezembro. O ACE é ainda regulado subsidiariamente (atente-se ao art. 20.º do DL 430/73) pelas normas aplicáveis às sociedades comerciais em nome coletivo, arts. 175.º e ss. do CSC.

Ora, os grupos de sociedades têm o seu âmbito de aplicação bem definido pelo art. 481.º do CSC, pelo que desde logo seria de excluir tal comparação. Diverge ainda em termos jurídicos, por ser um figurino dotado de personalidade jurídica própria, pressuposto contrário à ideia de grupo, destituído de qualquer individualidade jurídica.²⁰ Desde logo, o grupo societário caracteriza-se justamente por constituir uma unidade económica destituída de qualquer tipo de individualidade jurídica. Ora, tais características trazem-lhe uma série de pressupostos de criação e aplicação externos e internos caracteristicamente diferenciados do âmbito da esfera dos grupos de sociedades.

2.4. Consórcio²¹

O legislador português pelo artigo 1.º do DL 231/81 de 28 de julho, definiu o consórcio, como um contrato pelo qual duas ou mais pessoas, singulares ou coletivas, que exercem uma atividade económica, se obrigam entre si, de forma concertada, realizar certa atividade ou efetuar certa contribuição.

Daqui se extrai o carácter individual e temporalmente limitado da figura do consórcio, o qual se limita na grande parte dos casos a situações pontuais de colaboração entre empresas. Característica que acaba por ser contrária à finalidade e conceito das relações dos grupos de sociedades. O consórcio configura uma atividade concertada e não uma atividade comum.

Ademais, em virtude de não acarretar a formação de personalidade jurídica própria acaba por dar origem a uma associação de empresas dotada de regras imperativas de constituição (arts.1.º a 6.º), de organização interna (arts. 7.º a 9.º, 12.º a 14.º, 16.º a 17.º) e externa (arts. 14.º a 15.º, 19.º), e de dissolução (art. 11.º) o que o faz afastar-se do panorama dos grupos.²² Na ausência de regulação no contrato, as disposições contratuais que regem as relações entre as partes, e destas e do próprio consórcio com terceiros, somente poderão ser alteradas mediante consenso de todas as consorciadas tal como patente no art. 11.º.

²⁰ Antunes, José Engrácia, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2002, pág. 91-94.

²¹ Sobre este instrumento, vide, Vasconcelos, Pedro Pais, O Contrato de Consórcio no Âmbito dos Contratos de Cooperação entre Empresas e Ventura, Raúl, Primeiras Notas Sobre o Contrato de Consórcio, págs. 609 e ss..

²² Antunes, José Engrácia, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2002, pág. 94.

Quanto aos sujeitos, o consórcio constitui uma forma de cooperação entre empresas, quaisquer que seja a forma que estas revistam. Surgem ainda diferenças a nível de estrutura e no curto tempo de duração da cooperação (carácter temporário).

PARTE II

3. SOCIEDADES COLIGADAS

3.1. Origem

A matéria relativa à coligação de sociedades foi, como referido em momento anterior, criada *ex novo* com o código das sociedades comerciais de 1986, pelo que, até essa data pouca matéria se havia desenvolvido.²³

Em virtude dessa ausência de conteúdo jurídico material surge a questão se efetivamente seria necessário uma intervenção direta por parte do Direito neste novo composto societário ou se bastava o estudo da disciplina, nos moldes tradicionais do regime das sociedades comerciais.

Ora, cedo se constatou, que em virtude das crescentes mutações que o conceito de empresa e todos os seus intervenientes vieram a registar ao longo das décadas, com novos pressupostos societários, conceito de grande empresa como modelo societário principal, novas teias de relações entre empresas que tornava impossível aferir de fins ou influências legítimas, tornou-se impreterível a regulamentação dessa esfera jurídica, sob pena de contração do interesse social e de um de um retrocesso do Direito face à realidade.

Seria então, por Raúl Ventura que estas novas formas de concentração intersocietária viriam a ganhar forma, uma forma jurídica influenciada por ordenamentos jurídicos estrangeiros, como o regime jurídico inglês pelo *Companies Act* de 1948, alemão através do *AktG*, brasileiro com a Lei das Sociedades Anónimas, francês com a *Proposta de Cousté* e direito comunitário com o Projeto de Diretiva da CEE sobre grupos de empresas.²⁴

²³ Datado de 1981 vide, Ventura, Raúl, Grupos de sociedades – Uma Introdução Comparativa a propósito de um Projecto Preliminar de Directiva de CEE, em ROA, 1981, n. °s I e II, pág. 34.

²⁴ Relativamente ao ordenamento jurídico inglês, vide, *Companies Act* de 1948; no alemão a Lei das Sociedades por Ações de 1965, (*Aktiengesetz*); no ordenamento jurídico brasileiro destaque para a Lei das Sociedades Anónimas de 1976 (capítulo XI art.º 265º - 277º) e no que concerne à Proposta de

Com a introdução no Código das Sociedades Comerciais de um novo regime que visasse a regulação deste tipo de relações, em particular o Título VI arts. 481.º e ss., pretendia-se de certa forma escalpelizar toda uma realidade jurídica que se vinha acentuando cada vez mais e que não podia deixar de ser aprofundada e regulada.

No entanto, o aprofundamento não se podia limitar à criação de uma unicidade que regulasse e tutelasse essas relações, atendendo a que, e utilizando as palavras de MARIA DA GRAÇA TRIGO, “o risco de clivagem entre os factos e o direito acentua-se neste domínio pelo generalizado desconhecimento das regras bastante estritas do novo regime por parte dos seus destinatários.”²⁵

O âmbito de aplicação plasmado nos artigos 481.º ss., centra-se essencialmente numa esfera protetora da sociedade-filha, seus sócios minoritários e credores sociais cuja posição jurídica se possa ver diminuída pela criação ou manutenção de uma relação de coligação intersocietária. Estruturalmente, e levando em linha de conta os modelos de regulação existentes nos ordenamentos estrangeiros - modelo contratual e modelo orgânico - parece legítimo afirmar que o legislador, na sua senda regulatória, adotou uma estrutura de sistematização original, cujos traços gerais se tendem a aproximar do primeiro modelo, o modelo contratual.

Derivado da novidade jurídico-material patente nas relações intersocietárias, ENGRÁCIA ANTUNES exterioriza a intenção do legislador societário, afirmando que o mesmo “adoptou um *sistema externo* em matéria de coligação e controlo entre sociedades comerciais assente na figura da “relação de coligação intersocietária”: visto no seu conjunto, este sistema é constituído por uma espécie de “parte geral”, relativa à disciplina dos aspetos comuns e uma “parte especial”, relativa a cada um dos tipos de coligação jurídico-societariamente relevantes”.²⁶

Ora, num primeiro momento, a regulação é patrocinada pelas regras jurídico-societárias gerais em matéria da sociedade individual, às quais o legislador fez adicionar um conjunto de matérias relativamente estrito de normas especiais, que

lei francesa sobre grupos de sociedades, *Preposition de loi sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires, du personnel et des tiers* vulgarmente conhecida como *Proposta de Cousté*. A nível comunitário, vide a Proposta de Estatuto da Sociedade Europeia, e o Projecto Preliminar de 9ª Directiva das Comunidades Europeias atinente ao art.º 54º, nº 3, alínea g), do Tratado de Roma relativo à harmonização do direito dos grupos de sociedades.

²⁵ Trigo, Maria da Graça, em Grupos de sociedades, Separata da Revista “O Direito”, ano 123, 1991 I, pág. 43.

²⁶ Antunes, José Engrácia, Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2002, pág. 287.

têm como principal objetivo reforçar a eficácia daqueles comandos gerais e oferecer uma proteção suplementar às sociedades envolvidas.

Por um lado, o sistema português disciplinou o fenómeno do controlo intersocietário na base de uma separação tangente entre as situações de relação de domínio e relação de grupo, acabando por desferir o cunho dispositivo que é característico do modelo de regulação ditado anteriormente. Qualquer sociedade que projete assumir o controlo de uma outra, porventura a fim de a sujeitar a uma direção económica unitária, sempre disporá da liberdade de decidir qual o caminho a trilhar; se exerce tal controlo tendo como base o quadro contratual desenhado pela lei, perfazendo um verdadeiro grupo contratual, ou se pelo contrário, levará a cabo uma aquisição derivada, preenchendo os pressupostos de aplicação do domínio total, balizando-se assim em ambos os casos nos desígnios da direção jurídica unitária.

O termo sociedades coligadas visa predispor normativamente as relações que entre si estabeleçam sociedades por quotas, sociedades anónimas e sociedades em comandita por ações. Tais relações encontram-se consagradas taxativamente pelo artigo 482º ss. do CSC; relação de simples participação (art. 482º al. a), 483.º e 484.º), relação de participações recíprocas (art. 482.º al. b) e 485.º), relação de domínio (art. 482.º al. c), 486.º e 487.º) e por fim relação de grupo (art. 482.º al. d) e 488º a 508.º E).

Entende-se assim por sociedade coligada, toda e qualquer sociedade que possua com uma outra(s) sociedade(s) uma ou mais relações enumeradas taxativamente pelo art. 482.º do CSC. No domínio específico das sociedades coligadas vigora o princípio da tipicidade, pelo que não serão juridicamente relevantes as relações que se estabeleçam entre sociedades fora desses desígnios.

Seguindo o encadeamento jurídico adotado pelo legislador e renovando as predisposições a ele afetas, o âmbito de aplicação das sociedades coligadas será abordado nos pontos seguintes.

3.1.1. Âmbito de aplicação pessoal

Como pedra basilar deste segmento, subjaz à nossa análise o artigo 481.º do CSC. De acordo com as disposições a ele afetas, não se aplica o presente título a uma outra qualquer pessoa jurídica das que aqui não estão enunciadas. Aplica-se assim a

todas as relações que entre si estabeleçam, direta ou indiretamente, sociedades por quotas, anónimas e em comandita por ações.²⁷

Mediante uma análise inversa do respetivo artigo poder-se-ão considerar como excluídas do âmbito de aplicação deste: as sociedades em comandita simples, as sociedades em nome coletivo, as cooperativas, as fundações, as empresas públicas e ainda as sociedades civis sob forma civil bem como pessoas singulares conforme resulta *a contrario*, do artigo 1.º, n.º 2 e 4, do CSC. Por sua vez devem considerar-se abrangidas as sociedades civis sob forma comercial, desde que naturalmente a forma comercial seja uma das enunciadas pelo art. 481.º, n.º1.

Atendendo às disposições normativas do art. 483.º n.º 2, pode-se concluir que esta equiparação da titularidade direta à titularidade indireta possui um âmbito de aplicação extremamente largo, abrangendo: a titularidade de quotas ou ações por sociedade dependente (atinente à relação de dependência enunciada no art.º 486.º) direta ou indiretamente; titularidade de quotas ou ações que com ela esteja em relação de grupo, e, titularidade de ações de que alguém seja titular por conta de qualquer das sociedades elencadas anteriormente (sociedades dependentes ou em relação de grupo). Assim, independentemente de o legislador ter previsto expressamente este conceito de titularidade indireta no artigo relativo às relações de simples participação, o mesmo não invalida que o seu raio de aplicação se estenda a todas as relações de coligação intersocietária elencadas no art. 482.º.

Consagrou neste âmbito, uma determinação fáctico-material de titularidade, afastando-se do seu conceito puramente formal, permitindo o alargamento do seu âmbito de aplicação através de sociedades interpostas.²⁸

²⁷ Como ressalta ENGRÁCIA ANTUNES, O âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas, Almedina, 2002, pág. 6-7, “a restrição que resulta do n.º 1 do artigo 481.º do CSC apresenta, entre muitos outros óbices, a incongruência do ponto de vista sistemático resultante de que o legislador, “em variadíssimas das suas normas, acabou afinal por atribuir reflexamente relevância às relações de coligação intersocietária protagonizadas por sociedades comerciais de qualquer tipo”. Assim, contrariamente à solução adotada no ordenamento jurídico nacional, o legislador em outras esferas jurídicas como por exemplo a germânica (§16 AktG) e brasileira (art. 243.º, § 2, LSA brasileira de 1976), subjugaram-se ao conceito fáctico-material de titularidade, adotando o princípio da neutralidade ou independência de forma.

²⁸ Neste sentido veja-se, Antunes, José Engrácia, Os Grupos de sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2002, pág 318-323.

3.1.2. Âmbito de aplicação espacial

Antes da análise a este preceito, é importante ter em linha de conta que, a regra de conflitos nuclear em matéria de sociedades comerciais se baliza pelo artigo 3.º, n.º 1 do CSC, o qual estipula que, as sociedades têm como lei pessoal a lei do estado onde se encontre situada a sede principal e efetiva da sua administração.

O legislador faz assim depender a lei pessoal das sociedades comerciais da sua sede efetiva, não ignorando contudo a relevância da sede estatutária plasmada na segunda parte do respetivo artigo, dispondo a este propósito que, uma sociedade que tenha em Portugal a sua sede estatutária não pode contudo opor a terceiros a sua sujeição a lei diferente da portuguesa. Assim, as relações entre sociedades seriam à partida reguladas pela parte geral do código e em particular pelo Art. 481.º e ss., estabelecidos no Título VI do CSC.

O n.º 2 do referido artigo, afasta-se contudo da regra geral consagrada no n.º 1 do artigo 3.º, dispondo que o regime previsto no Título VI do CSC salvo os casos excecionais aí indicados apenas é aplicável a sociedades com sede em Portugal. Como tal, parece resultar desta norma que, salvo a exceção do n.º 2 al. d), e ainda que incompleta - sociedade com sede em Portugal constituída integralmente por sociedade com sede no estrangeiro - é que se aplicaria o regime estabelecido no 501.º a 504.º do CSC.²⁹

Consideração inicial feita, importa agora sumariamente analisar as quatro alíneas em que as normas do Título VI se aplicam, a sociedades com sede no estrangeiro. No âmbito da alínea a), procede-se a uma extensão da proibição prevista no art. 487.º aos casos de aquisição por sociedades com sede em Portugal de participações de sociedades dominantes com sede no estrangeiro. Ora, feita a interpretação da norma, resulta desde logo, de forma clara, a opção do legislador em

²⁹ Veja-se o seguinte exemplo, por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, A sociedade anónima **A** com sede em Portugal é constituída pela sociedade anónima **B** também com sede em Portugal, sendo esta a única acionista: os credores da sociedade **A** podem demandar **B** pelas dívidas e **B** responde pelas perdas (artigo 501.º e 502.º). Já se a mesma sociedade anónima **A** for constituída não pela sociedade **B** com sede em Portugal mas sim pela sociedade **C** com sede em Espanha, a sociedade Espanhola não responderia pelas dívidas nem pelas perdas.”, em RDS, Ano IV, 2012, n.º 4, pág. 873.

não proibir o inverso, ou seja, não proibir a aquisição de quotas de uma sociedade dominante portuguesa por uma sociedade dominada estrangeira ³⁰.

Na alínea b), deveres de publicação e declaração de participações importa considerar algumas reticências quanto à eficácia da sua aplicabilidade. Como se constata, da parte geral do CSC já se encontram regulados os deveres de participação, em particular nos seguintes artigos: art. 65.º e ss, 447.º n.º5, 448.º n.º 4 e 508.º C n.º 2 al. d).

Assim, reitera-se a pouca importância que esta exceção nos traz, pelo simples facto de que, fora a última referência articular, art. 508.º C n.º 5 al. d), todas as outras são já por si aplicáveis às sociedades com sede no estrangeiro. Ora, em bom rigor, esta regra pouco acrescentará relativamente ao que já resultaria dos deveres gerais de publicação e declaração de participações sociais.

Outra questão que surge à análise, deriva do facto de, na eventualidade de nenhuma das sociedades comunicar as aquisições que realize, ou no caso de o fazerem, o façam simultaneamente, e na impossibilidade de verificar quem cumpriu mais tardiamente, parece que, mais uma vez não haverá lugar à aplicação de sanções. Há uma inconsequência sancionatória da norma, que deixa espaço a eventuais violações dos preceitos normativos sem qualquer tipo de penalização.³¹ Por sua vez, contrariamente ao aqui exposto, no ordenamento jurídico alemão, a falta de comunicação implica o não exercício dos direitos subjacentes às percentagens de participação em questão.

Quanto à aplicabilidade da alínea c), responsabilidade da sociedade dominante, por força desta alínea, a sociedade com sede no estrangeiro que segundo os critérios estabelecidos no CSC seja considerada dominante de uma sociedade com sede em Portugal, é responsável para com esta sociedade e os seus sócios minoritários nos termos gerais do art. 83.º, e, se for caso disso, pelo art. 84.º, ambos do CSC. No entanto, esta exceção é meramente aparente visto não fazer mais que uma referência a normas que não se incluem no Título VI do CSC e que como tal seriam sempre aplicáveis por força da regra geral do art. 3.º da parte geral do CSC.

³⁰ Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 482.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1212.

³¹ Neste sentido, Antunes, José Engrácia, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2002, págs. 313 e ss.

Por último, surge a controversa alínea d), consubstanciada na constituição de uma sociedade anónima, nos termos dos nº 1 e 2 do art. 488.º, domínio total inicial, por sociedade cuja sede não se situe em Portugal. Desde logo, à imagem da exceção, surge a sua própria autolimitação material, no sentido de que determina a sua aplicabilidade unicamente ao domínio total inicial, e não a aquisições supervenientes, como é o caso do domínio total superveniente, o que desde já se repugna.

Esta opção tem vindo a ser amplamente criticada pela Doutrina como violadora da Constituição. São assim várias, as vozes críticas à limitação do âmbito de aplicação espacial do regime previsto no Título VI, operada por força do art. 481.º nº 2. Esta solução carece de apoio doutrinal, por dar azo a discriminações quer entre grupos nacionais e grupos estrangeiros, quer entre as filiais portuguesas entre si (que têm um tratamento diferenciado dependendo da localização da sede da respetiva sociedade mãe).³²

Conforme o entendimento de ENGRÁCIA ANTUNES, “afigura-se de duvidosa compatibilidade com o princípio jurídico-comunitária da não discriminação em razão da nacionalidade (art., 12.º do “Tratado da Comunidade Europeia”), senão mesmo com os próprios princípios jurídico-constitucionais da igualdade de tratamento e da equilibrada concorrência empresarial arts. 13.º, n.º 2 e 81.º, n.º 1, e) da “Constituição da República Portuguesa”).³³

Por outro lado, acusa-se ainda o regime das coligações de sociedades, na formulação que lhe é dada pelo art. 481.º nº 2 do chamado *Delware Effect*, ou seja, de favorecer a fuga de investimento para o estrangeiro e de desincentivo à fixação de sociedades no nosso país – paralelamente poder-se-á assistir a uma “corrida” aos Estados com disposições jurídicas mais liberais.

Neste sentido, deveria o legislador ter adotado o espírito normativo estabelecido no artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários, no qual se qualificam as relações de grupo independentemente de as respetivas sedes se encontrarem em Portugal ou no estrangeiro.

³² Neste sentido, Cordeiro, António Menezes, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, 2005 pág 785, donde se extrai “Particularmente chocante é o facto de, segundo o artigo 481.º, o Direito dos grupos só se aplicar, em princípio, a sociedades com sede em Portugal.”

³³ Antunes, José Engrácia, *O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas*, em *Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, 2.º vol, Almedina, 2002, pág. 116.

3.2. Sociedades em relação de simples participação

Na esteira da disposição normativa aqui subjacente, art. 483.º, n.º1, considera-se que uma sociedade está em relação de simples participação com outra quando uma delas é titular de quotas ou ações da outra em montante igual ou superior a 10% do capital desta, mas entre ambas não existe nenhuma das outras relações previstas no 482.º.

Tendo em conta os valores aqui refletidos, pela não influência pela participada na gestão da sociedade, nem da objetiva intenção de vir a adquirir o controlo, considera-se que este tipo de relação, pode eventualmente surgir como uma base para esquemas mais complexos, que por sua vez envolvam objetivos mais alargados seja de controlo ou mesmo agrupamento.

Quanto ao dever de comunicação estabelecido no art. 484.º, reiteramos o já aqui mencionado quanto ao dever de comunicação imposto pelo art. 481.º.

3.3. Sociedades em relação de participações recíprocas³⁴

Fazendo uma abordagem muito breve, irei sucintamente definir as duas valências que subjazem à conceção de participação recíproca e sumariamente elencar os pressupostos de aplicação.

Em primeiro plano destacam-se as participações recíprocas simples, cujos limites percentuais se situam entre os 10% e os 50% e num segundo plano as participações recíprocas qualificadas que já pressupõe uma situação de domínio com um percentual participativo superior a 50%.

Nas participações recíprocas simples o âmbito normativo baliza-se pelo art. 485.º n.º 1, o qual integra como pressupostos taxativos de formação deste tipo relacional três disposições: ambas as sociedades sejam tal como o próprio nome indica titulares cruzadas de uma participação no capital; cumprimento dos direitos e deveres associados às participações superiores a 10% e que uma dessas sociedades haja exercido o dever de comunicação estabelecido no art. 484.º n.º 1.

³⁴ No ordenamento jurídico alemão destaque para as “Weschselseitig beteiligte Unternehmen”, e no ordenamento jurídico francês, as “participations croisées ou reciproques” que se encontram bastante limitadas.

Relativamente ao dever de comunicação convém salientar que à sociedade que mais tardiamente tenha feito a respetiva comunicação, patente no art. 485.º, essa mesma sociedade fica impedida de adquirir novas participações na outra.³⁵

Por sua vez nas participações recíprocas qualificadas, estas são especialmente disciplinadas pelos arts. 487.º, 325.ºA e 325.ºB. A característica primária desta reciprocidade é a dependência intrasocietária, ou seja, a existência de uma situação de domínio anterior à reciprocidade. Num desdobramento a estas duas conceções poder-se-á ainda sub-classificar as mesmas - atendendo ao grau de complexidade - como relações de participação simples direta ou indireta (circulares ou em cadeia) e participações recíprocas simples complexas (participações cruzadas diretas e indiretas).³⁶

3.4. Sociedades em relação de domínio

Como outra variante da esfera participativa de sociedades em sociedades, surge à colação as situações cujas participações da sociedade dita dominante no capital social da sociedade dominada possam resultar numa influência dominante. Atento o preceito normativo plasmado no art. 486.º entende-se por sociedade em relação de domínio, quando uma delas, dita dominante, pode exercer diretamente ou por sociedades e pessoas que preencham os requisitos indicados no art. 483.º n.º 2, sobre a outra, dita dependente, influência dominante.³⁷

Segundo ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “a influência dominante traduz a *susceptibilidade* de exercício de uma direção unitária das sociedades

³⁵ A solução jurídica adoptada pelo nosso legislador suporta-se de alguma forma na posição (ainda que diferenciada) assumida em duas esferas jurídicas estrangeiras, Direito Comunitário e Lei Alemã. No primeiro, pelo Anteprojeto de Nona Diretriz das Sociedades Comerciais, sobre Grupos de Sociedades (1974) o qual estipulava; *estando duas sociedades ligadas por participações de montante superior a 10%, (...) ficando impedida de, entretanto, exercer os direitos inerentes à respectiva participação na parte que excede a referida percentagem*. No que concerne aos efeitos da violação dos pressupostos estabelecidos no 485.º, n.º 2, releva destaque a solução adotada pela Lei Alemã de *interdição do exercício dos direitos sociais inerentes às quotas ou ações que excedam o limite legal*.

³⁶ Caracterizando as várias formas de participação recíprocas veja-se, Antunes, José Engrácia, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2002, Pág. 393 e ss.

³⁷ A disposição normativa afeta a este movimento tem intrincado na sua origem uma influência direta de dois ordenamentos – o *AktG* e a Lei Brasileira das Sociedades Anónimas de 1976 - com particular relevo para a primeira. Como pressuposto de aplicação surge o conceito extraído do §17º n.º 1, da *AktG* 1965, “*Beherrschende Einfluß*”. Como disposição limitativa e pressuposto de responsabilidade da respectiva influência dominante veja-se no *AktG*, o seu §117.º.

controladas que, *obtendo eficiência operativa*, tenderá, não obrigatoriamente, a originar um *grupo de facto*”.^{38 39}

Ao contrário da generalidade dos ordenamentos continentais e do próprio direito comunitário, o sistema normativo dos grupos de sociedades, não se encontra construído sobre o conceito de “controlo” ou de “domínio”, para o qual aliás não foi estabelecida qualquer disciplina de âmbito geral, ressalvados os deveres de publicação, de comunicação e da proibição de aquisição de participações, art.º 486.º n.º 3 e 487.º. O CSC não associa um regime específico à situação de domínio surgindo assim importantes lacunas neste âmbito.

Deste modo, omite qualquer tutela preventiva ou sucessiva das sociedades em relação de domínio, bem como dos respetivos sócios e credores, diversamente do que acontece nas relações de grupo. Esta omissão pode trazer alguns inconvenientes, em grande parte derivado do perigo, potencial ou real resultante da suscetibilidade ou até efetividade da situação de controlo ser capaz de permitir à sociedade dominante impor de facto a respetiva “direção unitária do grupo”, e assim, colocar em crise a autonomia económica, patrimonial e organizativa da sociedade dominada afetando a consistência dos direitos patrimoniais e participativos dos respetivos sócios livres, quebrando a igualdade entre estes e os sócios controladores e esvaziando de certa forma a garantia patrimonial dos credores.

Numa análise pura do conceito de influência dominante⁴⁰ a mesma surge como um poder que assiste à sociedade dominante de, imediata ou mediatamente

³⁸ Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 486.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1212.

³⁹ Em Portugal, a exclusão dos grupo de facto do conceito legal de grupo - contrariamente ao que acontece no projeto comunitário da 9.ª Directriz – grupos de sociedades – de 1984 e nas disposições afetas ao direito germânico, onde se presume *juris tantum* que a sociedade/empresa que disponha da potencialidade de exercício de direção unitária, no caso influência dominante, a exerce efetivamente constituindo assim com as respetivas sociedades dominadas um grupo, 17º e 18º da AktG de 1965. Nas disposições normativas nacionais, não se presume a existência de direção unitária nem consequentemente de uma situação de grupo a partir de uma simples verificação de uma relação de domínio ou controlo. Em nome da certeza jurídica ficam de fora variadas situações em que existem verdadeiros grupos na ação substancial do conceito. Não se aplicaria assim diretamente ou por analogia a regulamentação especial prevista nos arts. 501.º e ss., atinente ao composto societário de grupo. Teria de se submeter essa concentração grupal fáctica à parte geral do código, e apurar responsabilidades tendo em linha de conta os chamados deveres de lealdade.

Este desligamento jurídico associado a grupos de facto, tem dado azo a severas críticas por parte da doutrina. Abre espaço a situações penosas de abuso da sociedade dominante perante as sociedades dominadas criando aqui um grave e alargado fosso regulatório.

⁴⁰ Sobre o vasto leque de características que resulta do âmbito da influência dominante, vide, Antunes, José Engrácia, Os grupos de sociedades, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, 2002, págs. 454 – 537.

sobrepôr ao governo societário da sociedade dependente determinada vontade juridicamente relevante.

No caso de falha interpretativa do conceito de influência dominante, o legislador introduziu no nº 2 do respetivo artigo um conjunto de presunções ilidíveis (bastando para tal a sua prova em contrário) que subsidiariamente possam induzir uma sociedade à dita influência dominante.⁴¹

A concretização do instrumento de influência dominante oferecido pelas várias presunções fixadas no nº 2 do art.º 486.º, não permite esgotar o respetivo universo nem esconder a necessidade de, ao critério puramente formal, se sobrepôr um critério material ou funcional de domínio que atenda ao real equilíbrio de poderes na sociedade.

3.5. Sociedades em relação de grupo

*“A frieza dos números não deixa assim senão espaço para uma conclusão: o átomo cedeu progressivamente o seu lugar à molécula, tendo a fisionomia da prática empresarial contemporânea deixado de ser fielmente retratada pela sociedade individual e isolada (empresa unissocietária) para passar a rever-se essencialmente na emergência de grupos societários (empresa plurissocietária)”.*⁴²

Atendendo ao progresso que se tem vindo a registar nos moldes jurídico societários, é pertinente fazer uma análise concreta sobre o arquétipo legal dos chamados grupos de sociedades.

Aliado às situações de domínio mas revestindo uma estrutura e carácter causa efeito diverso, surgem no ordenamento jurídico português os chamados grupos de sociedades. Em termos práticos um grupo é constituído por duas ou mais sociedades, que conservam na sua esfera societária, autonomia jurídica, patrimonial e organizativa. Surge neste contexto uma sociedade, vulgarmente designada como

⁴¹ Fruto de influência germânica Art. 17º n.º2 da Aktg. *“A majority owned enterprise shall be presumed to be controlled by the enterprise with a majority shareholding in it”*. Neste caso a doutrina alemã considera a presunção como sendo ilidível e acentua que para ilidir a presunção é necessário demonstrar a impossibilidade de a posse maioritária levar à nomeação do Aufsichtsrat (Conselho de Supervisão) e do Vorstand (conselho de administração). Ao invés, a nossa lei cria três presunções que caso se verifiquem suscitam a respetiva relação de domínio entre sociedades.

⁴² Antunes, José Engrácia, Grupos de Sociedades, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 1993, pág.14.

sociedade-mãe, que detém a totalidade das participações sociais da sociedade-filha, impondo à mesma, fruto dessa relação, uma situação de estrita dependência, a qual é aposta por um conceito jurídico de direção económica unitária.⁴³

À colação surgem assim duas vias constitutivas do grupo; instrumento de participação totalitária - aquisição por domínio total inicial ou superveniente - e o instrumento contratual, constituído nomeadamente pela celebração de um contrato de subordinação ou de um contrato de grupo paritário (nos moldes jurídico/comerciais nacionais este tipo de via é de utilização rara).

Ambas as sociedades funcionam em sintonia, estando neste caso a sociedade totalmente dominada sujeita a ilimitado tipo de instruções que a sociedade primeira vise emitir. Tais instruções podem ter carácter vantajoso como desvantajoso em várias áreas da sociedade totalmente dominada, desde que limitados ao interesse do grupo.

De salientar a única limitação a este poder, que se cifra na necessária manutenção da sobrevivência da própria sociedade-filha. Surge assim, neste conluio de esforços a chamada direção económica unitária. Ponto fulcral que aqui deve ser mencionado, é a manutenção da personalidade jurídica da sociedade totalmente dominada, pois que, apesar de haver uma direção económica unitária, a personalidade de ambas as sociedades mantém-se.

De forma a não dispersar do tema proposto e atendendo às diferenças subjacentes aos respetivos instrumentos, será dado maior ênfase à primeira via, deixando a segunda entregue à vasta doutrina existente.

3.5.1 Domínio total inicial

Como se referiu anteriormente nas sociedades em relação de grupo, existem duas modalidades de domínio total, pela via aquisitiva de participações. Ora na primeira modalidade, e que aqui se analisa, de domínio total inicial encontra-se prevista no art. 488.º do CSC.

⁴³ Surgem neste desidrato várias questões, desde o poder efetivo de gestão da sociedade mãe perante a sociedade filha, à forma como esse poder pode ser exercido, os meios e as consequências jurídico/económicas que possam inferir nas sociedades filhas. Destapam-se assim vários conceitos como as instruções (des)vantajosas, o interesse do grupo, que interesse de grupo, ou os limites à dependência da sociedade-filha perante a sociedade-mãe (casos extremos que possam, mediante o poder de gestão da sociedade-mãe arruinar por completo a sobrevivência das sociedades-filhas mediante a contração de créditos, aumento do passivo e até gerar situações insolvência).

De acordo com esse mesmo preceito conjugado com o art. 481.º, n.º 1, existe domínio total inicial quando uma sociedade anónima é, *ab initio*, totalmente detida por uma sociedade anónima, por quotas ou em comandita por ações. À constituição de uma sociedade anónima unipessoal, regem os demais requisitos de constituição de sociedades anónimas (488.º, n.º 2).

Associada a essa constituição existem determinados preceitos que devem ser respeitados mormente quanto à forma dos sujeitos. A nível do sujeito passivo, a mesma deve revestir a natureza de sociedade anónima (neste âmbito a regra geral do 481.º, n.º 1 sofre um desvio), por sua vez o sujeito ativo nestas relações pode revestir a forma de sociedade anónima, por quotas ou comanditária por ações.

À cessação do grupo assim constituído, aplica-se o disposto para a esfera jurídica das sociedades constituídas por domínio total superveniente, estabelecido nos n.ºs 4, 5 e 6 do artigo 489.º tal como se infere do exposto no n.º 3 do art. 488.º.

Questão discutida pela Doutrina, é a consequência da falta de remissão no art. 488.º para o artigo 483.º, n.º 2. Ora, neste âmbito há autores que entendem que a falta de remissão não exclui a possibilidade de domínio total inicial indireto, por outro lado há quem defenda que a literalidade do preceito aponta sem qualquer dúvida para a constituição por uma única sociedade totalmente dominante, ou seja capital subscrito por apenas uma sociedade.⁴⁴

Quanto à decisão da constituição de uma sociedade anónima unipessoal por sociedades anónimas, é atribuída idêntica solução que a mencionada para as sociedades por quotas, ou seja deverá valer aqui a plataforma legitimadora da deliberação dos sócios, adotando-se o mesmo estilo que a lei impôs para as relações de grupo por contrato de subordinação.

⁴⁴ No sentido da compatibilidade veja-se, Eduardo Paz Ferreira e Ana Perestrelo de Oliveira, em, Sobre o Sistema Reforçado de Fiscalização nas Sociedades Anónimas em Relação de Grupo após a Reforma de 2006, em Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, págs. 1202 e 1203, e A. Carvalho Fernandes e João Labareda, A situação dos accionistas perante dívidas da sociedade anónima no Direito português, em Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, Setembro 2010, Ano 2, Volume 4, pág. 21. Em sentido oposto, e levando em conta a literalidade dos preceitos 488.º e 489.º, vide Antunes, José Engrácia, Grupos de Sociedades, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2000, pág. 855. Segundo ENGRÁCIA ANTUNES, “sempre que o capital de uma sociedade anónima ou por quotas tenha sido inicialmente subscrito por um sociedade conjuntamente com várias outras sociedades que com ela estão em relação de domínio ou de grupo (...) não se poderá considerar existir qualquer relação de grupo por domínio total inicial.”

3.5.2. Domínio total superveniente

O domínio total superveniente caracteriza-se pela existência de uma aquisição derivada de 100% do capital social da sociedade visada. Ao contrário do que acontece com o anterior conceito, aqui ambas as sociedades já iniciaram o seu ciclo de vida e o seu percurso social, pelo que, a manifestação do instrumento se traduz pura e simplesmente numa aquisição derivada de “todo” o capital social da sociedade visada, consubstanciando-se num típico movimento entre sociedades.

São de salientar, algumas diferenças em relação ao domínio total inicial. Primeiramente e tendo em conta o tipo de movimento aqui exposto, releva-se o facto de o pressuposto de titularidade se basear não só em uma titularidade direta mas também numa titularidade indireta, buscando assim o seu sustento ao artigo 483.º n.º 2 do CSC. O domínio total superveniente direto, exterioriza-se pela aquisição de 100% do capital de outra sociedade, sem qualquer intromissão por outras sociedades.

Por sua vez, o domínio total superveniente por titularidade indireta, consubstancia-se efetivamente pela aquisição de 100% do capital mas de forma dispersa, ou seja, não diretamente mas por interposição de sociedades, sejam sociedades a si dependentes (direta e indiretamente) seja por sociedades integradas numa teia grupal.⁴⁵

Quanto à convocação de assembleia geral após a integração num grupo, prevista pelo 489.º n.º 2, não se compreende, de todo, a opção tomada pelo legislador. É importante fazer referência a todo um conjunto de responsabilidades que é

⁴⁵ Ana Perestrelo de Oliveira identifica três exemplos que espelham de forma objetiva, a influência do 483.º 2, no enquadramento da teia de relações intersocietárias: “**Ex. 1.** A sociedade **A** constitui a sociedade anónima **B**, subscrevendo 100% do seu capital social; posteriormente, esta sociedade vem a adquirir 100% do capital social de **C**. Há domínio total inicial (directo) entre **A** e **B**; domínio total superveniente (directo) entre **B** e **C**; e domínio total superveniente indirecto entre **A** e **C**. Haveria igualmente domínio total superveniente indirecto caso existisse entre **A** e **B** uma relação de domínio. **Ex. 2.** A sociedade **B** constitui a sociedade anónima **C**, subscrevendo a totalidade do seu capital social; posteriormente, a sociedade **A** adquire 100% do capital social de **B**: existe uma relação de domínio total inicial entre **B** e **C**; domínio total superveniente directo entre **A** e **B** e domínio total superveniente indirecto entre **A** e **C** (através de **B**, **A** detém 100% do capital de **C** – o mesmo sucederia se entre **A** e **B** existisse uma relação de domínio e não de grupo). **Ex. 3.** A sociedade por quotas **D** é constituída pelas sociedades **A** (50%), **B** (25%) e **C** (25%). A sociedade **A** vem adquirir mais de 50% do capital social de **B** e de **C**: existe uma relação de domínio entre **A** e **B** e entre **A** e **C**. Entre **A** e **D** existe uma relação de grupo por domínio total, já que **A** detém, materialmente, a totalidade do capital social de **D**: é titular de uma participação directa de 50% e de participação indirecta (através de sociedades por ela dominadas) equivalente aos restantes 50%.” Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 489.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, nota 6, pág 1247-1248.

automaticamente transmitida para a sociedade totalmente dominante, da qual a mesma não se pode desvincular, ainda que haja deliberação posterior no sentido do *términus* da relação de grupo. Ora, a lógica seria que a convocação da assembleia geral ocorresse em momento prévio à constituição do grupo, e não após aquele. Estamos perante uma matéria já discutida pela doutrina e que acolhe posições favoráveis quanto à necessidade de colaboração dos sócios nos processos de integração de uma sociedade num grupo.

Neste sentido, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA refere que, “no que respeita às sociedades anónimas, ainda que a aquisição de participações sociais seja, a princípio, matéria de gestão, o impacto estrutural da aquisição do domínio total e as consequências de regime que acarreta reclamam que os administradores, por força dos deveres de lealdade que vinculam a sociedade perante os sócios, submetam a aquisição a assembleia geral.”⁴⁶

Quanto ao sujeito passivo, e por não haver na lei qualquer referência à legitimidade do mesmo, subsume-se aos pressupostos gerais patentes no artigo 481.º, n.º1 e 2. Não se fica assim retido somente à sociedade anónima, havendo também uma abertura a outras sociedades, como sejam sociedades por quotas e sociedades em comandita por ações. Igual raciocínio quanto à interação de sociedades estrangeiras no respetivo circuito societário.

Contrariamente ao estabelecido no anterior mecanismo, aqui nada obsta a que se insurja uma sociedade estrangeira na aquisição derivada de participações sociais. No entanto, intromete-se aqui uma questão muito debatida pela doutrina, a de saber se a exceção plasmada no artigo 481.º n.º 2 al. d) se aplica somente à constituição de uma sociedade anónima *ab initio* por sociedade com sede no estrangeiro ou se deve haver uma extensão interpretativa no intuito de abranger situações de aquisição superveniente.⁴⁷

Como elementos extintivos à relação e grupo, encontram-se enunciados no seu n.º 4 donde resultam três hipóteses: a) se a sociedade dominante ou a sociedade dependente deixar de ter a sua sede em Portugal; c) perda da participação totalitária

⁴⁶ Ana Perestrelo de Oliveira, Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Almedina, 2012, pág. 330.

⁴⁷ Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 489.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1246 a 1248.

superior a 10% (neste âmbito cumpre salientar que mesmo que uma sociedade perca 10% do seu capital, ficando somente com uma titularidade de 90%, tal facto não a reconduz a uma situação de domínio qualificado, antes a mantém como grupo. Entende-se esta opção do legislador visto que uma sociedade que tenha constituído com outra sociedade uma relação de grupo, não é razoável pensar-se que, por perder 10% do seu capital os pressupostos e elementos de integração num grupo foram eliminados).

Caso não haja uma situação de grupo prévia à perda de até 10% do capital, caberá desencadear o mecanismo jurídico do art. 490.º necessário e capaz para justificar essa integração.

Por sua vez, uma visão literal do preceito, cingindo a responsabilidade dessas sociedades ao regime geral, não faria aqui muito sentido, pois estaria neste âmbito, o legislador, a proporcionar às sociedades estrangeiras que se enquadrassem numa relação grupal, um regime mais benéfico que o aplicado às sociedades portuguesas.

PARTE III

4. ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS ⁴⁸

Compulsory acquisition britânica, *Eingliederung* alemã, a *subsidiária integral* brasileira.⁴⁹

É considerado, pela doutrina, que o instituto do artigo 490.º do CSC é “fortemente inspirado na chamada *compulsory acquisition* do direito inglês e nas operações de *squeeze out* e *freeze out* do direito norte-americano, guardando igualmente “significativo parentesco com a *eingliederung* alemã, a *intégration* francesa e a *déclaration unilatérale* da directiva comunitária”.⁵⁰

⁴⁸ Relativamente à regulação dos grupos de sociedades em ordenamentos jurídicos estrangeiros vide, Cordeiro, António Menezes, Da Constitucionalidade das Aquisições Tendentes ao Domínio Total, 20, em, “Boletim do Ministério da Justiça”, 1998, págs. 5 e ss; Ferrar, Jonh, Company Law, 3.º edition, London, 1991; Ventura, Raúl, Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades, Separata de Revista da Ordem dos Advogados;

⁴⁹ E ainda, *offre de retrait obligatoire française, a oferta d’acquisto residuale italiana, o freeze out e squeeze out norte-americanos*.

⁵⁰ Antunes, José Engrácia, Os Grupos de Sociedades, Extrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurisocietária, Almedina, 1993, pág. 726.

4.1 *Compulsory Acquisition* no Direito Britânico⁵¹ (Sec. 974 e ss.)

A figura do “*Squeeze Out*” e “*Sell Out*”, foi introduzida no regime jurídico britânico já há largas décadas. Em particular, relativamente à primeira figura, teve a sua regulação originária no *Companies Act* de 1948, de acordo com a Sec. 209, e mais tarde no CA 1985, Sec. 428-430.^{52 53} Por sua vez a segunda figura apareceu mais tarde, com o CA de 1985. Ambas tiveram proeminência no CA de 1985, parte XIII, Sec. 428 a 430F inclusive, relativo a “*takeovers offers*”.

Segundo o autor do projeto do CSC, o artigo 490.º n.º3, ter-se-á inspirado no artigo 209.º do *Companies Act* Britânico, de 1948, vigente ao tempo da preparação do CSC.⁵⁴ Atualmente, no ordenamento jurídico britânico, esta figura encontra-se regulada pelo *Companies Act* de 2006, no capítulo III (“*Squeeze Out*” and “*Sell Out*”), nas secções 974 a 991 (cf., em particular, Sec. 979 a 982, para o *squeeze out*, e 983 a 985, para o *sell out*).

Ora, importa desde já firmar, relevante diferença para com o ordenamento jurídico nacional, e outros, como por exemplo o germânico, que se baseia no facto de, na *compulsory acquisition*, esta figura derivar exclusivamente do prévio lançamento pela “*offeror company*” de uma oferta pública de aquisição (“*take-over bid*”) sobre as ações de uma outra sociedade anónima “*offeree company*” da qual passe a deter 90% das ações dessa sociedade.

O *Squeeze Out* e *Sell Out*, surgem à colação, somente quando, fruto de uma OPA o acionista maioritário passe a deter 90% do capital com os inerentes direitos de voto, ficando assim com o direito de obrigar os restantes acionistas minoritários “*dissenting shareholders*” a transmitirem as respetivas ações. Pelo que, atingido esse limite, o acionista maioritário adquire o direito de aquisição forçada das restantes

⁵¹ Veja-se neste segmento, *Annotated Companies Legislations, Edited by Professor John Birds, Oxford*, págs. 1128 a 1130; *Explanatory Notes to the Companies Act, Europäischer Hochschulverlag GmbH & Co. KG*, págs. 189 a 193 e *Takeovers and the European Legal Framework: A British Perspective, Jonathan Mukwiri, Routledge-Cavendish*, págs. 73 a 78.

⁵² Em outros diplomas foi consagrada disposição idêntica, com as devidas alterações, nomeadamente nas Sec. 428 a 430 do CA de 1985, na Sec. 172 do “*Financial Services Act*” de 1986 e nas Sec. 428 a 430F do CA de 1991. Todos os normativos se encontram disponibilizados em www.legislation.gov.uk.

⁵³ Como se refere no seu Capítulo 3, “*Squeeze Out and Sell Out*”, in “*Annotated Companies Legislation. Third Edition. Edited by John Birds Nigel Boardman, Robert Hildyard, and Robert Miles QC, Oxford*”, pág. 1113, nota 203.

⁵⁴ Ventura, Raúl, Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, pág. 161, Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades, em Revista da Ordem dos Advogados, ano 39, 1979, II, págs. 283 e ss.

participações de capital, tendo de informar os restantes *dissenting shareholders* dessa sua pretensão no prazo de 3 meses Sec. 980 (2) *Companies Acts* 2006.

Relativamente à venda forçada das suas ações pelos acionistas minoritários, estes dispõe de igual prazo após a publicação da oferta, Sec. 984 (2). Por sua vez, quanto ao âmbito da compensação, convergem a larga maioria dos regimes jurídicos, no sentido de proteger a aquisição/venda forçada, da dependência de uma justa compensação. De salientar ainda que esta compensação, tal como nos restantes regimes jurídicos, onde se inclui o português, assume uma importância fulcral na proteção e manutenção desta figura jurídica, visto que, caso assim não fosse, estar-se-ia imprudentemente a alinhar numa clivagem de direitos, movida somente pelo poder do capital, não se equilibrando os interesses em causa.

Quanto à figura de “*Sell Out*”, acaba por ter a mesma fórmula que nos restantes ordenamentos, funcionando como uma via de saída para os acionistas minoritários que, apesar de num primeiro momento terem decidido não alienar as suas participações aquando “*takeover bid*”, é lhes atribuída a possibilidade de, num segundo momento, em virtude da sua situação de extrema dependência para com os acionistas majoritários, alienarem as suas participações pelo valor registado na proposta.

Importa aqui frisar, que o ordenamento jurídico português, aproximou-se de outros regimes que contemplavam esta figura, não no âmbito exclusivo de uma oferta pública de aquisição, mas como um verdadeiro tipo de aquisição no sector interno dos grupos de sociedades. Veja-se neste sentido, o sistema da *Eingliederung* alemã, patente nos artigos §§319 a 327 da *AktG*, que como se extrai da sua análise, vigora num campo de aplicação dos grupos de sociedades, no qual a seguir nos debruçaremos.

4.2. A *Eingliederung* no Direito Germânico

O ordenamento jurídico alemão, sem desprimor por outros regimes que também se afiguraram importantes na regulação deste tipo de mecanismos, deve ser considerado o berço da regulação e análise das empresas coligadas (*verbundene Unternehmen*), prevista já na Lei das Sociedades por Ações de 1965 (*Aktiengesetz*).⁵⁵ De salientar neste âmbito, a sapiência do legislador do *AktG*, em não menosprezar este tipo de relações, que até à data não haviam tido um grande desenvolvimento seja por parte da doutrina seja pela jurisprudência. Deriva deste ponto a influência que o *AktG* teve no direito português, funcionando como uma das principais fontes que imbuíram no espírito do Código de 1986 em particular do Título VI do Código das Sociedades Comerciais a que nos propomos analisar.

Para um melhor enquadramento e sentido do *AktG*, impõem-se desde já clarificar a opção do legislador quanto à sua sistematização. Conjuga numa parte inicial, vários conceitos ligados ao âmbito das sociedades coligadas, nos §§15 a 19, (§15, *Verbundene Unternehmen*, associado a empresas coligadas; §16, *In Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen* empresas participadas maioritariamente; §17, *Abhängige und herrschende Unternehmen*, empresas dependentes e dominadas; §18, *Konzern und Konzernunternehmen*, grupos e empresas de grupo e por fim §19, *wechselseitig beteiligte Unternehmen*, empresas com participações recíprocas). Por sua vez no Livro III são regulados os §§291-310, *Vertragskonzern*, grupos contratuais, donde se extraem os contratos de subordinação (*Beherrschungsvertrag*) ou a convenção de atribuição de lucros (*Gewinnabfuhrungsvertrag*); §§311-318, *faktischer Konzern*, grupos de facto e §§319-327, com o instituto da integração, figura próxima do 490.º do CSC, a *Eingliederung*.

A grande característica associada aos grupos, reside no facto de o legislador ter firmado a posição central no conceito de dependência (§17), donde se retira que, “verificando-se a dependência nos termos do §17, presume-se que o exercício da

⁵⁵ A Lei das Sociedades por Ações Alemã, *Aktiengesetz*, encontra-se organizada da seguinte forma: §§15 – 19, definições gerais; §§291 – 292, acordos de empresa; §§293-299, criação e cessação dos acordos de empresa; §§300-318, regulação especial; §§317-327, aquisição potestativa; 327, a) – 327, f), com os elementos regulatórios da aquisição potestativa.

direção unitária é efetivo e não apenas potencial, existindo, portanto um grupo (Konzern), salvo prova em contrário (§18).”⁵⁶ Por sua vez, na esfera jurídica do contrato de subordinação, a presunção de grupo é inilidível, ou seja, mesmo que não se revele a existência de uma gestão conjunta de ambas as sociedades, a relação mantém-se assim qualificada.

4.2.1. Contratos de Domínio – *Beherrschungsvertrag* (§291 do *AktG*)

Inserido na esfera do grupo de direito – *Vertragskonzern* – afiguram-se como simples contratos de domínio. Baseiam-se num determinado acordo empresarial celebrado de forma voluntária entre duas sociedades, com a finalidade de transferir para o *Vorstand* da outra sociedade, a sua direção e respetivo domínio.

Neste sentido, emergem duas partes contratuais, compostas respetivamente pela sociedade diretora e sociedade subordinada. Com este tipo de instrumento, transferindo-se a direção de uma sociedade para outra, possibilita-se à sociedade diretora o recurso a uma influência dominante, com todas as prerrogativas a ela associadas, como seja um efetivo exercício de controlo e gestão perante a sociedade subordinada e uma direção unitária.

Para tal, o seu *Vorstand*, conselho de administração, fica assim obrigado a cumprir as instruções (des)vantajosas mas lícitas)) da empresa dominante (§308).⁵⁷ No que concerne à emissão de instruções, em particular instruções desvantajosas e à própria gestão do grupo, importa frisar que devem as mesmas ter sempre em conta o efetivo interesse do grupo e não para satisfazer interesses unilaterais da sociedade diretora.

Com estas limitações, o legislador pretende evitar que se cheguem a situações de extrema clivagem económica e financeira entre sociedades do mesmo grupo. O interesse do grupo impede de certa forma que a sociedade subordinada, funcione como um mero veículo de transferência de ativos e manutenção de passivos da sociedade dominante.

⁵⁶ Oliveira, Ana Perestrelo, in, Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Almedina, 2012, pág. 57.

⁵⁷ Maria Augusta França, A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo, AAFDL, 1990, pág. 12

No regime jurídico germânico, o legislador optou por relativamente aos acordos de empresa – contrato de domínio (*Beherrchungsvertrage*) e contrato de entrega de lucros (*Gewinnabführungsvertrag*), §291, contrato de comunidade de lucros (*Gewinngemeinschaft*), contrato de entrega parcial de lucros (*Teilgewinnabführungsvertrag*) e *agreements to lease (or surrender) operations* §292 – regular de forma igualitária todo o processo relativo à sua admissão. Todos os acordos de empresa requerem a devida autorização em Assembleia Geral de pelo menos três quartos dos votos (75%) subjacentes ao seu capital social. O respetivo acordo só se torna eficaz após o registo do mesmo, no registo comercial do domicílio da companhia, §294.⁵⁸

Compreendem-se tais requisitos, visto que com a respetiva transferência de controlo, os sócios e administradores da sociedade subordinada, ficarão à mercê da direção de outra sociedade sem qualquer poder argumentativo que possa valorar perante a gestão e direção a ser feita. Atendendo aos “*colateral effects*” que poderão surgir, é importante frisar, que além da regra da maioria em assembleia geral, são de destacar outros requisitos de extrema importância: deve ser elaborado um relatório onde de forma explícita se apresentem os termos do respetivo contrato e o devido montante compensatório. O referido relatório tem ainda de ser auditado por auditores qualificados, §294, devendo ainda ser nele apostos os respetivos termos de cessação ou resolução, §296 e §297.

4.2.2. Incorporação por maioria de capital – *Eingliederung* (§§319 a 327 do *AktG*)

No ordenamento jurídico alemão, a figura da integração é justificada como medida de reorganização da estrutura jurídica da sociedade principal (*Hauptgesellschaft*), alternativa à fusão, permitindo a obtenção de vantagens resultante da combinação entre a manutenção da individualidade jurídica das sociedades-filhas e a integração do conjunto a uma direção unitária.⁵⁹ São pressupostos da *Eingliederung*, que as sociedades revistam o tipo de sociedade por ações (*Aktiengesellschaften*), que tenham a sua sede na Alemanha e que à data da

⁵⁸ The German Stock Corporation Act, Hannes Schneider, H. Martin Heidenhain, Kluwer Law International, pág. 18

⁵⁹ Antunes, José Engrácia, A Aquisição Tendente ao Domínio Total – Da sua Constitucionalidade, Coimbra Editora, 2001, pág. 52.

incorporação sejam titulares ou de todas as ações da sociedade integrada ou de pelo menos 95% do seu capital.

Assim, uma sociedade cujo capital é em 95% detido por outra, verá a sua esfera diretiva e de gestão bastante condicionada a interesses da sociedade detentora da maioria de capital. Ora, o legislador alemão optou por criar o mecanismo da incorporação. Com esta figura jurídica, possibilita à sociedade dominante, que, em Assembleia Geral de ambas, delibere, por maioria qualificada e mediante a elaboração de um relatório de incorporação, a respetiva oferta de aquisição das ações detidas pelos acionistas minoritários da sociedade a incorporar (*ausgeschiedenen Aktionare*), §320.

Com este instrumento a sociedade dominante adquire a totalidade de participações da dominada, beneficiando por força do §323 do direito de a dirigir através, mas não só, da emissão de instruções ao conselho de administração (*Vorstand*) da sociedade incorporada no que concerne aos atos de gestão da sociedade.

Por sua vez, em regime idêntico (mas não igual) ao português, fica a sociedade principal, por força dos §§321 a 324, vinculada a compensar qualquer prejuízo demonstrado no balanço da sociedade e que exceda o valor das reservas, bem é responsável solidária perante os credores sociais. Relativamente a este último ponto importa esclarecer que se o crédito for anterior à constituição da incorporação, terá de ser prestada caução, no prazo de 6 meses, aos credores que se apresentem.

Os credores preferenciais não têm necessidade de se apresentar visto que a sua preferência opera *ope legis*. No que concerne à demanda da sociedade principal em sede de ação executiva, vigora o mesmo preceito que no ordenamento português, ou seja, ainda que havendo título executivo contra a sociedade integrada, esse título não é oponível à sociedade principal.

Quanto à possível (in)constitucionalidade desta figura jurídica, atente-se às palavras de ENGRÁCIA ANTUNES, “a consagração deste direito de aquisição compulsiva das posições minoritárias por mera vontade do sócio maioritário fundamenta-se nesta ordem de preocupações, tendo mesmo o Tribunal Constitucional Alemão (*“Bundesverfassungsgericht”*) tido a oportunidade de se pronunciar favoravelmente à constitucionalidade desta disposição no famoso acórdão

“*Feldmühle*” com base na lógica inerente ao princípio maioritário vigente no direito das sociedades, na equivalência funcional das operações de integração inter-societária e de fusão por vontade do sócio maioritário, e nas garantias de tutela dos sócios minoritários resultante do processo de compensação patrimonial fixado imperativamente na lei a seu favor.”^{60 61}

Assim, comparando a figura da *Eingliederung* com a do 490.º do CSC, as grandes diferenças da primeira para com a segunda consistem: numa regulamentação bastante detalhada, como se pode ver atentos os artigos nela inseridos, possibilidade de atingidos 95% do capital da sociedade dominada, ser deliberado em assembleia, mediante apresentação de uma proposta de integração a aquisição do restante capital e por último, quanto à sua orgânica, a primeira assenta como uma esfera autónoma de grupo de sociedades, enquanto, a segunda, é um mero instrumento tendente à caracterização de uma relação de grupo por domínio total superveniente⁶²

Da aposição de regimes, conclui-se que o regime português acaba por se distinguir do alemão, porquanto inclui nos grupos de direito os grupos em que o domínio é exercido com base num instrumento jurídico sem ser de natureza contratual. Por sua vez, o modelo alemão acaba por transferir esta categoria para os grupos de “facto” (por oposição aos grupos contratuais) donde emerge a presunção de influência dominante acima referenciada.

4.3. A Subsidiária Integral no Direito Brasileiro (§251 e ss.)

Da análise à Lei 6.404/76, conclui-se que o legislador criou duas figuras distintas: a da sociedade unipessoal provisória disciplinada no §206, d) e a sociedade unipessoal permanente regida pelos §251 a 253, também denominada por subsidiária integral.

Ora, ao que nos aqui importa, releva-se a constituição derivada de uma subsidiária integral, que por já se adianta, se dá quando uma sociedade pluripessoal se

⁶⁰ José Engrácia Antunes, *A Aquisição Tendente ao Domínio Total, Da sua Constitucionalidade*, Coimbra Editora, 2001, pág. 52.

⁶¹ Tribunal Constitucional Alemão por Acórdão de 7 de agosto de 1962, pronunciou-se pela constitucionalidade da figura *Feldmühle*, disponível em, BVerfGE 14, 263 - *Feldmühle-Urteil*. Disponível em www.servat.unibe.ch/dfr/bv014263.html

⁶² Veja-se a este respeito, Acórdão do TRL, de 03 de fevereiro de 2000, Gonçalves Rodrigues e disponível em www.dgsi.pt.

converte em unipessoal mediante operação de aquisição da totalidade das ações emitidas ou mediante a incorporação de ações, nos moldes do §252, da Lei nº 6.404/767.

Tal como prescreve nesse mesmo artigo, “*para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia-geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.*”.

Conclui-se que, comparativamente aos grupos, as subsidiárias integrais acabam por exercer um idêntico papel, um papel de extrema relevância na economia atento o facto de a sua constituição possibilitar uma maior operacionalização de atividades comerciais, permitindo dessa forma a formação de específicos projetos sobre um determinado conjunto societário.

5. AQUISIÇÃO TENDENTE AO DOMÍNIO TOTAL

Artigo 490.º do Código das Sociedades Comerciais

“Mecanismo jurídico instrumental e coadjuvante da constituição de grupos de sociedades por domínio total superveniente”⁶³

5.1. Genealogia do conceito

A aquisição tendente ao domínio total, é um instrumento jurídico que se tem vindo a revelar de extrema importância no ordenamento jurídico português, surgindo no contexto dos mecanismos de reorganização da estrutura jurídica das sociedades comerciais.

A figura jurídica extraída do 490.º do CSC, teve a sua origem no 481.º do Projeto do CSC, no entanto, com uma disposição ainda pouco incisiva na proteção equilibrada dos direitos dos sócios livres. Assim, entre a versão do Projeto de 1983 e a versão aprovada posteriormente, em 1986, destacam-se algumas diferenças como seja, na desnecessidade de elaboração de relatório por Revisor Oficial de Contas que justificasse a contrapartida a atribuir (490.º, n.º 2), não exigência de consignação em depósito em momento prévio à aquisição potestativa pela sociedade dominante (490.º,

⁶³ Antunes, José Engrácia, A Aquisição Tendente ao Domínio Total, Da sua Constitucionalidade, Coimbra Editora, 2001, pág. 19 e 20.

n.º 4) e por fim na imediata eficácia da oferta com a outorga de escritura pública somente necessária para as sociedades por quotas.⁶⁴

Relativamente à aquisição potestativa, respetivo n.º 3, ter-se-á inspirado no artigo 209.º do *Companies Act* Britânico, de 1948, “*compulsory purchase*” vigente ao tempo da preparação do CSC, o qual encontrando-se previsto no contexto geral das ofertas públicas de aquisição, conferia a uma sociedade que lançasse uma OPA sobre as ações de outra sociedade, e nessa decorrência se adquirissem 90% do capital, conferia-lhe o direito de se tornar titular das participações dos restantes sócios minoritários.

Ao longo do tempo a doutrina e jurisprudência têm vindo a fundamentar o regime do artigo 490.º do CSC com base em razões económico-jurídicas, o que desde já se compreende e bem aceita.⁶⁵

Cumprir ainda salientar a sua diferença perante ordenamentos jurídicos estrangeiros, direito alemão principalmente, atento o caráter meramente instrumental que esta figura assume na formação da relação de grupo, como instrumento inicial ao domínio total superveniente e não modalidade própria de grupo.

⁶⁴ A redação inicial veio posteriormente a ser alterada, nomeadamente pelo Decreto Lei 257/96, de 31 de dezembro que retificou a remissão do n.º 5 para o n.º 2 (e não n.º 1), pelo Decreto Lei 486/99, de 13 de novembro que aditou o n.º 7, possibilitando a sua aplicação às sociedades abertas e por fim pelo Decreto Lei 76-A/2006, de 20 de março que retirou do preceito normativo a necessidade de “*lavar a escritura pública m que seja declarada a aquisição (...)*”

⁶⁵ Antunes, José Engrácia, *Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, Coimbra, 1993, pág. 730, no sentido de que “o legislador visa garantir de antemão que o estabelecimento de relações de grupo por domínio total não se veja dificultado, ou mesmo frustrado, pela oposição de sócios minoritários dissidentes, detentores de pequenas ou mesmo insignificantes fações de capital. Outrossim, e inversamente a figura representa um importante mecanismo de tutela dos próprios sócios minoritários (...) conferindo-lhes uma possibilidade de êxito, a ser realizado no quadro de um processo de compensação (...).”

5.2. Constitucionalidade^{66 67}

A figura estabelecida no n.º 3 do artigo 490.º do CSC, suscitou na doutrina e jurisprudência um especial interesse, face ao mecanismo e às suas motivações de aquisição forçada de participações sociais, da esfera dos sócios minoritários para a esfera da sociedade dominante, quando atingida a fasquia de 90% do capital. O caráter inovador da norma, pelo menos no ordenamento jurídico nacional, despoletou na doutrina e jurisprudência uma tomada de posições bastante diversa, uma no sentido da sua constitucionalidade e outra configurando o mecanismo como uma clara violação de direitos constitucionalmente consagrados.

Assim, face às características próprias do regime do 490.º, suscitou-se desde logo, uma eventual confrontação com os princípios constitucionais de igualdade, previstos no artigo 13.º, n.º 1 e 2, proporcionalidade, previstos no artigo 18.º, n.º 2, no direito de propriedade privada, artigo 62.º, n.º 1 todos da Constituição da República Portuguesa, enquadrando o respetivo instrumento, (490.º n.º 3), como se de uma restrição da garantia constitucional se tratasse.

Por sua vez, a primeira decisão, proferida pelo STJ (1997) pronunciou-se em prol da inconstitucionalidade da norma, por violação dos artigos 62.º, n.º 1, 61.º, n.º 1 e 13.º, n.ºs 1 e 2, da CRP, pois na sua ótica não salvaguarda na sua previsão e imposição a adequação, o equilíbrio e o justo sacrifício do sócio minoritário.

Relativamente aos motivos que relevaram na sua esfera decisória, destaca-se que as limitações ou restrições ao direito da propriedade privada têm de derivar de outros interesses constitucionalmente protegidos e que a aquisição de todo o capital de uma sociedade pela outra, de forma unilateral surge como discriminatória. Ademais a

⁶⁶ A favor da inconstitucionalidade do art. 490.º, n.º 3, do CSC: acórdão do STJ de 02 de outubro de 1997, publicado no BMJ 470/619 e ss., (sumário disponível em www.dgsi.pt). Na sequência dessa decisão, pelas mãos do então Provedor da Justiça, Dr. Meneres Pimentel, foi ainda pedida a declaração de inconstitucionalidade da norma, que, no entanto, não teve provimento. Foi ainda declarada a não constitucionalidade em, Acórdão do TRL, de 23 de maio de 1996, e por fim, Por sua vez, a favor da constitucionalidade do preceito, vide: TRL, no acórdão de: 6 de junho de 2002, em CJ XXVII (2002) 3, 92-96; 29 de outubro de 2002, CJ, XXVII, 4.º, 106; STJ em acórdão de 10 de abril de 2003, em CJ/Supremo XI (2003) 2, 26-28; pelo TRP no acórdão de 20 de abril de 2004, 30 de setembro de 2004 e 8 de janeiro de 2008, todos disponíveis em www.dgsi.pt; do STJ vide acórdão de 3 de fevereiro de 2005, em CJ/Supremo XIII (2005), 1, 64-71. Por sua vez, também o Tribunal Constitucional se pronunciou, decisão n.º 491/2002, publicada no DR II série n.º 18 de 22 de janeiro de 2003.

⁶⁷ Como elemento de apoio sobre esta temática, vide, Canotilho, José Gomes e Moreira, Vital Martins, em Constituição da República Portuguesa Anotada, artigos 1º a 107º, nomeadamente págs. 333-350 (princípio da Igualdade); 379-396 (princípio da proporcionalidade); e 798-810 (princípio da propriedade privada).

atribuição de um direito potestativo, representa em si um poder de “arbitrária, discriminatória, desequilibrada, desproporcionada e desadequadamente excluir do corpo social o sócio minoritário”, e por fim, releva no sentido de que a nossa “cultura e formação humanistas não são muito atreitas ao culto do empório”, de modo que aquela solução, representando um tratamento privilegiado dado ao sócio maioritário, viola o “princípio da igualdade perante a lei e o princípio da proporcionalidade”⁶⁸.

Sucedo que, posteriormente, o Tribunal Constitucional, por decisão n.º 491/2002, pronunciou-se sobre a admissibilidade de tal instrumento e a sua constitucionalidade quer orgânica quer material.

Até aos dias de hoje, é a segunda posição que se tem mantido, configurando-se como a posição maioritária na doutrina e jurisprudência.

Por um lado enfatiza-se a importância do circuito corporativo em que os sócios se integram, e que de certa forma os seus direitos e deveres se encontram innumeravelmente ligados ao ente que o suporta, ou seja, a sociedade.⁶⁹ Por sua vez, uma outra posição sustenta que quanto mais rápida for a conversão de uma sociedade dominante, com pelo menos 90% de capital, numa sociedade em relação de grupo tutelada juridicamente pelo regime dos grupo de direito, mais facilmente garantia a tutela adequada aos sócios, às sociedades e ainda a terceiros (credores sociais da sociedade totalmente dominada).⁷⁰ Por último, há quem entenda que a questão surge numa perspectiva de conflito de direitos, e, assim, de ponderação das posições conflituantes, dos sócios maioritários, sobre quem recai a responsabilidade pela direção ou condução da empresa, e dos sócios minoritários, titulares da propriedade acionista desprovida de qualquer carácter empresarial ou estratégico, atentas as suas limitações, e com um interesse puro e simples nas posições patrimoniais tituladas pelas respetivas participações.⁷¹

⁶⁸ Em acórdão do STJ, de 2 de outubro de 1997, Lúcio Teixeira, BMJ 470 (1997), 619-624.

⁶⁹ Neste sentido, Antunes, José Engrácia, *Aquisição Tendente ao Domínio Total – Da sua Constitucionalidade*, Coimbra Editora, 2001, págs. 70 e ss.

⁷⁰ Neste sentido, Coelho, Francisco Manuel, *Grupos de Sociedades*, BFDUC, 1988, pág. 342.

⁷¹ Veja-se a posição firmada neste âmbito em Cordeiro, António Menezes, *Da Constitucionalidade das aquisições Tendenti ao domínio Total*, BMJ n.º 480.º, 1999.

5.2.1. Princípio da Igualdade (Art. 13.º)

Ora neste âmbito, não colhem as pretensões do sócio minoritário, de que a respetiva norma do 490.º fosse contrária aos pressupostos do princípio da igualdade. Neste sentido, atente-se ao seu conteúdo, donde se prevê que são efetivamente atribuídos a ambos os sócios os mesmos direitos, aquisição potestativa pelo sócio maioritário e alienação potestativa pelo sócio minoritário.

Assim, e ainda que se considerasse haver uma divergência de posições face à titularidade de capital de ambas as partes, tal não basta, para se invocar a violação do princípio da igualdade. Veja-se neste sentido ENGRÁCIA ANTUNES, quando afirma, “o exercício pelo sócio maioritário do direito potestativo de aquisição compulsiva de participações minoritárias conferido pela norma do art. 490.º - não violando a esfera de proteção normativa do princípio jurídico-constitucional da igualdade (art. 13º da CRP) nem coenvolvendo uma infração do princípio jurídico-societário da igualdade de tratamento – releva essencialmente de considerações de política legislativa no âmbito do direito das sociedades comerciais, em particular, na coerência sistemática do regime jurídico-societário vigente em sede do poder das maiorias”⁷².

Conforme MENEZES CORDEIRO, “o acionista tem o poder inverso do concedido ao maioritário” e ainda “que, além disso, ele tem sempre assegurada uma justa compensação pelas posições que vai perder – artigo 490.º, n.º 4).”⁷³

Em suma, estamos perante um tratamento igualitário atribuído a ambas as partes, não existindo nenhum desequilíbrio insustentável entre ambas. Situação diversa ocorreria caso o respetivo normativo estivesse inquinado na sua aplicabilidade e matéria apenas para uma parte, sendo nesse caso, tal situação claramente violadora do princípio da igualdade.

⁷² Antunes, José Engrácia, A Aquisição Tendente ao Domínio Total – Da sua constitucionalidade, Coimbra Editora, 2003, pág. 142, nr. 288

⁷³ Cordeiro, António Menezes, Da Constitucionalidade, Ob. Cit. pág. 29.

5.2.2. Princípio da Proporcionalidade (Art. 18.º, n.º 2)

Na alegada violação do princípio da proporcionalidade, alegou-se que a solução legal encontrada pelo legislador era totalmente desproporcionada, atento os objetivos associados. Invocava-se que se estariam a limitar de forma desproporcional os direitos dos sócios minoritários em prol da constituição e regulação de um grupo, do qual a aquisição de todo o capital pela sociedade dominante seria o primeiro passo.

Conforme MENEZES CORDEIRO, “a lei não permite que a sociedade dominante se torne *ad nutum*, titular das ações minoritárias. Ela apenas faculta a sua conversão em “dinheiro, ações ou obrigações” de acordo com os valores mais altos constantes do relatório do revisor, de acordo com o n.º 4 do mesmo artigo.”⁷⁴

Importa aqui considerar, que estamos perante uma conversão patrimonial que garante em absoluto o interesse dos sócios minoritários. A conversão só é passível de operar nos moldes efetivamente regulados, em que se garanta a tutela dos interesses, e tal tutela é firmada no 490.º quando pressupõe à aquisição potestativa a respetiva compensação justa e equitativa.⁷⁵ Assim, entendeu-se não se considerar o instituto aqui em causa como gerador de uma situação de desproporção manifesta.

5.2.3. Princípio da Propriedade Privada (Art. 62.º)

No que concerne, à alegada violação do direito de propriedade, considera-se, que independentemente da sua exata qualificação, os efeitos de regulamentação nela contida sobre a titularidade de participações sociais constituíam um mero reflexo do regime interno da sociedade, isto é, da resolução de questões relativas ao controlo sobre a sociedade, à organização e formação de grupos de sociedades. Assim, a disposição da titularidade das participações sociais, nas relações intra-sociedade, encontra-se necessariamente adstritas ao interesse da entidade corporativa.

Salienta-se ainda, que um sócio sendo titular de participações sociais, ou seja, cabendo-lhe a ele a tomada de posição de entrada num circuito de vínculos corporativos, submete-se automaticamente a um vasto e complexo conjunto de

⁷⁴ Cordeiro, António Menezes, Da Constitucionalidade, Ob. Cit. pág.26.

⁷⁵ Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 490.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1254.

direitos e obrigações que sobre si recaem, norteadas sempre pelo interesse social e não pelo interesse patrimonial individual afeto à sua quota-parte participativa.

Como refere MENEZES CORDEIRO, na análise ao exposto no 490.º, refere que “a sujeição que nele ocorre (em conjunto com muitas outras, disseminadas pelo Código) é apenas um aspecto de um regime aplicável a todo e qualquer acionista, verificados os pressupostos legais.”⁷⁶

Neste sentido se pronunciou ENGRÁCIA ANTUNES, salientando que “as quotas ou acções de que um sócio é titular no capital de uma sociedade comercial não podem ser concebidas como objecto de direitos subjectivos e absolutos “a se” – isto é, incorporando poderes jurídicos cujo exercício se encontra exclusivamente dependente da vontade individual do seu titular, a que corresponde uma obrigação passiva universal da contraparte corporativa – mas antes, bem ao contrário, como títulos incorporando posições jurídicas activas e passivas cujo exercício e alcance se tem de conformar com as manifestações de conta de colectivamente vinculantes resultante das deliberações da maioria dos sócios.”⁷⁷

Estamos assim perante uma afetação de um direito, totalmente justificável, pelo próprio meio em que o direito se enquadra. Saliente-se ainda que o legislador, optou por outros mecanismos com semelhante intuito normativo, v.g. arts.1370.º, 1410.º e 1550.º todos do CC, porque se adequavam à regulação do enquadramento fáctico em causa. Ora, tal como refere MENEZES CORDEIRO, “trata-se de sujeições inerentes ao *status* de proprietário, que delimitam o seu direito.”⁷⁸

Assim, a propriedade aqui em análise, ter-se-á de balizar nos termos da propriedade social, corporativa, e não nos desígnios individuais de cada sócio, antes centralizada no pressuposto social em que se insere. Desta forma, a sua esfera regulatória encontrar-se-á sempre enquadrada na esfera do interesse máximo da sociedade.

⁷⁶ Cordeiro, António Menezes, Da Constitucionalidade, Ob. Cit. pág. 28

⁷⁷ Antunes, José Engrácia, A Aquisição Tendente ao Domínio Total – Da sua Constitucionalidade, Coimbra Editora, 2003, pág. 80.

⁷⁸ Cordeiro, António Menezes, Da Constitucionalidade, Ob. Cit. pág. 28.

5.3. Âmbito de aplicação

Importa, numa fase inicial da análise do regime do 490.º, fazer uma breve referência ao âmbito de aplicação pessoal, espacial e temporal do referido regime, recorrendo, para tal, às disposições gerais do capítulo I do título VI, sociedades coligadas. Surge assim, no reduto da aplicação pessoal, em virtude da sua autolimitação própria, a aplicabilidade às sociedades que revistam um dos tipos enunciadas no 481.º, 1 – sociedades por quotas, anónimas, ou em comandita por ações – ficando desde logo excluída a sua aplicação a pessoas singulares e outras pessoas coletivas (ainda que detentores de participações razoáveis).

Sobre esta desconformidade refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, que, “Correcta seria a solução de proteger a sociedade participada ou dominada (*sujeito passivo*) independentemente do tipo adoptado; *do lado activo*, o regime legal deveria aplicar-se a qualquer sociedade ou pessoa colectiva e, inclusivamente, à pessoa singular capaz de exercer influência determinante outra sociedade.”⁷⁹.

Relativamente ao âmbito de aplicação espacial do 490.º, configuram-se os seus pressupostos de aplicação pelo artigo 481.º, 2. Ora, da sua análise, conclui-se que o presente regime se aplica apenas a sociedades com sede em Portugal, com a inerente exclusão de relações de coligação intrasocietárias internacionais.

Esta solução, criticada por vasta doutrina⁸⁰ acaba por criar nas sociedades estrangeiras benefícios muito superiores em comparação com sociedades nacionais, facilitando-se a incursão das primeiras em território nacional sem a regulação própria desse mesmo território. No domínio temporal, cabe dizer que só se aplica quando a participação de 90% sucedeu posteriormente ao início da vigência do CSC.

⁷⁹ Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 481.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1211.

⁸⁰ Com posição divergente quanto ao âmbito de aplicação espacial, atacando a sua génese, como contrária ao princípio europeu da não discriminação em razão da nacionalidade, veja-se, Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 481.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1211; Cordeiro, António Menezes, em Direito Europeu das Sociedades, 2005, pág. 785; Antunes, José Engrácia, O Âmbito de Aplicação do Sistema de Sociedades Coligadas, Em Estudos de Homenagem À Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, 2º Vol, 2002, pág. 95 a 116 e Ascensão, José Oliveira, Oliveira, 2000, pág. 576.

5.4. Sentido e Função

“A ratio da aquisição potestativa encontra-se precisamente na busca de mecanismos tendentes a evitar o perigo de perturbação da sociedade dominada (ou do grupo em que se insere)”⁸¹

A implementação desta figura jurídica acaba por ter intrínseca uma dupla finalidade. Por um lado, visa proporcionar aos sócios e acionistas minoritários a sua libertação da sociedade por uma contrapartida justa⁸², desvinculando-se assim das opções decorrentes da vontade da sociedade dominante, refletida nas várias deliberações sociais e ainda nos atos de gestão corrente da sociedade.

Por sua vez, num outro prisma, esta figura possibilita à sociedade dominante a aquisição potestativa das restantes participações de capital no sentido de criar uma estrutura intersocietária em sintonia comum, evitando dessa forma o confronto com as comumente conhecidas estratégias de resistência dos sócios minoritários (minorias de bloqueio).

Outro âmbito se constatará pelas palavras de ENGRÁCIA ANTUNES que destaca a finalidade “de propiciar à sociedade participante a substituição da sua estrutura unissocietária por uma estrutura plurissocietária ou de grupo através da aquisição do domínio total da participada, garantindo que uma eventual estratégia de agrupamento não se verá dificultada ou mesmo frustrada por sócios minoritários dissidentes, detentores de pequenas fracções de capital da sua participada.”⁸³

Como resulta do artigo 21.º do CSC, determinados direitos são atribuídos a todos os sócios, independentemente do *quantum* de capital de que sejam titulares. Ora, desde logo se extrai deste normativo duas fragilidades, que favorecem a prossecução destas minorias: seja pela alínea b) *direito a participar nas deliberações de sócios, sem prejuízo das restrições previstas na lei*, seja pela alínea c) *mediante o*

⁸¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de outubro de 2002.

⁸² Vasconcelos, Pedro Pais, A Participação Social nas Sociedades Comerciais, pág. 245, neste âmbito refere que, “Sem o regime do artigo 490.º, n.º 5 e 6 do Código das Sociedades Comerciais, os acionistas minoritários ficariam numa péssima situação em que, por um lado, praticamente nenhum poder teriam na sociedade e, por outro, só conseguiriam previsivelmente vender as suas acções por preços fortemente degradados.”

⁸³ Antunes, José Engrácia, A aquisição Tendente ao Domínio Total, Da sua Constitucionalidade, Coimbra Editora, 2001, pág. 28-29.

direito a obter informações sobre a vida da sociedade, nos termos da lei e do contrato.

Escalpelizando os direitos atribuídos, surge à análise a possibilidade afeta aos sócios minoritários de que ainda que titulares de uma participação de 1%, tendo em conta o mencionado nos estatutos da respetiva sociedade, pode implicar a faculdade de exercício do direito de consultar um vasto leque de informações na sede social (relatórios de gestão, documentos de prestação de contas, pareceres do conselho fiscal, documento de registo de ações, etc) como patente no art. 288.º n.º 1, alínea a) e e). Ademais, tem ainda o direito de receber, através de carta ou correio eletrónico, todas as informações preparatórias da assembleia geral, como consignado no art. 289.º n.º 1 e ss., ainda o direito de requerer um inquérito à sociedade, tendo por base o recebimento de falsas, incompletas ou não elucidativas informações por parte da sociedade, art. 292.º, n.º 1.

Por sua vez, o sócio minoritário que detenha 5% do capital, pode ainda requerer a nomeação de um representante especial nas ações de indemnizações contra gerentes, administradores ou diretores, art. 76.º, n.º 1; direito de propor ação social de grupo contra gerentes, administradores ou diretores, art. 77.º, n.º 1; direito de requerer a convocatória de assembleias gerais, art. 375.º, n.º 2 e ainda o direito de inscrever determinados assuntos na ordem do dia da assembleia geral, cfr. art. 378.º, n.º 1.

Por último, com 10% do capital, e se o contrato de sociedade assim o estabelecer, pode designar, pelo menos, um administrador, como previsto pelo art. 392.º, n.º 6 e 8; pode requerer a destituição judicial de um administrador, com fundamento em justa causa, art. 403.º, n.º 3 e ainda requerer a nomeação de um membro suplente para o conselho fiscal, tal como patente no art. 418.º, n.º 1.

Veja-se neste sentido que, a dispersão do capital social ainda que num reduzido número (de 1% até 10%) pode originar obstáculos ao desenvolvimento das estratégias empresarias, bem como surgem como fatores de perturbação em situações que careçam da vontade unânime dos sócios.

Neste sentido, MENEZES CORDEIRO refere que, “uma minoria de 10%, devidamente motivada, pode funcionar como factor de bloqueio, sobretudo quando a sociedade, em obediência a uma lógica de grupo, seja obrigada a encetar medidas de

tipo impopular.”⁸⁴ Surgem assim, entre muitos outros já referenciados anteriormente, como ramal de efeitos associados às minorias de bloqueio a eventual proliferação de pedidos de informações sobre a vida societária que acabam por desvirtuar o sentido útil do interesse social ali presente e por desvendar informações que pela sua importância e sensibilidade se deviam manter no exclusivo foro interno da sociedade.

Assim se extrai, da criação desta figura a real importância que é dada às relações intersocietárias, ao próprio conceito de sociedade, interesse social, estratégia empresarial, comunidade de sócios e o efetivo interesse da maioria. Pretere-se assim, da existência de eventuais sócios minoritários que pudessem eventualmente alavancar a criação de barreiras e obstáculos com a única finalidade de prejudicar os pilares de sustentação da sociedade dominante, subvertendo o ideal social da busca pelo interesse social intrasocietário.

Ora, paralelamente à proliferação de pedidos de informação, deduzidos pelos sócios minoritários no único sentido de desestabilizar o sentido e funcionamento dos órgãos e da própria sociedade, de expor a sociedade à necessidade de publicidade de informações sensíveis, que atento o seu carácter confidencial acabariam por causar graves prejuízos na sustentação económico empresarial das sociedades.⁸⁵

Acresce a este factor o direito a participarem nas deliberações sociais. Ainda que se entenda que participar não é votar, importa trazer à colação as participações despropositadas sem qualquer razão de ordem, no único sentido de resistir ao desenvolvimento e progressão da sociedade mediante a inerente perturbação da atividade.

Equaciona-se assim uma conjuntura normativa em prol do sócio maioritário. Pelo que, quando atingida a fasquia expressiva de 90%, fica encarregue de se antecipar ao eventual poder obstructionista dos sócios minoritários, procedendo, se assim o entender, à comunicação prevista no 490.º, n.º 3, forçando assim a aquisição potestativa do restante capital minoritário. Suprindo-se assim, eventuais obstáculos

⁸⁴ Cordeiro, António Menezes, Da Constitucionalidade, Ob. Cit. Pág. 25.

⁸⁵ Veja-se neste sentido Acórdão do TRL de 29.10.2012, processo n.º 7195/2002-7, que refere o seguinte, “A detenção de 1% do capital social confere ao acionista o direito de informação com o conteúdo previsto nos artigos 288.º e 289.º, n.º 3, do CSC, sujeitando-se a sociedade a que sejam exteriorizados elementos ou informações que, por razões inteiramente legítimas, lhe conviria manter sigilosos; fica igualmente sujeita a ser demandada em processo especial de inquérito judicial, nos termos do art. 292.º, propiciador da devassa dos elementos internos e causa de perturbação da atividade.”

que poderiam advir da existência de um conjunto de sócios minoritários, descontentes com a influência dominante de outra sociedade.

Ainda que se defendesse a existência de outras vias para a obtenção dessa dinâmica de grupo (por ex. o contrato de subordinação) o que é certo, é que a sua constituição se veria também fortemente limitada pela sociedade dependente. Neste sentido, atente-se para o conteúdo do artigo 496.º n.º 2, do qual infere que quando se tratar da celebração ou modificação de contrato celebrado entre uma sociedade dominante e uma sociedade dependente, exige-se ainda que não tenham votado contra a respetiva proposta mais de metade dos sócios livres da sociedade dependente.

Daqui facilmente se retira que, a constituição do contrato de subordinação pode ser aniquilada pelo voto desfavorável de uma minoria representada pelos titulares de 5%, mais um, do capital social da sociedade dependente. Assim, não existindo a figura do 490.º n.º 3, seria extremamente difícil a constituição de uma relação de grupo, que resultasse de uma anterior relação de dependência entre duas sociedades.

Entendemos, ser de atribuir plena eficácia a esta figura jurídica estabelecida no 490.º, visto que é o único mecanismo capaz e proporcional para salvaguardar o interesse social da maioria, possibilitando que a sociedade cresça e se desenvolva sem obstáculos emergentes de participações minoritárias.

Veja-se, neste sentido e assentando como “pedra de toque”, a justificação prestada por RAÚL VENTURA: *“não se trata de retirar aos sócios minoritários um bem para dele fazer beneficiar os sócios majoritários, mas sim permitir que a sociedade siga a sua vida sem potenciais conflitos entre tão larga maioria e tão fraca minoria, designadamente que os interesses específicos desta minoria não se oponham à conjugação de interesses entre a sociedade dominante e a sociedade dependente.”*⁸⁶

Este modelo encontra-se plasmado não só no regime jurídico das sociedades coligadas, aplicável às sociedades de capital fechado, mas também, nas denominadas sociedades abertas ao capital público com a ponte a ser efetuada pelo 490.º, 7. Atente-se os artigos 194.º a 197.º do CVM, nos quais se disciplinam os processos de aquisição tendente ao domínio total na sequência de uma oferta pública de aquisição.

⁸⁶ Ventura, Raúl, Estudos vários sobre sociedades anónimas, Almedina, 2003 pág. 168

5.5. Pressupostos de aplicação

O processo de aplicação deste instituto, tal como configurado no artigo 490.º do Código das Sociedade Comerciais, encontra-se distribuído por várias fases cujo cumprimento é imperativo para a sua boa aplicação. Atento o exposto, no seu n.º 1, constata-se rapidamente que o direito de aquisição das participações sociais dos sócios livres pela sociedade dominante, depende num primeiro momento, da titularidade de não menos que 90% do capital da sociedade dominada, sendo irrelevante a forma como se alcança essa participação ou mesmo quantos direitos de voto estão a ela associados. Assim, atingida essa meta, cabe à sociedade dominante comunicar tal facto ao órgão de administração da sociedade dominada, cumprindo-se assim os requisitos que desbloqueiam o respetivo procedimento, a desencadear *à posteriori* e previsto nos n.ºs 2 a 6.

5.5.1. Dever de comunicação

Saliente-se no que se refere ao dever de comunicação a intenção do legislador em configurar como destinatário à referida comunicação o órgão de administração da sociedade dominada, não alargando o seu âmbito aos seus sócios nem acionistas⁸⁷. Quanto à forma da respetiva comunicação, a lei é omissa, mas cremos que seja de aplicar, em princípio, a forma escrita, atenta a relação existente com os requisitos plasmados nos artigos 448.º, n.º3, 484.º, n.º1 e ainda 489.º n.º5.⁸⁸

A comunicação tem de obrigatoriamente ser efetuada no prazo de 30 dias, pelo que, em caso de incumprimento, preclui o direito de aquisição potestativa da sociedade dominante. Diga-se, nesse sentido, que esta consequência deriva do facto de a comunicação se consubstanciar numa prévia exigência à aplicação deste regime, pelo que outra consequência não se poderia retirar.

⁸⁷ Ventura, Raúl, Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas, pág. 164, refere que “Trata-se, a nosso ver, de uma grave lacuna do nosso legislador, que vem acentuar ainda mais a situação de desproteção total destes sócios: solução contrária é a vigente noutras ordens, que estendem tal dever de comunicação também aos sócios minoritários (...) ou preveem mesmo a obrigatoriedade de realização de uma Assembleia Geral da sociedade participada.”

⁸⁸ Veja-se neste âmbito o conteúdo dos artigos, 448.º, 3, “*As comunicações previstas nos números anteriores são feitas, por escrito, ao órgão de administração e ao órgão de fiscalização, nos 30 dias seguintes à verificação dos factos neles previstos.*”, 484.º, 1 “*Sem prejuízo dos deveres de declaração e de publicidade de participações sociais na apresentação de contas, uma sociedade deve comunicar, por escrito, a outra sociedade todas as aquisições e alienação de quotas ou acções desta que tenha efectuado (...).*” e 489.º, 5, “*Na hipótese prevista na alínea c) do número anterior, a sociedade dominante deve comunicar esse facto, imediatamente e por escrito, à sociedade dependente.*”

5.5.2. Oferta de aquisição

Nesta fase, atingida a fasquia dos 90% e efetuada a respetiva comunicação à sociedade dominada, é reconhecida à sociedade dominante, que nos seis meses posteriores à comunicação, se assim o desejar, possa apresentar oferta de aquisição das restantes participações de capital. Reforce-se a atenção para o referido prazo de seis meses, prazo esse de caducidade, donde resulta que, efetuada essa proposta em momento posterior, não deve a mesma ser aceite, por se considerar extinto tal direito.

Relativamente ao seu conteúdo, deve a mesma fazer referência à identificação dos intervenientes, do objeto da aquisição, o *quantum* compensatório a atribuir, e da modalidade, seja em dinheiro ou nas suas próprias quotas, ações ou obrigações, valor esse devidamente justificado por relatório anexo elaborado por revisor oficial de contas. O relatório supra mencionado será posteriormente depositado no registo e disponibilizado para consulta nas sedes das sociedades envolvidas.

O valor da participação social deve ser fixado em termos definitivos (mas sem prejuízo de revisão jurisdicional), com referência ao momento da deliberação da sociedade dominante que aprova a aquisição tendente ao domínio total, por analogia com o 105.º, n.º 2.⁸⁹ Cumpre desde já salientar, relativamente às qualidades da contrapartida - dinheiro, quotas, ações ou obrigações - a pouca utilidade em todas aquelas que não sejam realizadas em dinheiro ou, ainda que numa visão mais extensiva, em obrigações. De salientar, que a contrapartida que seja pela via de participações, só pode ter como origem a sociedade dominante, e não participações de outras sociedades.

Entendemos neste âmbito, que à contrapartida deveria ser sempre aposta a opção em dinheiro, apesar de compreendermos que cabe à oferente esse desígnio. Ora, importa salientar que contrapartidas em quotas, ações e obrigações não passam de meras formas de manutenção do sócio minoritário no circuito societário da sociedade dominante. Assim, uma eventual escolha por esta forma de retribuição (nomeadamente quotas e ações), acabaria por funcionar como uma mera substituição, e não uma verdadeira compensação, como ainda num segundo plano, acabariam por

⁸⁹Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 490.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1257.

redirecionar o ex. sócio minoritário da sociedade dominada para uma qualidade de sócio minoritário da sociedade dominante.⁹⁰

O mesmo se entende quanto às obrigações, visto que, acaba o ex. sócio minoritário por ficar com a posição de credor obrigacionista da sociedade dominante. Nesta esfera, convém fazer referência à posição adotada no CVM, 188.º, 3 e 194.º, 1, em que à contrapartida justa, seja pela via de quotas, ações ou obrigações, terá sempre anexada a opção em dinheiro.

No que concerne à utilização de um ROC, no cálculo do valor da contrapartida ⁹¹ associada às respetivas participações sociais que a sociedade dominante pretenda vir a adquirir, constitui uma opção legítima por parte do legislador. Situação que se comprova, recorrendo à análise do artigo 49.º (anterior artigo 40.º) do respetivo Estatuto dos ROC's, que dispõe que, "*O revisor oficial de contas desempenha as funções contempladas neste diploma em regime de completa independência funcional e hierárquica relativamente às empresas ou outras entidades a quem presta serviços*", pelo que, não se vê qualquer objeção à sua utilização.⁹²

No caso da ocorrência de situações de falta de independência do ROC ou mesmo de uma SROC, tem o sócio livre a possibilidade de invocar a nulidade da aquisição, exatamente pela preterição de um requisito legal primário que é a independência de quem subscreveu o relatório justificativo do valor compensatório. Cabe ao alienante, carrear para a sua defesa factos concretos que uma vez comprovados pelo Tribunal, permitissem confirmar a ausência daquele pressuposto essencial.

São "factos concretos" reveladores de uma situação de falta de isenção na sua atuação, v.g., uma SROC, quando no momento em que procede à elaboração do

⁹⁰Antunes, José Engrácia, A Aquisição Tendente ao Domínio Total, Da sua constitucionalidade, Coimbra Editora, 2001, pág. 34-36.

⁹¹O valor da contrapartida é o resultado da apreciação patrimonial da sociedade feita por revisor oficial de contas, independente de ambas as sociedades. Para PAIS DE VASCOCELOS, "a fixação do preço deve ser feita de modo equivalente à do artigo 105.º do Código das Sociedades Comerciais.". Vasconcelos, Pedro Pais, em A Participação Social nas Sociedades Comerciais, Almedina, 2006, pág. 245

⁹² Apesar da predisposição das sociedades comerciais pelos seus revisores oficiais de contas na prossecução das chamadas engenharias contabilísticas, estamos em crer que, esse tipo de atuações se figuram no âmbito das exceções e não da regra, tal como mencionado no acórdão do TRL de 29.10.2002, "*sendo legítimo presumir que o legislador supôs a correcta assimilação dos deveres legais, éticos e deontológicos por parte daqueles a quem confiou as tarefas de rever e certificar contas ou de realizar outras operações acessórias como aquelas que estamos incidindo.*".

relatório justificativo, se encontre numa relação de subordinação com a sociedade dominante, estando esta última, necessariamente capaz de condicionar a avaliação ou a emissão de um parecer isento, autónomo, objetivo e imparcial. Veja-se ainda a situação de um ROC ou SROC que tenha emitido o relatório num momento em que exercia funções para a sociedade dominante de acompanhamento análise e revisão da contabilidade da sociedade ou de empresas suas subsidiárias.

Por último e ainda na esfera da tutela dos sócios e acionistas minoritários, esse pressuposto só fica completo com a exigência de, previamente ao registo da aquisição, se proceda à consignação em depósito do valor da contrapartida, estabelecido no 490.º, 4. Ora, daqui se conclui a intenção do legislador em não se limitar ao mero apuramento do valor justo da contrapartida, antes exigindo que efetivamente esse valor justo esteja garantido junto do sócio minoritário.

A consignação em depósito deve ser efetuada em dinheiro ou nas suas próprias quotas, ações ou obrigações, de acordo com os valores mais altos constantes do relatório do ROC. Quanto ao procedimento a adotar no âmbito da consignação em depósito, coloca-se a questão relativamente à forma, se a mesma deve ser efetuada judicialmente, através do processo especial previsto e regulado nos artigos 916.º e ss., do NCPC, ou se é válida a consignação efetuada extrajudicialmente.

Atento o exposto no 490.º n.º 4, o legislador é omissivo nesse âmbito, ao contrário do que sucede nas sociedades abertas em que no seu artigo 194.º n.º 5 do CVM, a consignação em depósito é efetuada em instituição de crédito à ordem dos sócios minoritários. Assim, face à necessidade de intervenção de um ROC e à simplificação do regime, atentas as várias alterações que lhe têm sido imputadas, cremos que o silêncio do legislador se justifica pela desnecessidade de intervenção judicial neste âmbito. A própria intervenção de um ROC acautela, preventivamente, a contrapartida oferecida.⁹³

Quanto à forma da oferta, não nos surge diretamente qualquer tipo obrigatório associado, remetendo-nos num primeiro plano para o espaço da liberdade de forma prevista no 219.º do Código Civil. No entanto, recorrendo ao preceito

⁹³ Nas palavras de Oliveira, Ana Perestrelo, em CSC Anotado, pág. 1257, vide que ” Por analogia do 194.º n.º 5, do CVM o depósito deve ser feito em instituição de crédito à ordem dos sócios livres. Em alternativa, o adquirente pode lançar mão do processo especial de consignação em depósito (...) julgado.”

estabelecido no n.º3 do 490.º, sendo feita referência à necessidade de ser “*sujeita a registo por depósito*”, emerge desde logo, ainda que por via indireta, a necessidade de forma escrita da referida oferta.

5.5.3. Aquisição potestativa

O tónico conflituoso do regime do 490.º, centra-se invariavelmente na figura da aquisição forçada de participações sociais, consubstanciada num direito potestativo, exercido por simples manifestação de vontade da sociedade dominante⁹⁴.

Há largos anos que este negócio jurídico unilateral motivou várias discussões na doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira⁹⁵, acerca da sua admissibilidade e correspondência com o Direito, nomeadamente o Direito Constitucional⁹⁶.

Entre nós, esta matéria tem sido amplamente estudada e discutida, retirando-se da doutrina e jurisprudência uma posição dominante que se consubstancia na legalidade deste instrumento face aos preceitos constitucionais invocados, prevendo-se assim a sua admissibilidade na esfera jurídica portuguesa⁹⁷.

⁹⁴ Extintivo, no sentido de que fruto do respetivo exercício resultava extinção de uma relação jurídica social existente entre a sociedade participada e o sócio minoritário. Veja-se neste sentido o acórdão do TRL de 29.10.2002, Abrantes Galdes, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁵ Como já anteriormente se referiu, veja-se a existência em ordenamentos jurídicos estrangeiros de regimes jurídico societários muito próximas desta figura como sejam: *Eingliederung* alemã, a *subsidiária integral* brasileira, a *compulsory acquisition* britânica, o *freeze out* e *squeeze out* norte americanos, entre outros.

⁹⁶ Foi neste âmbito, pretendido por alguns autores a sua inconstitucionalidade por violação dos artigos 13.º relativo ao princípio da igualdade, 18.º, 2, princípio da proporcionalidade e 62.º, princípio da propriedade privada, bem como o artigo 165.º, 1, al. b), reserva relativa da Assembleia da República. No entanto, após largas décadas de discussão, a doutrina e a jurisprudência foram unânimes em afastar a consideração de inconstitucionalidade esta figura jurídica.

⁹⁷ A favor da inconstitucionalidade, veja-se o acórdão do STJ de 02.10.1997, Lúcio Teixeira, em BMJ 470 (1997), TRL de 23.05.1996, Ruth Garcês, em www.dgsi.pt; sentença do 7.º juízo da comarca de Lisboa, publicada nos CadMVM n.º 6 (1999). Também o Tribunal Constitucional se pronunciou em sentido da violação dos artigos 62.º, 1 (princípio da propriedade privada) 61.º, 1 (princípio da iniciativa privada) e 13.º, 1 e 2 (princípio da igualdade) da Constituição da República Portuguesa. A favor da não inconstitucionalidade vide, acórdão do TRL de 06.06.2002, Sousa Magalhães, CJ XXVII (2002), 3, 92-96; TRL de 29.10.2002, Abrantes Galdes, em www.dgsi.pt; STJ de 10.04.2003, Moutinho de Almeida, em www.dgsi.pt; TRP de 20.04.2004, Emídio Costa, em www.dgsi.pt; TRP de 30.09.2004, João Vaz, em www.dgsi.pt; STJ de 03.02.2005, Oliveira Barros, em www.dgsi.pt; TRP 08.01.2008, Anabela Dias da Silva, em www.dgsi.pt; TRL de 12.11.2009, Aveiro Pereira, em www.dgsi.pt. Também o Tribunal Constitucional e pronunciou no sentido da não inconstitucionalidade: TC decisão n.º 491/2002, Paulo Mota Pinto, DR II série n.º 18, de 22.01.2003, 1057-1070, com voto de vencidos dos conselheiros Luís Nunes de Almeida, Maria Fernanda Palma e Guilherme da Fonseca, ainda que relativos à inconstitucionalidade orgânica.

Com esta figura, permite-se que a sociedade dominante, mediante declaração aposta na proposta de aquisição, em que demonstre a sua intenção de adquirir as participações sociais remanescentes, possa “forçadamente”, adquirir as restantes participações que ainda prevaleçam fora da sua titularidade. Neste sentido, o efeito aquisitivo potestativo opera-se com a respetiva aquisição sujeita a registo por depósito e publicação. Fica salvaguardada também a exigência de publicação, atualmente realizada em sítio da internet de acesso público, em conformidade com o artigo 167.º do CSC e o 70.º ss. do CRC.

Como salienta ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, relativamente aos efeitos deste regime, “a alienação compulsiva das quotas ou ações do sócio minoritário aproxima-se mas não se confunde, com a “exclusão”⁹⁸ (cf. V.g., 204.º n.º 1 e 2, 212.º n.º 1, 214.º n.º 6, 241.º e 242.º): tal como aquela, a exclusão envolve a perda da participação do sócio, sem o seu consentimento, mas, diferentemente dela, apresenta um carácter eminentemente sancionatório, ao qual o 490.º é absolutamente alheio.⁹⁹

5.5.4. Alienação potestativa

Do lado do sócio minoritário surge a possibilidade de no caso em que a sociedade dominante não proceda, no prazo de seis meses, à apresentação da respetiva oferta de aquisição, provocar “forçosamente” essa aquisição mediante pagamento de uma contrapartida equitativa (em dinheiro, quotas ou ações).

Para o efeito, deverá a sociedade dominante ser notificada por escrito, para que formule uma oferta de aquisição no prazo de trinta dias (tempo mínimo) à qual deverão ser apostos todos os elementos necessários para a boa formulação da proposta, como seja a identificação dos intervenientes, do objeto da aquisição e respetiva contrapartida.

Relativamente à escolha da modalidade da contrapartida, entendemos, face ao encadeamento que o legislador atribuiu a esta disposição normativa, que a mesma caberá em exclusivo sociedade dominante. No entanto, consideramos que não fica o sócio minoritário impossibilitado de juntamente com o pedido subsumido no n.º 5

⁹⁸ Veja-se a posição de Correia, Luís Brito, *Direito Comercial, Sociedades Comerciais*, 2.º Volume, 1993, pág. 474, considerando o n.º 3 do 490.º como uma “verdadeira exclusão dos sócios.”

⁹⁹ Cordeiro, António Menezes, *Código das Sociedades Anotado*, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 490.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1258.

junte a sua posição, ainda que de carácter não vinculativo, sobre o objeto da contrapartida.¹⁰⁰ Neste âmbito, o legislador definiu como única situação, diversa desta solução, o recurso ao poder jurisdicional, em que o objeto da contrapartida passa logo *à priori* a ser unicamente em dinheiro.

O pedido de aquisição forçada, desencadeado pelo sócio ou acionista minoritário não está circunscrito a qualquer lapso temporal, podendo ser exercido a qualquer tempo, desde que, sejam respeitados os prazos de submissão da aquisição por parte da sociedade dominante (490.º, n.º 2). Só assim não será, quando numa fase inicial a dominante viole o dever de comunicação que se lhe é imposto, (490.º, n.º 1) pelo que, suportado pelo princípio da boa-fé, é possível ao minoritário antecipar o lançamento da alienação potestativa, de forma a evitar uma espera que acabaria por ser inútil, face ao vício inicial ocorrido.

Quanto à fixação da modalidade da contrapartida, à exceção da intervenção judicial, caberá a possibilidade de a sociedade dominante combinar diferentes modalidades, como seja por exemplo em ações e dinheiro, não se fixando somente numa determinada espécie. Ademais, entendemos que, atento o mencionado anteriormente relativamente à utilidade da contrapartida em quotas, ações ou obrigações, deveria ser sempre assistida a cada modalidade uma opção em dinheiro. No entanto, compreendemos resultar do normativo legal, que, atento o efetivo titular da proposta de aquisição ser a sociedade dominante, cabendo a ela delinear a respetiva proposta de aquisição, caberá igualmente nos seus desígnios seja na justificação do valor da contrapartida ou na designação da modalidade. Os minoritários têm neste sentido, somente o ónus de impulsionar a proposta de aquisição, não se podendo substituir aos seus autores na sua formulação material.

¹⁰⁰ Neste sentido, acompanhamos a posição de Antunes, Ana Filipa, em *A aquisição Tendente ao Domínio Total no Direito Societário e no Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra Editora, pág. 340, nr n.º59.

5.5.5. Recurso ao poder jurisdicional

Numa análise inicial ao conteúdo do artigo 490.º n.º 6, suscita-se algumas dúvidas quanto ao seu âmbito de aplicação, se é dirigido a todas as ofertas realizadas, em sede do n.º 2 e do n.º 5, ou, pelo contrário, diz respeito somente ao “número anterior”, que se consubstancia na figura da alienação potestativa. Antes de respondermos a esta questão, importa destacar a elevada permeabilidade em que o sócio minoritário se encontra, e nos elevados prejuízos que pode incorrer no caso de não lhe ser acautelado, num todo, o acesso à tutela judicial de forma a salvaguardar o seu direito a uma justa compensação.

Assim, tendo em conta a lógica subjacente ao próprio instituto, de proteção dos sócios minoritários, seria uma inversão do seu fim que houvesse uma qualquer restrição da tutela judicial do minoritário. Parece-nos ser de aplicar ao n.º 2 a tutela judicial conferida ao minoritário, pelo n.º 6, por identidade de razão com o próprio artigo 497.º.¹⁰¹

Neste sentido posiciona-se JOÃO LABAREDA frisando que, à condição de a sociedade dominante não efetuar oportunamente a oferta, deve-se “equiparar a de a sociedade fazer a oferta por valor inferior ao real ainda que de acordo com o relatório do revisor oficial de contas. Neste caso porém, compete ao acionista demonstrar que o valor oferecido pela dominante estava abaixo do valor real.”¹⁰²

Efetuada o esclarecimento inicial, cumpre apreciar os pressupostos de tutela perante a aquisição e alienação potestativa das participações do sócio minoritário. Assim, no seguimento da proposta apresentada pela sociedade dominante (490.º, n.º 2), com o objeto e modalidade de contrapartida devidamente estabelecida e justificada por ROC ou SROC's, pode suceder que o sócio minoritário discorde do valor apurado. Nessa situação, caso o minoritário entenda que o valor oferecido não corresponde ao valor real associado, e demonstrando ser a contrapartida insuficiente, face ao valor objetivamente justo, pode solicitar ao tribunal a sua majoração, ao abrigo do processo especial regulado nos artigos 1068.º e 1069.º do NCPC.

¹⁰¹ Neste sentido veja-se as posições assumidas por ANA PERETRELO DE OLIVEIRA, em Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 490.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1257, e Antunes, José Engrácia, A Aquisição Tendente ao Domínio Total, Coimbra Editora, 2001, pág. 36 e 37.

¹⁰² Labareda, João, Das Acções das Sociedades Anónimas, 1988, AAFDL, pág. 278, nr. 1.

Importa aqui considerar, que cabe ao sócio minoritário promover a atribuição de uma compensação que atingisse os valores por si pretendidos, exercendo para tanto o ónus da prova do carácter insatisfatório da contrapartida. Não bastando a mera invocação pura e simples da nulidade da aquisição.

Ora, quanto à figura da alienação potestativa e das vicissitudes que se podem apresentar, nomeadamente, no caso de a sociedade dominante ignorar a pretensão do sócio minoritário (490.º n.º 5), ou, apresentando a sua oferta a mesma tenha por objeto uma contrapartida insatisfatória, o sócio minoritário pode provocar a aquisição potestativa pela via judicial (490.º n.º 6).

Assim, o sócio minoritário pode requerer ao tribunal que: declare efetuada a transmissão de ações ou quotas a favor da sociedade dominante desde a proposição da ação judicial, fixe o seu valor em dinheiro e condene a sociedade dominante a pagá-lo. De novo se salienta, que cabe ao sócio minoritário, nos casos em que exista a consideração de que a contrapartida não espelha o seu valor real, o ónus processual correspondente à alegação e prova dos factos que na sua ótica devem ser tidos em conta na avaliação da participação de capital, empenhando-se junto do Tribunal na busca pelo valor justo e equitativo.

Como estabelecido no n.º 3 do art. 1068.º do NCPC, caberá ao juiz designar perito para proceder à avaliação, em conformidade com os critérios estabelecidos no art. 1021.º do CCiv. No entanto, a adequabilidade da metodologia e pressupostos utilizados na busca pelo valor a pagar pelas participações sociais é uma questão pouco esclarecida na jurisprudência portuguesa. Da análise efetuada constatámos que são poucos os casos atinentes à transmissão de participações sociais e à avaliação e fixação judicial do valor de participações sociais.

Sucedo que nenhum dos acórdãos analisados justifica efetivamente o diferencial de valor entre o valor nominal da participação e o valor porque a participação foi efetivamente.¹⁰³

¹⁰³ Na jurisprudência portuguesa um dos casos que de certa forma visa a problemática da valorização da participação social, é o caso do acórdão do TRP, de 25 de outubro de 2005, disponível em www.dgsi.pt, em que se recorre a uma ação especial de liquidação de participações requerendo a fixação judicial do valor da participação social no capital da requerida e a consequente condenação desta a adquirir essa participação pelo valor fixado. Nesse acórdão afirma-se que “num processo especial de liquidação (...), o que está em causa é o valor real da quota do sócio na participação social e não o seu valor contabilístico.”. Importante salientar que o valor real é

O prazo para a propositura da ação, são 30 dias contados após receção da proposta (no caso de valor insatisfatório) ou do seu termo (no caso de ter sido ultrapassado o prazo para a sua apresentação). Importa salientar que a ação judicial não suspende, os efeitos da aquisição potestativa.¹⁰⁴ Relativamente à modalidade da contrapartida que venha a ser decidida em tribunal, a mesma cifra-se unicamente em dinheiro, e já não em títulos da sociedade dominante, o que acaba por ser vantajoso para o sócio minoritário e para a própria celeridade processual.

A doutrina aponta como razões para esta limitação do objeto da contrapartida, a celeridade processual, a correção da decisão, e o evitar do prolongamento do litígio, que pela sua natureza, se pretende célere.

Quanto à possível extensão de uma decisão judicial aos restantes sócios minoritários, importa aqui frisar que tal aplicação é meramente opcional, ou seja, pode aproveitar a todo e qualquer sócio que posteriormente venha a fazer idêntica exigência.

5.6. Qualificação Jurídica do Instrumento

Elemento diferenciador subjacente a este regime, centra-se no direito atribuído pelo legislador, de aquisição ou alienação de participações de capital, quando uma sociedade atinja 90% do capital participativo da outra. Assim, tendo sido efetuada a comunicação estabelecida no n.º1 do 490.º, para o exercício válido e eficaz do direito de aquisição potestativa é impreterível que, no prazo de seis meses, a sociedade dominante realize uma oferta de aquisição das respetivas participações, donde conste expressamente a declaração da sua vontade em adquirir as mesmas (490.º n.º3).

Em caso de não apresentação de qualquer proposta por parte da sociedade dominante, o legislador salvaguarda a posição do sócio minoritário, atribuindo-lhe em figura idêntica à primeira, o direito de exigir à sociedade dominante, a aquisição da sua participação mediante uma determinada contrapartida. Neste último caso falamos em direito potestativo de alienação.

simplesmente um valor ideal em termos económicos, não espelhando efetivamente o valor justo da participação.

¹⁰⁴ Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 490.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1259.

O procedimento a desencadear acaba por ser idêntico em ambos, visto que o seu exercício está dependente da aquisição de 90% do capital pela sociedade dominante e da manifestação de vontade na respetiva aquisição ou alienação do restante capital (490.º n.º 3 e 5). Ora, estes mecanismos de transmissão forçada de participações sociais, consubstanciam-se, na circunstância plena de um direito potestativo na sua vertente extintiva.¹⁰⁵

O direito conferido pelo 490.º enquadra-se como um direito potestativo na medida em que, face aos poderes atribuídos aos seus titulares ativos (sociedade dominante e sócios minoritários), estes só de per si, são suscetíveis de produzir efeitos jurídicos imediatos na esfera jurídica da contraparte, sem que a mesma tenha de dar qualquer consentimento. Saliente-se, ainda, como elemento caracterizador deste instituto, a delimitação aposta no próprio recurso ao poder jurisdicional, donde resulta a não afetação da vontade dos titulares do direito, que se mantém inalterada, nem afasta a sua própria natureza. MOTA PINTO relativamente à definição de direito potestativo, define como sendo “poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõem à contraparte.”¹⁰⁶

Por sua vez, quanto aos seus efeitos, os direitos potestativos podem ser, constitutivos, modificativos e extintivos. Pela materialidade subjacente ao presente instituto, o mesmo visa essencialmente o término da relação entre a sociedade dominante e os sócios minoritários, na medida em que, pelo exercício do respetivo direito, se produz a extinção da própria relação jurídica existente, configurando-se assim, no âmbito de um direito potestativo extintivo.¹⁰⁷

O direito do sócio minoritário à aquisição das suas quotas ou ações pela sociedade dominante não é unânime na nossa Doutrina. Autores que defendem uma

¹⁰⁵ Acompanhamos a qualificação tomada por Antunes, José Engrácia, *A Aquisição Tendente ao Domínio Total, Da sua Constitucionalidade*, Coimbra Editora, 2001, pág. 26, nr.º 28., em que refere “Por um lado, direitos potestativos, já que aos poderes atribuídos aos seus titulares activos (respectivamente, sociedade participante e sócios minoritários) corresponde, do lado passivo, não a mera adstrição a um dever jurídico, mas verdadeiramente um estado de sujeição – (...). Por outro lado, direitos potestativos extintivos, na medida em que o respetivo exercício produz a extinção de uma relação jurídica existente, a relação de socialidade intercedente entre sócio minoritário e sociedade participada.”

¹⁰⁶ Pinto, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra Editora, 1986, pág. 174.

¹⁰⁷ Neste sentido, Antunes, José Engrácia, *A Aquisição Tendente ao Domínio Total, Da sua constitucionalidade*, Coimbra Editora, 2001, págs. 26-31.

aproximação à figura do direito de exoneração, outros que se afastam desse mesmo panorama pelo que aqui transpomos algumas posições adotadas.

Conforme refere MARIA AUGUSTA FRANÇA, “O C.S.C. tem outras disposições em que o direito é pressuposto mas não atribuído como o art. 105.º. E consagra outros meios para os sócios alcançarem objectivos semelhantes noutros casos: como no art. 490.º em que o sócio da sociedade dominada tem direito a exigir a compra da sua participação pela sociedade dominante; e no art. 499.º, quando o sócio livre optar pela alienação da sua quota ou acções à sociedade directora.”¹⁰⁸

Como observa ARMANDO TRIUNFANTE, após análise sobre os pressupostos de aplicação do direito de exoneração, conclui da seguinte forma, “Tais constatações levam-nos, em bom rigor, a negar a caracterização como um verdadeiro direito de exoneração, sendo mais adequada a respectiva designação apenas como direito potestativo de alienação.”¹⁰⁹

Neste sentido, ENGRÁCIA ANTUNES, que comparando o direito de alienação potestativa dos sócios minoritários consagrado no art. 490.º, n.º 5 com o direito de exoneração, conclui que, “haverá que salientar, em todo o caso, que o direito em apreço, se distingue do direito de exoneração, previsto no art. 1002.º do CCivil e nos arts. 185.º e 240.º CSC, já que, nestes últimos casos, o reembolso a que o sócio terá direito cabe à própria sociedade donde o sócio se exonera, ao passo que, no primeiro caso, tal reembolso compete a um terceiro, a sociedade directora.”¹¹⁰

No mesmo seguimento, PAIS DE VASCONCELOS, que analisa a norma na secção do direito de exoneração, entende que “Nos casos de (...) e transformação, dá-se uma modificação radical no estatuto da sociedade que justifica que ao sócio descontente seja facultada a possibilidade de se apartar. Assim sucede no caso da alienação potestativa (artigos 490.º do Código das Sociedades Comerciais (...) mobiliários).”¹¹¹

Por sua vez, RAÚL VENTURA, afirma que, “Se a tradução literal da expressão inglesa “*right to be bought up*” não fosse ridícula em português, seria ela a

¹⁰⁸ França, Maria Augusta, Direito à Exoneração, em Novas perspectivas do direito comercial, Almedina, 1988, pág. 209.

¹⁰⁹ Triunfante, Armando Manuel, A Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas, Coimbra Editora, 2004, pág. 312 e 313.

¹¹⁰ Antunes, José Engrácia, Os Grupos de Sociedades, ob. Cit. 2002, pág 789, nr. 1545.

¹¹¹ Vasconcelos, Pedro Pais, A Participação Social nas Sociedades Comerciais, 2ª Edição, Almedina, 2006, pág. 242.

minha preferida. À falta de melhor, direi «direito de alienação das acções» ou «direito a que a entidade dominante adquira as acções».”¹¹²

Por último, ANA FILIPA ANTUNES, refere que “O regime constante da norma do artigo 490.º do CSC tem, em nosso entender, natureza excepcional, pelo que não procederá qualquer tentativa de aplicação analógica de aspectos do regime.”¹¹³

6.A RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE TOTALMENTE DOMINANTE

No que concerne aos efeitos da integração num grupo, subjaz como figura central a teia de responsabilidades, imposta pelo artigo 491.º, à sociedade totalmente dominante, “aos grupos constituídos por domínio total aplicam-se as disposições dos artigos 501.º a 504.º e as que por força deste forem aplicáveis.”. Assim se compreende a posição adotada pelo legislador, atento o poder de direção e controlo que a sociedade totalmente dominante (direção económica unitária e o ónus de emissão de instruções desvantajosas) detém sobre a sociedade totalmente dominada, atuando esses institutos de responsabilidade como o contrabalanço ideal e necessário.

6.1. Responsabilidade para com os credores sociais

No âmbito do 501.º consagra-se um tipo de responsabilidade direta e ilimitada, objetiva, solidária e automática por todo o passivo existente na sociedade totalmente dependente^{114 115}. Diga-se, que por todo o passivo existente, refere-se o

¹¹² Ventura, Raúl, ROA, Ano 41, maio-agosto, Lisboa, 1981, pág. 343.

¹¹³ Antunes, Ana Filipa, A Aquisição Tendente ao Domínio Total no Direito Societário e no Direito dos Valores Mobiliários, Coimbra Editora, pág. 341, nr.º 60.

¹¹⁴ Nesta esfera atente-se ao conciso conteúdo sumariado do acórdão do STJ de 31.05.2005, Fernandes Magalhães, disponível em www.dgsi.pt: “I - A responsabilidade da sociedade dominante é directa e ilimitada (a sociedade mãe responde pessoal e imediatamente perante os credores da sociedade filha) e não indirecta (obtida à custa de outros acervos patrimoniais); II - Tem natureza legal (decorrente de uma norma prevista na lei societária e não da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade filha); III - É objectiva (respondendo a sociedade dominante pelas dívidas da sociedade dependente independentemente da culpa que tenha no não cumprimento); IV - É solidária (pelo cumprimento unitário e integral das obrigações contraídas pela sociedade filho responde esta e a sociedade mãe-30 dias sobre a constituição em mora daquela); V - A sociedade totalmente dominante responde pelas obrigações da sociedade dependente constituídas até à cessação da relação de domínio total, mesmo que o seu cumprimento lhe seja exigido (judicial ou extrajudicialmente), após a cessação dessa relação; VI - É automática (surge relativamente às obrigações da sociedade dependente anteriormente constituídas a partir do momento em que a sociedade dominante adquire o domínio total daquela, ou a partir do momento da constituição das obrigações desta, relativamente às constituídas na vigência de tal relação); VII - E não há necessidade, para lhe ser exigível o seu cumprimento, de ser interpelada para cumprir as obrigações da sociedade dependente; VIII - A responsabilidade de tal natureza não é afastada pelo facto de ter existido uma transmissão da totalidade das acções a um terceiro; IX - A responsabilidade consagrada no art.º 501 C.S.C. não se

legislador ao passivo existente antes e durante a existência do grupo ¹¹⁶. A irrelevância da origem do passivo é outra imagem de marca deste regime, pelo que, ainda que não tenha sido consequência dessa relação grupal, a sociedade totalmente dominante é sempre responsável pelos credores sociais da dependente ¹¹⁷. Ademais, mesmo após o termo da relação de grupo, essa responsabilidade se mantém, ainda que somente às dívidas consubstanciadas até à respetiva cessação. No entanto, apesar de a sociedade totalmente dominante responder pelas obrigações da sociedade totalmente dominada, a mesma só é exigível passados trinta dias da constituição em mora, e o título executivo oponível a esta última não se aplica à primeira.

6.2. Responsabilidade pelas perdas da sociedade totalmente dominada

O 502.º, exterioriza a responsabilidade da sociedade totalmente dominante em compensar as perdas anuais que, por qualquer razão, se verificarem na sociedade totalmente dependente, sempre que estas não forem compensadas pelas reservas constituídas durante o mesmo período.¹¹⁸ Tal como se referiu anteriormente para o regime do 501.º também aqui acaba por ser irrelevante a causa da perda. No entanto, quanto à aplicabilidade temporal, o âmbito do presente artigo apenas se aplica às perdas anuais existentes durante a vigência da relação de grupo.¹¹⁹ A este propósito refira-se que o direito de crédito da sociedade dominada, nasce no termo de cada exercício anual. Ora, esta obrigação que pende sobre a esfera da totalmente dominante, acaba por obrigar esta última a um “realinhamento de interesses” ¹²⁰ de

extingue pela cessação da relação de grupo; X - O art.º 501º C.S.C. não estabelece qualquer restrição ao direito à propriedade privada, pelo que não há em relação a ele inconstitucionalidade orgânica, nos termos do art.º 204º C.R.P.”.

¹¹⁵ Ainda sob a esfera deste artigo vide, Antunes, José Engrácia, Os Grupos de Sociedades, Os Grupos de Sociedades, Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2002; Gomes, Januário Costa, A Sociedade com Domínio Total como Garante, RDS, 2009, 4, 865-883; Oliveira, Ana Perestrelo, CSC Anotado, Comentário ao artigo 501.º pág. 1293-1295; França, Maria Augusta, A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo, AAFDL, Lisboa, 1990; Trigo, Maria da Graça, Grupos de Sociedades, Separata da Revista “O Direito”, 123, I, 1991, 41 – 114.

¹¹⁶ Veja-se neste sentido, Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 501.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1296, nota 13.

¹¹⁷ Cf. Acórdão do STJ de 23.01.1996, Lopes Pinto, disponível em www.dgsi.pt.

¹¹⁸ Veja-se no acórdão do STJ, de 31.05.2011, Salazar Casanova, disponível em www.dgsi.pt, “O direito à compensação das perdas anuais só ocorre porque não foram no momento próprio constituídas reservas e obviamente a sociedade dominante não pode eximir-se, por tal motivo, a uma responsabilidade omissiva que é própria.”

¹¹⁹ Neste sentido, Cordeiro, António Menezes, Código das Sociedades Anotado, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 501.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág.1301.

¹²⁰ Oliveira, Ana Perestrelo, Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Almedina, 2012, pág. 34, nr.º 75.

forma a que, o grupo funcione como um conjunto harmonioso e lucrativo, com políticas de atuação, estratégias e objetivos sociais e financeiros coincidentes.

6.3. Da responsabilidade dos membros do órgão de administração

Por último, no âmbito de aplicação do 504.º, acaba por ser a disposição enquadradora dos objetivos estabelecidos nos artigos anteriores. Neste sentido, os membros do órgão de administração da sociedade totalmente dominante devem adotar, relativamente ao grupo, a diligência exigida por lei quanto à administração da sua própria sociedade. Relativamente à sua responsabilidade, os membros do órgão de administração da sociedade diretora são responsáveis nos termos do 72.º a 77.º do CSC com as devidas adaptações. Incumbe, assim, aos membros da administração da sociedade mãe, um dever de diligência na administração, não só da sua sociedade, como da sociedade a si totalmente dependente, pelo que do conteúdo do n.º1 se retira implicitamente o desdobramento para os deveres fundamentais, estatuídos no artigo 64.º.¹²¹

7. DA DELIBERAÇÃO EM ASSEMBLEIA GERAL - Integração num Grupo¹²²

*“A deliberação da assembleia geral surge, pois, como exigência do princípio da lealdade.”*¹²³

No âmbito da governação societária, pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29 de março, introduziram-se importantes alterações sobre a organização e direção das empresas, bem como novas opções e novos parâmetros de escolha à governação. No nosso CSC, a exteriorização destas mudanças é feita pelo artigo 278.º n.º 1 donde se extraem as atuais três modalidades de administração e fiscalização de sociedades: a) conselho de administração e conselho fiscal; b) conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria, e revisor oficial de contas, e, alínea c)

¹²¹ Das suas fontes veja-se designadamente a lei alemã, nomeadamente no §70.º do *Aktiengesetz* de 1937 e o §76.º do *AktG* de 1965, que falam em “gestor de negócios ordenado e criterioso” e um “homem de negócios ordenado”.

¹²² A análise aqui efetuada terá por base a figura das Sociedades Anónimas, pelo vazio normativo relativamente ao momento prévio de integração. Veja-se que na esfera das sociedades por quotas, esta questão encontra a sua solução pela aplicação do artigo 246.º n.º 2, al. d),

¹²³ Ana Perestrelo de Oliveira, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*, Almedina, 2012, pág. 415.

conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas.

Relativamente à competência do conselho de administração nas S.A. encontra-se devidamente identificada no artigo 405.º e 406.º. No entanto, ainda que não expressamente, no que concerne às aquisições de capital, subsume-se a sua integração no âmbito do poder de gestão da administração, tendo em conta outros preceitos nele subjacentes.

Neste sentido ENGRÁCIA ANTUNES, refere que, “não obstante este tipo de actos não conste expressamente do elenco exemplificativo do art. 406.º, a verdade é que a tal qualificação se terá de chegar por um argumento “*ad pari*”, senão mesmo “*ad fortiori*”, relativamente a outros actos previstos no mesmo elenco (designadamente nas alíneas e) e j)).”¹²⁴ Apesar de estarmos à primeira vista perante uma simples atribuição de competências sobre a decisão de aquisição de determinadas participações de capital, importa ter em consideração que esta aquisição, fruto das consequências que daí possam advir (integração num grupo que poderá resultar em afetação nos lucros dos sócios da sociedade-mãe, riscos financeiros significativos, privação de recursos financeiros e aumento substancial das responsabilidades perante a sociedade-filha), pode vir a condicionar fortemente a subsistência económica e empresarial da própria sociedade e dos respetivos sócios.

Assim, de forma a colmatar esta unilateral competência decisória, sobre matérias de extrema importância para a vida da sociedade, a doutrina e jurisprudência têm colmatado esforços no sentido de, atentos os interesses em jogo, adotar estratégias de atuação que visem salvaguardar o interesse social.¹²⁵

Surge assim a questão, se em matérias que constituam uma importância fulcral para a sociedade, como o caso da aquisição de capital com vista à integração

¹²⁴ Antunes, José Engrácia, Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe, Editora Porto, 1994, pág. 51.

¹²⁵ Neste sentido veja-se a primeira decisão que abriu o véu a este tipo situações, *BGH* 25.02.1982, ZR 174/80, *Holz Müller*. Ficou decidido pelo BGH que o conselho de administração de uma sociedade, não tinha o direito de decidir unilateralmente sobre matérias que alterassem a estrutura da sociedade, e, assim, que afetassem significativamente os direitos e interesses da sociedade, sem o consentimento da AG (ainda que a lei não previsse expressamente tal obrigação). Também em decisões posteriores se apoiaram na ideia inicialmente proposta, veja-se: *Landgericht Köln* de 03.02.1992, AG 1992, 238; *OLG Köln*, 24.11.1992, ZIP 1993,110; *BGH Gelatin*, 26.04.2004 e BGH, 20.11.2006, ZIP 2007, 24.

numa relação de grupo, tal decisão deva resultar de deliberação em assembleia geral.¹²⁶

7.1. Da competência da Assembleia Geral

Assim, face aos elevados encargos¹²⁷ e ao regime jurídico disciplinador da relação de grupos, consignado pela responsabilidade carreada para a esfera jurídica da sociedade totalmente dominante pelos artigos 501.º, 502.º e 504.º é primordial no nosso entender, que em momento anterior à aquisição e subsequentemente integração num grupo, seja atribuída, a palavra aos acionistas, no intuito de firmarem a este respeito, a sua posição. Como se constata, apesar dos benefícios que a integração num grupo possa trazer para as sociedades em questão, importa considerar se efetivamente esses benefícios superam as obrigações, gravosas, que vinculativamente e automaticamente impendem sobre a sociedade totalmente dominante.

Tal decisão, face às consequências que pode desencadear na sociedade dominante, não deve ser tomada unilateralmente pelos administradores da sociedade, antes sim, deve ser dada a palavra aos sócios e acionistas em sede de assembleia geral.¹²⁸ Cabendo assim ao órgão de administração com base no cumprimento dos deveres de lealdade e na esteira do 373.º, n. 3, solicitar a intervenção da assembleia geral, para que, os respetivos acionistas deliberem a posição a tomar tendo em conta a importância do tema a decidir.¹²⁹

¹²⁶ Desde já se acompanha a posição firmada por França, Maria Augusta em *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, 1988, (disponível na BFDUL, T-304); Antunes, José Engrácia, “Os Direitos dos Sócios da Sociedade Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários, UCP, Porto Editora, 1994 e Oliveira, Ana Perestrelo, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade*, Almedina, 2012.

¹²⁷ Relativamente aos encargos decorrentes da mudança de um contexto de estrutura unissocietária para um âmbito plurissocietário, veja-se Antunes, José Engrácia, *Os direitos dos Sócios da Sociedade-mãe*, págs. 22 a 25.

¹²⁸ Neste sentido, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, refere que, “A decisão sobre a oferta de aquisição das quotas ou ações dos sócios da sociedade dominada (...) exige a intervenção do colégio de sócios, à semelhança do defendido a respeito dos 488.º e 489.º (...): tendo em conta as consequências jurídicas e patrimoniais associadas pelo legislador à relação de grupo (cfr, 491.º, e 501.º a 504.º), os sócios da (futura) sociedade totalmente dominante devem ser chamados a deliberar sobre a matéria.”, e ainda, na esfera do 490.º, vide que, “parece dever valer para a própria decisão de aquisição da participação de 90% do capital social, dada a situação de sujeição em que a dominante fica colocada: por força do n.º 5 do 490.º, os minoritários da dependente adquirem o direito potestativo de alienação das suas quotas ou ações (...) direito.”. Veja-se neste sentido, Cordeiro, António Menezes, *Código das Sociedades Anotado*, Almedina, 2012, Comentário ao artigo 490.º do CSC por Oliveira, Ana Perestrelo, pág 1256.

Neste sentido, veja-se a já aqui mencionada sentença de Holz Müller.

¹²⁹ Cordeiro, António Menezes, *Assembleia Geral e Deliberações Sociais*, Almedina, 2007, pág. 139

Por sua vez, do lado do órgão de administração, regista-se como um fator positivo, pois face a matéria de tal importância, ao “transportar” esta decisão para a esfera dos sócios, afastam de certa forma eventuais responsabilidades que possam surgir com a integração da sociedade numa relação de grupo.

Acompanhamos assim a posição defendida por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA quando refere que, “no que respeita às sociedades anónimas, ainda que a aquisição de participações sociais seja, a princípio, matéria de gestão, o impacto estrutural da aquisição do domínio total e as consequências do regime que acarreta reclamam que os administradores, por força dos deveres de lealdade que vinculam a sociedade perante os sócios, submetam a aquisição a deliberação da assembleia geral.”¹³⁰

De salientar, a título adicional, que ainda que tutelada *ex-post* a intervenção da assembleia geral no 489.º, essa intervenção acaba por perder qualquer utilidade, por ser uma intervenção *à posteriori* dos efeitos. Ou seja, os efeitos, automáticos aquando da integração num grupo, já se consignaram, pelo que a deliberação apesar de retirar o molde de grupo não retiraria as responsabilidades desde logo assumidas com a sua criação.

7.2. Quórum deliberativo

Considerado nesta sede a necessidade de deliberação dos sócios, quanto às decisões que inflijam numa sociedade a suscetibilidade de integração numa relação de grupo, importa agora, observar o respetivo processo de deliberação.

No entanto, ainda que sem qualquer previsão expressa, ter-se-á invariavelmente de recorrer ao âmbito de aplicação do 496.º. Para ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “no caso de grupo constituído por domínio total (...) a analogia *legis* com os artigos 496.º e 103.º é bastante: a maioria qualificada impõem-se em ambas as hipóteses pois a repercussão das medidas de construção do grupo é equivalente.”¹³¹ Assim, considera-se bastante a regra da maioria qualificada, 2/3 dos votos emitidos, para as sociedades anónimas e 3/4 dos votos correspondentes ao capital, nas sociedades por quotas.

¹³⁰ Oliveira, Ana Perestrelo, Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, Almedina, 2012, pág. 330.

¹³¹ Ana Perestrelo de Oliveira, Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade, pág. 429.

Neste âmbito, importa referir que apesar de inicialmente no acórdão *Holzmuller* se fazer menção somente à deliberação por maioria simples, posteriormente em dois acórdãos, *BGH Macrotron*, de 25.11.2002 e *Gelatin* de 26.04.2004 esclareceu-se o âmbito de aplicação da Doutrina *Holzmuller*, moderando-a no seu campo de aplicação e fixando a necessidade de obtenção de uma maioria qualificada.¹³²

¹³² Surgem como influências a esta maioria qualificada o próprio conteúdo normativo dos §§179, 2, 182, 186, 3, 293, 1, 340.º C e 361 do *AktG*.

CONCLUSÃO

A presente Dissertação visou o estudo e análise de uma figura jurídica bem conhecida do mundo jurídico comercial, a **aquisição tendente ao domínio total**, que pelas suas características, originais e inovadoras, teve um forte impacto na Doutrina e Jurisprudência, tendo sido questionada a sua aplicabilidade e constitucionalidade ao longo dos tempos.

Com o objetivo de uma análise clara e desenvolvida, foram selecionados num primeiro momento, determinados instrumentos jurídicos que pela sua natureza pudessem ser confundidos com a matéria dos grupos de sociedades. Desde logo, referimo-nos aos processos de fusão, às sociedades gestoras de participações sociais, agrupamentos complementares de empresas e consórcios.

Este tipo de figuras, apesar de na sua essência se aproximarem de certo modo dos objetivos dos grupos de sociedades, transportam diferenças muito significativas numa perspetiva jurídico económica, que aqui se enfatizaram.

Por sua vez, entrados nos redutos da norma que nos propusemos trabalhar, e que foi aposta pelo nosso Código das Sociedades Comerciais somente em 1986, ficou bem marcada a sua preponderância no sistema atual dos grupos, como uma norma útil e necessária. Um mecanismo a ser utilizado por e para os sócios, sejam eles pertencentes à sociedade dita dominante, seja pertencentes à sociedade dominada.

Atenta a inovação e originalidade que este instrumento revelou no ramo jurídico societário, à data em que foi criado, rapidamente criou vozes de resistência, clamando pela sua inconstitucionalidade. Impunham a ideia de mecanismo expropriativo que acabaria por entrar em conflito com Direitos constitucionalmente garantidos.

No entanto, rapidamente surgiram posições contrárias, que, pela doutrina e jurisprudência, defenderam a legalidade do instrumento e o consequente respeito pelos Direitos constitucionais: igualdade, proporcionalidade e propriedade privada. Posição essa que se mantém, como dominante, até aos dias de hoje.

Estamos assim, perante um instrumento que pelas suas características, visa proporcionar aos sócios minoritários de uma sociedade dominada, detentores das chamadas posições “mortas”, uma “*last call*”, no sentido de se desvincularem da

sociedade, através de uma contrapartida justa e equitativa. Por sua vez, na esfera da sociedade dominante, os benefícios são igualmente frutuoso, no sentido de possibilitar a integração num grupo, rentabilizando ao máximo as sociedades, os sócios e os seus produtos.

Deste modo, rapidamente se conclui que afeto a este mecanismo, está associada a proteção de todos os protagonistas, não conformando nenhum dos dois como atores principais ou secundários, antes pelo contrário, atribuindo a possibilidade a ambos, na medida da sua perspectiva, de rentabilizar o seu património social. Desta forma são respeitados, os interesses de ambas as partes e acima de tudo a Constituição da República Portuguesa, não comprometendo de nenhuma forma, os princípios supra mencionados.

Por último, deixamos uma breve análise a um tema bastante importante, relativo à decisão sobre a integração num grupo. Ao longo do trabalho foi mencionado o “outro lado” da constituição de um grupo, e as eventuais consequências jurídicas e patrimoniais que pudessem ocorrer, na esfera dos sócios e da própria sociedade.

Atenta a extrema importância que reveste a decisão de integração, impõem-se ao órgão de administração, pelos deveres de lealdade a si subjacentes, a convocação de uma assembleia geral, no sentido de destacar nos sócios a decisão das decisões - a decisão de constituição de um grupo.

Por tudo isto concluímos, pela virtuosidade do instrumento e pelo sentido de oportunidade que o mesmo conseguiu trazer à esfera dos sócios, das sociedades e do comércio em geral!

BIBLIOGRAFIA

- **ANA FILIPA ANTUNES**, *A Aquisição Tendente ao Domínio Total no Direito Societário e no Direito dos Valores mobiliários*, Coimbra Editora
- **ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA**, *Questões Avulsas em Torno dos Artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais*
- **ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO**, *Assembleia Geral e Deliberações Sociais*, Almedina, 2007
- **ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO**, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2012, 2ª Edição
- **ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO**, *Da Constitucionalidade das Aquisições Tendentes ao domínio Total*, 20 BMJ, 1998
- **ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO**, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, 2005
- **ARMANDO TRIUNFANTE**, *a Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas*, e *Direito Individuais*, Coimbra Editora, 2004
- **CARLOS MOTA PINTO**, *Teoria Geral do Direito Cível*, 3ª Edição, 1986
- **CLAUDE CHAMPAUD**, *Le Povoir de Concentration de la Société par Actions*
- **EDUARDO PAIS FERREIRA E ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA**, *Sobre o Sistema Reforçado de Fiscalização nas Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, Estudo em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Vol. II, Coimbra Editora, 2008
- **EXPLANATORY NOTES TO THE COMPANIES ACT**, Europäischer Hochschulverlag GmbH & Co. KG, June 2010
- **FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO**, *Grupos de Sociedades*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990, sep. Vol. 64, 1998
- **HANNES SCHNEIDER, H. MARTIN HEIDENHAIN**, *The German Stock Corporation Act*, Kluwer Law International, 2nd Edition, 1996.
- **JOÃO LABAREDA**, *Das Ações das sociedades Anónimas*, AAFDL, 1998
- **JOHN BIRDS** *Annotated Companies Legislation*. Oxford

- **JOHN FERRAR**, *Company Law*, 3ª Edition, London, 1991
- **JONATHAN MUKWIRI, ROUTLEDGE-CAVENDISH**, *Takeovers and the European Legal Framework: A British Perspective*, 1ª edition, June 2009
- **JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES**, *A Aquisição Tendente ao Domínio Total. Da sua Constitucionalidade*, Coimbra Editora, Coimbra 2001
- **JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES**, *Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*, Almedina, 1993
- **JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES**, *Estrutura e Organização da Empresa Plurissocietária*, Almedina, 2002
- **JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES**, *O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas, Estudos de Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, 2º Volume, Almedina, 2002
- **JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES**, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade Mãe na Formação e Direção dos Grupos societários*, Porto editora, 1994
- **JOSÉ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA**, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. 1*
- **LUÍS BRITO CORREIA**, *Direito Comercial, Sociedades Comerciais, Vol. 2*, 1993
- **MARIA AUGUSTA FRANÇA**, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, AAFDL, Lisboa, 1990
- **MARIA AUGUSTA FRANÇA**, *Novas Perspetivas do Direito Comercial – Direito à Exoneração*, Almedina, 1998
- **MARIA DA GRAÇA TRIGO**, *Grupos de Sociedades, Separata da Revista, (O Direito)*, ano 123, 1991 I
- **PAULO OLAVO CUNHA**, *Direito das Sociedades Comerciais*, 3ª edição, Almedina, 2007
- **PEDRO PAIS DE VASCONCELOS**, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2ª Edição, Almedina, 2006

- **PEDRO PAIS DE VASCONCELOS**, *O Contrato de Consórcio no Âmbito dos Contratos de Cooperação entre Empresas*, Coimbra Editora, 1999
- **RAÚL VENTURA**, *Grupos de Sociedades: Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projeto Preliminar de Diretiva da C.E.E.*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1981
- **RAÚL VENTURA**, *Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades*, *ROA*, ano 39, Lisboa 1979
- **RAÚL VENTURA**, *Participações Recíprocas de Sociedades em Sociedades*, *Separata SI, XXVII n.ºs 153-156*, 1978
- **RAÚL VENTURA**, *Primeiras Notas sobre o Contrato de Consórcio*, *ROA*, Ano 41, t. III, 1981