JOSÉ AUGUSTO QUELHAS LIMA ENGRÁCIA ANTUNES

Mestre em Direito
(Universidade Católica Portuguesa, Lisboa)

Doutor em Direito
(Instituto Universitário Europeu, Florença)

OS DIREITOS DOS SÓCIOS DA SOCIEDADE-MÃE NA FORMAÇÃO E DIRECÇÃO DOS GRUPOS SOCIETÁRIOS

Universidade Católica Portuguesa – Editora

PORTO • 1994

I. INTRODUÇÃO: O PROBLEMA

1. O SENTIDO TRADICIONAL DO DIREITO DOS GRUPOS DE SOCIEDADES [1]

Durante muito tempo, constituiu convicção generalizada na doutrina que os problemas colocados ao tradicional direito das sociedades pelo fenómeno hodierno do controlo intersocietário e, em particular, pela sua emergência organizativa mais sofisticada — os grupos de sociedades —, se esgotavam no plano das *sociedades-filhas ou dependentes*.

O que se compreende de certo modo, diga-se desde já.

Por um lado, constituindo o grupo de sociedades uma forma de organização da empresa moderna cujo princípio energético (o fenómeno do controlo intersocietário) está em aberta contradição com o postulado fundamental sobre o qual assenta todo o direito das sociedades (o postulado da independência da sociedade), não é de espantar que a atenção dos autores tenha sido atraída, desde logo, por aquele plano onde a discrepância entre modelo legal e modelo real introduzida por tal fenómeno aparece como particularmente evidente — o plano das sociedades dependentes. É necessário ter aqui em conta que o direito das socie-

---

[1] Sobre todo este ponto, vide para maiores desenvolvimentos ANTUNES, J., *Os Grupos de Sociedades — Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, pp. 140 e ss.; ANTUNES, J., *Les Groupes de Sociétés et la Crise du Modèle Légal Classique de la Société Anonyme*. Por razões de comodidade expositiva — e sem prejuízo de posteriores precisões terminológicas —, utilizaremos a expressão «sociedade-mãe» como designativo genérico para o ente societário que ocupe o lado activo de uma relação de grupo e de domínio intersocietário, e a expressão «sociedade-filha» (ou equivalentes contextuais, v.g., «sociedade dominada», «sociedade dependente») para designar o ente que figure no lado passivo desses mesmos tipos de relação de coligação intersocietária.

dades nasceu e evoluiu como o direito da sociedade comercial individual e independente: todo o edifício jurídico-societário repousa sobre um *arquétipo* ou *modelo pressuposto* de «sociedade autónoma», isto é, constrói toda a respectiva disciplina jurídica a partir do postulado previamente assumido pelo legislador de que a sociedade constitui uma entidade jurídica e económica autónoma, fechada sobre si mesma e imune a qualquer influência exterior, que exerce a sua actividade económico-empresarial na actuação de uma «vontade social» própria e na prossecução de um «interesse social» também ele próprio. Todavia, a irrupção massiva dos grupos societários durante a segunda metade do presente século — operando a célebre «passagem da era atomística à era molecular do direito das sociedades» (RODIÈRE) —, teve, desde logo, e sobretudo, o significado de vir abrir uma crise, porventura sem precedentes, naquele arquétipo legal e nos quadros jurídico-societários tradicionais que sobre ele assentavam. Com efeito, o postulado de referência destes quadros legais (a pressuposta autonomia do ente societário e o seu estatuto «ideal» de sociedade isolada e independente) está em total oposição com aquele que constitui, afinal, o traço distintivo dessa nova realidade do mundo societário actual (o fenómeno do controlo intersocietário e o seu estatuto «real» de sociedade coligada e dependente): aqui, com efeito, a sociedade que se pretende regular não é mais a entidade soberana e autónoma idealizada pelo legislador, mas surge como um mero componente organizativo de uma unidade económica constituída por um conjunto mais ou menos vasto de sociedades, cujas actividades económico-empresariais não são mais prosseguidas na execução das respectivas vontades sociais individuais mas na actuação de uma estratégia unitária determinada pelo núcleo dirigente do grupo, nem são exercidas na prossecução dos respectivos interesses sociais particulares mas na respectiva subordinação ao interesse geral do todo económico [2]. Por outro lado, constituindo o grupo

[2] Esta virtual crise do modelo sobre o qual repousa ainda todo o edifício normativo do actual direito das sociedades (originada em consequência do efeito de potencial e institucional subordinação da vontade e interesse sociais de um ente corporativo a uma vontade e interesse sociais externos, que é próprio do

uma forma de organização da empresa caracterizada pela subordinação de um conjunto mais ou menos vasto de sociedades juridicamente independentes a uma direcção económica unitária (empresa plurissocietária), não é de espantar igualmente que a preocupação dos legisladores se tenha concentrado, inicialmente, naquele plano onde o impacto dos efeitos dessa subordinação se faziam primacialmente sentir e onde, afinal, se revelavam mais prementes as necessidades de intervenção regulatória — uma vez mais, o nível das sociedades-filhas. Com efeito, a integração de uma sociedade num grupo societário constitui uma fonte de inevitáveis e graves perigos, quer para si própria enquanto unidade económica, quer para aqueles actores que em torno dela gravitam, «maxime», os respectivos sócios (minoritários) e credores sociais. Assim, e desde logo, uma tal integração vem originar para a própria *sociedade-filha* uma virtual usurpação da sua soberania jurídico-organizativa e uma potencial degradação da sua autonomia jurídico-patrimonial. Exposta à intromissão no seu próprio seio social de uma vontade e interesse alheios, a empresa societária perderá, regra geral, o seu poder de autodeterminação como entidade económica independente, podendo mesmo, no limite, vir a transformar-se numa simples extensão dos interesses empresariais e da vontade da sociedade-mãe; e a lógica económica que acompanha a direcção da empresa plurissocietária deixa de ser a da rentabilidade individual das sociedades componentes para passar a ser assim antes a do respectivo contributo para a sobrevivência e sucesso global

grupo de sociedades), dá assim razão a quem, como LÉON DABIN, afirma que «o fenómeno dos grupos contradiz totalmente os pressupostos sobre os quais os legisladores construiram o direito societário» (*Les Groupes de Sociétés*, p. 144), ou ainda a quem, como YVES GUYON, constata com desassombro que «os grupos de sociedades estão no coração de todos os problemas com que hoje se debate o direito das sociedades» (*Examen Critique des Projets Européens en Matière de Groupes de Sociétés*, p. 156). Sobre as origens, caracteristicas, e vias de solução desta crise do modelo legal de sociedade comercial, vide no direito comparado ANTUNES, J., *Les Groupes de Sociétés et la Crise du Modèle Légal Classique de la Société Anonyme*; PAILLUSSEAU, J., *Les Fondements Modernes du Droit de Sociétés*; PETTET, J., *Company Law in Change*; TSCHANI, R., *Funktionswandel des Gesellschaftsrechts*; WEISS, G., *Significato Economico della Società per Azioni*.

do próprio grupo. Depois ainda, o grupo vem ainda afectar a posição dos *sócios minoritários* da sociedade-filha. Abrindo caminho a uma divisão básica no colégio dos sócios destas sociedades — entre os sócios «internos», que perseguem uma estratégia de aquisição do controlo social com vista à maximização do rendimento global do grupo (a sociedade-mãe ou uma sociedade por ela directa ou indirectamente dominada), e os sócios «externos» ou minoritários, que perseguem uma pura estratégia de rentabilização dos capitais investidos —, o grupo vem alterar profundamente o estatuto jurídico-organizativo e jurídico-patrimonial destes últimos sócios: com efeito, os seus direitos de participação na vida social («maxime», direito de voto), ainda que formalmente existentes, perdem qualquer consistência material, não revestindo as deliberações sociais da Assembleia Geral senão um puro carácter declaratório de decisões já previamente tomadas fora da própria sociedade (junto do núcleo dirigente do grupo); e os seus direitos patrimoniais («maxime», direito aos lucros) não saem decerto incólumes das permanentes transferências intersocietárias de bens e capitais («syphonage de bénéfices», «unfair corporate dealings»), já tornadas moeda corrente na vida interna dos grupos. Finalmente, o grupo bule ainda com o estatuto jurídico dos próprios *credores sociais* da sociedade-filha. É que os pressupostos da realidade material dos respectivos direitos — a autonomia patrimonial do ente social e as regras de protecção do capital social — são postos directamente em causa pela conjugação da típica permeabilidade do património das sociedades filiais com a não comunicabilidade dos riscos derivada da respectiva autonomia jurídico-formal: ao passo que os seus direitos estão limitados ao acervo patrimonial da filial devedora, aquela permeabilidade pode reduzir ou mesmo esvaziar completamente tal acervo de toda e qualquer substância, tornando o direito do credor, no limite, numa quase ficção. Esta visão tradicional — cunhada nos trabalhos pioneiros de KRONSTEIN (1931), «Die abhängige juristische Person» na Alemanha e de POWELL (1931), «Parent and Subsidiary Corporations» nos Estados Unidos da América, e caracterizada assim por perspectivar a problemática dos grupos exclusivamente do ângulo da sociedade-filha ou dependente — haveria de inspirar

os primeiros passos dos autores e legisladores nesta matéria. O direito dos grupos de sociedades surgiria assim, nesta primeira fase, como uma resposta da ordem jurídica ao crescente fosso entre direito e realidade introduzido por esta nova forma organizativa da empresa moderna ao nível das entidades societárias constituintes, procurando diagnosticar os efeitos desreguladores provocados pela estrutura do grupo na vida desses entes (bem assim como na posição dos respectivos sócios e credores) e desenvolver mecanismos protectores especiais para lhes fazer face. Assim acontece com todas as iniciativas legislativas existentes na matéria a nível mundial, nomeadamente a lei societária alemã de 1965 e a lei societária brasileira de 1976.

Assim também aconteceu entre nós. Como noutro local pensamos ter demonstrado, terá sido essa também a perspectiva fundamental que subjaz à recente disciplina consagrada pelo legislador português sobre esta matéria no Código das Sociedades Comerciais de 1986 (Título VI, artigos 481.º-508.º-E): com efeito, o sentido geral que preside à disciplina do fenómeno dos grupos societários aí contida é o de um direito protector da sociedade dependente, respectivos sócios e credores sociais[3].

[3] Sobre a disciplina das sociedades coligadas, prevista nos arts. 481.º e segs. do CSC, vide na doutrina portuguesa ANTUNES, J., *Os Grupos de Sociedades — Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*; COELHO, F., *Grupos de Sociedades — Anotação Preliminar aos arts. 488.º a 508.º do CSC*, pp. 297 e ss.; CORREIA, L., *Grupos de Sociedades*, pp. 379 e ss.; FIGUEIRA, E., *Disciplina Jurídica dos Grupos de Sociedades*, pp. 37 e ss.; SILVA, F., *Das Relações Inter-Societárias*, pp. 489 e ss.; TRIGO, M., *Grupos de Sociedades*, pp. 41 e ss., 59 e ss.; VENTURA, R., *Os Grupos de Sociedades — Uma Introdução Comparativa*, (trabalho anterior à entrada em vigor do Código, mas que introduziu pela primeira vez no direito nacional o estudo desta problemática). Para uma interpretação do sentido geral subjacente a tal disciplina, vide extensivamente ANTUNES, J., *Os Grupos de Sociedades*, pp. 209 e ss.; numa linha idêntica, sobre o sentido tradicional da disciplina jurídica dos grupos societários como um direito protector da sociedade dependente («ein Schutzrecht der abhängigen Gesellschaft») ou um direito especial para a sociedade dependente («ein Sonderrecht der abhängigen Gesellschaft»), vide, para o direito alemão, EMMERICH/SONNENSCHEIN, *Konzernrecht*, pp. 8 e 90; FLUME, W., *Grundfragen der Aktienrechtsreform*, pp. 27 e ss.; HOMMELHOFF, P., *Die Konzernleitungspflicht*, pp. 29 e ss.; MESTMÄCKER, E., *Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz*, pp. 129 e ss.; RASCH, H., *Deutsches Konzernrecht*, p. 5.

2. IMPACTO DO FENÓMENO DO CONTROLO INTERSOCIETÁRIO E DA ESTRUTURA DE GRUPO AO NÍVEL DA SOCIEDADE-MÃE

2.1. *Ideias Gerais*

Todavia, uma outra perspectiva tem arrepiado caminho desde meados dos anos 70. Na esteira dos trabalhos pioneiros de MARCUS LUTTER na Alemanha[4] e de MELVIN EISENBERG nos Estados Unidos da América[5], a tradicional perspectiva «de cima para baixo» foi dando lugar lentamente a uma nova perspectiva «de baixo para cima»: o centro das atenções deixa de ser a sociedade-filha para passar a constituir o próprio vértice

[4] Nos finais dos anos 60, um autor havia já lançado os germes desta perspectiva (MESTMÄCKER, E., *Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre*, p. 97). Todavia, esta só haveria de ganhar a sua expressão doutrinal completa e acabada com os estudos precursores da já baptizada «escola de LUTTER» e dos seus vários discípulos (PETER HOMMELHOFF, ECKARD REHBINDER, UWE SCHNEIDER, WOLFRAM TIMM): cfr. LUTTER, M., *Die Rechte der Gesellschafter beim Abschluß fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen*; LUTTER, M., *Teilfusionen im Gesellschaftsrecht*, pp. 199 e ss.; LUTTER, M., *Zur Binnenstruktur des Konzerns*, pp. 347 e ss.; LUTTER, M., *Organzuständigkeiten im Konzern*, pp. 825 e ss.; HOMMELHOFF, P., *Die Konzernleitungspflicht*, pp. 233 e ss.; REHBINDER, E., *Ausgründung und Erwerb von Tochtergesellschaften und Rechte der Aktionäre*, pp. 423 e ss.; REHBINDER, E., *Zum konzernrechtlichen Schutz der Aktionäre einer Obergesellschaft*, pp. 92 e ss.; SCHNEIDER, U., *Die Mitverwaltungsrechte der Gesellschafter in der verbundenen GmbH. Überlegungen zu einer Binnenordnung im Konzern*, pp. 78 e ss.; SCHNEIDER, U., *Konzernleitung als Rechtsproblem. Überlegungen zu einem Konzernverfassungsrecht*, pp. 249 e ss.; TIMM, W., *Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze. Die Zuständigkeitsordnung bei der Konzernbildung und Konzernumbildung*; TIMM, W., *Der Hauptversammlungskompetenzen und* Aktionärsrechte in der Konzernspitze, pp. 172 e ss. Recentemente, abordando a problemática no direito português, vide FRANÇA, M., *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, pp. 125 e ss.

[5] EISENBERG, M., *The Structure of the Corporation*; EISENBERG, M., *The Legal Roles of Shareholders and Management in the Modern Corporate Decision-Making*, pp. 1 e ss.; EISENBERG, M., *Megasubsidiaries: The Effect of Corporate Structure on Corporate Control*; pp. 1577 e ss.; vide também, BUXBAUM, R., *Extension of Parent Company Shareholders' Rights to Participate in the Governance of Subsidiaries*, pp. 511 e ss.; COLBURN, A., *Conflict Between Managers and Shareholders in Diversifying Acquisitions: A Portfolio Theory Approach*, pp. 1238 e ss.

hierárquico do grupo, a *sociedade-mãe*. Na realidade, rapidamente se constatou que os efeitos provocados pelo fenómeno do controlo intersocietário e, em particular, pela estrutura da sua emergência organizativa mais elaborada — o grupo de sociedades —, de modo algum se confinavam ao plano das sociedades-filhas, mas se faziam igualmente sentir junto da própria sociedade de topo.

Com efeito, e à semelhança do que vimos acontecer com a sociedade-filha, a estrutura do grupo societário é também susceptível de originar problemas importantes para a sociedade-mãe e para os diversos actores que gravitam em seu torno, designadamente os respectivos sócios e credores sociais, que reclamam igualmente atenta consideração.

Desde logo, a estrutura do grupo é susceptível de provocar alterações significativas na situação jurídico-organizativa e patrimonial da própria *sociedade-mãe*. Como melhor veremos, e por um lado, a transformação de uma sociedade singular e isolada na cúpula hierárquica de um grupo mais ou menos vasto de sociedades, mormente mediante a constituição de novas sociedades ou a aquisição de sociedades já existentes, vem originar uma alteração profunda ao nível do sistema legal de distribuição das competências orgânicas no seio daquele ente social, traduzida num virtual insuflamento dos poderes dos respectivos órgãos de administração em detrimento das atribuições próprias da Assembleia Geral dos sócios; além de que, por outro lado agora, tal transformação virá sempre expor a sociedade a importantes encargos financeiros e aumentar substancialmente a esfera do respectivo risco empresarial, por força das obrigações legais emergentes das relações de coligação intersocietária entretanto criadas (maxime, obrigações de compensação dos sócios minoritários das sociedades-filhas, responsabilidade pelas perdas sociais anuais destas, comunicabilidade das dívidas sociais)[6].

[6] Cfr., entre outros, EBENROTH, C., *Konzernbildungs- und Konzernleitungskontrolle — Ein Beitrag zur Kompetenzen von Vorstand und Hauptversammlung*; EISENBERG, M., *Megasubsidiaries: The Effect of Corporate Structure on Corporate Control*, pp. 1577 e ss.; TIMM, W., *Die Aktiengesellschaft als Konzernspitze. Die Zuständigkeitsordnung bei der Konzernbildung und Konzernumbildung*.

Depois ainda, e em consequência disto mesmo, não são menos evidentes os efeitos daqui resultantes para a situação dos sócios da sociedade de topo. Com efeito, a referida alteração da situação organizativa e patrimonial da sociedade-mãe, provocada pela estrutura de grupo, acabará sempre por reflectir-se em primeira linha sobre o estatuto jurídico dos respectivos associados, cujos direitos de participação social e direitos patrimoniais se podem ver expostos a uma sensível degradação. Como melhor veremos também mais adiante, a substituição pela empresa social de uma estrutura originariamente unissocietária por uma outra de tipo plurissocietário implica sempre um efeito de transferência dos poderes de governo e supervisão do colégio dos sócios para o respectivo órgão de administração, relativamente a todas aquelas partes da empresa global do grupo agora exploradas sob a forma de sociedades-filhas; além de que a centralização dos riscos da exploração empresarial da empresa global junto da sociedade-mãe (decorrente dos excepcionais deveres e responsabilidades em que esta incorre por força do especial regime jurídico regulador das relações intragrupo) sempre implicará, em caso de mau andamento dos negócios das sociedades-filhas, uma mediata mas sensível afectação da situação jurídico-patrimonial dos respectivos sócios («maxime», do seu direito ao dividendo)[7].

Finalmente, os próprios *credores* da sociedade-mãe podem não escapar ilesos aos efeitos despoletados pela alteração da estrutura jurídica da empresa social: de facto, é necessário não perder de vista que os mecanismos de protecção dos credores das sociedades-filhas — introduzidos quer por via contratual (v.g., as chamadas «lettres de patronage»), quer por via jurisprudencial (v.g., mediante técnicas de «desconsideração da personalidade jurídica» das sociedades agrupadas), quer mesmo por via legislativa (v.g., a responsabilidade ilimitada da sociedade-mãe perante os credores das respectivas filiais, prevista no art. 501.º do CSC) —, acabam sempre por acarretar efeitos potencialmente negativos para os credores da própria sociedade-mãe, podendo mesmo, no limite, originar a falência global do próprio grupo[8].

[7] Cfr., entre outros, REHBINDER, E., *Ausgründung und Erwerb von Tochtergesellschaften und Rechte der Aktionäre*, pp. 423 e ss.; REHBINDER, E., *Zum konzernrechtlichen Schutz der Aktionäre einer Obergesellschaft*, pp. 92 e ss.; TIMM, W., *Minderheitenschutz und unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Mutterunternehmen*, pp. 60 e ss.; TIMM, W., *Der Hauptversammlungskompetenzen und Aktionärsrechte in der Konzernspitze*, pp. 172 e ss.

2.2. *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe*

Particularmente importantes e complexos são os problemas criados pela estrutura do grupo societário para *os sócios da sociedade-mãe* — de que nos vamos ocupar em especial neste trabalho. De facto, o efeito de profunda alteração na ordem interna de competências legais da sociedade-mãe, que é originado pela estrutura do grupo societário e que se traduz numa anormal extensão dos poderes dos órgãos de administração em detrimento das atribuições legais da respectiva Assembleia Geral, vem afectar radicalmente a posição jurídico-patrimonial e jurídico-organizativa dos respectivos sócios[9].

[8] Cfr., entre outros, ANTUNES, J., *Liability of Corporate Groups — Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships*, pp. 306 e ss.; DRÜKE, H., *Die Haftung der Mutter für Schulden der Tochtergesellschaft*; DEBUS, C., *Haftungsregelungen im Konzernrecht. Eine ökonomische Analysis*; HEINSIUS, T., *Haftungsfragen im faktischen GmbH-Konzern*, pp. 99 e ss.; OCDE, *Responsability of Parent Corporations for the Debts of Their Subsidiaries*.

[9] Na lapidar formulação de REHBINDER, E.: «Das Grundprobleme läßt sich dahin formulieren, daß Konzernbildung und Konzernherrschaft (und deren Vorstufen) nicht nur geeignet sind, die organisatorische und vermögensmäßige Eigenständigkeit der abhängigen Gesellschaft zu beeinträchtigen und damit diese selbst, ihre Minderheitgesellschafter und Gläubiger zu Schädigen, sondern daß sie — gemessen am Bild der nichtverbundenen Aktiengesellschaft — auch die gesellschaftsinterne Zuständigkeits- und Vermögensordnung in der Obergesellschaft, insbesondere die Rechte und Pflichten der Aktionäre verändern» (*Zum konzernrechtlichen Schutz der Aktionäre einer Obergesellschaft*, p. 94).

Este efeito provocado pela estrutura do grupo de sociedades torna-se visível, tanto no plano da constituição do grupo, como no plano do seu funcionamento e direcção [10].

2.2.1. Direitos dos Sócios e Formação do Grupo

Relativamente ao plano *da formação de um grupo*, comece-se por fazer presente que está longe de ser indiferente aos associados de uma empresa colectiva a reorganização da respectiva superestrutura jurídica, operada no sentido de que esta deixe de estar organizada sob a forma de uma única sociedade singular para se transformar na sociedade-mãe de um grupo mais ou menos vasto de sociedades-filhas para as quais são transferidas parcelas patrimoniais ou sectores de actividade (grupo industrial), ou mesmo se venha a converter numa pura sociedade gestora de participações sociais através da transferência global e progressiva do respectivo património para sociedades criadas ou adquiridas para esse efeito («holding»).

Esta afirmação poderá surpreender aqueles que, ofuscados pelas sinergias positivas da estrutura empresarial plurissocietária, apenas estão preparados para conceber vantagens na sua adopção. A realidade, no entanto, é algo mais complexa. Tomemos o caso de uma determinada empresa societária individual que resolve utilizar uma parte dos bens sociais para criar «ab initio» uma nova sociedade cujo capital ela detém integralmente ou então para adquirir a totalidade do capital de sociedade já existente — dando assim origem a um grupo, respectivamente, por domínio total inicial (art. 488.º) ou superveniente (art. 489.º) [11]. À primeira vista, uma tal decisão implicaria uma simples mudança da superestrutura jurídico-organizativa da

[10] HEINSUS, T., *Organzuständigkeit bei Bildung, Erweiterung und Umorganisation des Konzerns*, pp. 383 e ss.; WESTERMANN, H., *Organzuständigkeit bei Bildung, Erweiterung und Umorganisation des Konzerns*, pp. 352 e ss.

[11] Salvo referência expressa em contrário, os preceitos doravante indicados pela sua mera enumeração pertencem ao Código das Sociedades Comerciais (1986).

empresa colectiva — que deixaria de ser unissocietária para passar a ser explorada sob forma plurissocietária —, a qual, todavia, deixaria intocada a organização interna da outrora sociedade única e agora sociedade-mãe. Em particular, dir-se-ia que, tal operação em nada buliria com a posição da respectiva Assembleia Geral, a qual continuaria a manter intactas as suas prerrogativas normais de participação na vida social, v.g., eleição e destituição dos restantes órgãos sociais, aplicação dos lucros apurados distribuíveis, alterações do contrato, certas matérias fundamentais de reorganização económica ou jurídica (fusão, cisão, transformação), e dissolução. Uma análise mais atenta mostra que isto não é rigorosamente assim, e que a criação de um grupo de sociedades acarreta sempre uma alteração da situação jurídico-organizativa e jurídico-patrimonial dos sócios da sociedade-mãe.

Desde logo, e por um lado, a constituição do grupo provoca uma sensível redução dos *direitos de participação social* do colégio dos sócios da sociedade-mãe. Com efeito, muito embora as atribuições legais deste colégio se mantenham formalmente inalteradas, a verdade é que tais atribuições perdem qualquer substância relativamente àquelas partes da empresa global que foram transferidas para as sociedades-filhas: isto porque será aos órgãos de administração da sociedade-mãe que passará a caber no futuro o governo absoluto dessas partes, já em virtude de ser a eles que compete o exercício dos direitos sociais inerentes ao capital detido pela sociedade-mãe nas sociedades-filhas (art. 405.º), já em virtude de ser a eles também que compete o exercício do poder de direcção que a lei atribui à sociedade-mãe em virtude do domínio total (arts. 491.º, 493.º, 503.º). Vale isto por dizer que a constituição de um grupo de sociedades produz um efeito inelutável de afectação do estatuto jurídico-organizativo daqueles sócios: ao passo que, no contexto da estrutura empresarial unissocietária, os sócios exercem os direitos de participação social relativamente a toda a empresa, no contexto da estrutura plurissocietária eles acabam por perder tais direitos em favor dos órgãos de administração em relação aos sectores da empresa global destacados para as sociedades-filhas.

Depois, a criação de um grupo origina outrossim uma alteração dos *direitos patrimoniais* dos mesmos sócios. Retomando o exemplo atrás dado, a constituição de um grupo por domínio total virá expor os sócios da sociedade-mãe às consequências negativas que poderão advir dos ónus e obrigações legais que passam a onerar agora tal sociedade: pense-se, a título de exemplo, nas obrigações legais impostas à sociedade dominante de pagamento de compensações aos sócios minoritários da sociedade dominada (quando estes existam), na sua responsabilidade directa e ilimitada perante os credores sociais desta última, no seu dever de compensação das perdas anuais desta sociedade, etc. (cfr. arts. 490.°, n.° 5, 491.°, 501.° e 502.°). Tais obrigações não deixarão decerto de constituir fonte de pesados ónus e encargos financeiros para a sociedade-mãe do grupo em caso de mau andamento dos negócios das sociedades-filhas, circunstância que, mediatamente, se acabará sempre por repercutir na situação jurídico-patrimonial dos sócios daquela sociedade — podendo assim afectar o valor real das respectivas participações sociais, o seu direito aos dividendos, ou até, no limite, o próprio direito à quota de liquidação.

2.2.2. **Direitos dos Sócios e Direcção do Grupo**

Relativamente ao plano do *funcionamento e direcção* do grupo societário, não são menores os efeitos disfuncionais que essa estrutura organizativa da empresa moderna é susceptível de produzir sobre a posição dos sócios da sociedade-mãe.

Como é sabido, e por um lado, constitui entendimento doutrinal dominante o de que a aquisição e gestão das participações sociais detidas por determinada sociedade anónima noutras sociedades constitui, em via de regra, uma atribuição legal dos respectivos órgãos de administração: as participações são bens sociais cuja administração está sujeita, em princípio, como a de todos os restantes, à competência exclusiva dos administradores ou directores (arts. 11.°, n.° 3, 405.°, n.° 1 e 406.°) [12]. Por outro lado, também não parece oferecer dúvidas hoje que o exercício do poder de direcção detido pela sociedade-mãe de um «grupo de direito» constitui atribuição exclusiva do respectivo órgão de administração (designadamente, o direito de emitir instruções vinculantes às sociedades-filhas: arts. 493.° e 503.°) [13].

Ora bem: se assim é, sempre que a actividade económica de uma empresa deixe de ser levada a cabo no contexto de uma estrutura unissocietária para dar lugar a uma estrutura plurissocietária por cujas várias unidades constituintes se repartiram e autonomizaram os vários sectores dessa mesma actividade económica unitária, então somos inevitavelmente levados a concluir que tal alteração acaba por vir depositar nas mãos dos administradores ou directores da sociedade-líder o governo da empresa global (que poderá mesmo vir a revelar-se verdadeiramente absoluto no caso de esta sociedade se ter tornado numa pura «holding»), independentemente das importantíssimas repercussões que as decisões tomadas no âmbito das sociedades-filhas possam ter sobre o conjunto da empresa, e, por conseguinte, sobre a própria sociedade-mãe e respectivos sócios. Na verdade, não é difícil prefigurar toda uma série de decisões respeitantes à vida e gestão das filiais que podem provocar mediatamente importantes «feed-back» sobre a situação dos sócios da sociedade-mãe: assim, nos grupos constituídos por domínio total, se os administradores ou directores da sociedade-mãe — no exercício do poder totalitário de voto que é inerente às participações de 100% detidas por esta nas sociedades dominadas — decidirem em Assembleia Geral destas últimas prosseguir uma permanente e exacerbada política de autofinanciamento, isso virá

[12] Além de que o exercício dos direitos sociais inerentes às mesmas constitui um acto externo da sociedade, como tal pertencente igualmente à esfera de competência dos órgãos que detêm poderes gerais de representação social (arts. 252.°, n.° 1 e 405.°, n.° 2). Sobre os termos e eventuais limites desta competência geral, vide *infra* pp. 75 e ss.; sobre o regime diverso aplicável às sociedades por quotas, vide *infra* especialmente notas 47, 84 e 91.

[13] Sobre o conteúdo e limites deste poder de direcção, bem assim como sobre o protagonismo dos órgãos de administração das sociedades envolvidas no respectivo exercício, vide *infra* pp. 103 e ss.

indirecta mas inelutavelmente afectar a proporção de dividendos percebidos pelos sócios ao nível da sociedade-mãe, sem que estes tenham qualquer palavra sobre o assunto, como seria usual caso a empresa houvesse mantido a forma originária de sociedade singular (v.g., arts. 31.º, 294.º); se os mesmos administradores ou directores — agora no exercício do poder de direcção que é inerente à relação de grupo intercedente entre sociedade mãe e filha (arts. 488.º, 489.º, 491.º e 503.º, n.º 1) — decidirem celebrar um contrato de subordinação ou uma convenção de atribuição de lucros entre a sociedade-filha e uma terceira sociedade, a cadeia hierárquica de relações intersocietárias exporá automaticamente a sociedade-mãe a riscos financeiros muito significativos (v.g., se a sociedade-neta registar perdas anuais ou abrir falência, a sociedade-mãe poderá ser responsável ilimitada e solidariamente perante os credores sociais desta: arts. 501.º e 502.º) ou então privá-la-á de recursos financeiros doutro modo disponíveis (que podem ir até à totalidade dos lucros sociais apurados e distribuíveis da sociedade-filha: art. 508.º), o que de novo não deixará de se repercutir negativamente sobre o direito ao dividendo dos respectivos sócios, sem que, uma vez mais, estes tenham sido consultados; se os órgãos de administração decidirem ainda — no exercício do referido poder de direcção — pura e simplesmente alienar ou onerar o património da sociedade-filha, os sócios da sociedade-mãe não terão qualquer palavra sobre o assunto, muito embora seja óbvio que, afinal, e em última instância, é o capital por eles investido que está em jogo; e assim sucessivamente.

Em suma: através desta reorganização da superestrutura jurídica da empresa (passagem da estrutura unissocietária à plurissocietária), decisões fundamentais para a vida e destino da empresa global passarão a estar concentradas nas mãos da administração da sociedade-mãe — que assim se torna virtualmente no verdadeiro órgão de cúpula para o grupo inteiro —, muito embora em virtude da cadeia de laços financeiros e das normas especiais aplicáveis às relações de grupo (nomeadamente, em matéria da comunicabilidade das perdas e dívidas sociais das sociedades-filhas à sociedade-mãe), os efeitos dessas mesmas decisões ultrapassem largamente o círculo das próprias filhas

para se repercutirem directamente sobre a própria sociedade-mãe e, por tabela, sobre a posição dos respectivos sócios.

2.2.3. **Conclusão**

Mesmo tendo-nos limitado a apenas alguns exemplos, pensamos ter ficado demonstrada, simultaneamente, a realidade e relevância dos problemas que o fenómeno do controlo intersocietário e, em particular, a estrutura do grupo, podem criar ao nível do respectivo topo hierárquico, designadamente ao nível da situação jurídica dos sócios da sociedade-mãe. A importância desta problemática é ainda acentuada por dois outros aspectos, simultaneamente de natureza prática e teórica.

Numa altura em que o grupo de sociedades se impõe como o actor central do panorama económico internacional [14], é seguro que estes problemas não deixarão de se colocar na prática societária com crescente frequência: ora justamente não foram eles acautelados pelo legislador português nas disposições que consagrou no recente Código das Sociedades Comerciais ao tema dos grupos de sociedades (pelo menos, de forma sistemática e explícita) — podendo a este propósito falar-se de uma verdadeira «lacuna» carecida da correspondente integração [15].

---

[14] Cfr. ANTUNES, J., *Liability of Corporate Groups*, pp. 37 e ss. (num movimento a que não escapou a própria economia nacional, onde se assiste a um crescente recurso a esta técnica jurídico-organizacional da empresa e a um movimento de reorganização jurídica dos principais grupos: cfr. PINTADO/MENDONÇA, *Os Novos Grupos Económicos*).

[15] De «lacuna» se fala também no quadro de sistemas jurídico-societários similares ao português, para idêntica problemática: cfr. GEßLER, E., *Rücklagenbildung bei Gewinnabführungsverträgen*, pp. 18 e ss.; GÖTZ, H., *Die Sicherung der Rechte der Aktionäre der Konzernobergesellschaft bei Konzernbildung und Konzernleitung*, pp. 84, 85, 86 e ss.; HOMMELHOFF, P., *Die Konzernleitungspflicht*, p. 499; LUTTER, M., *Organzuständigkeiten im Konzern*, p. 842; MARTENS, K., *Die Entscheidungsautonomie des Vorstands und die «Basisdemokratie» in der Aktiengesellschaft*, p. 409; REHBINDER, E., *Der konzernrechtlichen Schutz der Aktionäre einer Obergesellschaft*, p. 95; WIEDEMANN, U., *Unternehmensgruppe im Privatrecht*, p. 45; criticamente, mas sem razão, VOLLMER, L., *Die Mitwirkungsrechte der Aktionäre beim Abschluß fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen.*

Por outro lado, torna-se cada vez mais amadurecida a consciência da necessidade da existência de uma disciplina jurídica global e específica para o grupo de sociedades como um todo. Forma organizativa da grande empresa moderna (empresa plurissocietária), alternativa ao modelo tradicional da sociedade comercial individual (empresa unissocietária)[16], o grupo de sociedades constitui uma entidade económica «in se» que, tal como a sociedade singular, deve ser constituída, deve ser gerida e fiscalizada, deve apresentar contas, deve organizar as relações (internas) entre os respectivos membros constituintes bem assim como as relações (externas) do todo com os terceiros e o tráfico jurídico em geral, e que um dia se dissolve — estando por isso tão carecida de uma regulação própria quanto o está a própria sociedade comercial individual[17]. A disciplina da posição dos sócios da sociedade-mãe — após as intervenções legislativas reguladoras da situação das sociedades-filhas (arts. 481.º-508.º) e da apresentação das contas consolidadas (DL n.º 238/91, de 2.6) — constitui mais um passo na senda da construção desse futuro direito dos grupos de sociedades[18].

[16] «Prototyp des wirtschaftlich bedeutenden Unternehmens» — assim a qualifica HERBERT WIEDEMANN (*Unternehmensgruppe im Privatrecht*, p. 7). Para uma comparação entre estas duas formas jurídico-organizacionais da empresa, vide GROCHLA, E., *Unternehmensorganisation — Neue Ansätze und Konzeptionen*; KIRCHNER, C., *Ansätze zu einer ökonomischen Analyse des Konzernrechts*, pp. 223 e ss.; SCHANZE, E., *Theorie des Unternehmens und ökonomische Analyse des Rechts*, pp. 172 e ss.; SCHEFFLER, E., *Konzernleitung aus betriebswirtschaftlicher Sicht*, pp. 2005 e ss.; WERDER, A., *Organisationsstruktur und Rechtsnorm*.

[17] LUTTER, M.: «La realtà della grande impresa non è più rappresentata, oggi, dall'impresa singola ed autonoma ma dal gruppo; il gruppo ha perciò bisogno di una disciplina juridica almeno tanto quanto ne ha bisogno la singola società» (*Lo Svilluppo del Diritto dei Gruppi in Europa*, p. 659); TIMM, W.: «Für diesen Verband gelte es Organisationsregeln zu entwickleln, nicht anderes als sie dem geltenden Recht etwa für die unverbundende Aktiengesellschaft entnommen werden können» (*Minderheitenschutz und unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Mutterunternehmen*, p. 66).

[18] Sobre este futuro direito dos grupos de sociedades, como direito organizacional para essa específica forma da empresa moderna, vide, entre outros, HOMMELHOFF, P., *Konzernmodelle und ihre Realisierung im Recht*, pp. 107 e ss.; LUTTER, M., *Zur Aufgabe eines Konzernrechts: Schutz vor Mißbrauch oder Organisationsrecht?*, pp. 225 e ss.; SCHNEIDER, U., *Konzernleitung als Rechtsproblem. Überlegungen zu einem Konzernverfassungsrecht*, pp. 249 e ss.

II. CONSTITUIÇÃO DO GRUPO

Técnica jurídica de organização da empresa (PAILLUSSEAU), a sociedade comercial vive condenada a ver-se profundamente influenciada pela evolução do ente económico que alberga. Na senda do seu processo de crescimento e expansão, a empresa cresce inicialmente dentro dos próprios limites institucionais originários (sociedade individual), mas cedo se vê compelida a expandir externamente, mediante a aquisição do controlo de outros operadores económicos, acabando por assumir a forma de um grupo mais ou menos vasto de sociedades[19].

Na doutrina especializada, tornou-se recorrente uma distinção que separa os grupos de sociedades em duas categorias — grupos de direito e grupos de facto — de acordo com o critério da existência ou inexistência de um instrumento jurídico de constituição do grupo e de um regime jurídico específico a ele aplicável. Dizem-se assim *grupos de direito* aqueles cuja criação resulta da utilização de um dos instrumentos jurídicos que a lei previu taxativamente para tal efeito — no direito português, são quatro esses instrumentos: o domínio total inicial (art. 488.º), o domínio total superveniente (art. 489.º), o contrato de grupo paritário (art. 492.º), e o contrato de subordinação (art. 493.º) — e a cuja organização e funcionamento se fez associar um regime jurídico especial derrogador dos cânones gerais do direito das sociedades — regime esse traduzido, por um lado, na legitimação do poder de direcção da sociedade-mãe sobre as sociedades-filhas e da subordinação dos interesses sociais individuais destas ao interesse geral do grupo e, por outro, no estabelecimento de

[19] Sobre as formas de expansão da empresa (interna e externa) e seus instrumentos jurídicos de suporte, vide ANTUNES, J., *Os Grupos de Sociedades*, pp. 20 e ss.