

A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo

DR.^a ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

SUMÁRIO: 1. *A insolvência no grupo de sociedades: delimitação da análise.* 2. *Coligação processual e apensação de processos: vias para uma liquidação conjunta?: 2.1. O artigo 86.º/2, do CIRE: apensação de processos e liquidação conjunta; responsabilidade legal por dívidas e levantamento da personalidade; 2.2. Coligação processual?; 2.3. Insolvência da sociedade-filha sem insolvência da sociedade-mãe: a limitação do acesso directo dos credores.* 3. *Sentido e limites da subordinação de créditos em caso de insolvência.*

1. A insolvência no grupo de sociedades: delimitação da análise

Já se tem escrito, sugestivamente, que «no grupo tudo é diferente»¹ e que, neste, «tudo é mais complicado»²: a clássica abordagem jus-societária assente na sociedade isolada (a tradicional *entity approach*) tem mostrado, em diversos domínios, a sua fraqueza. O Direito da insolvência não é excepção³. Em ordenamentos estrangeiros, uma *enterprise-based approach* veio, por isso, a ganhar algum terreno, embora com fortes resistências. O fenómeno é sobretudo norte-americano: a *bankruptcy law*, com avanços e recuos, foi conferindo relevo

¹ WIEDEMANN, *Unternehmensgruppe im Privatrecht*, 1988, 9.

² FLEISCHER, *Konzernleitung und Leitungssorgfalt der Vorstandsmitglieder im Unternehmensverbund*, DB 14/2005, 759-766 (759).

³ Sobre os grupos no Direito da insolvência, cf., entre nós, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, 2002, 260-262, sublinhando a complexidade da matéria.

à realidade global do grupo, motivada por preocupações de *fairness* e recorrendo a mecanismos como a *substantive consolidation* ou a *equitable subordination*. Ao mesmo tempo, no plano internacional, a CNUDCI recomendou já aos Estados a adopção de regras especiais sobre a insolvência nos grupos, trabalhando actualmente sugestões precisas quanto ao conteúdo dessas recomendações⁴. Não obstante, nos ordenamentos continentais, domina ainda a visão atomística da sociedade, valorizando-se a autonomia e a personalidade próprias de cada empresa. Mesmo no Direito alemão, onde a questão tem sido objecto de alguma atenção doutrinária, a realidade global da empresa plurissocietária só limitadamente é tomada em conta no contexto de insolvência *do* ou *no* grupo⁵. Em Portugal, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), por seu lado, também apenas pontualmente reconhece a especificidade do grupo e, nalguns pontos, representa até importante recuo relativamente à anterior legislação. Na vigência do anterior Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência (CPEREF), que expressamente permitia a coligação processual no caso de relações de domínio ou de grupo, a jurisprudência lidou com a realidade do grupo e permitiu que a coligação abrangesse até sociedades dele integrantes sobre as quais o requerente não fosse titular de créditos. Todavia, a coligação não se traduzia tipicamente numa liquidação conjunta das sociedades do grupo: ainda quando existissem razões materiais a reclamar a solução, mantinha-se o total respeito pela independência das sociedades agrupadas, conservando-se separadas as respectivas massas patrimoniais⁶. O mesmo vale, na vigência do actual CIRE, quanto à apensação de processos prevista no artigo 86.º/2.

De entre o extenso âmbito de problemas que a insolvência coloca ao Direito dos grupos (interno e internacional)⁷, são duas as questões cuja análise aqui brevemente ensaiamos:

⁴ Cf. *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*, 2005, Part two, V, 276–279. A parte III do Guia, que incidirá especificamente sobre o tratamento dos grupos de empresas em situação de insolvência, encontra-se em curso de elaboração. Muito útil é o recente projecto de comentário e recomendações relativas a essa parte III (documento A/CN.9/WG.V/WP.90), que, todavia, não pretende integrar o conteúdo do Guia Legislativo. Todos os documentos elaborados pela CNUDCI sobre a insolvência nos grupos, para além do próprio Guia Legislativo, estão disponíveis em http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/5Insolvency.html (consultado em 18 de Fevereiro de 2010).

⁵ Falamos em insolvência *do* grupo para referir a insolvência simultânea das diversas sociedades do grupo e em insolvência *no* grupo quando apenas uma ou mais sociedades do grupo são declaradas insolventes.

⁶ Cf. *infra* 2.2.

⁷ Cf., *v.g.*, sobre diversos aspectos substantivos e processuais relativos à insolvência nos grupos,

- (i) Por um lado, pretendemos saber em que medida, e sob que pressupostos, é possível ultrapassar a máxima clássica «uma pessoa, um património, uma insolvência» («Eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz») ⁸ e proceder à consolidação material (e não meramente processual) das massas insolventes e das responsabilidades das sociedades agrupadas, unificando-se os respectivos activos e passivos numa «massa comum». Trata-se, fundamentalmente, de perguntar se e quando é admissível uma liquidação conjunta no grupo, tomando como suporte processual a coligação das sociedades agrupadas (sendo esta possível) ou a apensação de processos legalmente consagrada. Caso a consolidação seja admissível, importará ainda apurar as consequências que acarreta, quanto aos créditos e aos órgãos da insolvência.
- (ii) Por outro lado, em caso de insolvência de uma sociedade do grupo, cabe ponderar o problema da graduação dos créditos sobre a insolvência de que seja titular outra empresa do grupo, determinando o âmbito material e sentido da regra de subordinação de créditos do artigo 48.º do CIRE.

2. Coligação processual e apensação de processos: vias para uma liquidação conjunta?

Se é certo que o Direito da insolvência vigente está predominantemente orientado para a sociedade isolada ⁹ e que o CIRE determina que o processo de insolvência tem por escopo satisfazer os credores de um devedor ¹⁰ – *sendo este a sociedade individual e não o grupo* –, a especificidade do grupo não deixa de ser atendida, designadamente no artigo 86.º/2, do CIRE, que admite a apen-

para além do documento A/CN.9/WG.V/WP.90 (cit. *supra* na nota 4), ULRICH EHRICKE, *Das abhängige Konzernunternehmen in der Insolvenz*, 1998; ULRICH BOUS, *Die Konzernleitungsmacht im Insolvenzverfahren konzernverbundener Kapitalgesellschaften*, 2001.

⁸ Cf., por todos, HIRTE, *Die Tochtergesellschaft in der Insolvenz der Muttergesellschaft als Verpfändung von "Konzern"-Aktiva an Dritte. Überlegung zur Entwicklung eines Konzerninsolvenzrechts*, em *FS für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag*, 2009, 641-655 (642).

⁹ O fenómeno não é exclusivo do Direito português, antes sendo comum à generalidade dos ordenamentos jurídicos continentais e ainda ao inglês. Cf. VANESSA FINCH, *Corporate Insolvency Perspectives and Principles*, 2.ª ed., 2009, 583.

¹⁰ Sobre as características do processo de insolvência como processo de execução colectiva e genérica, cf., por todos, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, 2009, 18 ss.

sação dos processos em que tenha sido declarada a insolvência de sociedades que, nos termos do Código das Sociedades Comerciais (CSC), a sociedade em causa domine ou que com ela se encontrem em relação de grupo. Independentemente do alcance da norma, ela representa, seguramente, o reconhecimento da necessidade de adaptação das regras gerais sobre insolvência à realidade do grupo e à unidade de gestão que o caracteriza. Em especial, apesar de o *realinhamento* da lei em função dos problemas colocados pelo grupo se revelar difícil¹¹, a redistribuição das responsabilidades e das massas patrimoniais poderá ser exigida pela tutela dos interesses dos credores, reclamando-se suporte processual adequado. A previsão do artigo 86.º/2 pode fornecer adequado ponto de partida para a realização material (e não meramente formal) do princípio da igualdade dos credores, ao nível do grupo. No entanto, a apenação dos processos, independentemente do alcance substancial que se lhe atribua, só resolve parte dos problemas colocados pela insolvência das sociedades agrupadas. Em termos gerais, é possível distinguir três hipóteses que o Direito da insolvência pode ser chamado a tratar:

- (i) A primeira respeita às situações em que a insolvência da sociedade devedora é acompanhada da insolvência de outra(s) sociedade(s) do grupo ou mesmo de todas elas. Sendo duas ou mais sociedades agrupadas insolventes à data do início do processo de insolvência, questiona-se a possibilidade de coligação passiva – capaz de permitir a liquidação conjunta – no caso de o crédito incidir exclusivamente sobre uma das sociedades do grupo.
- (ii) No caso de as restantes sociedades se manterem solventes, pergunta-se se e em que termos podem ser exercidas eventuais pretensões contra outras sociedades do grupo, *maxime* contra a sociedade-mãe.
- (iii) Quando se trate de insolvência de duas ou mais sociedades do grupo em momento posterior ao início do processo de insolvência, cabe

¹¹ Testemunho dessas dificuldades é o produto da investigação levada a cabo pela comissão de revisão da legislação britânica, que deu origem ao *Cork Report* [*Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*, de 1982, que estudou e formulou um conjunto de propostas tendentes à modernização da *Insolvency Law* inglesa, dando origem ao *Insolvency Act* (IA) 1986]. Admitam-se, aí, três grandes vias de resposta para os problemas colocados pelos grupos ao Direito da insolvências: a subordinação dos créditos das sociedades agrupadas face a créditos externos; a consolidação das dívidas e do património do grupo; e o fortalecimento dos deveres e responsabilidades dos administradores. Nenhuma das hipóteses veio, porém, a assumir a forma de recomendação ou a ter expressão no IA 1986.

determinar o âmbito e os efeitos da apensação de processos legalmente prevista e, concretamente, descobrir se é possível, para além da consolidação processual, a consolidação patrimonial, nos termos referidos.

Acessoriamente, tem-se ponderado, *inclusive*, a possibilidade de serem incluídas no processo de insolvência sociedades integrantes do grupo *que não se encontrem em situação de insolvência* tendo em conta os critérios legalmente fixados (no caso do Direito português, no artigo 3.º do CIRE)¹². Independentemente da bondade da solução, *v.g.*, para efeitos de participação em plano de reorganização ao nível do grupo, ela é incompatível com o Direito vigente. Tal não afecta, porém, a possibilidade de participação voluntária das sociedades solventes em eventual plano de recuperação envolvendo o grupo¹³. Diferentes são as situações em que a insolvência de uma sociedade do grupo (*v.g.*, a sociedade-mãe) tem como consequência a insolvência iminente¹⁴ ou actual de outras sociedades do grupo («efeito dominó»), hipótese não rara atenta a interdependência das sociedades agrupadas, mas que não se confunde com a anterior. No caso de a sociedade não preencher os critérios de insolvência definidos no CIRE, o processo não pode abrangê-la, mas nem por isso deixam de se colocar questões relevantes. Designadamente, interroga-se se é admissível que a declaração de insolvência, para além dos efeitos que acarreta sobre a própria sociedade insolvente (*maxime*, no que toca à privação dos poderes de administração e disposição dos seus bens), produza também efeitos «paralisadores» sobre sociedades *solventes* do grupo, devido à intensa interpenetração de esferas no grupo e ao risco existente para os credores¹⁵. Trata-se de hipótese problemática à luz do Direito vigente mas que merece ser analisada, tendo em vista assegurar a máxima protecção dos credores do grupo. Não temos, porém, oportunidade de desenvolver aqui o tema. Assim, cabe antes concentrarmo-nos nas três hipóteses problemáticas anteriormente descritas.

¹² Cf. o ponto 56 do documento A/CN.9/WG.V/WP.90 (cit. *supra* na nota 4). Sobre a inclusão na consolidação patrimonial de sociedades solventes, cf. o ponto 149.

¹³ Sobre o tema, cf. os pontos 179 ss. do documento A/CN.9/WG.V/WP.90 (cit. *supra* na nota 4).

¹⁴ Lembre-se que, nos termos do artigo 3.º/4, do CIRE, a insolvência iminente só releva para efeitos de apresentação do devedor à insolvência.

¹⁵ Cf. os pontos 81 ss. do documento CNUDCI A/CN.9/WG.V/WP.90 (cit. *supra* na nota 4).

2.1. **O artigo 86.º/2, do CIRE: apensação de processos e liquidação conjunta; responsabilidade legal por dívidas e levantamento da personalidade**

Começemos a nossa análise pelo último caso apresentado (insolvência subsequente de outra ou outras sociedades do grupo), o único que conta com suporte processual para uma eventual liquidação conjunta. O artigo 86.º/2, do CIRE permite, como dissemos, a apensação de processos na hipótese de insolvência simultânea de sociedades integrantes do grupo, nos seguintes termos:

1. A requerimento do administrador da insolvência são apensados aos autos os processos em que haja sido declarada a insolvência de pessoas que legalmente respondam pelas dívidas do insolvente ou, tratando-se de pessoa singular casada, do seu cônjuge, se o regime de bens não for o da separação.

2. *O mesmo se aplica, sendo o devedor uma sociedade comercial, relativamente aos processos em que tenha sido declarada a insolvência de sociedades que, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ela domine ou com ela se encontrem em relação de grupo.*

3. *Quando os processos corram termos em tribunais com diferente competência em razão da matéria, a apensação só é determinada se for requerida pelo administrador da insolvência do processo instaurado em tribunal de competência especializada».*

Perante esta norma, suscita-se um conjunto importante de dúvidas, com especial relevo para o problema de saber se a apensação de processos se traduz numa verdadeira unificação substancial, *maxime* se permite ou reclama a liquidação conjunta das sociedades. A doutrina tem, em geral, considerado que permanece «a autonomia formal e substancial dos processos»¹⁶, inexistindo, pois, liquidação conjunta. Também na doutrina germânica se tem defendido uma unificação processual das insolvências mas sem correspondência numa «unidade de responsabilidade»¹⁷ no grupo.

¹⁶ CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotados*, 2009, 359.

¹⁷ Assim, *v.g.*, BRUNO M. KÜBLER, *Konzern und Insolvenz. Zur Durchsetzung konzernmässiger Sanierungsziele an den Beispielfällen AEG und Kofj*, ZGR, 3/1984, 560-595 (592). Cf., também, HIRTE, *Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts*, ZIP 10/2008, 444-449, que, apesar de apoiar uma unificação processual das insolvências de sociedades do grupo (defendendo a competência do tribunal responsável pela primeira insolvência para apreciar as demais, bem como a existência de um administrador da insolvência único), rejeita enfaticamente uma consolidação das massas insolventes das sociedades do grupo. Da unificação procedimental resultaria apenas maior economia de meios, o que deveria aumentar os meios disponíveis para a satisfação dos credores.

Se assim é em geral, parece-nos, todavia, que, em certos casos, a norma do artigo 86.º/2 deve ter indirecta incidência material, permitindo afastar a ideia do processo de insolvência como processo exclusivamente dirigido à liquidação do património de cada sociedade individual. Repare-se que o alcance da questão não deve ser sobrestimado. Com efeito, muitas vezes não é possível nem necessária a liquidação conjunta, por o grupo não implicar uma unificação das responsabilidades das diversas sociedades: o Direito da insolvência não altera, em princípio, as regras substantivas sobre responsabilidade nos grupos, pelo que, sempre que a independência substantiva se mantenha, não pode, naturalmente, ter lugar a liquidação conjunta. Diferentemente apenas sucede nas hipóteses em que o ordenamento jurídico, com base em norma expressa ou com recurso aos princípios gerais, reconhece a necessidade de se proceder à redistribuição das responsabilidades no grupo, caso em que a «consolidação processual» deixa de ser suficiente para realizar os princípios materiais em jogo. Em tal situação, impõe-se a «consolidação substantiva» ou patrimonial e, portanto, a liquidação conjunta das sociedades do grupo.

Assim, deve ser afirmado, em abstracto, o potencial impacto substantivo da apensação dos processos: pelo menos em certos casos, a consolidação processual não poderá deixar de ter correspondência – sob pena da extraordinária limitação do seu impacto prático – numa consolidação dos activos e das responsabilidades das várias sociedades, tendo em vista a reposição da justiça na distribuição dos riscos que a presença do grupo terá destruído ou perturbado.

Em tais hipóteses, a apensação dos processos constitui, simplesmente, o instrumento processual da realização do princípio material da igualdade de tratamento entre os credores, nos casos em que estes contrataram com uma sociedade individual, contando com a responsabilidade do respectivo património, mas a separação patrimonial entre as sociedades do grupo é meramente formal¹⁸: o sistema, através do princípio da boa fé, determina uma imputação das situações jurídicas activas e passivas em termos distintos daqueles que formalmente resultam da personalidade jurídica autónoma das diversas sociedades do grupo e da conseqüente limitação das responsabilidades legalmente prescrita.

De resto, também em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros estão expressamente previstos ou são jurisprudencialmente construídos mecanismos específicos de tutela dos credores da empresa plurissocietária, orientados por

¹⁸ Sobre as vantagens e desvantagens da junção dos processos de insolvência no âmbito do grupo, cf. ULRICH EHRICKE, *Die Zusammenfassung von Insolvenzverfahren mehrerer Unternehmen desselben Konzerns*, DZWIR 9/1999, 353-363.

preocupações de *fairness*, como dissemos¹⁹. Nos Estados Unidos, em especial²⁰, a *substantive consolidation* permite a unificação dos bens e das responsabilidades de diferentes sociedades agrupadas, criando-se uma massa destinada à satisfação igualitária de todos os credores do grupo. Genericamente, a consolidação tem lugar no caso de as empresas serem *essencialmente idênticas* e de ser necessária para *alcançar uma vantagem ou para evitar uma desvantagem*, com o limite da tutela da confiança dos credores: a consolidação é impossível se o credor provar que confiou na separação de responsabilidades e que a consolidação lhe causará danos. Situamo-nos, pois, em domínio no qual, excepcionalmente, o Direito da insolvência norte-americano adopta uma perspectiva típica da *enterprise law*. É certo que a *bankruptcy law* segue, na maior parte das questões, a tradicional visão da *corporate law*, tratando cada sociedade como entidade jurídica independente mesmo quando existe controlo comum da sociedade-mãe e uma direcção económica unitária. Só em casos especiais a *enterprise-based approach* suplanta a *entity-based approach*: entre eles conta-se, precisamente, a *substantive consolidation*, que vem acrescer aos mecanismos da *equitable subordination* ou das *voidable transactions* e das *preferences*²¹.

O *pooling* dos activos e das responsabilidades dos devedores afiliados e a eliminação das pretensões e garantias intragrupo tem, predominantemente, sido encarado como «considerável progresso» da *bankruptcy law* no reconhecimento das especificidades do grupo²²⁻²³. Não é, contudo, unívoca a avaliação do con-

¹⁹ As quais são atingidas no caso de imposição de riscos a quem se encontra significativamente menos bem posicionado do que outros para os avaliar, para ajustar os termos do contrato (*non-adjusting creditors*), ou para suportar as consequências dos resultados económicos advenientes. Cf. VANESSA FINCH, *Corporate Insolvency* cit., 582.

²⁰ Diferentemente, no Direito inglês, não tem aplicação a *substantive consolidation*, à semelhança, aliás, do que sucede com a *equitable subordination*. Cf. EILIS FERRAN, *Corporate finance law*, 2008, 45.

²¹ Cf. BLUMBERG/STRASSER/GEORGAKOPOULOS/GOUVIN, *Blumberg on corporate groups* II 2005, § 83-6.

²² BLUMBERG/STRASSER/GEORGAKOPOULOS/GOUVIN, *Blumberg on corporate groups* II, cit., § 88-3. Em matéria de consolidação substantiva, são cinco as principais decisões jurisprudenciais norte-americanas. As duas primeiras dizem respeito a casos de consolidação devida a «unidade substancial» e, portanto, materialmente equivalentes às hipóteses de *piercing the veil*. As outras três reportam-se a situações em que a consolidação encontra o seu fundamento nos «custos de desagregação dos negócios da sociedade». Assim, no caso *Soviero v. Franklin National Bank*, 328 F.2d 446 (2d Cir. 1964), o tribunal concluiu que as subsidiárias não tinham existência separada e que os seus bens eram propriedade do devedor e fez operar a *substantive consolidation*. Em termos paralelos, em *In re Flora Mir Candy Corp.*, 432 F.2d 1060 (ED Cir. 1970), o tribunal aceitou a consolidação dos activos e responsabilidades de onze subsidiárias com fundamento na magnitude das

tributo do instituto e, muito menos, o entendimento sobre a sua aplicabilidade como regra ou a título meramente excepcional, conforme o debate Landers-Posner, sob a perspectiva da análise económica, aliás bem documentada²⁴. Nem por isso perde interesse a ponderação, perante o Direito português (e, em geral, perante os Direitos continentais), da susceptibilidade e conveniência de, em casos excepcionais, serem construídas formas específicas de tutela que

transacções interempresariais e na proximidade das relações entre elas. No que toca às situações de dificuldade de desagregação dos activos e pretensões relativos às várias sociedades, merecem ser sublinhados o caso *Chemical Bank N.Y. Trust Co. v. Kheel*, 369 F2d. 845 (2d Cir. 1966), no qual se admitiu a consolidação devido «aos custos e dificuldades que atingem a prática impossibilidade» de reconstruir contas separadas para cada componente do grupo, bem como *In re Continental Vending Machine Corp.*, 517 F2d 997 (2d Cir. 1975), em que se entendeu que era «virtualmente impossível reconstruir os pedidos intersocietários, transacções, responsabilidades e propriedade dos bens», recorrendo-se à *substantial consolidation*. Em *In re Augie/Restivo Banking Co.*, 860 F2d 515 (2d Cir. 1988), o tribunal determinou, por sua vez, que fundamentos para a *substantive consolidation* eram (i) a confiança do credor na unidade do grupo e (ii) o custo excessivo da desagregação dos negócios do grupo. Caberia aos credores que pretendessem obstar à actuação do instituto provar a sua confiança no crédito de uma sociedade individual e não no grupo como um todo: haveria, pois, uma presunção contra a confiança do credor no crédito de uma sociedade individual. Cf. também a análise jurisprudencial levada a cabo em MARK J. ROE, *Bankruptcy and corporate reorganization. Legal and financial materials*, 2.^a ed., 2007, 227 ss.

²³ A consolidação é praticada noutros ordenamentos de *Common Law*: na Nova Zelândia, o *Companies Act 1993* prevê, na sec. 271 (1) (b), o poder de o juiz, no caso de colapso do grupo como um todo, levar a cabo o *pooling* dos activos e responsabilidades do grupo, tendo em atenção a medida em que a sociedade coligada participou na gestão das outras sociedades, a conduta da sociedade perante os credores de outras sociedades, o grau de imputabilidade das causas da liquidação a outras sociedades do grupo, etc. [cf. *Re Dalhoff and King Holdings Ltd.* (1991) 2 NZCLC 98, 852; *Bullen v. Tourcorp Developments Ltd* (1998) 4 NZCLC 64, 661]. Na Irlanda, segue-se via próxima (cf. sec. 141 do *Companies Act 1990*), assim como na Austrália [sec. 579E (1) do *Corporations Amendment (Insolvency) Act 2007*. Cf. VANESSA FINCH, *Corporate Insolvency* cit., 587 ss.

²⁴ Recorde-se que LANDERS, *A unified approach to parent, subsidiary and affiliate questions in bankruptcy*, 42 U. Chi. L. Rev. 589 (1975), 628-651, segue a *enterprise view*, vendo a *substantive consolidation* como solução-regra quando a sociedade-mãe e a subsidiária se encontram insolventes. Excepções seriam os casos de confiança do credor no crédito de uma particular sociedade individual e, em geral, as situações em que a sociedade-mãe tivesse razões para tratar as sociedades como entidades separadas. Ao invés, POSNER, *The rights of creditors of affiliated corporations*, 43 U. Chi. L. Rev. 499 (1976), 515-524 parte da premissa inversa e valoriza o princípio da limitação da responsabilidade, bem como a frequente inexistência de uma empresa unitária. A consolidação poderia ter lugar não por regra mas quando o credor tivesse confiado numa aparência de maior capitalização do que aquela que efectivamente existe, especialmente no caso de credores não financeiros. Não basta que haja uma empresa unitária para haver consolidação sendo antes necessária a frustração da confiança dos credores.

ultrapassem a realidade individual da sociedade para atingirem o grupo como um todo (o qual surge afinal, por vezes, como *empresa* em sentido económico²⁵).

A consolidação substantiva não deixa de poder ser reconduzida, aliás, em termos de natureza jurídica última, ao instituto do levantamento da personalidade: em causa está, afinal, uma forma de «levantamento global» (quando atinja as diversas sociedades agrupadas), fundado na intensidade da gestão unitária e na proximidade existente entre as sociedades, que permite ver no património do grupo uma massa comum e realizar o princípio *par conditio creditorum* ao nível do grupo, ignorando as fronteiras laterais entre as várias sociedades, impostas pela respectiva personalidade jurídica. Mas, se assim é, a imputação da responsabilidade a sociedade diversa daquela sobre quem *prima facie* recairia implica o preenchimento dos pressupostos do levantamento da personalidade colectiva ou a existência de regra expressa (*v.g.*, o artigo 501.º do CSC).

Ora, quanto à primeira hipótese, não se esqueça que, apesar da importância do levantamento na área dos grupos de sociedades²⁶, não é possível levar a cabo um levantamento geral da personalidade no grupo²⁷ nem o grupo constitui «fundamento de imputação absoluto»²⁸. Não sendo a «empresa plurissocietária» sujeito de direitos e deveres, muito menos pode o levantamento ser

²⁵ Cf., todavia, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade – As empresas no Direito*, 1999, 256 ss., para quem «o grupo de sociedades (em sentido amplo – “de direito” ou “de facto”) não é, em geral, uma empresa (em sentido objectivo, ou subjectivo). E quer se trate do grupo horizontal, vertical, ou diversificado, e tenham as sociedades dependentes muita ou pouquíssima autonomia de gestão» (p. 256). «O grupo de sociedades é, em geral, não uma empresa, mas um conjunto de empresas (em sentido objectivo ou subjectivo). Mas um conjunto de empresas encadeadas. Consoante as espécies de grupos e as circunstâncias, ora se reflectirá a ideia de multiplicidade dos elementos, ora mais a unidade do conjunto, ora mais a de cadeia horizontal-paritária» (p. 271). Sobre o problema do «grupo como empresa» sob uma perspectiva de Direito comparado, cf. MANÓVIL, *Grupos de Sociedades en el Derecho comparado*, 2002, 181 ss. Ainda que não se encare o grupo como empresa, a intensa proximidade e o grau de intensidade das relações desenvolvidas entre as sociedades do grupo são inegáveis, levantando problemas próprios no âmbito da insolvência.

²⁶ MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade colectiva no Direito civil e comercial*, 2000, 131. Cf., também, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração” da personalidade jurídica*, 2009 e bibliografia aí citada, bem como DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio*, 2007.

²⁷ EMMERICH/HABERSACK, *Konzernrecht*, 9.ª ed., 2008, 307.

²⁸ REINHARD BORK, *Zurechnung im Konzern*, ZGR 2/1994, 237-165: como bases específicas de imputação à sociedade-mãe, teríamos a verificação de um *Tatbestand* de confiança, a instrumentalização da sociedade dependente e a (mera) susceptibilidade de instrumentalização decorrente da dependência (*abhängigkeitsbedingte Instrumentalisierbarkeit*).

dirigido ao próprio grupo ou, como já foi defendido²⁹, à rede pluri-empresarial em si (*Haftungsdurchgriff auf den Konzernverbund selbst*). Ainda assim, deve reconhecer-se que o grupo torna mais provável a ocorrência fáctica de situações tipicamente capazes de originar o levantamento – *maxime*, a confusão de esferas jurídicas ou até a subcapitalização material³⁰ – mas não é a mera presença do controlo ou sequer da direcção unitária que fundamenta o recurso ao instituto³¹. Permanecem, deste modo, aplicáveis, no grupo, os princípios desenvolvidos, doutrinária e jurisprudencialmente, a respeito da desconsideração da personalidade em geral, *maxime* a directriz de restritividade normalmente apontada. A excepcionalidade do levantamento deve mesmo, porventura, ser particularmente enfatizada nesta área: a interpenetração das esferas das sociedades, a integração económica, financeira, administrativa e pessoal entre elas, ou, em termos mais gerais, a unidade de direcção do grupo, são tudo características normais e lícitas do grupo, que não podem fundamentar, sem mais, o levantamento da personalidade de qualquer das sociedades envolvidas. Sem prejuízo da sua relevância, o levantamento constitui, sempre, instituto de natureza excepcional, que tende a ser jurisprudencialmente aceite apenas quando a personalidade colectiva foi usada «de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros» e que «só deve ser invocada quando inexistir outro fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou sociedade que se pretende atacar»³². Trata-se, pois, em geral, apenas de via para controlar o uso das sociedades pelos sócios para (objectiva ou subjectivamente) alcançarem fins ilícitos e repudiados pela ordem jurídica, na ausência de previsão legal adequada.

²⁹ Cf. TEUBNER, *Unitas Multiplex. Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen*, ZGR 1/91, 189-217 209.

³⁰ O levantamento da personalidade com fundamento em subcapitalização tanto abrange os casos de subcapitalização inicial da sociedade como os casos de descapitalização subsequente. Tem-se, no entanto, duvidado da possibilidade de se reconduzir os casos de subcapitalização material ao instituto do levantamento da personalidade. Entre nós, cf. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela* cit., 178 ss., para quem a subcapitalização material deveria ser excluída, uma vez que sobre os sócios não recairia a obrigação legal de capitalização adequada da sociedade.

³¹ Cf., por todos, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela* cit., 240 ss.

³² Cf., *v.g.*, RPt 25-Out.-2005 (HENRIQUE ARAÚJO), RLx 5-Jul.-2000 (SEARA PAIXÃO), disponíveis em www.dgsi.pt. Nada altera a ideia de que a limitação da responsabilidade propiciada pelo fenómeno societário é uma excepção ao princípio geral do Direito civil segundo o qual cada um é responsável pelas suas actuações e que, por esse motivo, uma excepção à regra da limitação da responsabilidade só significaria um regresso a esse princípio geral. Cf. RAISER, *Durchgriffshaftung* cit., 619 e 620.

Mesmo no ordenamento norte-americano – onde os problemas da imputação nos grupos são sistematicamente resolvidos pela via do levantamento – não deixa de valer um princípio de limitação do apelo ao instituto, impondo-se, em regra, (i) a íntima relação entre as sociedades; (ii) a *wrongful, inequitable* ou *fraudulent conduct* e (iii) a ligação causal entre o comportamento lesivo e a perda que se pretende compensar. *Inclusive* no caso do *single-factor piercing*, o controlo não é elemento suficiente para se proceder ao levantamento. Antes se exigirá, em alternativa, (i) a utilização da sociedade para fins fraudulentos³³; (ii) a *misrepresentation* ou a confusão sobre a identidade da entidade responsável ou sobre a dimensão do património; (iii) a presença de formas de manipulação financeira³⁴. Mesmo os tribunais e a doutrina menos exigentes adoptam, pois, postura de rigor na apreciação dos pressupostos de que depende o levantamento.

Por seu lado, no Direito inglês, o levantamento da personalidade não recebe, sequer, acolhimento efectivo: independentemente da atractividade teórica dos fundamentos apresentados, não é prática dos tribunais do Reino Unido adoptarem uma aproximação global à empresa plurissocietária no que toca à responsabilidade no grupo, mesmo no caso da responsabilidade por *torts*. Os tribunais enfatizam, pelo contrário, a importância da manutenção do princípio segundo o qual são apenas os bens da sociedade que respondem pelas suas dívidas e não quaisquer outros. O *entity principle* apresenta notável rigidez neste ordenamento, sendo o *leading case* na matéria a decisão *Adams v. Cape Industries*³⁵: mesmo quando, como no caso *in Re Polly Peck Plc.*³⁶, o tribunal considera «persuasivo» o argumento da *enterprise approach*, considera-se obrigado a respeitar o precedente *Adams*³⁷. Não significa isto que não existam alternativas ao *veil piercing*³⁸: para além de poder haver garantias contratuais, fica, designadamente, em aberto a demonstração de que entre sociedade-mãe e subsidiária existe uma relação de agência (*agency*), imputando-se a responsabilidade à

³³ Prova-se, *v.g.*, que a sociedade-mãe beneficiou dos bens ou serviços contratados através da filial, em termos que se aproximam do enriquecimento sem causa. Os tribunais impuseram responsabilidade apesar de não considerarem a conduta «fraudulenta» [*v.g.*, *National Marine Serv. Inc. v. C.J. Thibodeaux & Co.*, 501 F.2d 940 (5th Cir. 1974)].

³⁴ Estas incluirão transferências de bens (*asset stripping*), confusão de fundos e bens (*commingling; confusion of assets*), transferências e retorno dos bens entre sociedades (*asset-shuffling*).

³⁵ (1990) 1 Ch. 433.

³⁶ (1996) 2 All E.R. 433.

³⁷ EILÍS FERRAN, *Corporate finance* cit., 35.

³⁸ Cf. EILÍS FERRAN, *Corporate finance* cit., 37.

sociedade-mãe na qualidade de *principal*; em alguns casos, admite-se mesmo a responsabilidade da sociedade-mãe por *torts* da subsidiária³⁹; o *Insolvency Act* 1986, por seu lado, prevê um conjunto de regras relevantes para o problema do potencial abuso da responsabilidade limitada no grupo⁴⁰. Para o que nos interessa, basta, todavia, reter que a *entity approach* permanece como padrão básico no Direito inglês, não sendo, por regra, admitido o *piercing the veil*⁴¹.

Em suma, enquanto instituto de carácter excepcional, a desconsideração mantém o seu espaço próprio de actuação – necessariamente residual – mas não pode, nunca, ser erigido em solução de âmbito geral para os problemas dos grupos de sociedades. Por isso mesmo, em princípio a autonomia das sociedades mantém-se mesmo em caso de insolvência de uma ou de todas, salvo se os pressupostos do levantamento se encontrarem preenchidos⁴² ou se existir norma positiva a impor a responsabilidade.

³⁹ Cf., *v.g.*, *Stoczniak Gdanska SA V. Latvian Shipping Co Latreefer Inc*, [2001] 1 Lloyd's Rep 537.

⁴⁰ Nos termos da sec. 213 IA, se, aparentemente, a empresa em processo de insolvência tiver sido dirigida de forma a defraudar os credores ou tendo em vista propósito fraudulento, o tribunal pode determinar que os sujeitos que tiverem participado na direcção da empresa contribuam para o património da sociedade. A sec. 214 permite, por seu lado, que o tribunal obrigue a contribuir para o património as pessoas que sabiam ou deviam saber que a sociedade não tinha condições para evitar a insolvência, desde que não provem que tomaram todas as medidas tendentes a minimizar as perdas para a sociedade. A regra aplica-se não só aos administradores de direito mas também aos administradores de facto: o accionista dominante que interfira na gestão da sociedade pode vir a ser considerado administrador de facto. Também pode haver responsabilidade por *wrongful trading* do *shadow director* (aquele a cujas instruções os administradores costumam obedecer).

⁴¹ De resto, considera-se, por vezes, que, pelo menos até certo ponto, o problema é exagerado: em muitos casos, a sociedade-mãe não abandonará a sociedade-filha insolvente, a não ser que os custos de salvar a subsidiária sejam claramente superiores ao dano para a imagem e reputação comercial e para o *rating* do grupo. Por outro lado, não poderia esquecer-se as regras de protecção do capital social, que, bem ou mal, estão em vigor. Além de que os credores poderiam proteger-se contratualmente, não havendo necessidade de uma posição paternalista do legislador. Finalmente, casos haverá em que os próprios administradores da subsidiária serão responsáveis. Assim, EILÍS FERRAN, *Corporate finance* cit., 44 e 45.

⁴² Frequentemente não se menciona expressamente o instituto do levantamento como fundamento da consolidação mas este não deixa de estar substancialmente em jogo. Exemplo disso são as situações apresentadas como potenciais fundamentos para a consolidação patrimonial no ponto 150 do documento CNUDCI A/CN.9/WG.V/WP.90 (cit. *supra* na nota 4), que, pela sua relevância, aqui se reproduz: «*Vários factores têm sido considerados cruciais no momento de determinar se se justifica ou não ordenar uma consolidação de patrimónios (...). Importa ponderá-los em cada caso entre si, dado que nenhum deles é necessariamente decisivo nem é preciso que se verifiquem todos num determinado caso. Cabe citar os seguintes: a existência de contas consolidadas do grupo; a utilização de uma única conta bancária para todas as empresas do grupo; a comunidade de interesses e a partilha de bens entre as*

Particular relevância apresenta, por isso, neste contexto o artigo 501.º do CSC, que responsabiliza a sociedade directora – e, *ex vi* do artigo 491.º, a sociedade totalmente dominante – pelas dívidas da subsidiária. Pela mera existência da relação de grupo, a sociedade-mãe é automaticamente responsável pela totalidade das dívidas das filiais, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação ou da aquisição do domínio total, até à cessação da relação de grupo, independentemente de as dívidas terem resultado do concreto exercício do poder de direcção sobre a sociedade-filha. Subjacente à responsabilização da sociedade directora, de forma pessoal e ilimitada, pelas dívidas da sociedade subordinada está, naturalmente, o objectivo de protecção dos credores desta sociedade, que passa a ser gerida em função dos interesses da sociedade-mãe: o poder de direcção da sociedade directora, concretizado no direito de dar instruções – *inclusive* desvantajosas – à administração da sociedade subordinada (artigo 503.º do CSC), é, na realidade, susceptível de agravar a posição dos credores, reclamando-se, por isso, uma redistribuição do risco da exploração empresarial no seio dos grupos societários⁴³. Assim, à protecção indirecta resultante da obrigação de compensação das perdas, prevista no artigo 502.º, e à responsabilidade por instruções, decorrente do artigo 504.º, o artigo 501.º vem juntar um mecanismo de protecção directa dos credores da sociedade subordinada ou totalmente dominada. O legislador reconhece, nesta norma, que, sendo uma sociedade integralmente controlada por outra, desaparecem os valores que implicam a total separação de patrimónios. Embora não se atinja a personalidade jurídica autónoma das duas sociedades, procede-se ao levantamento da personalidade colectiva para o limitado, mas importante, aspecto da responsabilidade por dívidas⁴⁴⁻⁴⁵.

empresas do grupo; a dificuldade que implique distinguir o activo e o passivo de cada empresa; os custos gerais, contabilísticos, de gestão ou afins (...); a existência de empréstimos internos e de garantias recíprocas entre as empresas do grupo; o facto de se terem transmitido bens e de os fundos terem circulado de uma empresa para outra por razões de conveniência e sem cumprir os requisitos formais do caso; o grau de suficiência do capital; a confusão de bens ou de operações comerciais; a nomeação de pessoal director ou de gestão comum e a existência de reuniões entre os órgãos dirigentes; a utilização de uma sede comum; negócios fraudulentos com os credores; a prática de induzir os credores a negociar com o grupo como entidade única, criando assim confusão entre os credores ao não saber com qual das empresas contratam (...); as vantagens da consolidação para a reorganização do grupo ou para os credores». Sem prejuízo da relevância de todos estes factores, a decisão de consolidar ou não as massas patrimoniais passa sempre pelo crivo do instituto do levantamento da personalidade.

⁴³ STJ 31-Mai.-2005 (FERNANDES MAGALHÃES), www.dgsi.pt.

⁴⁴ Cf. MENEZES CORDEIRO, *O levantamento cit.*, 82. Já se considerou, na jurisprudência, que a obrigação da sociedade directora tem «natureza legal, decorrente de uma norma prevista na lei

No caso de insolvência simultânea da sociedade-mãe e da sociedade-filha, os credores da sociedade-filha assumem a posição de credores da insolvência, tanto em relação à sociedade-mãe como em relação à sociedade-filha. No que toca à massa insolvente da primeira, os credores da subsidiária concorrem em paridade com os credores directos desta sociedade. Dispõe, aliás, o artigo 95.º do CIRE que «o credor pode concorrer pela totalidade do seu crédito a cada uma das diferentes massas insolventes de devedores solidários e garantes, sem embargo de o somatório das quantias que receber de todas elas não poder exceder o montante do crédito». Se assim é, justificar-se-á que a apensação de processos, legalmente prevista, se traduza também numa liquidação conjunta das sociedades. Sendo a sociedade-mãe responsável também perante os credores da subsidiária, a consolidação das massas patrimoniais e das responsabilidades de ambas as sociedades favorece a justa repartição das massas patrimoniais pelos diferentes credores do grupo (da sociedade-mãe e da sociedade-filha), devendo ser afirmada. O artigo 501.º do CSC pretende, em rigor, reconhecer uma «unidade de responsabilidade» entre empresa-mãe e empresa-filha, pelo que não se vê que obstáculos se colocam à liquidação conjunta, quando é certo que tudo aponta para a realização da *par conditio creditorum* ao nível do grupo, sobretudo se considerarmos o impacto que a integração no grupo tem também na situação dos credores da sociedade dominante. Repare-se que estes últimos passam a concorrer à massa insolvente da dominante em paridade com

societária, e não da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade-filha, que permite, na falta de norma legal expressa, a imputação de dado efeito jurídico para além da própria pessoa colectiva a que formalmente respeita»: cf. STJ 31-Mai.-2005 (FERNANDES MAGALHÃES), www.dgsi.pt. Naturalmente que, havendo norma específica, não está em causa o levantamento da personalidade colectiva imposto por necessidades do sistema: tanto não altera, todavia, a natureza jurídica última da figura. Cf. também DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos* cit., 27. Contra a natureza jurídica apontada, cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos* cit., 798 e 799. Também ANA RITA GOMES DE ANDRADE, *A responsabilidade da sociedade totalmente dominante*, 2009, 96 ss., recusa ver no artigo 501.º uma manifestação do levantamento mas porque, na sua concepção, o levantamento implica um «comportamento repreensível», ausente no caso do grupo. Todavia, em causa está, no levantamento, assegurar uma adequada repartição dos riscos e das responsabilidades no grupo, conforme com o sistema (boa fé), e não de sancionar um comportamento ilícito e culposo da sociedade, que, neste caso, evidentemente não existe (ou, pelo menos, a sua existência não é essencial para a actuação da norma do artigo 501.º): na realidade, o levantamento não exige, hoje, «culpa», numa «evolução bastante comum, no tocante a institutos aparentados à boa fé e que visam, no fundo, permitir uma sindicância do sistema sobre as diversas soluções jurídicas». Cf. MENEZES CORDEIRO, *O levantamento* cit., 127.

⁴⁵ Cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, em MENEZES CORDEIRO (org.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2009, 501.º, anots. 7-9.

os credores da sociedade dominada, os quais, por seu lado, concorrem também à massa insolvente da própria dominada. Nestes termos, parece que deve reconhecer-se que a via mais adequada para garantir a igualdade entre os credores da sociedade-mãe e os credores da sociedade-filha é a consolidação das obrigações e das massas insolventes, procedendo-se à liquidação em conjunto.

Assim, é o próprio Direito das sociedades comerciais que pretende a anulação das fronteiras ditadas pela personalidade societária no que toca à responsabilidade por dívidas, criando a unidade de responsabilidade que reclama que, em contexto de insolvência, a apensação de processos seja acompanhada de uma liquidação comum. Ainda que o CIRE não comine expressamente essa consequência para a apensação, ela decorrerá das regras materiais do Direito societário.

Fora dos casos do artigo 501.º, não deve esquecer-se que, mesmo na falta de regra explícita, o princípio da boa fé, enquanto imperativo de correcta distribuição dos riscos pela comunidade dos credores, apresenta aptidão para fundamentar a consolidação substantiva, justificando a derrogação da regra da separação de patrimónios, incapaz, em muitos casos, de conduzir a resultados satisfatórios, em particular no caso de a insolvência atingir as diversas sociedades do grupo sucessivamente. De resto, a compatibilidade da consolidação com o Direito positivo português não oferece dúvidas à luz do artigo 86.º/2, do CIRE: ao admitir a apensação dos processos de insolvência das várias sociedades do grupo, esta regra vem precisamente fornecer o amparo processual para uma liquidação conjunta. Mesmo na ausência de semelhante previsão, a consolidação não estaria, contudo, excluída: é, em última análise, por exigência da boa fé e, por esta via, do próprio sistema jurídico que o instituto pode ser chamado a actuar no caso de a gestão conjunta das diversas sociedades ser equiparável à gestão de uma sociedade singular. Em causa está, com efeito, a distribuição material equitativa da massa insolvente pelas sociedades do grupo e pelos seus credores, em casos em que a separação das massas patrimoniais pelas sociedades seria artificialmente ditada pela personalidade colectiva individual, não traduzindo a materialidade do grupo.

Aqui chegados, impõe-se a conclusão de que, no caso de confusão de patrimónios, é mais simples, mais justo e mais económico haver um processo de insolvência do grupo⁴⁶. Mas é também a *ratio* da consolidação que dita as suas fronteiras: a apensação, que pode ter lugar a requerimento do administra-

⁴⁶ Cf., aliás, DRÜKE, *Die Haftung der Muttergesellschaft für Schulden der Tochtergesellschaft. Eine Untersuchung nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, 1990, 79.

dor da insolvência, só determina a liquidação conjunta quando tal for objectivamente justificado à luz do sistema, *i.e.*, quando as relações existentes no âmbito do grupo impuserem que se trate o grupo como massa comum e que se alargue o princípio da *par conditio creditorum* ao universo geral dos credores do grupo. Tal não é aceitável em toda e qualquer hipótese, mas apenas naqueles casos em que o grupo surja efectivamente como «unidade económica» e a separação jurídica já não tenha correspondência numa separação económica, ou nos casos em que uma das sociedades (a sociedade-mãe) seja legalmente responsável pelas obrigações da sociedade-filha independentemente do exercício do poder de direcção (caso do artigo 501.º do CSC, aplicável directamente ou *ex vi* do artigo 491.º).

Em tal contexto, as razões económicas favoráveis à manutenção da separação de esferas (*maxime*, a aversão ao risco da sociedade e dos sócios) cedem: a própria estratégia de redução de risco e de diversificação falhou, havendo que dar prioridade ao interesse dos credores na insolvência do grupo⁴⁷.

E não se diga que tratar o grupo como unidade económica poderia prejudicar estes interesses, por os credores contarem com a separação de responsabilidades e com base nela calcularem os riscos: não é a construção do grupo em si que justifica a consolidação; antes é a sua forma concreta de funcionamento e a intensidade da interacção (*maxime*, patrimonial e financeira) das diversas empresas do grupo que determinam que a distribuição das massas patrimoniais deixe de corresponder às expectativas dos credores, justificando a consolidação. Por outras palavras, o instituto apenas tem aplicação quando a separação jurídica não tem equivalência económica e defrauda os cálculos de riscos e as expectativas dos credores.

Em suma, a consolidação material – traduzida na liquidação conjunta e assente na consolidação processual⁴⁸ – corresponde à solução mais justa de repartição dos riscos, sendo aquela que melhor tutela os credores perante a insolvência do grupo, *mas apenas nos casos em que exista norma legal aplicável ou quando se verifiquem materialmente os pressupostos do recurso ao instituto do levantamento da personalidade*, de que é, afinal, manifestação⁴⁹: quando, não obstante a

⁴⁷ WINTER, *Horizontale Haftung im Konzern*, 2005, 290 ss.

⁴⁸ A apensação de processos surge como instrumento da realização da consolidação: permite a unificação das massas insolventes e a reclamação e graduação unitária dos créditos dos credores das diferentes sociedades, garantindo-se a igualdade entre eles.

⁴⁹ Cf., aliás, VANESSA FINCH, *Corporate Insolvency* cit., 586; HIRTE, *Die Tochtergesellschaft* cit., 645; MERTENS, *Empfiehlt sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahren?*, ZGR 3/1984, 542-559 (555).

relação de domínio ou de grupo, a separação jurídica continue a ter correspondência na separação económica entre as sociedades, a consolidação deve ser recusada, negando-se o alcance substancial da apensação dos processos.

No que toca à determinação das sociedades cujos processos de insolvência podem ser apensados ao processo de insolvência de dada sociedade, determina o artigo 86.º/2, do CIRE, que estão em causa os «processos em que tenha sido declarada a insolvência de sociedades que, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ela domine ou com ela se encontrem em relação de grupo». Ficam indubitavelmente cobertas pela referência à relação de grupo tanto a sociedade directora e a sociedade totalmente dominante, como a sociedade subordinada e a sociedade totalmente dominada, e ainda as sociedades-irmãs no caso de contrato de grupo paritário.

No caso da relação de domínio, a lei parece restringir a apensação às hipóteses em que é insolvente a sociedade dominante, sendo posteriormente declarada a insolvência da sociedade dominada. Já a situação inversa não está literalmente coberta pelo preceito. Perguntar-se-á, pois, se a apensação terá igualmente lugar se for inicialmente insolvente a sociedade dominada, sendo posteriormente declarada a insolvência da sociedade dominante. A resposta é afirmativa: a ordem da declaração da insolvência não pode afectar a possibilidade de apensação e de liquidação conjunta. Havendo confusão de patrimónios da sociedade dominante e da sociedade dominada, impõe-se a consolidação quer seja inicialmente declarada a insolvência da dominante (situação coberta pela lei), quer seja primeiramente declarada a insolvência da dominada (situação não expressamente prevista). A restrição feita pela lei é, de resto, dificilmente justificável sob outra perspectiva: no processo de insolvência da sociedade dominante, a apensação do processo da sociedade dominada ocorreria, em princípio, em desfavor da massa insolvente da primeira sociedade, uma vez que, tipicamente, a sociedade dominada terá visto o seu património degradar-se por facto da sociedade dominante, justificando-se que os credores da dominada concorram também à massa insolvente da dominante, mais do que o contrário. Se assim é, é precisamente no caso oposto (de insolvência inicial da sociedade dominada) que se justificará o requerimento de apensação pelo administrador da insolvência. A restrição do artigo 86.º/2 poderia, quando muito, ter significado no que toca à determinação do tribunal competente para a apensação, que, à luz da norma em causa, seria o tribunal onde decorre o processo de insolvência da sociedade dominante, pois, tendo em conta a letra dessa norma, seria este o único processo no qual o administrador da insolvência teria legitimidade para requerer a declaração de insolvência: não parece ter sido, porém, intenção da lei alterar, quanto a este caso específico, o critério geral vigente, que coincide

com a ordem de abertura dos processos e das declarações de insolvência (sem prejuízo do disposto no artigo 86.º/3 e, portanto, da existência de tribunais de competência especializada). Assim, cabe, simplesmente, concluir que a regra do artigo 86.º/2 deve ser objecto de interpretação extensiva quanto ao universo dos processos que podem ser apensados: pode e deve haver apensação dos processos de insolvência de sociedades que se encontrem, com a sociedade declarada insolvente, *em relação de domínio ou de grupo*, sempre que a lei ou a confusão dos patrimónios o justifique, *independentemente da posição ocupada por cada uma das sociedades no grupo*. Só assim se realiza o objectivo material do artigo 86.º/2, de garantir a igualdade dos credores. Já não ficam cobertas as hipóteses de controlo económico⁵⁰, que terão de encontrar resposta por outra via.

No que respeita à legitimidade para requerer a consolidação substantiva, a lei nada determina expressamente mas, a propósito da apensação de processos, atribui essa legitimidade exclusivamente ao administrador da insolvência, tendo o tribunal um verdadeiro *dever* de a determinar, verificados os pressupostos do artigo 86.º/2⁵¹. Já não é claro, porém, se a consolidação substantiva – que não é decorrência automática da consolidação patrimonial – pode ser ordenada *ex officio* pelo tribunal (contanto, evidentemente, que a apensação tenha sido requerida) ou se também ela tem de ser requerida pelo administrador da insolvência. Não deve esquecer-se que, no caso de grupo de sociedades, a consolidação substantiva é, frequentemente, condição da realização do princípio da *par conditio creditorum*, conforme expusemos. Por esse motivo, inclinamo-nos para a possibilidade de a consolidação ser decretada oficiosamente pelo tribunal, sendo suficiente o pedido do administrador da insolvência tendente à apensação dos processos: afinal, está ainda em causa determinar o alcance da apensação, a qual implicará a liquidação conjunta, nos casos em que tal se justifique à luz dos princípios que enunciámos. Sempre se exigirá, no entanto, a audição prévia das partes afectadas e o reconhecimento da susceptibilidade de impugnação da medida⁵².

⁵⁰ Sobre estas, cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?*, RDS 1(2009), 95-133.

⁵¹ Também o administrador da insolvência tem um *dever* de requerer a insolvência quando essa solução acarrete vantagens ou evite desvantagens para os interessados. Em abstracto, seria possível outra solução, *maxime* a determinação oficiosa da apensação. A atribuição da competência em causa ao administrador da insolvência já foi, porém, considerada a solução mais adequada no documento CNUDCI A/CN.9/WG.V/WP.90 (cit. *supra* na nota 4), ponto 153. Ela pressupõe, todavia, uma adequada sindicância da actividade do administrador da insolvência e a sua responsabilização no caso de incumprimento dos deveres que lhe incumbem.

⁵² Cf. o documento CNUDCI A/CN.9/WG.V/WP.90 (cit. *supra* na nota 4), ponto 153.

No caso de o tribunal ordenar a consolidação, os créditos sobre cada sociedade do grupo transferem-se para a massa insolvente comum. Problemas suscitam, todavia, os créditos garantidos e os créditos privilegiados.

Questiona-se, por vezes, se uma garantia constituída sobre a totalidade ou parte do património de uma sociedade do grupo poderá estender-se, por força da consolidação, ao património de outra sociedade do grupo ou se, pelo contrário, a garantia se restringe ao património da sociedade garante⁵³. Recorde-se, porém, que o que caracteriza os créditos em causa é precisamente serem garantidos por bens individualizados da massa insolvente, relativamente aos quais os seus titulares gozam de prioridade no pagamento, nos termos do artigo 174.º: «*liquidados os bens onerados com garantia real, e abatidas as correspondentes despesas, é imediatamente feito o pagamento aos credores garantidos, com respeito pela prioridade que lhes caiba*». Assim sendo, quer se considere que o crédito garantido se transfere para a massa insolvente comum, quer assim não se entenda, seguramente que o seu titular mantém o direito de ser pago, com preferência em relação aos outros credores, pelo produto da liquidação *dos bens onerados* e apenas destes. Já o crédito remanescente transfere-se para a massa única na qualidade de crédito comum. Em relação aos créditos garantidos, não parece necessário, portanto, proceder-se a uma consolidação parcial, abrangendo apenas os créditos não garantidos, visto que a consolidação em rigor os não afecta.

Maiores problemas levantam os créditos privilegiados, que não incidem sobre bens especificados da massa insolvente, mas conferem antes uma preferência genérica no pagamento relativamente a todos os bens não afectos a garantias reais prevaletentes (artigo 175.º/1). Ao contrário dos credores garantidos, e à semelhança dos credores comuns, os credores privilegiados podem ser afectados pela consolidação, positiva ou negativamente. Assim, por exemplo, os trabalhadores de uma sociedade do grupo com privilégio mobiliário geral (artigo 333.º do Código do Trabalho) passarão a concorrer, como credores privilegiados, com os trabalhadores da(s) outra(s) sociedade(s) do grupo, também credores privilegiados. Tal será benéfico para os trabalhadores da sociedade com menor património mas não para os credores da sociedade com maior património (ainda que os credores privilegiados melhorem a sua posição relativamente aos credores comuns)⁵⁴. Recorde-se, porém, que o aparente prejuízo para determinados credores não é mais que reflexo da necessidade de reposi-

⁵³ *Idem*, pontos 159 ss.

⁵⁴ *Idem*, ponto 163.

ção da justiça na distribuição do património do grupo: a consolidação só deve, com efeito, ser ordenada nos casos em que seja essencial para a realização da *par conditio creditorum* ao nível do grupo, visando sempre a obtenção da igualdade material entre os credores.

Se, no caso concreto, o juiz considerar que a consolidação, ao invés de repor a igualdade, prejudica inadmissivelmente determinados credores – *maxime* os credores privilegiados – de uma das sociedades do grupo, não deve ordenar a consolidação ou, pelo menos, não deve determiná-la em termos totais. O juiz pode sempre, porém, ordenar a consolidação parcial, pagando-se primeiro os credores privilegiados e colocando-se em comum apenas os activos e os créditos remanescentes. Por outras palavras, o juiz tem ao seu dispor três vias de actuação, devendo optar por aquela que melhor seja capaz de garantir o princípio *par conditio creditorum*: pode ordenar a consolidação total, pode optar pela consolidação parcial ou pode, pura e simplesmente, recusar a consolidação.

Havendo consolidação patrimonial, questiona-se o respectivo impacto nos órgãos da insolvência. Pelo menos nos casos em que a consolidação seja total, não se justifica manter a diversidade de administradores da insolvência. A existência de um único administrador, para além de reduzir custos e tempo e facilitar o acesso à informação, é simples decorrência da existência de uma massa insolvente comum. Na realidade, se as funções do administrador da insolvência se traduzem no controlo da massa insolvente, procedendo à sua administração e liquidação, bem como à repartição pelos credores do produto final, não se compreenderia a existência de diferentes administradores da insolvência e de uma única massa insolvente. Diferentemente sucede, em princípio, nos casos de consolidação processual, em que reemergem os obstáculos gerais habitualmente apontados à existência de um único administrador, *maxime*, o risco de perda de neutralidade e independência, com o potencial surgimento de conflitos de interesses⁵⁵⁻⁵⁶. Pelo mesmo motivo, justifica-se, no caso de consolidação patrimonial (mas não no da simples apensação), a reunião de todos os cre-

⁵⁵ Pense-se, *v.g.*, no caso em que existem garantias recíprocas ou créditos internos do grupo.

⁵⁶ Cf. o documento CNUDCI A/CN.9/WG.V/WP.90 (cit. *supra* na nota 4), ponto 176. No sentido da manutenção dos administradores da insolvência, cf. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código cit.*, 359. De resto, na Alemanha, mesmo aqueles que rejeitam a consolidação substantiva, defendem a existência de um único administrador da insolvência: assim, *v.g.*, HIRTE, *Vorschläge für die Kodifikation eines Konzerninsolvenzrechts*, ZIP 10/2008, 444-449 (445); CHRISTOPH G. PAULUS, *Überlegungen zu einem modernen Konzerninsolvenzrecht*, ZIP 44/2005, 1948-1955 (1951).

dores numa assembleia de credores comum ao grupo: subjacente à previsão deste órgão da insolvência está o cariz colectivo da execução, que implica necessariamente a coordenação das pretensões de diferentes credores⁵⁷, de tal maneira que, havendo liquidação conjunta, essa coordenação tem de se realizar ao nível do grupo, sem prejuízo de, no caso concreto, o juiz considerar justificada solução diversa.

2.2. *Coligação processual?*

Analisámos, até aqui, as hipóteses em que, no momento do início do processo de insolvência de determinada sociedade do grupo, as restantes sociedades se mantinham solventes, só posteriormente se dando início aos respectivos processos de insolvência. Pode, porém, suceder que a insolvência das diversas empresas ocorra logo *ab initio* e concomitantemente, cabendo neste caso saber se o credor pode pedir a declaração de insolvência não só da sociedade da qual é directamente credor mas também de outras sociedades do grupo (seja ou não titular de um crédito sobre elas), ou se as próprias sociedades agrupadas se podem apresentar conjuntamente à insolvência.

Ambas as hipóteses eram expressamente admitidas no CPEREF, que dispunha, na redacção do Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de Outubro, que «*sem prejuízo dos efeitos patrimoniais da existência de personalidade jurídica distinta, é permitida a coligação activa ou passiva de sociedades que se encontrem em relação de domínio ou de grupo, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ou que tenham os seus balanços e contas aprovados consolidadamente*». O artigo 13.º/2, do CPEREF permitia, simultaneamente, a apensação *ex post*: «*quando estiverem pendentes em diferentes tribunais ou juízos processos de recuperação da empresa ou de falência relativos a sociedades coligadas, efectuar-se-á a sua apensação ao processo respeitante à sociedade de maior valor do activo*».

Os tribunais, em aplicação do artigo 1.º/3, do Código, permitiram a coligação, clarificando mesmo que «*é viável uma acção falimentar em coligação passiva tendo como objecto um grupo de sociedades em relação de grupo por domínio total, em que a relação de crédito respeite directamente tão só a sociedade-mãe e a uma das filhas das demais sociedades componentes do grupo plurissocietária*»⁵⁸.

⁵⁷ Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito cit.*, 121.

⁵⁸ RLx 9-Dez.-2003 (PROENÇA FOUTO), disponível em www.dgsi.pt.

Assim, antes da entrada em vigor do CIRE, não só a coligação (activa e passiva) estava expressamente prevista, como existia significativa abertura dos tribunais quanto ao âmbito dessa coligação, ainda que a consolidação patrimonial fosse recusada⁵⁹.

O novo CIRE eliminou, porém, a possibilidade de coligação, que agora apenas está prevista para a insolvência de casados. Uma vez que o artigo 30.º/4, do CPC – que previa também a coligação – já havia sido revogado pelo Decreto-Lei n.º 315/98, resta concluir que não existe hoje base legal na qual possa fundamentar-se a coligação. A consolidação processual só pela via da apensação pode, pois, ter lugar (e sempre a requerimento do administrador da insolvência). A solução, apesar de criticável *de jure condendo*, é a única compatível com o regime legal em vigor⁶⁰.

2.3. *Insolvência da sociedade-filha sem insolvência da sociedade-mãe: a limitação do acesso directo dos credores*

Em caso de insolvência da sociedade-filha (não acompanhada de insolvência da sociedade-mãe), os credores desta sociedade, para além de concorrem ao património da mesma, podem ter direito a ver os respectivos créditos satisfeitos pela sociedade-mãe: tal sucede, mais uma vez, nas hipóteses do artigo 501.º, bem como nos casos em que se verifiquem os pressupostos do levantamento da personalidade. Não surgem dificuldades de relevo nesta hipótese, cabendo apenas recordar que, nos termos do artigo 82.º/2, c), do CIRE, durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir as acções contra os responsáveis legais pelas dívidas do insolvente, as quais correm por apenso, nos termos do n.º 5.

Nos casos do artigo 501.º, a norma é directamente aplicável. Tratando-se de hipótese de levantamento da personalidade, esta norma deve, aliás, aplicar-

⁵⁹ R.Pt. 14-12-2004 (MARQUES DE CASTILHO), disponível em www.dgsi.pt: «I – É possível requerer-se a declaração conjunta da falência de várias empresas (coligação passiva), se elas se encontrarem numa relação de domínio ou de grupo. II – A coligação não prejudicará, todavia, os efeitos patrimoniais resultantes da personalidade jurídica distinta das empresas coligadas, significando desde logo que as massas patrimoniais se mantêm autonomizadas, apesar da coligação».

⁶⁰ Cf., porém, ANA RITA GOMES DE ANDRADE, *A responsabilidade cit.*, 134 e 135, que defende a possibilidade de coligação, que parece fazer coincidir com a apensação de processos, prevista no artigo 86.º do CIRE. No entanto, esta norma apenas legitima a apensação (*ex post*) e não a coligação (*ab initio*).

-se (por analogia ou por identidade de razão) no que toca à legitimidade para requerer o levantamento após a abertura do processo de insolvência. A limitação do acesso directo dos credores durante o processo, válida para o caso de a lei directamente prever a responsabilização de terceiros pelas dívidas da sociedade, deve, naturalmente, valer também para os casos em que a responsabilidade da sociedade-mãe resulta dos princípios gerais do sistema jurídico e, portanto, do levantamento da personalidade. Trata-se, aliás, de solução que foi afirmada na Alemanha, a respeito do correspondente § 93 InsO, como demonstra a sentença do BAG de 14-Dez.-2004⁶¹. A doutrina tem, todavia, procurado introduzir diferenciações, negando a automática aplicabilidade analógica do preceito⁶². Não parece, todavia, que a lei portuguesa permita dar acolhimento a semelhante limitação. Assim, a legitimidade pertence, exclusivamente, ao administrador da insolvência. Independentemente da bondade da solução, evita-se, assim, incoerências normativas, que, de outro modo, se gerariam.

3. Sentido e limites da subordinação de créditos em caso de insolvência

Resta, agora, analisar a segunda questão que de início suscitámos. Trata-se, concretamente, do problema da susceptibilidade e limites da subordinação dos créditos das sociedades integrantes do grupo⁶³, bem como dos próprios créditos dos «credores controladores», face aos créditos dos credores externos: trata-se, sinteticamente, de saber se estes créditos podem e devem ser graduados depois dos restantes créditos sobre a insolvência e quais as condições de que depende a sua subordinação. Se, em alguns casos, a resposta a dar é clara à luz do disposto nos artigos 48.º ss. do CIRE, o mesmo já não sucede noutras hipóteses de controlo interempresarial, capazes de colocar problemas particulares nesta área: por isso, se nos confrontamos, aqui, com um tema de Direito de insolvência, nele não deixa de se revelar, de forma particularmente intensa, a especialidade do grupo.

⁶¹ I AZR 504/03

⁶² Neste sentido, cf. JEAN-GABRIEL RECQ/DANIEL SVEN SMYREK, *Haftungsdurchgriff der Gesellschaftsgläubiger gegen den GmbH-Gesellschafter auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens*, GmbHR 24/2005, 1593-1596.

⁶³ Sobre o problema paralelo dos deveres de lealdade dos credores da insolvência que sejam sociedades integrantes do grupo, devido ao acesso privilegiado à informação, cf. SCHULZE, *Treupflichten unter Insolvenzgläubigern*, Köln, 2003, 165 ss.

Recorde-se, aliás, que no ordenamento norte-americano, o exercício dos *equitable powers* dos tribunais na determinação da ordem de pagamento dos créditos em caso de insolvência do devedor desempenhou, nos grupos de sociedades, papel próximo do próprio levantamento da personalidade. Desde cedo se admitiu, na realidade, a subordinação equitativa dos créditos (*equitable subordination*), com fundamento na conduta iníqua (*inequitable*) do credor, consubstanciada em abuso de controlo ou noutra preterição de deveres fiduciários a que se encontrava vinculado. Trata-se, não obstante, de mecanismo de carácter extraordinário, destinado a evitar situações iníquas, e que não pode ser invocado com ligeireza⁶⁴ nem arvorado em solução de âmbito geral para os problemas de tutela dos credores no contexto da empresa plurissocietária. A verdade é que o aperfeiçoamento histórico da *equitable subordination* é determinante na compreensão do desenvolvimento do Direito dos grupos no ordenamento norte-americano, ilustrando o movimento de deslocação de uma preocupação meramente formal e de rígido conceptualismo para a preocupação material com a implementação dos objectivos da área do Direito em questão⁶⁵.

A subordinação tem permitido, com efeito, responder a abusos do poder de controlo, determinando que os demais credores prejudicados sejam, em caso de insolvência, satisfeitos com precedência relativamente ao credor abusador, desde que (i) exista uma conduta iníqua (*inequitable conduct*) do credor; (ii) causadora de um dano para os outros credores ou capaz de atribuir àquele uma vantagem injusta; (iii) contanto que a subordinação não seja inconsistente com as normas da *bankruptcy law*⁶⁶. Assim, embora em geral se exija o benefício ou

⁶⁴ Enfatizando este carácter excepcional, cf., v.g., *Matter of Pinetree Partners, Ltd.*, 87 B.R. 481 (Bankr. N.D. Ohio 1988); *First Bank of Whiting v. Kham & Nate's Shoes, N.º 2, Inc.*, 104 B.R. 909 (N.D. Ill. 1989); *in re Dan-Ver Enterprises, Inc.*, 86 B.R. 443 (Bankr. W.D. Pa. 1988); *Allied Technology, Inc. v. R.B. Brunemann & Sons, Inc.*, 25 B.R. 484 (Bankr. S.D. Ohio 1982).

⁶⁵ Cf. BLUMBERG/STRASSER/GEORGAKOPOULOS/GOUVIN, *Blumberg on corporate groups* II cit., § 87-63.

⁶⁶ Trata-se de vectores definidos no *leading case in re Mobile Steel Co.* [563 F.2d 692 (5th Cir. 1977)] e seguidos em múltiplas outras decisões. Em particular, a subordinação equitativa de um pedido abrange os casos em que (i) o autor do pedido tem a posição de fiduciário relativamente ao devedor e abusa da sua posição em termos de causar desvantagens aos outros credores; (ii) o autor controla o devedor causando desvantagens aos demais credores; (iii) o autor converteu dívida em capital quando a sociedade se encontrava subcapitalizada; (iv) o autor utilizou a sociedade como seu «alter ego» ou «instrumento». A subordinação equitativa é admitida *inclusive* quanto aos créditos de credores garantidos. Não apresenta, em princípio, carácter sancionatório, só podendo ser utilizada na medida necessária para evitar danos para os restantes credores do devedor: há, na realidade, amplo consenso quanto à sua natureza não punitiva e quanto à necessidade de ser imposta

enriquecimento da sociedade-mãe e o prejuízo para os credores do devedor⁶⁷, de acordo com este *three-prong standard* da subordinação, tanto o dano para o devedor ou credor, como a desvantagem desleal, serão individualmente suficientes para a subordinação, desde que exista uma «conduta iníqua» (*inequitable conduct*) e a subordinação não contrarie a *bankruptcy law*. Subjacente está a visão segundo a qual o fiduciário não pode lucrar da sua relação com o beneficiário, mesmo que este não seja lesado, estando em causa, em última análise, promover o dever de lealdade, eliminando qualquer possibilidade de ganho através da utilização da posição de fiduciário⁶⁸.

A subordinação tem sempre como pano de fundo o controlo exercido pelo credor cujo pedido é objecto de subordinação, ainda que o controlo, por si só, nunca seja suficiente para a subordinação operar. Atendendo ao cenário de controlo, a possibilidade de subordinação equitativa do pedido da sociedade-mãe não oferece, no Direito norte-americano, dúvidas significativas: ponto é, apenas, que estejam preenchidos os demais pressupostos jurisprudencialmente construídos e acolhidos legalmente. Mais duvidosa – mas já objecto de acolhimento jurisprudencial – é a subordinação equitativa do crédito de sociedade-irmã, atendendo a que esta não é, por natureza, titular do controlo⁶⁹.

apenas na medida necessária para compensar o dano sofrido pelos credores ou investidores. No entanto, onde a conduta desleal da sociedade-mãe for tão complexa que não possa ser individualizada, a completa subordinação aos pedidos dos credores e investidores lesados é a única alternativa [cf., *v.g.*, *Comstock v. Group of Institutional Investors*, 335 U.S. 211, 251 (1948)]. Apesar de se ter desenvolvido como solução baseada na *equity* [cf. ANDREW DENATALE, *The doctrine of equitable subordination as applied to nonmanagement creditors*, 40 Bus. Law. (1985) 417-448 (421)], o instituto é acolhido, designadamente, pelo § 510 (c) U.S.C.A., que admite a subordinação da totalidade ou de parte do crédito, em relação à totalidade ou a parte dos pedidos de outros credores. Para uma visão sinóptica dos princípios básicos em matéria de subordinação equitativa, cf., por todos, MARK E. MACDONALD, *Maxims of equitable subordination*, 507 Practising Law Institute/Commercial Law and Practice Course Handbook Series (1989), 525-551 (529 ss.).

⁶⁷ A ideia de que é necessária uma vantagem para a sociedade-mãe e uma desvantagem para a subsidiária encontra apoio nos casos decididos no Delaware e em Nova Iorque, nos quais, para aferir a existência da quebra do dever fiduciário que dá origem à subordinação, se recorre ao teste do *self-dealing* que tem sido aplicado às transacções entre sociedade-mãe e subsidiária [cf. o caso *Sinclair Oil* 280 A.2d 717 (1971)] Assim, BLUMBERG/STRASSER/GEORGAKOPOULOS/GOUVIN, *Blumberg on corporate groups* II cit., § 87-7.

⁶⁸ Cf., *v.g.*, o caso *Brophy v. Cities Service Co.*, 31 Del. Ch. 241, 70 A.2d 5 (1949), no qual, perante uma situação de *insider trading*, foi responsabilizado o *insider* por beneficiar da informação apesar de não ter havido dano para a sociedade.

⁶⁹ Os tribunais norte-americanos têm já aceite a subordinação no que respeita às sociedade-irmãs com controlador comum [cf., *v.g.*, *Forbush Co. v. Bailey*, 78 F.2d 805 (10th Cir. 1935); *in re Chase & Sanborn Corp.*, 55 Bankr. 451 (Bankr. S.D. Fla. 1985)].

Por outro lado, a *equitable subordination* é, em geral, admitida com maior agilidade no que toca a créditos de *insiders* do que em relação a créditos de *non-insiders*⁷⁰, sem que, contudo, deixe de ser igualmente aceite no caso de puro controlo económico ou externo⁷¹. Resultando do exercício do controlo económico sobre o devedor uma relação fiduciária com os restantes credores, a subordinação é admissível, segundo os princípios gerais da *equity*, quando ocorra violação desses deveres em prejuízo dos restantes credores. Na realidade, embora normalmente o controlo que dá origem ao dever fiduciário (cuja violação conduz à subordinação) tenha como fonte a detenção do capital social, pode também resultar do poder económico do credor sobre o devedor insolvente. Não obstante a legitimidade de o credor pressionar o devedor tendo em vista o cumprimento da sua obrigação e de impor restrições ao devedor, há limites quanto às exigências a formular pelo credor. Se estas forem ultrapassadas, o tribunal pode determinar a subordinação⁷²⁻⁷³.

⁷⁰ Na avaliação da possibilidade de recurso à subordinação equitativa, a relação estabelecida entre credor e devedor desempenha, na realidade, um papel fundamental: em princípio, só podem ser objecto de subordinação os créditos dos administradores ou accionistas do devedor, os quais surgem como fiduciários em relação à comunidade integral dos interesses envolvidos, incluindo os credores e os *equityholders*. Mas nem todos os pedidos de *insiders* ou de fiduciários estão sujeitos a subordinação equitativa: como resulta claro do caso *in Re Mobile Steel*, a subordinação dos créditos não é, mesmo nestes casos, automática. Cf. também *in re Missionary Baptist Found.*, 818 F.2d 1135, 1143 (5th Cir. 1987). Em casos extremos, também os pedidos de *nonmanaging creditors* podem ser subordinados (cf. DENATALE, *The doctrine* cit., 429 ss.). Em ambas as hipóteses, exige-se sempre uma «conduta iníqua ou fraudulenta», embora os tribunais se bastem com uma prova *prima facie* desta, transferindo-se, depois, o ónus da prova da boa fé para o credor (cf., *v.g.*, *Pepper v. Litton* cit., 306). Para além disso, a subordinação depende ainda da ocorrência de um prejuízo efectivo para os credores [cf., *v.g.*, *Comstock v. Group of Inst'l Investors*, 335 U.S. 211, 229 (1948)]. Não é, contudo, necessário que se identifique um dano específico para um determinado credor, sendo suficiente o prejuízo para a sociedade como um todo.

⁷¹ Os tribunais são, na realidade, mais exigentes quando se trata de subordinar créditos de *non-insiders* mas não a excluem. Apesar de muitos casos terem recusado a subordinação (cf. BLUMBERG/STRASSER/GEORGAKOPOULOS/GOUVIN, *Blumberg on corporate groups* II cit., § 87-30 nota 4), também se identificam diversas decisões nas quais a influência do credor atingiu um nível tal que os tribunais impuseram a subordinação (cf. a resenha de BLUMBERG/STRASSER/GEORGAKOPOULOS/GOUVIN, *Blumberg on corporate groups* II cit., § 87-31, nota 5). Cf., em especial, *in re Process-Manz Press, Inc.*, 236 F.Supp. 333; *in re American Lumber Co.*, 5 Bankr. 470. No limite, para além da subordinação, o credor pode tornar-se ele próprio responsável pelas obrigações do devedor (cf. BLUMBERG/STRASSER/GEORGAKOPOULOS/GOUVIN, *Blumberg on corporate groups* II cit., § 87-32, nota 9).

⁷² Cf. BLUMBERG/STRASSER/GEORGAKOPOULOS/GOUVIN, *Blumberg on corporate groups* II cit., §§ 87-29 ss.

No ordenamento jurídico português, o problema da subordinação nos grupos de sociedades é parcialmente resolvido pelos artigos 48.º e 49.º⁷⁴, em conjugação com o artigo 177.º, do CIRE. Assim, designadamente, o artigo 48.º, a) determina a subordinação dos créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor, como tal se considerando as pessoas que tenham estado com a sociedade insolvente em relação de domínio ou de grupo, nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários⁷⁵, em período situado nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência (artigo 48.º/2, b)). Naturalmente que a remissão para o CVM não tem como sentido a restrição do âmbito de aplicação da alínea aos casos materialmente cobertos por essa regulamentação: trata-se, apenas, de fazer relevar os critérios aí previstos para a definição da relação de domínio ou de grupo, que não cabia ao legislador da insolvência concretizar. A opção pelo recurso aos critérios definidos na legislação mobiliária, e não às noções jus-societárias gerais, representa um salutar alargamento do campo de aplicação da norma: não obstante o recurso paralelo ao conceito de influência dominante e a remissão do artigo 21.º/2, do CVM para o CSC quanto à noção de relação de grupo, não pode esquecer-se a maior amplitude com que é definida a relação de domínio na primeira regra, abrangendo quer pessoas singulares quer colectivas (mesmo sem natureza societária), sendo igualmente irrelevante o local da sede da empresa dominante. Nos termos gerais, ficam abrangidas as relações de domínio e de grupo meramente indirectas.

⁷³ A subordinação equitativa não é acolhida no Direito inglês, à semelhança do que sucede quanto à consolidação substantiva.

⁷⁴ Apontando a regulação dos créditos subordinados como a principal inovação do CIRE (de inspiração germânica) em matéria de classificação e graduação de créditos, cf., *v.g.*, RUI PINTO DUARTE, *Classificação dos créditos sobre a massa insolvente no projecto de Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*, em MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, GPLP, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Comunicações sobre o Anteprojecto*, 2004, 53-60 (55). Recorde-se, todavia, a já anterior previsão legal de casos pontuais de subordinação (*v.g.*, artigo 245.º/3, do CSC, relativo aos créditos por suprimentos).

⁷⁵ Recorde-se novamente que, segundo o artigo 21.º/1, do CVM, considera-se relação de domínio a relação existente entre uma pessoa singular e colectiva e uma sociedade quando, independentemente de o domicílio e a sede se situar em Portugal ou no estrangeiro, aquela possa exercer sobre esta, directa ou indirectamente, uma influência dominante. Nos termos do n.º 2, existe, em qualquer caso, relação de domínio quando uma pessoa singular ou colectiva: a) disponha da maioria dos direitos de voto; b) possa exercer a maioria dos direitos de voto, nos termos de acordo parassocial; c) possa nomear ou destituir a maioria dos titulares dos órgãos de administração ou de fiscalização. Por sua vez, a relação de grupo é definida por remissão para o CSC, não relevando, porém, a localização da sede.

A *ratio* do preceito é clara, pelo menos nos seus contornos gerais: a particular natureza dos vínculos mantidos com o devedor e a proximidade que os sujeitos em causa dele têm justifica a «presunção do maior risco que as operações com eles praticadas pelo insolvente envolvem para o conjunto dos credores»⁷⁶. Não se trata, também no ordenamento jurídico português, de qualquer sanção para uma eventual conduta dolosa ou culposa dos credores mas, pura e simplesmente, de atribuir efeitos jurídicos a um risco *objectivamente* verificado e que se entende não dever recair sobre os restantes credores do devedor insolvente.

A determinação da finalidade do preceito permite resolver a dúvida, que justificadamente se tem colocado, de saber se a subordinação dos créditos de pessoa especialmente relacionada com o devedor é consequência automática do enquadramento no artigo 49.º ou se, pelo contrário, se deve exigir o prejuízo para os credores, o qual se presumiria, mas sempre deixando em aberto aos credores a hipótese de ilidirem a presunção, demonstrando que não agiram de forma a prejudicar os restantes credores⁷⁷. Tendo em conta a *ratio* da subordinação, não vemos razões para não ser conferida aos credores a possibilidade de provarem que, não obstante a sua qualificação como *pessoas especialmente relacionadas* com o insolvente, as operações com este praticadas não são susceptíveis de lesar os outros credores, com os quais se encontram, afinal, em posição de igualdade. A solução torna-se particularmente clara, quanto a nós, se lembrarmos que a subordinação constitui uma grave excepção ao princípio *par conditio creditorum*, a qual só é admissível na medida em que seja adequada e necessária para a realização de outros interesses, *maxime* quando a igualdade entre credores possa ter sido previamente destruída pela posição de proximidade de determinado credor face ao devedor insolvente. Mas, se for possível ao credor cujo crédito se *presume* subordinado demonstrar que não existem razões materiais para a subordinação, não vemos como pode aceitar-se a preterição do princípio da igualdade. De resto, a necessidade de prejuízo para os restantes credores (ou, pelo menos, de uma vantagem injusta para o titular do crédito subordinado), associada à «conduta iníqua» do credor, é sempre exigida, mesmo nas jurisdições que maior aplicação dão à subordinação equitativa (*maxime*, no ordenamento norte-americano).

⁷⁶ CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código cit.*, artigo 49.º, 232.

⁷⁷ Neste sentido, A. RAPOSO SUBTIL/MATOS ESTEVES/MARIA JOSÉ ESTEVES/ LUÍS M. MARTINS, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, 2.ª ed., 2006, 138. Contra, cf. MENEZES LEITÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 3.ª ed., 2006, 90, e *Direito da insolvência cit.*, 104; CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código cit.*, 232.

Seja como for, perante o regime descrito, não haverá dúvidas em considerar que são subordinados os créditos da sociedade ou do sócio dominante (na relação de domínio) ou director (na relação de grupo): considerando a posição de superioridade e o poder (jurídico ou fáctico) de a sociedade-mãe dar instruções à sociedade-filha, é evidente que se verifica o fundamento material da presunção que constitui a base da subordinação.

Menos clara pareceria a subordinação dos créditos da sociedade dominada ou subordinada e, portanto, a sua inclusão no conceito de *pessoa especialmente relacionada com o devedor*, tendo em conta a *ratio* dessa qualificação e o facto de a sociedade-filha não dispor de qualquer poder de influência sobre a sociedade-mãe. No entanto, não deve esquecer-se que o perigo acrescido resultante do relacionamento próximo entre as sociedades (financeiro e funcional⁷⁸) existe independentemente de qualquer intervenção activa da sociedade-filha, a qual não é condição da subordinação. Ora, esse risco é suficiente para justificar a qualificação da sociedade-filha como *insider* para os efeitos considerados. De resto, também no ordenamento jurídico alemão as sociedades dominadas têm sido incluídas na definição de «pessoas próximas» (*nahe stehende Personen*) constante, ainda que para efeitos diversos, do § 138 da InsO⁷⁹, sendo certo que as restrições por vezes introduzidas se prendem, tão-somente, com a finalidade directamente tida em vista pelo § 138 InsO⁸⁰. Tratando-se da subordinação dos créditos, pensamos que não é fundamentada qualquer restrição ao enunciado do artigo 49.º, o qual, literal e substancialmente, qualifica como pessoas especialmente relacionadas aquelas que se encontrem em relação de domínio ou de

⁷⁸ Cf., *v.g.*, CHRISTIAN WENNER/MICHAEL SCHUSTER, *Insolvenzanfechtung im Konzern*, ZIP 33/2008, 1512-1519 (1513).

⁷⁹ O § 138 InsO define o conceito em causa para efeitos da aplicação da regra que inverte o ónus da prova da má fé do terceiro, essencial para a aplicação do instituto da *Anfechtung*, funcionalmente equivalente à resolução em benefício da massa insolvente, prevista nos artigos 120.º ss. do CIRE. No entanto, tem-se considerado que esta regra é generalizável a todas as situações em que a lei recorra ao conceito de *nahe stehende Person* (cf., por todos, WOLFRAM HENCKEL, *Anfechtung im Insolvenzrecht Kommentar*, 2008, 399). Sucede, porém, que o § 39, que elenca os créditos subordinados (*nachrangige Insolvenzgläubiger*), não inclui os créditos de que as pessoas especialmente relacionadas são titulares.

⁸⁰ Cf. *v.g.*, EBERHARD BRAUN, *Insolvenzordnung Kommentar*, 2.ª ed., 2004, 777, que entende que a inclusão da sociedade dependente no conceito de *pessoa próxima* não é automática, antes dependendo da prova do respectivo acesso a informação interna da sociedade-mãe. Cf., no entanto, STODOLKOWITZ/BERGMANN, em *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, II, 2.ª ed., 2008, § 138, 799, que expressamente considera que tanto a sociedade-mãe é *insider* no caso de insolvência da subsidiária, como esta é *insider* no caso de insolvência da sociedade-mãe.

grupo com o devedor insolvente, quer ocupem a posição de sociedade-mãe quer a de sociedade-filha. Quando muito, poderia dizer-se que, no caso de créditos da sociedade subordinada, é mais fácil a prova de que não existiu qualquer prejuízo para os credores da sociedade-mãe decorrente do relacionamento com a sociedade-filha, mas mesmo esta asserção nos parece duvidosa, tendo em conta a proximidade típica existente entre as sociedades do grupo.

Deve, assim, admitir-se a subordinação dos créditos da sociedade controlada como princípio geral. Contudo, não pode recusar-se determinadas excepções, *maxime* no caso de o crédito ser legalmente atribuído como mecanismo de protecção da própria sociedade subordinada, como sucede, paradigmaticamente, no caso do artigo 502.º do CSC: o crédito correspondente à obrigação de compensação das perdas no caso de cessação da relação de grupo não pode, evidentemente, ser considerado – mesmo nos termos próprios de uma presunção – como crédito subordinado, uma vez que tal significaria anular o intuito de tutela da sociedade-filha (e, indirectamente, dos seus sócios e credores)⁸¹. Ainda assim, mantém-se o princípio geral segundo o qual também os créditos da sociedade-filha sobre a sociedade-mãe se encontram cobertos pelo artigo 49.º.

As sociedades-irmãs, por seu lado, ficam inequivocamente cobertas pelo artigo 49.º no caso de contrato de grupo paritário (por se tratar de uma relação de grupo). Quando as relações horizontais se desenvolvem no âmbito de um grupo vertical, por as sociedades(-irmãs) serem dirigidas por sócio comum⁸², a subordinação tem igualmente lugar: apesar da bilateralidade característica da relação de grupo, nos termos do artigo 493.º, «a sociedade directora forma um grupo *com todas* as sociedades por ela dirigidas, mediante contrato de subordinação, e *com todas* as sociedades por ela integralmente dominadas, directa ou indirectamente». Resulta desta norma que relevam não

⁸¹ Também as pretensões dos sócios externos decorrentes do contrato de subordinação correspondem a créditos comuns. O problema da eventual extensão destes créditos foi analisado no ordenamento jurídico alemão. Cf., *v.g.*, BGH 17-Mar.-2008, II ZR 45/06, ZIP 2008, 778 («Eku»), em que o tribunal decidiu no sentido da manutenção dos créditos decorrentes do § 305 AktG, não obstante a insolvência da sociedade-mãe. Cf., por todos, MÜLLER, *Abfindungsansprüche aussenstehender Aktionäre in der Insolvenz des herrschenden Unternehmens*, ZIP 37/2008, 1701-1706: segundo o Autor, o contrato de subordinação não se extingue com a insolvência e, mesmo que se extinguisse, a pretensão de compensação manter-se-ia, até para assegurar a tutela constitucional da propriedade privada. Os créditos em causa são, nos termos gerais, créditos comuns sobre a insolvência.

⁸² Podendo tratar-se de sócio pessoa singular, nos termos gerais do CVM, não obstante a remissão operada para o CSC.

apenas as relações bilaterais entre sociedade-mãe e cada uma das sociedades-filhas, mas também as relações das sociedades-irmãs entre si, como aliás os artigos 503.º/2, 504.º/1 e 508.º/1, do CSC comprovam. Quando entre a sociedade-mãe e as sociedades-filhas não existe contrato de subordinação nem domínio total, mas antes uma situação de simples controlo não totalitário, regressamos, aparentemente, ao paradigma da bilateralidade das relações de coligação, atenta a inexistência de qualquer regra especial de extensão, paralela, *v.g.*, à do artigo 493.º. Resultaria daqui o carácter não subordinado dos créditos de que fossem titulares as empresas-irmãs em tal hipótese. Todavia, a solução não respeita, materialmente, o sistema de subordinação previsto no artigo 48.º do CIRE: os perigos decorrentes do controlo comum para os credores das sociedades-irmãs (fruto, *v.g.*, de transferências patrimoniais, directas ou indirectas, entre elas) são equiparáveis aos que existem nas hipóteses directamente cobertas pela lei, justificando-se idêntico tratamento. O facto de a sociedade cujo crédito é objecto de subordinação poder não ter qualquer papel activo nos factos que fundamentam a subordinação não é relevante, uma vez que determinámos já que a subordinação não constitui qualquer sanção para a conduta dolosa ou culposa do titular do crédito a subordinar.

Outras são as hipóteses que ficam formalmente fora do âmbito do conceito de «pessoa especialmente relacionada com o devedor» mas cuja exclusão deve ser analisada à luz do regime material do CIRE: pensamos em particular nas situações de controlo económico, que, na jurisprudência norte-americana, dão origem à *equitable subordination*. Se a letra do artigo 49.º do CIRE não permite a qualificação do credor controlador como pessoa especialmente relacionada com o devedor – excepto no caso, extremo, em que aquele se assuma como administrador de facto [artigo 49.º/2, *c*] –, não pode desvalorizar-se a analogia entre a posição do sujeito que controla a sociedade em virtude de factor interno (como a detenção do capital) e a daquele cujo controlo assenta no poder económico externo.

A distinção entre controlo institucional e controlo não institucional (de carácter económico) frequentemente não se traduz numa diferença de tipo, âmbito ou sequer de intensidade da influência sobre o devedor: o credor (*prima facie*) externo assume, muitas vezes, a posição de *insider*. De resto, a fonte do controlo não releva quando se trata de impor deveres de lealdade e de definir o respectivo âmbito. Da mesma maneira, não deve esquecer-se que, nos termos do artigo 1.º do CIRE, o processo de insolvência surge como processo de execução universal, *destinado à satisfação dos credores*, pretendendo-se que os credores sociais «externos» sejam graduados à frente dos credores «internos», pelos motivos apontados. Ora, o cumprimento material deste objectivo depende,

naturalmente, do reconhecimento de que controladores (aparentemente) externos podem afinal, em virtude de factores económicos, exercer uma influência capaz de os convolar, substancialmente, em credores «internos». Se assim é, rejeitar a subordinação dos créditos só será possível se para tanto houver argumentos materiais.

Estas são, pois, razões suficientes para justificar a ponderação da susceptibilidade de alargamento, por via interpretativa, do elenco de «pessoas especialmente relacionadas com o devedor», não sendo bastante a afirmação, não testada (e seguramente não incontestada⁸³), do carácter taxativo do artigo 49.º. Mesmo uma pretensa natureza excepcional da norma – que sempre teria de ser demonstrada – não permite esquecer que o caso omissso na lei pode, em concreto, ser valorativamente equivalente àquele que nela se encontra expressamente regulado, ainda que em termos excepcionais: em tal hipótese de analogia entre o caso omissso e o caso regulado, a realização do plano objectivo da lei e o cumprimento do mandamento constitucional da igualdade imporá, naturalmente, a aplicação analógica do artigo 49.º ou, mais simplesmente, a sua extensão interpretativa, nos termos característicos de uma tipicidade delimitativa.

Por outro lado, fundamental é compreender o papel da subordinação de créditos no sistema do Código, sobretudo tendo em conta o regime da resolução em benefício da massa insolvente, consagrado nos artigos 120.º ss. do CIRE, cuja finalidade é próxima: trata-se de evitar que o devedor insolvente, mediante a prática de actos conducentes à diminuição ou dissipação do seu património, frustre a posição dos respectivos credores, sendo certo que o artigo 120.º/4 presume a má fé do terceiro se este for pessoa especialmente relacionada com o insolvente⁸⁴. Da conjugação dos artigos 48.º e 49.º com o artigo

⁸³ Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito* cit., 104.

⁸⁴ Recorde-se, aliás, o preâmbulo não publicado do Decreto-Lei que aprova o Código, disponível em MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, GPLP, *Código da Insolvência* cit., 198-236 (213 e 214): «não se afigura desproporcionada, situando-nos da perspectiva de tais pessoas, a sujeição dos seus créditos ao regime de subordinação, face a situações de superioridade informativa sobre a situação do devedor, relativamente aos demais credores. O combate a uma fonte frequente de frustração das finalidades do processo de insolvência, qual seja a de aproveitamento, por parte do devedor, de relações orgânicas ou de grupo, de parentesco, especial proximidade, dependência ou outras para praticar actos prejudiciais aos credores é prosseguido no âmbito da resolução de actos em benefício da massa insolvente, pois presume-se a má fé das pessoas especialmente relacionadas com o devedor que hajam participado ou tenham retirado proveito de actos deste, ainda que a relação especial não existisse à data do acto». Sublinhando igualmente a proximidade material entre a

120.º resulta que, independentemente de o acto de que nasce o crédito da «pessoa especialmente relacionada com o insolvente» poder ser resolvido quando prejudicial à massa e desde que se verifiquem os demais requisitos, o crédito dos sujeitos em causa é sempre subordinado: não há, pois, nenhuma incompatibilidade entre as duas formas de tutela, nem uma substitui a outra. Por esse motivo, não é legítimo invocar contra a expansão do elenco dos créditos subordinados a existência do regime protector do artigo 120.º do CIRE.

Havendo igualdade material das posições do credor controlador e do controlador institucional, e não existindo nada que afaste o tratamento idêntico de ambos – antes pelo contrário –, resta concluir que o controlo económico do devedor insolvente é susceptível de fundamentar a subordinação dos respectivos créditos, da mesma forma que o controlo através de esquemas jus-societários o é⁸⁵.

presunção de má fé e aquela que se encontra subjacente à subordinação de créditos, cf. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código cit.*, artigo 120.º; GRAVATO MORAIS, *Resolução em benefício da massa insolvente*, 2008, 72. Justifica-se, por isso, a concretização do conceito previsto no artigo 120.º com recurso ao disposto no artigo 49.º.

⁸⁵ Naturalmente que as duas situações apresentam diferenças no que toca à prova, mas trata-se de fenómeno comum a outros casos legalmente previstos: assim, por exemplo, a posição do administrador de direito e a do administrador de facto são equiparáveis, não obstante a maior dificuldade de prova no segundo caso.