

Questões avulsas em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais

PROF.ª DOUTORA ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

SUMÁRIO: 1. *Enunciação dos problemas analisados.* 2. *Responsabilidade por dívidas e perdas da sociedade totalmente dominante estrangeira (artigos 501.º e 502.º).* 3. *Aplicabilidade do artigo 501.º à SGPS: (ir)relevância da configuração da sociedade cúpula do grupo como SGPS para efeitos da sua responsabilização: i. O expresso reconhecimento legal da aplicabilidade das regras sobre sociedades coligadas e a sua ratio: a verificação do “perigo do grupo” também no caso de concentração total do capital por SGPS; ii. A SGPS como “holding de direção”. A gestão de participações como forma indireta de exercício da atividade económica e o poder de direção da holding (não confusão com substituição na administração ou “administração de facto”). O princípio da igualdade; iii. A holding como ultimate beneficial owner e conseqüente responsável última no grupo (a necessária inerência vantagens – riscos).* 4. *Regresso sobre a sociedade totalmente dominada na hipótese de responsabilização desta perante os credores.* 5. *Efeitos da extinção da relação de grupo sobre a responsabilidade da sociedade-mãe nos termos do artigo 501.º.* 6. *(In)aplicabilidade do artigo 502.º na falta de sócios minoritários?* 7. *O crédito decorrente do artigo 502.º em caso de insolvência da sociedade totalmente dominante: legitimidade e graduação.* 8. *A falta de aprovação das contas pela assembleia geral da sociedade dominante.*

1. Enunciação dos problemas analisados

O presente artigo estuda um conjunto de questões em torno dos artigos 501.º e 502.º do Código das Sociedades Comerciais que têm suscitado dúvidas na prática jurídica. Diferentemente de um estudo sistemático do tema da responsabilidade nos grupos de sociedades, analisa-se alguns problemas soltos de importância patente, tomando como pano de fundo o tratamento geral do tema que, noutro contexto, desenvolvemos¹. São, em concreto, estudadas as seguintes questões:

¹ Cf. a nossa tese de doutoramento *Grupos de sociedades e deveres de lealdade: por um critério unitário de solução do “conflito do grupo”*, Coimbra, 2012.

- (i) A responsabilidade da sociedade-mãe estrangeira por dívidas e perdas da sociedade-filha portuguesa.
- (ii) A aplicabilidade do artigo 501.º às sociedades gestoras de participações sociais.
- (iii) O direito de regresso da sociedade-mãe sobre a sociedade-filha em caso de pagamentos aos credores desta.
- (iv) A eventual cessação da responsabilidade por dívidas em virtude da cessação da relação de grupo.
- (v) A aplicabilidade do artigo 502.º na falta de sócios minoritários (relação de grupo por domínio total).
- (vi) A legitimidade para requerer a insolvência da sociedade totalmente dominante com fundamento no crédito decorrente do artigo 502.º e respetiva graduação.
- (vii) As consequências da falta de aprovação das contas pela assembleia geral da sociedade totalmente dominante para efeitos da obrigação de compensação das perdas prevista no artigo 502.º

2. Responsabilidade por dívidas e perdas da sociedade totalmente dominante estrangeira (artigos 501.º e 502.º)

Um dos problemas que maiores dificuldades tem colocado na prática societária dos grupos de sociedades prende-se com a imputação da responsabilidade por dívidas (e por perdas) a sociedade cuja sede se situe no estrangeiro mas que seja titular de 100% do capital de sociedade portuguesa. A questão, como é sabido, resulta da definição muito restritiva do âmbito de aplicação dos artigos 501.º e 502.º levada a cabo pelo artigo 481.º/2, do CSC, o qual exige que a sede das sociedades intervenientes na coligação se situe em Portugal, não sendo suficiente que a sociedade-filha seja portuguesa. Assim, os credores da sociedade-filha portuguesa ora são protegidos ora não beneficiam da aplicação daquelas regras de responsabilidade, consoante a sociedade-mãe seja portuguesa ou estrangeira. Tem-se apontado, com razão, a inconstitucionalidade do regime daqui resultante². Pela nossa parte, julgamos que a inconstitucionalidade pode

² Cf., embora à luz da redação anterior à reforma de 2006, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, vol. IV – *Sociedades comerciais. Parte geral*, Lisboa, 2000, 576; MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, Coimbra, 2005, 785; e, desenvolvidamente, ENGRÁCIA ANTUNES, *O âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas*, em *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, 2002, 97-116 (106 ss.), que considera, com razão, esta solução contrária ao direito europeu, por inobservância do princípio da não discriminação em função da nacionalidade, e, porventura, à própria Constituição da República Portuguesa [artigos 13.º/2 e 81.º/1, e)].

ser evitada através de uma correta interpretação do artigo 481.º/2, *d*), em conformidade com a Constituição (de acordo com essa norma, é exceção à regra de que as sociedades têm de ter a sua sede em Portugal “*a constituição de uma sociedade anónima, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 488.º por sociedade cuja sede não se situe em Portugal*”).

A regra, introduzida no contexto da reforma de 2006 do Código das Sociedades Comerciais, permite que as sociedades estrangeiras constituam sociedade anónima sem aplicação da regra do artigo 273.º quanto ao número mínimo de acionistas. Ou seja, admite-se expressamente a constituição de relações de domínio total inicial em que a sociedade totalmente dominante é estrangeira. A partir daqui, coloca-se a questão de saber se estas relações são regidas pelo CSC. A doutrina tem dito que não: i.e., a exceção valeria apenas quanto à *constituição* de sociedade anónima unipessoal mas não quanto ao respetivo *regime*.

Tal interpretação torna, porém, inevitável a conclusão pela inconstitucionalidade do regime e, bem assim, pela sua desconformidade com o direito europeu. Com efeito, é desde logo o próprio princípio da igualdade que é violado. Veja-se um exemplo concreto. A sociedade anónima **A** com sede em Portugal é constituída pela sociedade anónima **B** também com sede em Portugal, sendo esta a única acionista: os credores da sociedade **A** podem demandar **B** pelas dívidas e **B** responde pelas perdas (artigo 501.º e 502.º). Já se a mesma sociedade anónima **A** for constituída não pela sociedade **B** com sede em Portugal mas sim pela sociedade **C** com sede em Espanha, a sociedade espanhola não responderia pelas dívidas nem pelas perdas. Como justificar esta diferença de tratamento? O exemplo torna claro que o artigo 481.º/2, se assim interpretado, discrimina, infundadamente, o regime a aplicar às coligações societárias internas e internacionais, criando até regime mais favorável para as sociedades estrangeiras que atuam em Portugal e desprotegendo as filiais portuguesas. Nem se diga que a diferença de regime se justifica porque o artigo 503.º não seria também, ele próprio, aplicável, de tal forma que a sociedade totalmente dominante não poderia dar instruções desvantajosas: é evidente que detendo uma sociedade 100% do capital da outra não precisa de qualquer formal permissão para exercer esse poder de instrução, o qual atinge a sua máxima intensidade. Portanto, o artigo 481.º/2, *d*) é inconstitucional na interpretação segundo a qual uma sociedade estrangeira que constitua em Portugal uma sociedade estrangeira não se sujeita ao regime da lei portuguesa.

Perante a alternativa entre uma interpretação que determina a inconstitucionalidade e outra que salva a constitucionalidade da norma – aquela segundo a qual do artigo 481.º/2, *d*) resulta a aplicação do regime das relações de domínio total (artigo 491.º) no caso de a acionista única ser sociedade estrangeira –, não

deve haver dúvidas quanto à opção pela segunda: trata-se, pois, de interpretação conforme à Constituição.

Naturalmente que a constitucionalidade só é ressalvada se se entender que a regra do artigo 481.º/2, *d*) deve ser interpretada no sentido de determinar também a aplicação do regime do Código às relações de grupo por domínio total superveniente. Caso contrário, a desigualdade e, conseqüentemente, a inconstitucionalidade manter-se-iam. Contra a solução que defendemos não joga o artigo referido, que tem de se considerar tacitamente derogado com a introdução da alínea *d*) do artigo 481.º/2.

Nem se diga que os problemas apontados são apenas de política legislativa e não, na verdade, de constitucionalidade. Segundo esta perspetiva, o legislador teria liberdade de fixar o âmbito de aplicação das regras que determina, no caso através de uma norma espacial autolimitada. A não aplicação do regime do Título VI significaria apenas, quando muito, que se abrem lacunas, cujo preenchimento se impõe; não implicaria, designadamente, a inexistência de outros mecanismos de proteção. Afinal, nos termos do artigo 3.º, o Código das Sociedades Comerciais permanece aplicável desde que a sociedade-filha seja portuguesa e com ele todo o direito societário geral (levantamento da personalidade, responsabilidade civil, entre outros instrumentos de tutela). Simplesmente, é bem sabido que estes instrumentos societários gerais não são capazes de conferir tutela equivalente à que resulta do Título VI, mantendo-se a inconstitucionalidade: a proteção dos interesses em jogo ao nível da sociedade controlada não pode depender da sede da sociedade controladora.

3. Aplicabilidade do artigo 501.º à SGPS: (ir)relevância da configuração da sociedade cúpula do grupo como SGPS para efeitos da sua responsabilização

Frequentemente, a sociedade cúpula do grupo reveste a forma de sociedade gestora de participações sociais, levantando o problema da aplicabilidade à mesma do regime do artigo 501.º do CSC. O artigo 11.º do decreto-lei n.º 495/88, de 30 de dezembro (Regime Jurídico das SGPS) determina expressamente que “o disposto neste diploma não prejudica a aplicação das normas respeitantes a sociedade coligadas, as quais constam do título VI do Código das Sociedades Comerciais”.

Tem-se argumentado, apesar desta regra, que o artigo 503.º e, conseqüentemente os artigos 501.º e 502.º, não seriam aplicáveis no caso de titularidade de 100% do capital social por parte de SGPS. Assim, MENEZES CORDEIRO sustenta que, se a SGPS pudesse dar instruções diretas às suas participadas, estaria a

exercer diretamente a atividade comercial e industrial em questão³. Se o poder de instrução desaparecesse, desapareceria a razão de ser da aplicação da responsabilidade por dívidas e perdas. Logo, nem o artigo 503.º, nem os artigos 501.º e 502.º valeriam quando a sociedade totalmente dominante fosse uma SGPS.

Não seguimos tal posicionamento:

- O mencionado artigo 11.º do decreto-lei n.º 495/88, de 30 de dezembro é claro ao estabelecer que a regulamentação prevista nesse diploma não prejudica a aplicação das normas respeitantes às sociedades coligadas constantes do Código das Sociedades Comerciais.
- A configuração da SGPS no sistema português como “holding de direção” permite esse exercício do poder de influência, o qual não implica qualquer desenvolvimento direto da atividade económica: poder de direção não se confunde com “substituição na administração” ou “administração de facto”.
- Ainda que o exercício do poder de direção não fosse legítimo, seria contrário ao sistema legal negar a aplicação do regime protetor dos artigos 501.º e 502.º quando é certo que a proteção se reclama então com tanta ou mais intensidade do que nos casos de legítimo exercício do poder de direção e a própria lei ressalva a aplicação do regime em causa.
- O simples facto de a sociedade deter 100% do capital social implica riscos para a sociedade dominada (o “perigo do grupo”): não é a configuração como SGPS que reduz tais riscos e que justifica que o CSC deixe de se aplicar, quando, para mais, é a própria lei que determina essa aplicação.
- A *holding* surge, por fim, como beneficiária económica última do grupo (*ultimate beneficial owner*), pelo que é justo que seja também a responsável última, em conformidade com a necessária inerência entre vantagens e riscos.

Atentemos com maior detalhe cada um destes aspetos, resolvendo as dúvidas sobre a vigência da responsabilidade por dívidas (e da obrigação de compensação das perdas) no caso da SGPS.

i. O expresse reconhecimento legal da aplicabilidade das regras sobre sociedades coligadas e a sua ratio: a verificação do “perigo do grupo” também no caso de concentração total do capital por SGPS

Como dissemos, a lei quis expressamente evitar as dúvidas que poderiam decorrer da existência de um regime especial para as sociedades gestoras de

³ Assim, MENEZES CORDEIRO, *Sociedades Gestoras de Participações Sociais*, O Direito 2001, 557-579 (577). Contra, expressamente, cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *As Sociedades Gestoras de Participações Sociais*, DSR I (2009), 77-113 (108 e 109).

participações sociais e determinou, no artigo 11.º citado, a aplicação do título VI do CSC sobre sociedades coligadas.

Pergunta-se, a partir daqui, se existe razão para interpretar restritivamente a regra e defender a aplicação do regime relativo às relações de simples participação, de participações recíprocas e de domínio mas não do regime sobre sociedades em relação de grupo, *maxime* no que respeita ao artigo 501.º. A resposta só seria afirmativa se existisse qualquer impossibilidade de efetivo exercício do “poder de direção” pela sociedade de topo pelo simples facto de revestir a forma de SGPS, visto que, fora desse caso, se verifica o perigo que está subjacente à *ratio legis*. A partir do momento em que (i) a lei expressamente refere a aplicação do CSC e (ii) há um risco (que mais não seja fáctico) de exercício do poder de influência, verifica-se o “perigo do grupo” (*Konzerngefahr*) e o Título VI do CSC reclama aplicação.

A remissão do artigo 11.º baseia-se na ideia de que, apesar das especificidades das SGPS, não há diferença material nas relações intersocietárias em virtude da adoção da forma de SGPS pela sociedade de topo. Não há um menor risco para a sociedade de baixo nem uma menor premência da responsabilização mesmo na hipótese de o poder de direção ter natureza meramente fáctica (e não *de jure*). A forma jurídico-organizativa da sociedade de topo é irrelevante. Significa isto que a interpretação restritiva do artigo 11.º não encontra fundamento, abrindo – bem pelo contrário – as portas à fuga e defraudação do regime legal protetor.

ii. ***A SGPS como “holding de direção”. A gestão de participações como forma indireta de exercício da atividade económica e o poder de direção da holding (não confusão com substituição na administração ou “administração de facto”). O princípio da igualdade***

Conforme é comumente afirmado, a SGPS configura-se como “holding de direção” ou “holding diretiva”, o que significa que, apesar de não desenvolver diretamente a atividade económica, utiliza a aquisição e gestão das participações sociais não como “fim em si mesmo” mas como “meio em relação a um fim”⁴, visando a intervenção ativa na condução dos negócios sociais das participadas. Ao contrário da *holding* puramente financeira, não tem meramente como objetivo a rentabilização do investimento através da gestão das participações, assente numa lógica de repartição do risco. Antes se visa intervir e controlar ativamente a vida das participadas. Mesmo quem rejeita o direito de dar instruções, por entender que configura já exercício direto da atividade, não deixa de reconhecer que a SGPS “tem como objetivo exclusivo a detenção de

⁴ ENGRÁCIA ANTUNES, *As Sociedades cit.*, nota 5.

participações sociais de outras sociedades para, por essa via, intervir no desenvolvimento das respetivas actividades”⁵.

Assim, a referência à gestão das participações sociais *como forma indireta de exercício da atividade económica* não deve ser desvalorizada, nem deve ser encarada como mera fórmula que surge sistematicamente reproduzida nos estatutos das várias SGPS, como a lei obriga, mas que não teria qualquer sentido material efetivo. Na verdade, a lei prevê expressamente que a sociedade exerça uma atividade económica ainda que através do exercício dos poderes inerentes à titularidade do capital social, o que significa que as SGPS são constituídas não apenas para gerir participações sociais mas para influir no exercício da atividade económica através do exercício dos poderes que decorrem da sua posição social.

Tratar-se de forma “indireta” de exercício da atividade económica significa apenas que estas *holdings* não têm por si funções produtivas. De forma alguma significa que não haja “poder de direção”, conforme sucede nas *holdings* puramente financeiras, em que a atuação se limita à administração das participações sociais. Como escreve Menezes Cordeiro⁶, na *holding* de direção – como é, reconhecidamente, o caso da SGPS – “através do jogo do voto, de contratos de empresa ou de puras situações de facto, ele dirige, efectivamente, a actuação das participadas”. É precisamente por esse motivo que dissemos que se verifica aqui o “perigo do grupo” e é também por isso que o artigo 11.º confirma a aplicação das regras jus-societárias sobre grupos. Se se verifica esta influência da SGPS na atuação das participadas e se esta implica um risco, como sustentar então – pergunta-se – a não aplicação do regime protetor do CSC?

Por outras palavras, a “*holding* de direção” dirige – por definição – a sociedade-filha, desde logo através do exercício do poder de influência inerente aos votos de que dispõe – o que já por si bastaria para justificar o recurso à proteção conferida pelo artigo 502.º, *ex vi* do artigo 11.º do decreto-lei n.º 495/88, de 30 de dezembro – ou através de outros quaisquer meios. Além de o caráter *de jure* ou *de facto* do poder da SGPS ser, em rigor, completamente irrelevante, veremos, de qualquer forma, que ele tem direto arrimo no artigo 503.º, plenamente aplicável.

Se há acordo que a SGPS se configura como *holding* de direção e se esta se caracteriza, como dito, por dirigir efetivamente a atuação das participadas, não há fundamento para rejeitar o poder de direção sobre a participada nos termos do artigo 503.º do CSC quando a SGPS detenha 100% do capital social. A aplicação dessa norma é pura decorrência, não só da remissão legal, mas da

⁵ MENEZES CORDEIRO, *Sociedades cit.*, 574.

⁶ *Manual de direito das sociedades*, Coimbra, 2007, 820.

própria opção que a lei tomou quanto à configuração da SGPS não como pura *holding* financeira mas sim como *holding* de direção.

Não se pense que a SGPS estaria, através do exercício do poder de direção, a exercer *diretamente* a atividade económica. O poder de direção não se confunde com substituição na administração ou administração de facto.

Na linha de Scognamiglio: “*a repartição de competências deve ser de tal modo que a empresa-mãe determine as policies, i.e., os objetivos estratégicos a prosseguir ao nível do grupo; entre a atividade de gestão da sociedade-mãe e a do órgão de administração da sociedade-filha existe uma diferença qualitativa importante, de tal forma que a heterodireção não significa substituição ou sub-rogação da administração das controladas*”⁷.

Assim, apesar da “soberania” da sociedade-filha ser “limitada”⁸, a restrição dos respetivos poderes de autodeterminação não é, naturalmente, absoluta, nem pode ter lugar uma atribuição *sic et simpliciter* à controladora de certas funções empresariais relativas à sociedade participada.

A função da sociedade-mãe não é – reitere-se também – a de administradora de facto da sociedade-filha. Não quer dizer que não possa, no caso concreto, verificar-se uma situação desse tipo. Simplesmente ela não corresponde à fisionomia típica do poder de direção, apesar de poder suceder que a sociedade-mãe preencha os requisitos de que dependeria, à partida, a qualificação de determinado sujeito como administrador de facto: nuclearmente, o exercício de uma influência de tal forma duradoura e intensa sobre a administração por quem não é administrador *de jure* que se torna possível afirmar o “exercício positivo de funções de gestão similares ou equiparáveis às dos administradores formalmente instituídos”, com “autonomia decisória” e “uma certa permanência e sistematicidade”⁹. Porém, esta não é situação típica e, sobretudo, necessária.

É indiscutível que, à luz do CSC, o poder de direção não é – como dizíamos – substituição na administração nem administração de facto. Trata-se de pôr em prática um poder de influência com intensidade muito variável. Se essa influência pode ir ao ponto de convolar a sociedade dominante em administradora (de facto) da sociedade dominada, tal não sucede necessariamente nem é o regime típico da lei. Nem toda e qualquer influência, ainda que dominante e duradoura, justifica a qualidade de administrador de facto. Exige-se um determinado grau de intensidade que permita afirmar que aqueles que materialmente administram a sociedade não são já os seus administradores de

⁷ SCOGNAMIGLIO, *Appunti sul potere di direzione nei gruppi di società*, em *I Gruppi III* cit, 2107-2138 (2122 ss.).

⁸ Na feliz expressão de MIGNOLI, *Interesse di gruppo e società «a sovranità limitata»*, CI 1986, 729-738.

⁹ Cf., por todos, RICARDO COSTA, *Responsabilidade civil societária dos administradores de facto*, em *Temas Societários*, n.º 2, Coimbra, 2006, 22-43 (29 ss.).

direito mas sim outros sujeitos, que, esses sim, detêm efetivamente a autonomia decisória na empresa. Julgamos dever perfilhar-se um entendimento restritivo: sempre que os administradores de direito conservem margem de liberdade de gestão, não obstante a obediência a determinadas diretrizes ou políticas gerais definidas por terceiro e a instruções ocasionais, não deve convocar-se a figura do administrador de facto. Por outras palavras, não basta a influência sobre a administração traduzida na fixação de parâmetros gerais de atuação, antes se requer uma efetiva e intensa compressão da esfera de livre decisão dos administradores de direito. Tudo está, por outras palavras, em saber qual a autonomia que a sociedade-mãe deixa à sociedade-filha. Ora, se se lembrar que o grau de centralização da direção unitária no grupo de sociedades é muito variável – tanto podendo haver meras diretrizes de cariz muito geral, como instruções concretas, por vezes a ponto de se poder falar numa *fusão de facto* –, logo se vê que a gestão exercida pela sociedade-mãe só por vezes atinge intensidade suficiente para esta ser qualificada como administradora de facto. Exigir-se-ia uma prática virtualmente universal de instrução, que degradasse o administrador da dominada num mero órgão executivo.

O poder de direção é um poder de emitir instruções e não um poder de exercer tarefas de administração: a responsabilidade pela administração continua a pertencer aos administradores da sociedade dominada que, como dissemos atrás, têm o dever de “filtrar” as instruções recebidas e aferir a sua compatibilidade com o regime legal em vigor. Apesar da influência vinda de cima, são estes, ainda e sempre, que gerem a sociedade subordinada¹⁰.

Não se ignora – claro está – que em certos casos pode a influência sobre a sociedade dominada atingir uma intensidade tal que a sociedade de cima se convole, no limite, em sua administradora de facto. Porém, mesmo quando isto aconteça, não haverá que negar a aplicação do regime do artigo 501.º, pois é precisamente em tais casos que mais se justifica a sua responsabilização, que, além de se basear na titularidade de 100% do capital social e no perigo objetivo presumido (*juris et de jure*), assentará no efetivo exercício dessa influência

¹⁰ Neste sentido se pronuncia também ENGRÁCIA ANTUNES, *As sociedades* cit., 109: “a posição em apreço incorre aparentemente numa confusão entre instruções directas aos órgãos de administração das sociedades-filhas (artigo 503.º, n.º 1 do CSC) e exercício directo de atividades económicas (artigo 1.º, n.º 1 da LSGPS): com efeito, não se pode desconhecer que as sociedades-filhas permanecem entes colectivos dotados da sua própria organização e património social, encabeçando o conjunto das respectivas relações jurídicas e económicas, pelo que a sociedade-mãe – investida embora num poder de endereçar aos órgãos de administração aquelas instruções vinculativas em matéria de gestão – jamais se poderá substituir a estes órgãos (actuando nas vestes de uma espécie de procurador plenipotenciário dessas sociedades), nem muito menos determinar a actuação dos seus demais órgãos sociais (maxime, assembleia geral e órgãos de fiscalização)”.

intensa sobre a sociedade dominada. Tal não é, em qualquer caso, condição de aplicação do artigo 501.º

Em síntese, não é procedente a ideia de que o artigo 501.º não merece aplicação por depender da existência de poder de direção pela SGPS, o qual faltaria no caso. Com efeito, a proibição de exercício direto da atividade económica não é atingida quando a *holding* utiliza o seu poder de influência – decorrente da titularidade do capital social – para dirigir a atividade das participadas: afinal, deparamos com *holding* de direção, nos termos apontados. A SGPS pode, assim, recorrer à faculdade de emitir instruções prevista no artigo 503.º para levar a cabo a gestão estratégica típica de uma *holding* de direção. O próprio preâmbulo do decreto-lei n.º 495/88, de 30 de dezembro o anuncia: “o presente diploma visa, em conformidade, proporcionar aos empresários um quadro jurídico que lhe reunir numa sociedade as suas participações sociais, em ordem à sua gestão centralizada e especializada”. A SGPS visa, assim, uma intervenção ativa e coordenada dos órgãos responsáveis pela condução dos assuntos das subsidiárias, de tal maneira que “a gestão das participações vai instrumentalizada ou preordenada a um escopo estratégico de direção do conjunto das participadas”¹¹. Desta forma, não subsistem dúvidas sobre a ausência de qualquer incompatibilidade entre o exercício do poder de direção previsto no artigo 503.º e o objeto social da SGPS.

Acresce que, se a *holding* tem 100% do capital social de outra sociedade, tem seguramente, pelo menos *de facto*, o poder de dirigir a sua atividade, razão por que seria de estranhar que se rejeitasse a aplicação do artigo 501.º, não obstante a expressa salvaguarda legal da aplicação do regime jurídico-societário sobre sociedades coligadas. Dito de outra forma: exercício do “poder de direção” não é “administração” da dominada e, portanto, exercício direito da atividade e, mesmo que fosse, essa circunstância não afetaria o preenchimento da *ratio* do artigo 502.º do CSC.

Se concluímos que, no caso da SGPS deter 100% do capital social, pode (no mínimo *de facto*) exercer poder de direção sobre a sociedade dominada, rejeitar a aplicação do artigo 501.º através de uma interpretação restritiva do artigo 11.º do decreto-lei n.º 495/88, de 30 de dezembro seria restringir a proteção legalmente intentada, contrariando toda a finalidade do sistema português de grupos de sociedades. E seria, por outro lado, criar uma via de fácil defraudação do regime legal, considerando que a SGPS tem efetiva e indiscutivelmente o poder – idêntico ao de qualquer outra sociedade totalmente dominante – de dirigir a atividade da dominada, quebrando assim, aliás, a igualdade na proteção das sociedades dominadas. Ora, são já suficientes as incoerências

¹¹ ENGRÁCIA ANTUNES, *As sociedades cit.*, 96 e 97.

do sistema português quando se trata de tutelar a sociedade subordinada: não deve o intérprete-aplicador alargá-las, interpretando restritivamente a remissão do artigo 11.º.

Rejeitar a aplicação deste regime seria, de resto, subtrair ao Código uma parte representativa dos grupos societários, considerando que a SGPS surge como forma jurídica por excelência de organização da cúpula do grupo, de onde emanam as orientações que conjugam os interesses do grupo face às sociedades compreendidas no seu perímetro¹². Toda a interpretação sustentada, na área do direito dos grupos, deve orientar-se pelo objetivo de alargamento da tutela conferida aos interesses afetados pela pertença ao grupo, em conformidade com o escopo global do sistema português.

iii. ***A holding como ultimate beneficial owner e consequente responsável última no grupo (a necessária inerência vantagens – riscos)***

Se, do ponto de vista da sociedade dependente, as necessidades de tutela são idênticas independentemente da forma jurídica da sociedade totalmente dominante e, portanto, quer esta seja SGPS quer seja sociedade que exerça diretamente uma atividade económica, a verdade é que também do lado da sociedade totalmente dominante é justa – como avançamos já – a atribuição do risco da responsabilidade a esta sociedade. Com efeito, vigora no direito português a ideia de que quem tem as vantagens deve, igualmente, correr os inerentes riscos. Ora, a SGPS, surgindo como cúpula do grupo, é a beneficiária económica da atividade da sociedade totalmente dominada. Na sua qualidade de *ultimate beneficial owner* deve igualmente ser a responsável última no grupo. É, pois, correta a solução quanto à aplicação do artigo 501.º à SGPS, com consequente atribuição a esta do risco da exploração empresarial da sociedade-filha. É também inevitável a conclusão de que deve ser rejeitada qualquer leitura restritiva do artigo 11.º do Regime Jurídico das SGPS, sob pena de termos de acolher a ideia de que “ela pode praticar indirectamente o comércio ou a indústria, sem assumir os inerentes riscos”¹³. Foi precisamente o que o legislador português quis evitar com a remissão para o Código das Sociedades Comerciais.

¹² HUGO MOREDO SANTOS, *SGPS: Gestão de participações sociais como forma indirecta de exercício da atividade económica*, AAVV, *Direito dos Valores Mobiliários*, VIII, Coimbra, 2008, 357-445.

¹³ Assim, MENEZES CORDEIRO, *Sociedades cit.*, 578 e 579.

4. Regresso sobre a sociedade totalmente dominada na hipótese de responsabilização desta perante os credores

Na hipótese de a sociedade-mãe estar obrigada a pagar aos credores da sociedade-filha, coloca-se a questão de saber se existe direito de regresso sobre a sociedade-filha, a devedora primária da obrigação. Já noutro âmbito nos pronunciámos em termos afirmativos sobre esta questão¹⁴: cumprindo a sociedade-mãe a obrigação, fica sub-rogada nos direitos dos credores contra a sociedade-filha. Uma vez que o artigo 501.º constitui regra de proteção dos credores – não pretendendo funcionar como forma indireta de atribuição patrimonial à sociedade-filha –, a sub-rogação ocorre nos termos gerais. A proteção da sociedade-filha é levada a cabo através do artigo 502.º e não, de forma alguma, do artigo 501.º, que visa, estritamente, assegurar ou facilitar o exercício dos direitos de crédito de terceiros, afetados pela integração no grupo. A sociedade-mãe só no âmbito do artigo 502.º está obrigada a compensar a sociedade-filha: esta obrigação surge – recorde-se – como produto do mero poder de direção da sociedade-mãe sobre a sociedade-filha e não de concretas intervenções da primeira, não ficando, assim, dependente da efetiva execução da relação contratual, através da emissão de instruções; é suficiente a vigência do contrato de subordinação ou a verificação do domínio total, ainda que a faculdade de emitir instruções desvantajosas possa ter sido afastada pelo contrato de subordinação, conforme permitido pelo artigo 503.º/2. Foi através desta norma que o legislador entendeu dever proteger a sociedade-filha, sendo o artigo 501.º alheio a tal intuito.

Assim, a simples análise da *ratio legis* do artigo 501.º revela, com clareza, a possibilidade de regresso, para a qual é indiferente, na verdade, a forma como tecnicamente seja qualificada a responsabilidade aí consagrada. Como, a respeito do correspondente § 322 AktG, escreveram, no ordenamento alemão, Emmerich/Habersack¹⁵, é indiferente que nessa norma se veja responsabilidade solidária ou acessória. Na verdade, a maioria da doutrina que considera o § 322 caso de solidariedade (conforme, aliás, é proclamado pela letra da lei alemã), aceita o regresso contra a sociedade integrada ao abrigo do § 426 BGB. Porém, mesmo quem defende – como os autores citados – uma “interpretação corretiva” (porquanto contrariando a expressa alusão literal à “solidariedade”) no sentido de a norma consagrar antes uma forma de responsabilidade acessória, não chega a resultados diversos: o regresso tem lugar ao abrigo dos §§ 683, 1 e 670 BGB, sob a forma de *cessio legis*.

¹⁴ Cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos* cit., 602.

¹⁵ *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 6.ª ed., München, 2010, 766.

É o que se passa entre nós, sem o obstáculo que, no direito alemão, advém da letra da norma e que, no Código das Sociedades Comerciais, se não identifica. O artigo 501.º limita-se, como é sabido, a determinar que “a sociedade directora é responsável pelas obrigações da sociedade subordinada, constituídas antes ou depois da celebração do contrato de subordinação, até ao termo deste”.

Sociedade directora e sociedade subordinada respondem ambas pela totalidade da dívida, originariamente nascida na esfera da última, a quem a responsabilidade deve primeiro ser exigida. Não obstante esta caracterização elementar, saber se nos encontramos perante obrigação solidária depende, afinal, do conceito de solidariedade que se adote. É certo que já se defendeu a identidade de causa ou de fonte das obrigações dos vários devedores como condição da solidariedade, mas a *eadem causa obligandi* não parece ser exigida, afinal, pelo artigo 512.º do CC. Este, na realidade, somente reclama a responsabilidade de cada devedor pela prestação e a liberação recíproca¹⁶, de tal maneira que a diversidade de fonte das obrigações da sociedade-mãe e da sociedade-filha, bem como a inexistência de uma obrigação subjetivamente complexa, não constituem, por si só, obstáculo à qualificação da obrigação como solidária. O mesmo se diga de a dívida dever ser exigida pela sociedade-filha em primeiro lugar e de só decorridos 30 dias sobre a constituição desta em mora poder pedir-se o cumprimento à sociedade-mãe: trata-se de forma de subsidiariedade fraca, que se caracteriza pela possibilidade de responsabilização de um dos devedores apenas após o incumprimento de outro, não pressupondo a excussão prévia do património do devedor primário. A existência de um devedor primário e de um devedor secundário não é, porém, considerada estruturalmente incompatível com a solidariedade.

Já não sucede assim quanto ao facto de a obrigação do devedor secundário não poder ser havida como autónoma relativamente à obrigação do devedor primário. Na lógica da solidariedade, as obrigações são independentes entre si e não são afetadas pelas vicissitudes das demais, o que se torna especialmente visível na insuscetibilidade de invocação dos meios de defesa próprios do outro obrigado. Na hipótese do artigo 501.º, a obrigação da sociedade-mãe está estritamente dependente da obrigação da sociedade-filha, sendo essa a razão pela qual à sociedade-mãe é permitido invocar os meios de defesa próprios da sociedade-filha¹⁷. Em suma,

¹⁶ Cf., por todos, com múltiplas referências nacionais e estrangeiras, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção fideijussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, 1999, 220 ss.

¹⁷ Como sublinha JANUÁRIO COSTA GOMES *A sociedade com domínio total como garante. Breves notas*, RDS I (2009), 4, 865-883 (874 ss.) e, já antes, em *Assunção cit.*, 62, nota 237. Como aponta este autor, a solução de ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos cit.*, 798 ss., no sentido da solidariedade

a responsabilidade do devedor secundário é acessória, o que não significa que não possa incluir-se num conceito amplo de solidariedade.

Assim, o regresso sobre a sociedade totalmente dominada não encontra fundamento no artigo 524.º do Código Civil, aplicável às obrigações solidárias, nos termos do qual “o devedor que satisfizer o direito do credor além da parte que lhe competir tem direito de regresso contra cada um dos codevedores, na parte que a estes compete”. No caso, ainda que esta norma fosse aplicável, a *ratio* do artigo 501.º do CSC, permitira afirmar, com segurança, que internamente apenas a sociedade-filha deveria responder pelos valores pagos pela sociedade-mãe, afastando-se a presunção de igualdade (seria, por outras palavras, solidariedade com meros fins de garantia, sem impacto interno e, nessa medida, qualificável como solidariedade imperfeita). Embora a aplicação desta norma conduzisse a resultados corretos, a verdade é que, deparando-se forma de responsabilidade acessória, por natureza incompatível com a lógica da solidariedade, não é já o artigo 524.º que permitirá o regresso, mas antes o artigo 592.º do Código Civil, que dispõe que “fora dos casos previstos nos artigos anteriores ou noutras disposições da lei, o terceiro que cumpre a obrigação só fica sub-rogado nos direitos do credor quando tiver garantido o cumprimento, ou quando, por outra causa, estiver directamente interessado na satisfação do crédito”. Bem se vê que, assente na natureza do artigo 501.º como forma de garantir o cumprimento perante os credores da sociedade-filha, não se coloca qualquer dúvida sobre a aplicação da norma.

Note-se apenas, para terminar, que, havendo sub-rogação, o crédito mantém a sua natureza e, em caso de eventual insolvência da sociedade-filha, é um crédito comum e não subordinado. O crédito é, na verdade, detido em termos sub-rogatórios pela sociedade-mãe, não se verificando os pressupostos que, noutros casos, fundamentam a subordinação.

sui generis, não difere nos resultados, pois são admitidos, como meios comuns de defesa, meios que, em rigor, são próprios da sociedade-filha mas extensíveis à sociedade-mãe. Havendo duas obrigações de fonte diversa – a da sociedade-filha e a da sociedade-mãe –, se ocorrer, *v.g.*, a nulidade da primeira, cumpre reconhecer que a invocação da nulidade constitui meio de defesa situado no plano dessa obrigação e que, por isso, é próprio da sociedade-filha. A possibilidade de arguição pela sociedade-mãe (que o torna meio de defesa *comum*, na aceção de ENGRÁCIA ANTUNES) resulta precisamente do facto de as obrigações não serem autónomas, antes sendo a segunda dependente, *i.e.*, acessória da primeira. Tal foi a posição que assumimos em ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos cit.*, 601 e 602. No sentido de a responsabilidade do artigo 501.º se caracterizar pela acessoriedade e pela subsidiariedade média, cf. também MENEZES CORDEIRO, *A responsabilidade cit.*, 103 ss.

5. Efeitos da extinção da relação de grupo sobre a responsabilidade da sociedade-mãe nos termos do artigo 501.º

Ainda a respeito do artigo 501.º, veio recentemente levantar-se o problema de saber se a cessação da relação de grupo faz cessar a responsabilidade da sociedade-mãe por dívidas contraídas na vigência dessa relação ou anteriormente a ela. A questão foi, em especial, levantada por Menezes Cordeiro, que se pronunciou em sentido afirmativo, recusando que a responsabilidade da sociedade se mantivesse num momento em que já não existe a relação de grupo, a qual constitui o respetivo fundamento¹⁸.

Não se questiona, evidentemente, que, quanto a dívidas posteriores ao termo da relação, já não se verificam os pressupostos da responsabilidade da sociedade-mãe. Quanto às dívidas anteriores, pela nossa parte sempre considerámos que a responsabilidade se mantinha mesmo que cessasse, entretanto, a relação de grupo¹⁹: com efeito, conforme escrevemos, a obrigação da sociedade-mãe constitui-se ou no momento do início da relação de grupo (quanto às dívidas anteriores a ela) ou no momento da constituição da obrigação da sociedade-filha (no que respeita às dívidas contraídas já na vigência da relação). A partir deste(s) momento(s), existe uma dívida própria da sociedade-mãe, que segue o processo extintivo normal das obrigações, não sendo afetada pelo desaparecimento da relação de grupo. I.e., a existência dessa relação é pressuposto constitutivo da responsabilidade da sociedade-mãe: uma vez constituída a responsabilidade na esfera jurídica da sociedade, o respetivo regime é equivalente ao das demais obrigações, sendo irrelevante que se mantenha ou não a relação de grupo. A solução é, de resto, justa, porquanto a *ratio* do artigo 501.º continua a aplicar-se: mesmo depois de cessar a relação de grupo, a sociedade-filha continua a sofrer os efeitos do poder de direção exercido pela sociedade-mãe na vigência dessa relação, não sendo a cessação da relação de grupo capaz, por si só, de restaurar as garantias dos credores. Considere-se, p.ex., a posição do credor da sociedade **A** na seguinte situação: sendo a sociedade **A**, no momento da constituição do crédito, uma sociedade independente, o seu capital vem, posteriormente, a ser totalmente adquirido pela sociedade **B**, que passa a exercer sobre a primeira o poder de direção previsto no artigo 503.º, sacrificando os respetivos interesses; a sociedade **B** vem, mais tarde, a alienar mais de 10% do capital da sociedade **A**. De acordo com a interpretação que afastamos, o credor

¹⁸ *A responsabilidade da sociedade com domínio total (501.º/1, do CSC) e o seu âmbito*, RDS III (2011), 1, 83-115 (109 e 110).

¹⁹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, em *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2.ª ed., Coimbra, 2011, 1297.

da sociedade **A** é protegido se exercer o seu direito de crédito contra a sociedade **B** antes de cessar a relação, mas já não é tutelado se exercer esse mesmo exato direito depois de cessar a relação. Ou seja, o momento arbitrário – que o credor não controla nem tem hipótese de controlar – da cessação da relação de grupo teria consequências avassaladoras sobre a tutela que o artigo 501.º pretendeu conferir, aniquilando-a completamente em caso de termo da relação de grupo antes do exercício do direito do credor. A solução não pode ser procedente. Consideramos, por isso, que a tutela pretendida pelo artigo 501.º se mantém independentemente da extinção da relação de grupo, contanto que esta tenha ocorrido após a constituição da obrigação em causa²⁰.

6. (In)aplicabilidade do artigo 502.º na falta de sócios minoritários?

O artigo 502.º prevê a responsabilidade da sociedade-mãe pelas perdas da sociedade controlada em virtude de contrato de subordinação, a qual vigora igualmente, *ex vi* do artigo 491.º, nas relações de grupo por domínio total, seja este inicial ou superveniente, contanto que esteja preenchido o âmbito de aplicação definido pelo artigo 481.º.

Em conjunto com a regra do artigo 501.º, esta regra constitui, indiscutivelmente, o eixo do sistema de proteção da sociedade-filha (e demais interesses situados a este nível) instituído pelo Código das Sociedades Comerciais. Com todas as deficiências que a norma possa ter – e tem – não deixa por isso de constituir uma das normas centrais do Título VI do CSC.

Encontramo-nos, pois, perante matéria sensível, devendo, na interpretação feita, ser tomada em conta a fisionomia global do sistema de grupos de sociedades. Seguramente, tal interpretação tem de ser conforme à intenção protetora da lei, evitando-se interpretações restritivas contra o sistema. Aliás, isso mesmo foi sublinhado em acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de maio de 2005 (Salazar Casanova)²¹, no qual se escreve, rejeitando uma interpretação restritiva do artigo 502.º, que “[a]inda que se tenha o sistema legal como excessivamente protector dos interesses dos credores – o que significa que na razão de ser da tutela legal não estão apenas os interesses dos sócios livres – não será, portanto hermeneuticamente justificável, por via interpretativa, atingir a letra e o espírito da lei, ainda que de jure condendo se possam suscitar críticas ao regime legal”. As críticas de que a norma tem sido objeto,

²⁰ Neste sentido, cf. DUARTE GARIN/FRANCISCO DA CUNHA FERREIRA, *O âmbito de aplicação temporal do artigo 501.º do Código das Sociedades Comerciais: cessação da responsabilidade com a extinção da relação de grupo?*, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 33-2012, 112-116.

²¹ Disponível em www.dgsi.pt.

para além de serem *de jure condendo* apenas, prendem-se afinal com a potencial restritividade da eficácia protetora da norma (não obstante a articulação com o artigo 501.º afastar essa crítica especificamente no que toca à proteção dos credores, como se nota no acórdão).

Apesar da aparente amplitude com que a obrigação de compensação se encontra prevista, a exclusiva cobertura das perdas representadas no balanço constitui já importante limitação à proteção pretendida²², sobretudo porque nem todas as medidas desvantajosas apresentam reflexos contabilísticos, só parcialmente se cumprindo, por isso, a intenção da lei de assegurar que, no termo do contrato, a sociedade-filha seja deixada na mesma situação patrimonial em que se encontrava no momento em que se iniciou a relação de grupo.

O artigo 502.º cumpre, assim, uma função essencial de tutela ao nível da sociedade-filha, que tem de ser devidamente ponderada. Toda e qualquer solução a que se chegue em concreto deve evitar o agravamento das dificuldades que o regime legal já convoca quando se trata de concretizar a proteção por ele próprio indiscutivelmente visada, cabendo alertar logo à partida, como dissemos, contra interpretações restritivas que arriscam prejudicar a própria realização do fim último do direito dos grupos vigente.

O direito português dos grupos de sociedades é fundamentalmente um direito de proteção das sociedades dominadas, situadas num escalão inferior da hierarquia do grupo; naturalmente que isso não invalida que o sistema se preocupe igualmente com a tutela dos interesses da sociedade de topo e dos seus acionistas, não ignorando os riscos que também nesse plano surgem em virtude da constituição ou integração no grupo (*maxime*, precisamente os “riscos de responsabilidade”). Do respeito por esta vocação do direito dos grupos depende o respeito pelo “plano regulativo” do ordenamento jurídico ou, melhor, o “plano objetivo da lei”.

Assim, em síntese, a perspetiva do direito dos grupos *a partir de baixo* (*von unten*) domina o sistema normativo em apreço: antes de tudo, o direito português dos grupos de sociedades é um “direito de tutela” ao nível da sociedade-filha, a qual ocupa o lugar central quando se trata de resolver o problema fundamental do direito dos grupos de compatibilização entre unidade (*Einheit*) e multiplicidade (*Vielheit*)²³.

²² Entre nós, esta limitação é particularmente assinalada por ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos* cit., 825, escrevendo, com razão, que «daqui se retira a seguinte relevante conclusão: a assunção das perdas sociais pela sociedade diretora, ao abrigo do artigo 502.º, apenas garante a manutenção do valor contabilístico do património originário da sociedade subordinada (...), e já não necessariamente o seu valor real».

²³ KARSTEN SCHMIDT, *Konzernunternehmen, Unternehmensgruppe und Konzern-Rechtsverhältnis*, em *FS für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag*, Köln, 2000, 1167-1192 (1168).

Já tem sido alegado que o artigo 502.º não poderia aplicar-se no caso de sociedade totalmente dominada, onde não existem, naturalmente, sócios minoritários, pois a função do preceito seria tão-só e apenas “a proteção do valor contabilístico da quota de liquidação dos sócios minoritários, contemporâneo à conclusão do contrato, assegurando que estes não se verão gravados pelo passivo social surgido durante e em consequência da sua vigência”. Sendo a *ratio* do artigo meramente a tutela dos sócios minoritários, a sua aplicação estaria circunscrita aos grupos constituídos por contrato de subordinação e a remissão do artigo 491.º deveria ser restritivamente aplicada. Trata-se de entendimento improcedente, conforme já foi, aliás, bem demonstrado pelo Supremo Tribunal de Justiça no mencionado acórdão de 31 de maio de 2005 (Salazar Casanova).

O artigo 502.º – que, como vimos, faz recair, em termos objetivos, o risco total da exploração empresarial sobre a sociedade-mãe – tem em vista a proteção da sociedade-filha perante o poder de direção da sociedade de topo *como via para a proteção quer dos respetivos sócios minoritários* (quando existam: caso do contrato de subordinação) quer dos seus credores. Vejamos.

Em primeiro lugar, a lei tutela diretamente a sociedade dominada, que vê a sua autonomia coarctada e que passa a surgir como sociedade de soberania limitada, correndo o risco de ver o seu interesse postergado face ao interesse de outras sociedades do grupo. Mesmo no caso de domínio total, a sociedade mantém a sua personalidade e independência, justificando-se a sua proteção: é indubitável que o artigo 502.º tem, centralmente, a *ratio* de tutela da própria sociedade subordinada ou dominada, diretamente afetada pelo poder de direção da sociedade diretora ou dominante.

Não estando em causa uma proteção formal ou vazia, é inevitável concluir, todavia, no sentido da instrumentalização da proteção conferida pelo artigo 502.º à tutela dos próprios credores sociais ou dos sócios minoritários (na hipótese de contrato de subordinação), sem que possa subtrair-se a sociedade em si do âmbito legal de proteção.

Assim, em segundo lugar, no caso de contrato de subordinação, a lei protege também os sócios livres da sociedade subordinada, que, apesar de não serem os beneficiários diretos da compensação, se encontram abrangidos no âmbito de proteção da norma: não está apenas em jogo, nos termos expostos, o valor abstrato da personalidade e da autonomia social, mas sim efetivos interesses materiais, começando, naturalmente, pelos dos sócios minoritários eventualmente existentes.

Por fim, é indiscutível que a norma protege igualmente os credores da sociedade subordinada e dominada, que veem aumentar a massa patrimonial responsável pelo cumprimento das obrigações. A existência de outras formas de proteção destes sujeitos – o artigo 501.º – não constitui como é evidente obstáculo nem leva a excluir os mesmos da esfera de interesses protegidos pelo artigo 502.º.

Não se invoque, pois, a existência de outras formas de proteção dos credores da sociedade totalmente dominada para defender que estaria meramente em causa a tutela dos sócios livres da sociedade subordinada, de tal maneira que a obrigação não valeria em caso de domínio total. O argumento prova demais, considerando que os sócios beneficiam também, eles próprios, de outras formas de proteção, em especial da garantia de lucros, prevista no artigo 500.º, e nem por isso se nega que são beneficiários da proteção do artigo 502.º.

O sistema do Código das Sociedades Comerciais permite, então, a cumulação de mecanismos de proteção dos vários interesses envolvidos no plano da sociedade dominada, incluindo dos seus sócios e credores. Ora, não pode haver dúvidas de que, no caso de domínio total, a lei não pretendeu retirar aos credores a proteção que teriam se houvesse sócios minoritários. Por outras palavras, se é claro que os credores beneficiam do artigo 502.º, como justificar que esse regime os proteja ou não consoante existam ou não sócios livres? É evidente que o grau de proteção dos credores não pode variar em função desse fator.

Assente-se, pois, desde já, que os credores integram o leque dos sujeitos que a obrigação de compensação de perdas tem em vista tutelar.

O confronto das fontes do artigo 502.º também confirma esta *ratio*. O preceito tem origem – recorde-se – na lei alemã das sociedades anónimas (§ 302 da AktG), face à qual há consenso quanto à *ratio* de proteção dos credores: apenas se duvida se se trata da tutela do capital social ou da proteção da confiança dos credores. Segundo a doutrina durante muito tempo dominante, o § 302 AktG seria, na verdade, regra de conservação do capital, que teria em vista contrabalançar as exceções permitidas pela conclusão do contrato de subordinação²⁴⁻²⁵. Apesar da posição não ter vencido, prevalece a visão da proteção da confiança dos credores, ainda que não de preservação da integridade do capital social. Já se tem escrito mesmo que a tutela destes sujeitos constitui escopo único da

²⁴ Cf., com indicações, STEPHAN, em KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz Kommentar*, II, Köln, 2008, § 302, 2747.

²⁵ Porém, esta visão tem vindo a ser rejeitada, sobretudo em atenção às consequências práticas da interpretação ao nível da possibilidade de compensação com créditos da sociedade-mãe. A hipótese é particularmente relevante no quadro da integração da subsidiária no âmbito de um sistema de *cash-management* centralizado, que implica essas operações de concentração. A questão foi discutida na Alemanha, na sequência da sentença do OLG Jena 21-jul.-2004 (ZIP 2005, 531 = GmbHR 2005, 1058), que negou a possibilidade de compensação, vendo, precisamente, no § 302 AktG regra de conservação do capital social.

norma, o que seria comprovado pelo facto de valer ainda que inexistam sócios minoritários²⁶⁻²⁷.

Também entre nós não deve haver dúvidas quanto à inclusão dos credores no âmbito de proteção do artigo 502.º do CSC. Esta *ratio* de tutela dos credores, para além da própria sociedade dominada, foi afirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça em acórdão já citado²⁸. Recordemos os vários passos da argumentação jurisprudencial:

- (i) O STJ começa por sublinhar o impacto que tem na sociedade dominada – cujo fim permanece o lucro – a sujeição ao poder de direção da sociedade-mãe e os riscos que a mesma passa a correr, para concluir que seguramente a regra do artigo 502.º não visa proteger meramente os sócios minoritários (*maxime* a sua quota de liquidação), mas também a própria sociedade, que mantém a sua existência autónoma. Assim se pode ler no acórdão:

(...) as sociedades existem para realizar o seu objecto social auferindo proveitos e da sua existência dependem e beneficiam, uns directa, outros indirectamente, tal o caso dos credores, clientes, fornecedores, trabalhadores, prestadores de serviços, etc., não se nos afigura que a lei, quando se refere expressamente à sociedade subordinada (ou, por via da remissão do artigo 491.º do C.S.C., à sociedade dominada) como a entidade que tem o direito de exigir que a sociedade directora (ou dominante) compense as perdas anuais, não tenha querido assegurar os interesses da própria sociedade, procurando garantir que os prejuízos sofridos por uma gestão que lhe foi prejudicial sejam reparados no momento em que ela irá seguir o seu próprio destino.

- (ii) O Tribunal prossegue, explicando que a garantia dos interesses da sociedade-filha não exclui que a norma tutele simultaneamente outros interesses.

A circunstância de a lei, por essa via, garantir os direitos da sociedade-filha não significa que o direito à compensação não tenha igualmente por objectivo assegurar outros interesses, não se vendo que haja incompatibilidade em se pretender assegurar, por essa via, uma pluralidade de interesses que não se revelam incompatíveis.

²⁶ Assim, *v.g.*, TIEDSCHEN, *Wettbewerbsverbote im GmbH-Konzern*, GmbHR 10/1993, 616–622 (620).

²⁷ Estaria em causa a proteção da confiança dos credores no aparecimento público do grupo e na inerente especial credibilidade e capacidade empresarial e financeira da sociedade contratante, fundamento do dever de compensação interno, o que leva, aliás, boa parte da doutrina a rejeitar uma “responsabilidade pela confiança no grupo” (*Konzernvertrauenshaftung*).

²⁸ STJ 31-mai.-2005 (Salazar Casanova).

- (iii) Entre esses interesses inclui-se o dos sócios da sociedade-filha. Todavia, a proteção destes não significa que a sociedade-mãe não seja protegida em si e por si; a falta de sócios minoritários não condiciona o grau de proteção da sociedade-mãe.

(...) A interpretação restritiva que os recorrentes sustentam que é a de, nos casos de relação de domínio total e finda que seja a relação de grupo, apenas os sócios livres (...) poderem exigir a compensação das perdas anuais – situação que se crê invulgar – traduz-se afinal na supressão do direito da sociedade dominada à compensação pelas perdas anuais verificadas durante o exercício da relação de domínio total.

Por outras palavras, no entender dos recorrentes, se bem os compreendemos, apenas os sócios livres, necessariamente minoritários, podem exigir a aludida compensação tendo em vista garantir a sua quota de liquidação o que levaria a que uma sociedade com sócios livres que exigissem a compensação pudesse prosseguir a sua actividade com as perdas anuais assim recuperadas ao passo que outra sociedade, sem sócios livres, não lhe restasse alternativa senão a de prosseguir a sua actividade por não se reconhecer o poder reclamar compensação pelas perdas anuais verificadas durante o exercício pela sociedade dominante.

(...) Assim, já se vê que estamos face a um crédito que nasce para a sociedade em consequência da relação de domínio e não em consequência da necessidade de assegurar uma quota de liquidação aos sócios livres (...)

(...) Não se trata, pois, de saber se a sociedade dominada tem ou não tem tal direito à face da lei, mas de saber se, para além dela, a outros assiste a faculdade de exercer esse direito (...).

- (v) A ratio de tutela dos credores, é, por fim, expressamente afirmada.

Verifica-se que a aludida norma, salvaguardando a integridade patrimonial da sociedade dominada, tutelando os interesses desta, tutela de igual modo os interesses dos respectivos credores. Houve da parte da lei o propósito de proporcionar acrescidas garantias para os credores sociais. (...) Vale isto por dizer que acabou por consagrar um sistema de tutela em favor dos credores sociais que cumula uma protecção directa (permitindo àqueles agredir directamente o património da sociedade-mãe para obter a satisfação dos seus créditos) e uma protecção indirecta (cominando um dever de cobertura de todas as perdas anuais da sociedade-filha, o legislador vem assegurar mediatamente a conservação do património desta, que constitui a garantia principal dos créditos daqueles).

(...) Vários interesses estão, assim, abrangidos pela atribuição do direito à compensação de perdas anuais. A sociedade dominada (ou subordinada) por força da remissão

do artigo 491.º do C.S.C. , finda a relação de grupo, tem o direito de exigir que a sociedade dominante compense as perdas anuais que não se mostrem suportadas pelas reservas constituídas durante o mesmo período. Tem, pois, esta sociedade, quando vai prosseguir a sua actividade um justificado interesse próprio na satisfação do crédito que nasceu em momento anterior, quando ocorridas as perdas anuais, posto que exigível em momento ulterior; aceita-se que esse direito possa também ser exercido pelos sócios livres quando esteja em causa a necessidade de garantir a sua quota de liquidação. Reconhece-se que os credores da sociedade dominada vêem desta forma salvaguardados acrescidamente os seus interesses.

Em conclusão, a tutela da sociedade dominada é sempre uma tutela funcionalizada à proteção de interesses materiais, incluindo o dos sócios minoritários – se existirem – e o dos credores sociais. Não há qualquer suporte para restringir a remissão do artigo 491.º e negar a obrigação de compensação das perdas da sociedade dominada pela sociedade totalmente dominante nos termos do artigo 502.º.

7. O crédito decorrente do artigo 502.º em caso de insolvência da sociedade totalmente dominante: legitimidade e graduação

Ao contrário do que sucede no ordenamento alemão, onde, teoricamente, a insolvência da subsidiária não é possível enquanto vigorar o contrato de subordinação, atenta a obrigação *anual* de compensação das perdas²⁹, no direito português pode ocorrer a insolvência da sociedade dominada na pendência da relação de grupo.

O artigo 502.º/2, 2.ª parte estabelece uma exceção à regra geral do vencimento da obrigação de compensação no termo do contrato de subordinação: a responsabilidade “torna-se exigível durante a vigência do contrato, se a sociedade subordinada for declarada falida” (hoje: insolvente). Em rigor, no caso de declaração de insolvência, a sociedade subordinada dissolve-se imediata e automaticamente [artigo 141.º/1, e)], cessando a relação de grupo por força da própria dissolução e sem que haja, em rigor, qualquer exceção à regra geral: o crédito à compensação é exigível, nos termos gerais, porque cessou o contrato de subordinação (ou o domínio total). Daí se ter defendido já que o sentido material da exceção do 502.º/2, 2.ª parte só pode ser o de antecipar a tutela conferida à sociedade-filha, para prevenir, quando possível, a situação

²⁹ Cf. ALTMIPPEN, *Zur Entstehung, Fälligkeit und Höhe des Verlustausgleichsanspruchs nach § 302 AktG*, DB 48/1999, 2453-2457 (2456), sublinhando que o § 302 AktG elimina os fundamentos da insolvência na vigência da relação de grupo.

de insolvência. Ocorrerá, assim, o vencimento antecipado da obrigação de compensação quando a insolvência se verifique materialmente ou se encontre iminente, apesar de não haver ainda declaração judicial³⁰. A partir daqui resta saber quem tem competência para exercer o direito correspondente.

Fora do processo de insolvência, a sociedade totalmente dominada, representada pelos seus administradores, tem legitimidade para propor a ação prevista no artigo 502.º. A declaração de insolvência implica, porém, limitações quanto aos poderes dos administradores da sociedade insolvente e a sua transferência para o administrador da insolvência.

O artigo 82.º/2, do CIRE³¹ torna claro que a lei da insolvência pretendeu transferir para o administrador da insolvência os poderes para propor todas as ações contra terceiros que possam influenciar o valor da massa insolvente, incluindo, portanto, a ação de responsabilidade por perdas prevista no artigo 502.º do CSC. Esta transferência de competências é coerente com o papel deste órgão no processo de insolvência, o qual assume o controlo da massa insolvente e está incumbido de proceder à sua administração e liquidação para repartir o respetivo produto final³². Ela não é mais, por outro lado, do que produto da restrição que se verifica em relação às faculdades de administração e disposição pelo insolvente, a qual implica que se lhe retire a possibilidade de instaurar ou prosseguir ações em que se apreciem questões relativas a bens compreendidos na massa insolvente (artigo 85.º/3).

A esta luz, é indiscutível a legitimidade do administrador da insolvência para propor a ação decorrente do artigo 502.º, a qual, fora do processo de insolvência,

³⁰ A solução que se propõe tem paralelo em ordenamentos estrangeiros: assim, por exemplo, no direito alemão, o § 302 AktG prevê, como se disse, uma obrigação de compensação *anual* das perdas da sociedade subordinada: como regra, a obrigação vence-se apenas com o encerramento do exercício social anual; porém, tem atingido elevado grau de consenso a solução que admite o *vencimento antecipado* da obrigação de compensação (no decurso do exercício social) precisamente naqueles casos em que a insolvência da sociedade-filha esteja iminente. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos* cit., 836 ss., defende tutela preventiva similar, no ordenamento português, mas apenas *de jure condendo*.

³¹ O artigo 82.º/2, do CIRE prescreve que “durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir: a) As ações de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os fundadores, administradores de direito e de facto, membros do órgão de fiscalização do devedor e sócios, associados ou membros, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros; b) As ações destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente, tanto anteriormente como posteriormente à declaração de insolvência; c) As ações contra os responsáveis legais pelas dívidas do insolvente”.

³² Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, Coimbra, 2009, 114.

competiria aos administradores da sociedade-filha. O artigo 82.º/2, b) só refere, é certo, *ações destinadas a indemnização dos prejuízos*, o que, do ponto de vista literal, implicaria a circunscrição da legitimidade às ações de responsabilidade civil. A norma abrange, contudo, por interpretação extensiva, a proposição de ação de compensação das perdas com fundamento no artigo 502.º do CSC. É evidente, neste caso, que se verifica a *eadem ratio* e que, à luz da limitação dos poderes do insolvente, só o administrador da insolvência tem o poder(-dever) de propor a ação.

Resolvido o problema prévio de saber a quem pertence a legitimidade para exercer o direito previsto no artigo 502.º do CSC e uma vez concluído que este incumbe ao administrador da insolvência, resta só clarificar que, sendo *a sociedade totalmente dominante insolvente, este tem, por inerência, legitimidade para requerer a insolvência da mesma*, de acordo com as regras gerais do Código da Insolvência (artigo 20.º).

Este órgão tem um verdadeiro poder (*rectius* dever) de cobrar os créditos da massa insolvente, o que inclui o crédito do artigo 502.º. Quando esse crédito tenha, do lado passivo, sujeito insolvente, é forçoso aceitar que o administrador da insolvência tem o poder de requerer a respetiva insolvência, pois esse é meio adequado para a satisfação do crédito, cujo produto integrará a massa insolvente e permitirá a melhor satisfação dos credores da sociedade dominada insolvente.

Esta afirmação é incontrovertida: o processo de insolvência surge como processo de execução universal tendente a obter a satisfação do devedor no caso em que se verifique uma incapacidade genérica de cumprir as respetivas obrigações. *Verificando-se uma situação de insolvência da sociedade devedora, o administrador da insolvência da sociedade credora tem necessariamente o poder(-dever) de requerer a insolvência da primeira para obter a satisfação do crédito, da mesma maneira que teriam os seus administradores, caso se mantivessem em funções*. Seria absolutamente incoerente atribuir ao administrador da insolvência o poder de propor as ações tendentes a fazer entrar bens na massa insolvente mas se rejeitasse a legitimidade para requerer a insolvência da sociedade devedora quando esta materialmente se verifique e quando, portanto, esse seja o meio mais adequado para a obtenção do valor devido.

Para terminar, note-se apenas que o crédito da sociedade-filha sobre a sociedade-mãe é um crédito comum e não subordinado. Apesar de vigorar um princípio geral da subordinação dos créditos da sociedade controlada (em virtude da especial ligação entre as partes), é evidente que não pode recusar-se determinadas exceções, *maxime* quando o crédito é legalmente atribuído como meio de proteção da própria sociedade subordinada, como sucede, paradigmaticamente, no caso do artigo 502.º: o crédito correspondente à obrigação de compensação das perdas quando se verifica a 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, indiretamente, dos seus sócios e credores).

8. A falta de aprovação das contas pela assembleia geral da sociedade dominante

Nos termos do artigo 502.º, a sociedade-mãe está obrigada a compensar as perdas anuais que, por qualquer razão, se verificarem durante a vigência da relação de grupo, sempre que estas não forem compensadas por reservas constituídas no mesmo período. Por perdas anuais entende-se o saldo negativo dos resultados líquidos de exercício constantes do balanço anual.

Problema particular que se tem colocado é o das consequências da ausência de aprovação das contas da sociedade totalmente dominada pela sociedade dominante. Pergunta-se se a falta de aprovação das contas torna inexigível o crédito por perdas sobre a sociedade dominante. A resposta é evidentemente negativa: só o *quantum* da compensação poderá, quando muito, estar em causa, nunca a existência do direito, a qual não é, bom é de ver, condicionada pela atuação do próprio obrigado. O problema é, pois, de índole meramente probatória.

A prova do montante das perdas a compensar pertence, nos termos gerais, à sociedade dominada, o que, em princípio, não suscitaria quaisquer dificuldades, atento basear-se, pura e simplesmente, no balanço e nas perdas que este regista. A falta de aprovação das contas introduz, todavia, problemas particulares, para os quais a lei não tem direta solução. Dispomos, em todo o caso, de um conjunto de dados que nos permitem, com base nos mecanismos gerais de interpretação/integração, descobrir a solução correta à luz do sistema. Vejamos.

Em primeiro lugar, à luz das regras gerais, as contas só valem enquanto tais depois da aprovação pela assembleia geral. Até lá, têm a natureza de propostas³³, ainda que o papel dos acionistas seja, materialmente, reduzido – estes limitam-se a aprovar ou rejeitar as contas e, neste caso, a determinar que sejam elaboradas novas contas ou corrigidas as anteriores (artigo 67.º do CSC), sem que possam apresentar autonomamente quaisquer propostas³⁴. O papel fiscalizador dos acionistas é,

³³ Cf. RICARDO DO NASCIMENTO FERREIRA, *As deliberações dos sócios relativas à prestação de contas*, DSR 3 (2011), 195–233 (209).

³⁴ Se os sócios não deliberarem sobre os documentos de prestação de contas, pode qualquer dos administradores requerer ao tribunal a convocação da assembleia geral (artigo 67.º/4) e, se na assembleia convocada judicialmente, as contas não forem aprovadas ou rejeitadas pelos sócios,

essencialmente, de índole formal – atentos os limites decorrentes da competência técnica e informação necessárias para uma intervenção material – mas a sua relevância à luz do sistema é clara.

Apesar disso, a falta de aprovação das contas pelo sócio totalmente dominante não pode, seguramente, afastar o direito à compensação das perdas da sociedade dominada. *O direito constitui-se materialmente, sendo o problema que se coloca, tão-somente, probatório, respeitante ao montante das perdas.* Significa isto que o que se discute não é se a sociedade dominada tem direito à compensação apesar da falta de aprovação das contas – pois inequivocamente o tem – mas sim a determinação do *quantum* da compensação. Como é lógico, a constituição do direito só depende da existência das perdas, independentemente das dificuldades de contabilização, decorrentes da falta de aprovação das contas. Negar o dever de o sócio totalmente dominante compensar as perdas por falta de aprovação das contas significaria, de resto, autorização para a defraudação do regime legal.

Deve, portanto, ficar assente que está fora de dúvida a existência de um crédito da sociedade dominada, fundado no artigo 502.º, sobre a sociedade totalmente dominante. A solução que se dê ao problema que se discute – a consequência da falta de aprovação das contas – nunca afetará esta conclusão, i.e., nunca a quantificação das perdas condicionará o direito à sua compensação. Haverá sim que preencher a lacuna legal, lançando mão dos instrumentos gerais do direito civil e societário.

O problema do cômputo das perdas não tem sido objeto de estudo na doutrina nacional. No direito alemão, pelo contrário, tem-se defendido que, em caso de necessidade, a avaliação das perdas compensáveis nos termos do § 302 AktG – correspondente, na essência, ao artigo 502.º do CSC – pode reger-se por analogia pelo disposto no § 287 da *Zivilprozessordnung* (ZPO – Lei de Processo Civil)³⁵. Segundo esta regra, aplicável à obrigação de indemnizar decorrente

pode qualquer interessado requerer que sejam examinadas por um revisor oficial de contas independente; o juiz, não havendo motivos para indeferir o requerimento, nomeará esse revisor e, em face do relatório deste, do mais que dos autos constar e das diligências que ordenar, aprovará as contas ou recusará a sua aprovação (artigo 67.º/5). No caso de recusa das contas em assembleia geral, dispõe o artigo 68.º/1 que deve a assembleia geral deliberar motivadamente que se proceda à elaboração total de novas contas ou à reforma, em pontos concretos, das apresentadas. Nos termos do n.º 2, os membros da administração, nos oito dias seguintes à deliberação que mande elaborar novas contas ou reformar as apresentadas, podem requerer inquérito judicial (artigo 1479.º do Código de Processo Civil – CPC), em que se decida sobre a reforma das contas apresentadas, a não ser que a reforma deliberada incida sobre juízos para os quais a lei não imponha critérios.

³⁵ Cf. EMMERICH, em EMMERICH/HABERSACK, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht Kommentar*, 6.ª ed., München, 2010, 347.

de responsabilidade civil, perante dificuldades de prova do montante concreto do dano e para evitar que pretensões legítimas fiquem por satisfazer, o juiz decide tendo em conta todas as circunstâncias do caso e procedendo à livre apreciação da prova. O confronto entre esta norma e a regra geral do § 286 ZPO tem levado à interpretação segundo a qual haveria aqui uma redução do grau de prova, bastando uma probabilidade predominante. A solução é razoável.

No direito português, identificamos alguns princípios e regras que contribuem também para descobrir a melhor solução para o problema que nos ocupa.

Em primeiro lugar, apesar de ser essencial a aprovação dos documentos de prestação de contas pela assembleia geral – após certificação por revisor oficial de contas independente e aprovação pelo órgão de fiscalização –, não é possível concluir pela irrelevância dos documentos não aprovados quanto se trata de aferir o montante das perdas a compensar. Na verdade, vigora, no direito português, um princípio de máximo aproveitamento da prova mesmo na ausência de requisitos legais *prima facie* indispensáveis. Desta ideia é expressão, por exemplo, o artigo 366.º do CC, que determina a livre apreciação da força probatória do documento a que faltem requisitos legais *prima facie* indispensáveis. Embora a situação não se confunda com aquela que aqui está em jogo, a verdade é que o sistema português seguramente favorece esse aproveitamento, atribuindo ao juiz o dever de formular um juízo perante o caso concreto. A solução última que oferece é, assim, a livre apreciação da prova.

Em segundo lugar, vigora – em matéria de responsabilidade civil mas transponível para o caso que nos ocupa – o princípio elementar segundo o qual a dificuldade de demonstração concreta do montante dos danos a indemnizar não pode afetar o direito à indemnização. Perante tais dificuldades, o ordenamento jurídico oferece sempre uma solução de *ultima ratio*, que será a avaliação equitativa dos danos, nos termos do artigo 566.º/3, do CC. Apesar de não nos situarmos em sede indemnizatória, a verdade é que a obrigação de compensação das perdas prevista no artigo 502.º visa, em última análise, realizar uma função próxima da obrigação de indemnizar. Se a lei faz recair o risco da exploração empresarial sobre a sociedade de topo, naturalmente que se reclamará do juiz a descoberta de uma solução que não frustre esse escopo normativo e que não deixe por tutelar pretensões legítimas da sociedade totalmente dominada. Trata-se, no fundo, da mesma preocupação que está subjacente ao artigo 566.º/3. A norma tem relevância pois demonstra, como dissemos, que nunca as dificuldades de prova do montante concreto do dano podem afastar a obrigação de indemnizar. A ideia geral subjacente ao preceito citado aplica-se ao caso em estudo: também aqui nunca poderá recusar-se a compensação das perdas pela falta de aprovação do balanço.

Em terceiro lugar, mesmo atendendo apenas à legislação societária, verifica-se que a falta de aprovação pela assembleia geral não é insuperável. Para

além da possibilidade de abertura de inquérito judicial, o artigo 67.º/5, do CSC admite que, perante a falta de aprovação, qualquer interessado possa requerer que as contas sejam examinadas por um revisor oficial de contas independente. Nesse caso, o juiz, não havendo motivos para indeferir o requerimento, nomeará esse revisor e, em face do relatório deste, do mais que dos autos constar e das diligências que ordenar, aprovará as contas ou recusará a sua aprovação. A importância da regra é evidente, pois revela que nunca a falta de aprovação pelos acionistas poderá constituir fundamento para a recusa da obrigação de compensação. Em última análise sempre se haveria de aplicar analogicamente o disposto no artigo 67.º/5, do CSC.

Mas tanto poderá nem ser necessário, devido ao funcionamento geral das regras de prova e de distribuição do ónus da prova. Em certos casos, pode afirmar-se que existe uma presunção natural ou presunção *hominis* de fidelidade das contas, não obstante a falta de aprovação pelo acionista único: trata-se de casos em que as circunstâncias de facto permitem ao julgador presumir que as contas apresentadas – apesar de não aprovadas – traduzem a real situação financeira da sociedade. Mas ainda quando, no caso concreto, falhe essa presunção judicial, nem por isso se rejeita a atribuição da compensação à sociedade dependente nos termos do artigo 502.º: o juiz pode sempre ordenar a verificação das contas por ROC independente, por analogia com o artigo 67.º/5, para além de sempre valer, por analogia ou identidade de razão, a regra da avaliação equitativa prevista no artigo 566.º e a regra da livre apreciação da prova. Em qualquer caso, seguramente a falta de aprovação das contas não torna inexigível o crédito decorrente do artigo 502.º do CSC.

Já dissemos, de início, que a relação de grupo por domínio total não cessa imediatamente com a nomeação de administração provisória. Apenas a declaração de insolvência produz esse efeito e não a designação, a título provisório, de uma nova administração. Tal é o regime que decorre do artigo 489.º/4, do CSC.

Caso a relação de grupo tenha cessado durante o exercício, é comum afirmar-se – na doutrina germânica que se tem dedicado ao problema – a exigência desse *Zwischenbilanz* ou *Stichtagsbilanz* mas a sua falta pode ser sempre suprida através da aplicação analógica do já mencionado § 287 ZPO³⁶. Entre nós, é também indiscutível que, exista ou não balanço intercalar, o direito à compensação se constitui, apenas se colocando o problema do cálculo do *quantum* das perdas.

³⁶ Cf. EMMERICH, em EMMERICH/HABERSACK, *Aktien- und GmbH- Konzernrecht* cit., 346.