

Garantias intragrupo

DR. PEDRO VIEIRA DE CASTRO

SUMÁRIO: *I – Introdução. II – Capacidade e legitimidade: 1. Noções prévias; 2. Garantias prestadas a terceiros – artigo 6.º/3: 2.1. Capacidade e legitimidade; 2.2. Relações de domínio e de grupo: 2.2.1. Relações de domínio; 2.2.2. Relações de grupo. III – Poder de instrução: 1. Características gerais; 2. Transferências patrimoniais: 2.1. Garantias intragrupo; 2.2. Garantias intragrupo. The twilight zone. IV – Conservação do capital social: 1. Generalidades; 2. A conservação do capital social («Kapitalerhaltung») no Direito alemão. Empréstimos e garantias. Generalidades; 3. A limitação da distribuição de bens aos sócios no Direito português: 3.1. Regra geral; 3.2. Lucro de balanço; 3.3. Distribuição de bens da sociedade aos sócios: 3.3.1. Distribuição de bens da sociedade: 3.3.1.1. Garantias; 3.3.2. Distribuição aos sócios: 3.3.2.1. Garantias. V – Conclusões.*

I – Introdução

Um grupo de sociedades identifica-se pela existência de uma *direção económica unitária* de sociedades *juridicamente autónomas*¹.

Os grupos de sociedades podem classificar-se em *grupos de direito*² e *grupos de facto*³. A distinção assenta na verificação de dois pressupostos: a *existência de um instrumento jurídico de constituição do grupo* e a *existência de um regime jurídico específico a este aplicável*. Verificados esses dois pressupostos, estamos perante um *grupo de direito*. Não verificados, revela-se a presença de um *grupo de facto*. Ambos têm relevância jurídica autónoma.

¹ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, 2.ª ed., Almedina, 2002, 52-55.

² Sobre a noção e espécies de grupos de direito, cf. BRITO CORREIA, *Grupos de sociedades*, em “Novas perspectivas do direito comercial”, Almedina, 1988, 377-399 (382-388); FRANCISCO GRANJEIA, *Breves notas sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade no âmbito das sociedades coligadas*, Verbo Jurídico, 2002, disponível através de www.verbojuridico.com.

³ Sobre a distinção, cf., por todos, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos* cit., 73-76.

No âmbito do funcionamento de um grupo, tem especial relevo o seu *financiamento*. A direção económica unitária permite canalizar as vantagens decorrentes do funcionamento conjunto das sociedades do grupo para um fim comum, permitindo que o grupo prospere, economicamente, ainda que uma ou algumas das sociedades que o compõem não sejam, isoladamente consideradas, economicamente viáveis. Uma dessas vantagens é a facilidade de financiamento.

É comum a distinção entre o *financiamento interno* e o *financiamento externo*⁴ do grupo, podendo afirmar-se que é a distinção mais importante nesse âmbito⁵. A distinção é relativamente intuitiva e de fácil compreensão geral. O *financiamento interno* deriva de operações que se cingem às relações entre sociedades do grupo. Fala-se, então, de recolha de capital de modo centralizado e unitário. Por seu lado, o *financiamento externo* deriva de operações com envolvimento de entidades fora do grupo, geralmente, bancos. A sociedade obtém os recursos necessários ao seu financiamento diretamente no mercado, limitando-se a atuação das restantes sociedades do grupo a coordenar a operação ou a facilitar a relação estabelecida com a instituição de crédito.

No *financiamento interno*, têm especial relevância os *empréstimos intragrupo*, que podem estar organizados em sistemas de *gestão centralizada de tesouraria*, ou sistemas de *cash-pooling*⁶. Há duas classificações essenciais: o *notional cash-pooling* por um lado, e o *zero-balancing* por outro⁷. O primeiro caracteriza-se pela consideração dos saldos bancários das contas das sociedades do grupo como um único saldo líquido geral, para efeitos de cálculo de juros de capital, sendo relevante valorar a contribuição de cada sociedade para o cálculo do montante total do capital. O segundo caracteriza-se pela transferência dos saldos líquidos das contas bancárias das sociedades para uma única conta central, e coloca outro tipo de problemas, por fazer operar verdadeiras (físicas) transferências patrimoniais, sendo geralmente utilizado para compensar a falta de liquidez de alguma(s) das sociedades pelo excesso de outra(s), revelando-se, então *empréstimos intragrupo*.

⁴ SCHEFFLER, em LUTTER/SCHNEIDER (coord.), *Handbuch der Konzernfinanzierung*, Dr. Otto Schmidt, 1998, § 8, 213-246, anotação § 8.4, 215.

⁵ Cf. MASSIMO MIOLA, *Le garanzie intragrupo*, Torino, 1993, 2-7, em especial 4-5.

⁶ Sobre esta matéria, cf. WEHLEN, em LUTTER/SCHNEIDER (coord.), *Handbuch cit.*, §§ 23.28 ss, 757 ss; SEBASTIAN KORTS, *Cash pooling*, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 3.ª ed., 2012; MATTHIAS GÄRTNER, *Die rechtlichen Grenzen der Zulässigkeit des Cash Pooling*, Nomos, 2011; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade*, Almedina, 2012, 503-522, §§ 710-740.

⁷ Sobre a distinção, cf. SEBASTIAN KORTS, *Cash pooling cit.*, 9-10; MATTHIAS GÄRTNER, *Die rechtlichen cit.*, JOCHEN VETTER/CHRISTIAN SCHWANDTNER, *Cash Pooling under the Revised German Private Limited Companies Act (GmbHG)*, German Law Journal, vol. 09, no. 09, 2008, 1156-1157; CLEMENS BILLEK, *Cash Pooling im Konzern*, Springer, 2009, 9-13.

Existem afinidades entre os empréstimos e as garantias intragrupo que podem exigir, pelo menos no âmbito de certas matérias, entre as quais se destaca o regime da distribuição de bens aos sócios, um tratamento sistemático dos dois tipos de operações. Contudo, do ponto de vista do financiamento do grupo, as garantias têm uma função distinta da desempenhada pelos empréstimos. Isto apesar de se poder dizer que a finalidade é a mesma: financiar o grupo.

É que, no *financiamento externo*, os bens que a sociedade recebe para se financiar têm proveniência *extragrupo*, geralmente de instituições de crédito. Porém, nem sempre a sociedade tem capacidade para obter financiamento junto dessas entidades ou, pelo menos, não em condições especialmente vantajosas. É então que se revela a funcionalidade da prestação de garantias intragrupo no financiamento externo das sociedades. Com vista a possibilitar, ou, pelo menos, a facilitar a aprovação do financiamento de uma sociedade do grupo, outra sociedade do mesmo grupo presta garantia pela dívida perante a entidade credora, possibilitando o próprio financiamento, ou pelo menos conseguindo que o mesmo fique sujeito a condições mais vantajosas. Fala-se, então, de *financiamento indireto*.

A prestação de garantias entre sociedades do mesmo grupo é, sempre, uma relação entre a sociedade e terceiros, na medida em que, apesar de pertencerem ao mesmo grupo, as sociedades não deixam de ter a sua individualidade jurídica. Daí que uma parte do regime das *garantias intragrupo* possa corresponder ao regime geral das garantias prestadas por sociedades a terceiros. Há, contudo, especificidades, plasmadas, desde logo, na lei, *v.g.* no regime previsto no artigo 6.º/3 CSC, que faz uma referência explícita às *relações de grupo*. Outras existem.

Tal como os demais negócios *intragrupo*, as garantias podem classificar-se como *upstream* – garantia prestada pela sociedade filha à sociedade-mãe –, *downstream* – garantia prestada pela sociedade-mãe à filha – e *sidestream* – garantia prestada e uma sociedade a outra sociedade do mesmo grupo, que não a sociedade-mãe⁸. A afinidade entre a garantia *upstream* e *sidestream* conduz, geralmente, à identidade das soluções jurídicas. A diferença entre estas e a *downstream* exige valorações diferentes.

A existência de garantias prestadas no âmbito de *grupos de direito* e no âmbito de *grupos de facto* obriga também a diferentes valorações, essencialmente porque para os primeiros está previsto um regime legal específico, constante dos artigos 488.º a 588.º CSC.

⁸ Cf. MERKEL, em LUTTER/SCHEFFLER/SCHNEIDER (coord.), *Handbuch* cit., § 17.28, 543-544.

II – Capacidade e legitimidade

1. *Noções prévias*

A prestação de *garantias intragrupo* está, logicamente, dependente da *capacidade* das sociedades para prestarem garantias a terceiros.

Por *capacidade de gozo das sociedades* entende-se a medida dos direitos e obrigações de que as sociedades podem ser titulares⁹.

A capacidade de gozo pode ser limitada, legalmente, em função de *atos jurídicos típicos*, ou seja, em função do seu conteúdo, tal como previsto numa figura legal¹⁰. Mas, como salienta Raúl Ventura, conservamo-nos “no campo da capacidade sempre que a idoneidade é fixada por lei atendendo a qualquer característica da relação jurídica, mesmo que seja uma característica do sujeito ou do objecto (...) Em resumo, para nós há incapacidade sempre que a lei não permite que uma pessoa realize um interesse, que necessariamente é definido com carácter típico”¹¹.

Em relação às sociedades comerciais, a regra geral, consagrada no artigo 6.º/1 CSC, é a de que a sua capacidade abrange todos os atos necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, excetuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou inseparáveis da personalidade singular¹².

Distinta da capacidade de gozo é, como se sabe, a *capacidade de exercício*, entendida como a capacidade da pessoa exercer, pessoal e diretamente, os seus direitos¹³.

A atuação dos órgãos societários não se enquadra no suprimento de uma incapacidade de exercício das sociedades, mas sim na atuação da sociedade através de *relações de organicidade*¹⁴.

⁹ Cf., por todos COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, 187-188.

¹⁰ Cf., por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil: Teoria geral*, vol. I, Coimbra, 2000, 263-264.

¹¹ RAÚL VENTURA, *Objecto da sociedade e actos ultra vires*, ROA, ano 40, I, 1980, 5-59 (36-37).

¹² Cf. ainda artigo 160.º CC e 12.º/2 CRP. É bastante debatida a capacidade *genérica* das sociedades comerciais, apoiada no direito alemão ou no direito italiano, ou a sua capacidade *específica*, tal como consagrada numa doutrina *ultra vires*, com origem no direito inglês, ou numa doutrina da *especialidade*, com origem no direito francês. Sobre as várias teorias da capacidade genérica ou específica das sociedades comerciais, cf., por todos, BRITO CORREIA, *A capacidade de gozo das sociedades anónimas*, ROA, ano 57, II, 1997, 739-776 (750-753); OSÓRIO DE CASTRO, *Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades*, ROA, ano 56, 1996, 565-593 (567-570).

¹³ Cf., por todos, CABRAL DE MONCADA, *Lições de direito civil*, Almedina, 1995, 252.

¹⁴ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil* cit., 270-273; COUTINHO DE ABREU, *Curso* cit., 208; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 6.ª ed., Almedina, 2010, 162-164; MENEZES CORDEIRO, em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Almedina, 2011, artigo 6.º, anotações 5 e 6, 93, que vai mais longe do que aqui afirmamos: “Esta ultima noção (capacidade de exercício) só tem alcance dogmático quando reportada a pessoas singulares. (...) No tocante a pessoas colectivas, não faz sentido em falar de incapacidades (de exercício): elas operam com os competentes órgãos, através de nexos de organicidade.”

Finalmente, por *legitimidade* entende-se a suscetibilidade de atuar perante situações jurídicas concretas. Não está em causa a possibilidade da titularidade de situações jurídicas, mas a sua atuação em relação a elas¹⁵.

2. Garantias prestadas a terceiros – artigo 6.º/3

2.1. Capacidade e legitimidade

Após estas *considerações preliminares*, estamos aptos a enquadrar a matéria da prestação de garantias por sociedades a terceiros.

O artigo 6.º/3 dispõe: “considera-se contrária ao fim da sociedade a prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades, salvo se existir justificado interesse próprio da sociedade garante ou se se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo”¹⁶.

A redação parece encaminhar a problemática da prestação de garantias a terceiros para a órbita da capacidade, pois prevê uma categoria típica de atos – “prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades” –, cuja prática se considera contrária ao fim da sociedade. Mas a segunda parte do preceito ressalva: “salvo se existir justificado interesse próprio da sociedade garante ou se se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo”.

Ora, em Direito das Sociedades, distingue-se o *fim imediato*, que consiste na prossecução de uma atividade produtiva, que não seja de mera fruição económica, do *fim mediato*, que é a realização de lucros¹⁷.

O *fim* a que se refere o artigo 6.º/1 e, em consequência, também o artigo 6.º/3, é o *fim mediato*, ou lucro para distribuir aos sócios¹⁸. Isto, essencialmente, por três razões: i) é esse o fim que mais se adequa à noção de sociedade que consta do artigo 980.º CC; ii) fim imediato corresponde ao *objeto social*, e esse é regulado no

¹⁵ Cf., por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil* cit., 147.

¹⁶ Ao que parece, o artigo 6.º/3 foi elaboração autónoma (cf. MENEZES CORDEIRO, em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código* cit., artigo 6.º, anotação 1, 92). Corresponde, *ipsis verbis*, ao artigo 7.º do Projeto do Código das Sociedade de 1983 (cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código das Sociedades Comerciais (Projecto)*, BMJ 327, jun., 1983, 60). Não é possível, portanto, confrontá-lo com outras fontes.

¹⁷ Cf. por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial. Sociedades comerciais*, vol. IV, Almedina, 1993, 23-26.

¹⁸ Cf. artigo 980.º do CC; COUTINHO DE ABREU, *Curso* cit., 15-22, 189-190; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria* cit., 6.ª ed., Almedina, 2010, 144. CABRAL DE MONCADA, *Lições* cit., 1995, 380; HENRIQUE MESQUITA, *Parecer*, ROA, ano 57, II, 1997, 721- 737 (731); CARVALHO FERNANDES/PITTA E CUNHA, *Assunção de dívida alheia. Capacidade de gozo das sociedades anónimas. Qualificação de negócio jurídico*, ROA, ano 57, II, 1997, 693-719 (711); ac. TRC de 03-03-2009, processo 228/04.4TBILHV.C1 (SÍLVIA PIRES). Para outro entendimento, cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Da prestação de garantias por sociedades comerciais*, ROA, ano 57, I, 1997, 69-147 (100-101).

artigo 6.º/4¹⁹; iii) o artigo 6.º/3 regula uma categoria típica de atos – a prestação

¹⁹ O artigo 6.º/4 resultou da transposição da Diretiva 68/151/CEE para o ordenamento jurídico português, cujo artigo 9.º tinha o seguinte texto:

Artigo 9.º

1 – A sociedade vincula-se perante terceiros pelos atos realizados pelos seus órgãos, mesmo se tais actos forem alheios ao seu objecto social, a não ser que esses actos excedam os poderes que a lei atribuiu ou permite atribuir a esses órgãos.

Todavia, os Estados membros podem prever que a sociedade não fica vinculada, quando aqueles actos ultrapassem os limites do objecto social, se ela provar que o terceiro sabia, ou não o podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias, que o acto ultrapassava esse objecto; a simples publicação dos estatutos não constitui, para este efeito, prova bastante.

2 – As limitações aos poderes dos órgãos da sociedade que resultem dos estatutos ou de uma resolução dos órgãos competentes, são sempre inoponíveis a terceiros, mesmo que tenham sido publicadas.

3 – Quando a legislação nacional preveja que o poder de representar a sociedade é atribuído por cláusula estatutária, derogatória da norma legal sobre a matéria a uma só pessoa ou a várias pessoas agindo conjuntamente, essa legislação pode prever a oponibilidade de tal cláusula a terceiros, desde que ela seja referente ao poder geral de representação; a oponibilidade a terceiros de uma tal disposição estatutária é regulada pelas disposições do artigo 3.º.”

A Diretiva 68/151/CEE foi alterada pela Diretiva 2003/58/CE e pela Diretiva 2007/99/CE, que não modificaram o texto do artigo 9.º, vindo a ser revogada e substituída pela Diretiva 2009/101/CE, cujo artigo 10.º reproduz o texto do artigo 9.º da Diretiva 68/151/CEE.

Sobre o artigo 9.º/1 da Diretiva e a sua transposição para o direito português, cf., à luz do direito vigente antes da entrada em vigor do CSC, RAÚL VENTURA, *Adaptação do Direito português à 1.ª Directiva do Conselho da Comunidade Europeia sobre Direito das sociedades*, DDC (Separata), 1981, 89-217; GUEDES CARDOSO, *A limitação dos poderes dos administradores das sociedades anónimas*, RDE, ano XIII, 1987, 127-159 (130-133). Depois da entrada em vigor do CSC, cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, 2005, 127- 180; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria cit.*, 172-174; COUTINHO DE ABREU, *Vinculação de sociedades comerciais*, em “Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão”, vol. II, Almedina, 2008, 1213-1252 (1231).

Relativamente à interpretação do artigo 6.º/3 à luz da Diretiva pronunciou-se PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A vinculação das sociedades comerciais*, ROA, ano 55, II, 1995, 689-711 (692-709). Com base, essencialmente nos seguintes argumentos: i) A primeira parte do artigo 9.º/1 da Diretiva é imperativa; ii) os Estados Membros estão vinculados à sua transposição; iii) os «poderes que a lei atribui ou permite atribuir» a que se refere o artigo 9.º/1 da Diretiva abrangem todos os poderes conferidos direta ou indiretamente, condicional ou incondicionalmente ao órgão representativo da sociedade; iv) esta interpretação dos poderes a que se refere o artigo 9.º/1 da Diretiva reforça a facilidade e rapidez do tráfego; v) o poder de dar garantias em benefícios é um daqueles poderes que a lei confere ou permite conferir às sociedades; conclui, na p. 705: “Desta forma, e em função do disposto no n.º 1 do artigo 9.º da primeira Diretiva do Conselho da Comunidade Europeia em matéria de direito societário, as sociedades não poderão deixar de ficar vinculadas pelas garantias indevidamente oferecidas pelos respetivos órgãos, para assegurar o cumprimento de débitos ou obrigações de terceiros”. No mesmo sentido, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Da prestação cit.*, 124-131. Contra, cf. OSÓRIO DE CASTRO, *Da prestação cit.*, 587, sustentando que não existe desconformidade

de garantias –, e para aferir a sua compatibilidade com o fim, é fatal que este não se possa referir a uma atividade, mas sim a um resultado, ainda que potencial – o lucro distribuível. Por outras palavras, o artigo 6.º/3 regula a conformidade dos atos praticados pela sociedade, que no seu conjunto compõem a atividade produtiva da sociedade, com o fim lucrativo da mesma.

O que seja o «justificado interesse próprio» é matéria que o legislador não define em parte nenhuma²⁰. Parece, no entanto, que o conceito deve ser interpretado em combinação com disposto no artigo 6.º/1 do CSC, adquirindo o sentido de *necessidade ou conveniência* à prossecução do fim da sociedade comercial, ou seja, o lucro distribuível.

entre o regime que resulta do artigo 6.º/3 e o regime imposto pelos n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º da Diretiva, com base, essencialmente, nos seguintes argumentos: i) o que os n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º da Diretiva impõem é que uma sociedade anónima ou por quotas não possa desvincular-se de atos praticados pelos seus órgãos esgrimindo com limitações aos seus poderes decorrentes dos estatutos ou de deliberações sociais; ii) o que a 1.ª Diretiva tem em mira é dispensar aquele que contrata com a sociedade da necessidade de compulsar os estatutos ou as deliberações dos sócios para se inteirar dos poderes dos órgãos sociais; iii) a proibição do artigo 6.º/3 é absoluta no sentido que releva para efeitos da 1.ª Diretiva, que é o de que o âmbito dos poderes (ou da proibição) não depende do conteúdo dos estatutos da sociedade ou das deliberações dos sócios.

Convém referir que o TJUE ainda não se pronunciou sobre a interpretação do artigo 9.º/1 da Primeira Diretiva em termos que permitam sustentar de forma definitiva qualquer uma das teses. Com efeito, o único acórdão do TJUE com um mínimo de relevância que encontramos é o proferido em 16 de dezembro de 1997, Coöperatieve Rabobank “Vecht en Plassengebied”, no processo C-104/96, em que o TJUE foi questionado sobre se era compatível com a Diretiva 68/151/CEE que uma sociedade pudesse em relação a um terceiro, com o qual em representação da sociedade a administração com poderes para tal celebrou um negócio jurídico, invocar a falta de poderes da administração com fundamento em que esta tinha um interesse no negócio que colidia com o seu.

De relevante para a matéria aqui em causa são os §§ 21 e 22, com o seguinte texto:

21 Recorde-se que o artigo 9.º n.º 1, primeiro parágrafo, da primeira diretiva prevê que a sociedade vincula-se perante terceiros pelos atos realizados pelos seus órgãos, mesmo se tais atos forem alheios ao seu objeto social, a não ser que esses atos excedam os poderes que a lei atribui ou permite atribuir a esses órgãos.

22 Todavia, sublinhe-se que resulta quer da letra quer do conteúdo desta disposição que a mesma diz respeito aos limites dos poderes como repartidos pela lei entre os diferentes órgãos da sociedade, não se destinando a coordenar as legislações nacionais aplicáveis quando um membro de um órgão se encontre, devido à sua situação pessoal, em situação de conflito de interesses com a sociedade representada.

(apesar de no texto transcrito se ler “sublinhe-se”, o sublinhado é nosso).

²⁰ Para um ensaio da densificação do conceito mediante o recurso a índices, cf. ELVAS PINHEIRO, *O justificado interesse próprio da garante: sobre o artigo 6.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais*, RFDUL, vol. XXXVIII, n.º 2, 1997, 485-506 (497-499).

É possível, assim, delimitar as garantias subsumíveis a uma determinada classe de negócios jurídicos que não violam a regra do artigo 6.º/3. São as garantias prestadas a *título oneroso*. Neste sentido, só a prestação de garantias a *título gratuito* pode ser valorada em face da norma do artigo 6.º/3²¹.

Ora, uma garantia que prossiga um justificado interesse próprio, *maxime* o lucro, não surge, de forma geral, com características de *tipicidade*. Nem mesmo quando prestada a *título gratuito*. É paradigmático o exemplo dado por Oliveira Ascensão, relativamente a *atos gratuitos* convenientes à prossecução dos fins da sociedade anónima: “Uma sociedade anónima pode praticar beneficência para melhorar a sua imagem”²². E, relativamente à prestação de garantias a terceiros, o exemplo de Coutinho de Abreu: “Por exemplo, a sociedade de construção civil A tem capacidade para constituir uma hipoteca em favor do banco B, destinada a garantir uma dívida contraída junto deste pelo empreiteiro C, quando sem essa hipoteca não obteria C o crédito bancário indispensável para se apetrechar e se tornar num útil subempreiteiro de A em várias obras”²³.

É certo que existem limitações legais específicas em função de características típicas da relação jurídica à prestação de garantias por sociedades a terceiros, nomeadamente:

- Proibição de prestação de garantia a terceiro para *aquisição de ações* representativas do próprio capital da sociedade – artigo 322.^o²⁴;
- Prestação de garantias reais relativas a obrigações de *reembolso de suprimentos* – artigo 245.^o/6;
- Prestação de garantias a *administradores* – artigo 397.^o²⁵.

Em todos estes casos, estamos perante limitações à *capacidade* das sociedades comerciais, seja porque a limitação se refere ao *objeto* da relação jurídica, seja

²¹ OSÓRIO DE CASTRO, *Da prestação* cit., 579-581; COUTINHO DE ABREU, *Curso* cit., 20; MENEZES CORDEIRO, em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código* cit., artigo 6.º, anotação 21, 95-96.

²² Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil* cit., 262-263.

²³ COUTINHO DE ABREU, *Curso* cit., 201. Para mais exemplos, cf. ELVAS PINHEIRO, *O justificado* cit., 498-499.

²⁴ Sobre a interpretação do artigo 322.º do CSC, cf. JOÃO LABAREDA, *Direito societário português – algumas questões*, *Quid juris?*, 1998, 188-189.

²⁵ Aplicável aos membros da comissão de auditoria, aos administradores do conselho de administração executivo e aos membros do conselho geral e de supervisão por remissão, respetivamente, dos artigos 423.º-H, 428.º e 445.º/1 do CSC. Sobre a interpretação do artigo 397.º do CSC, cf. JOÃO LABAREDA, *Direito* cit., 188-190.

porque se refere ao *sujeito*²⁶. Nos casos dos artigos 322.º e 397.º, a lei comina com *nulidade* a violação das suas previsões (cf. artigos 322.º/3 e 397.º/2).

Mas fora estes casos específicos, não é possível encontrar uma *limitação legal típica* à prestação de garantias gratuitas por sociedades a terceiros, pelo que, exce- tuando os referidos casos, e outros casos específicos que existam, a prestação de garantias por sociedades comerciais a terceiros não pode ser enquadrada na matéria da capacidade de gozo das sociedades comerciais.

Significa isto que, para aferir da compatibilidade da garantia com a previsão do artigo 6.º/3, é necessário avaliar a idoneidade da prestação concreta da garantia e dos seus reflexos objetivos para a prossecução do lucro. A matéria é, portanto, de *desvio de fim* ou de *ilegitimidade*²⁷.

Impõe-se, então, a questão: qual a consequência, ou a sanção jurídica, aplicável à violação do disposto no artigo 6.º/3?

À falta de estatuição legal especial, a estatuição geral de direito civil para os negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo é a *nulidade* – cf. artigo 294.º CC. É, essencialmente, com base neste argumento que Osório de Castro, João Labareda, Coutinho de Abreu, Soveral Martins, Elvas Pinheiro e Horta Osório²⁸ concluem que a prestação de garantias em violação da disposição do artigo 6.º/3 é nula. Deve notar-se, no entanto, que, diferentemente do que sustentamos, os AA. citados consideram que o artigo 6.º/3 regula situações de *incapacidade* e não de *ilegitimidade ou de desvio de fim*.

A opção não é indiferente no plano das suas consequências. A título de exem- plo, basta lembrar que, se a consequência da prestação de garantias em violação do disposto no artigo 6.º/3 for a *anulabilidade*, então, a *declaração de nulidade*, como meio de *conservação da garantia patrimonial*, prevista no artigo 605.º CC, não pode operar com fundamento na violação do artigo 6.º/3 CSC.

²⁶ Recorde-se que adotamos um conceito de *capacidade de gozo* semelhante ao defendido por RAÚL VENTURA, cf. nota 3.

²⁷ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil* cit., 263–265; PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria* cit., 171.

²⁸ Cf. OSÓRIO DE CASTRO, *Da prestação* cit., 566; JOÃO LABAREDA, *Direito* cit., 191–192; COUTINHO DE ABREU, *Curso* cit., 190–191, 200–202; SOVERAL MARTINS, *Capacidade e representação das sociedades comerciais*, em “Problemas do Direito das Sociedades”, Reimpressão, Almedina, 2003, 474, e A. cit., *Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais*, em COUTINHO DE ABREU (coord.), *Estudos de Direito das Sociedades*, 9.ª ed., Almedina, 2008, 91–130 (118); ELVAS PINHEIRO, *O justificado* cit., 503–505. Não se refere, contudo, o ult. A. cit., especificamente ao artigo 294.º CC, e faz ainda um paralelismo com os artigos 322.º e 397.º que preveem a nulidade. Cf. ainda HORTA OSÓRIO, *Da tomada do controlo de sociedades (takeovers) por leveraged buy-out e sua harmonização com o Direito português*, Almedina, 2001, 151. Ainda no mesmo sentido parece ser o pensamento de HENRIQUE MESQUITA, *Parcer* cit., 732.

Outro entendimento tem Oliveira Ascensão, quando se refere ao regime dos atos que, isoladamente, se afastam do fim da pessoa coletiva. O A. citado nota que os interesses públicos que fundam a nulidade não estão presentes no artigo 160.º/1 CC. Por outro lado, o regime da nulidade levaria às consequências absurdas descritas pelo A., relacionadas com a oficiosidade e com a legitimidade para arguir a nulidade. Os mesmos argumentos valem para o artigo 6.º, nomeadamente o n.º 3²⁹.

2.2. *Relações de domínio e de grupo*

2.2.1. Relações de domínio

Existe uma relação de domínio quando uma sociedade pode exercer uma influência dominante sobre outra³⁰.

O regime legal das relações de domínio (que não o domínio total), tal como resulta do disposto nos artigos 486.º e 487.º CSC, limita-se a “estabelecer regras de publicidade das participações sociais ou de outros instrumentos de controlo, omitindo qualquer tutela preventiva ou sucessiva das sociedades em relação de domínio. Apenas se proíbe a aquisição de participações da sociedade dominante pela dominada: cf. o artigo 487.º (quanto às sociedades por quotas) e os artigos 325.º-A e 325.º-B (quanto às sociedades anónimas)”³¹.

A *ratio* da inclusão das relações de domínio na previsão da parte final do artigo 6.º/3 não pode, portanto, ser construída com base no regime especial para elas previsto, pois nem este prevê qualquer tutela para as sociedades dominadas, nem reconhece ou fornece indícios para a construção de um qualquer «interesse de grupo», ao contrário do que sucede quanto às relações de grupo (pelo menos aos constituídos por contrato de subordinação ou domínio total – cf. artigos 500.º a 504.º; *maxime* artigo 503.º/2, aplicáveis aos grupos constituídos por domínio total, por remissão do artigo 491.º).

Se o artigo 6.º/3 está construído em volta do fim e do interesse próprio da sociedade garante, a sua *ratio* deverá resultar da relação entre a influência dominante e esses fim e interesse próprios da sociedade garante.

²⁹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil* cit., 265-269. Com soluções semelhantes, cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A vinculação* cit., 705-709; e PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria* cit., 175-177. Embora apoiados ainda noutros argumentos, nomeadamente na interpretação sistemática com o artigo 9.º da Primeira Diretiva sobre Sociedades, o primeiro, e com o artigo 6.º/4, o segundo.

³⁰ Cf. artigo 486.º. Sobre a «influências dominante», cf., por todos, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos* cit., 443-610.

³¹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos* cit., 26-27, nota 52.

Na medida em que a dominante tem um controle sobre os órgãos societários da dominada, é possível ver um interesse seu na prossecução de um interesse da própria dominada. Com efeito, quanto mais a dominada prosperar, mais valiosa se torna a influência exercida pela dominante, bem como a sua participação social. Compreende-se, então, que os requisitos da primeira parte do artigo 6.º/3 sejam dispensados em relação às garantias *downstream*. Mas já o inverso se revela mais difícil, uma vez que não se vislumbra qual a relação entre a influência da dominante e o interesse e o fim da dominada, que justifique a dispensa dos requisitos do artigo 6.º/3, primeira parte, para a prestação de garantias *up* ou *sidestream*.

Neste sentido, como forma de tutela dos interesses dos sócios minoritários e dos credores sociais da dominada, procede a interpretação *restritivo-teleológica* do artigo 6.º/3, segundo a qual só em relação às garantias *upstream* (e *sidestream*) é necessário demonstrar o interesse próprio da garante³², pois não é possível vislumbrar a existência de um interesse ou de uma tutela jurídica que fundamente o afastamento da demonstração do justificado interesse próprio na prestação da garantia.

2.2.2. Relações de grupo

A análise das relações de grupo relevantes para efeitos do 6.º/3 parte das mesmas considerações feitas para a análise das relações de domínio, no que se refere aos perigos que cerceiam os interesses dos sócios minoritários (quando os haja) e dos credores sociais. Há, contudo, que ter em conta que aos grupos de direito se aplica o regime específico dos artigos 500.º a 504.º, do qual resulta a consagração jurídica do poder de direção da dominante ou subordinante, bem como a tutela dos sócios minoritários e dos credores sociais.

³² Cf. COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, 202-207 e OSÓRIO DE CASTRO, *De novo sobre a prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades: luzes e sombras*, ROA, II, 1998, 823-858 (853-855). Contra, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Da prestação cit.*, 142-143 que, após sustentar que nas relações de grupo de direito, as garantias podem ser prestadas tanto pela mãe como pela filha, conclui em relação às sociedades em relação de domínio com a já célebre expressão: “(...) o nosso legislador foi tão eloquente quanto o podia ter sido: em matéria de prestação de garantias o regime jurídico é o mesmo quer nas hipóteses de relação de grupo quer nas de domínio”. Cf. ainda, com a mesma solução, JOÃO LABAREDA, *Direito cit.*, 178-179, para quem “o que justifica a extensão da capacidade das sociedades de modo a abranger a prestação de garantias a dívidas de outra em caso de relação de domínio é a suposição legal do proveito mútuo na contração ou manutenção da dívida garantida./Ora, isso tanto acontece quando a devedora é a dominada e garante a dominante, como nas situação inversa, pois tanto a segunda tem interesse na sobrevivência da primeira como esta o tem relativamente àquela”.

O artigo 503.º/2 consagra o poder da sociedade-mãe emitir instruções desvantajosas para as sociedades-filhas, desde que com tais instruções se prossigam os interesses da mãe ou de outras sociedades do grupo. Acresce que, como veremos, esse poder não é diminuído pelo disposto no artigo 503.º/4, que regula as transferências de bens do ativo das sociedades participantes³³. Este poder surge contrabalançado com a responsabilidade da sociedade-mãe pelas perdas da filha e pelas dívidas perante os credores sociais – cf. artigos 501.º e 502.º. Assim sendo, não se encontram argumentos que permitam afastar a aplicação da exceção prevista na parte final do artigo 6.º/3, a todo o tipo de garantias intragrupo (*up*, *down* ou *sidestream*)³⁴.

Questão diferente é a de saber se, para que as garantias *up* ou *sidestream* possam preencher a previsão do artigo 6.º/3, parte final, a sua prestação deve decorrer de instruções da sociedade-mãe dirigidas à filha, ao abrigo do poder de instrução previsto no artigo 503.º/2. Com efeito, se é à sociedade-mãe que cabe determinar o interesse do grupo, não podendo a filha, inclusivamente recusar-se a cumprir as instruções com fundamento em que, do seu ponto de vista, o seu cumprimento não serve o interesse do grupo, então a prestação da garantia, para preencher a previsão do artigo 6.º/3, parte final, deve decorrer de instrução dada pela sociedade-mãe³⁵.

Em relação aos *grupos de facto*, quando estes se reconduzam a situações de domínio (que não o domínio total), valem as considerações feitas anteriormente em relação a elas. Neste sentido, a garantia *upstream* estará abrangida pela previsão, mas já não a garantia *down* ou *sidestream*³⁶.

Mas, apesar de não se considerar que as garantias *down* ou *sidestream* prestadas entre sociedades em relação de domínio ou em grupo de facto estão abrangidas pela previsão do artigo 6.º/3, na parte que se refere a «relação de domínio» ou de «grupo», nem por isso resulta, imediatamente, que as mesmas violem o artigo 6.º/3. Simplesmente não está dispensado o requisito da demonstração de um «justificado interesse próprio». Neste âmbito, as relações de domínio ou de grupo de facto, não devem ser ignoradas. Com efeito, a integração económica e a direção económica unitária são indícios de um interesse próprio na prestação da garantia *down* ou *sidestream*³⁷.

³³ Cf. infra III.

³⁴ Recorde-se ainda que uma sociedade forma um grupo com todas as sociedades subordinadas ou dominadas – cf. artigo 493.º/2.

³⁵ Cf., neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, 206–207.

³⁶ COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, 206–207; COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, 853–855. Contra, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Da prestação cit.*, 142–143, parecendo identificar as relações de domínio com as relações de grupo de facto; MENEZES CORDEIRO, em MENEZES CORDEIRO (coord.) *Código cit.*, artigo 6.º, anotação 21, 95–96; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos cit.*, 521–524, § 742.

³⁷ É neste sentido que interpretamos o ac. TRE, 13–06–2002 (FÁTIMA GALANTE), em ABRANTES GERALDES (coord.), *Sociedades comerciais – Jurisprudência 1997–2008*, Colectânea de Jurisprudência, 2009, 495–497.

III – Poder de instrução

1. Características gerais

No artigo 503.º CSC³⁸ está consagrado e regulado o *poder de instrução* da sociedade diretora sobre a sociedade subordinada.

As disposições do artigo 503.º referem-se a «sociedade diretora» e «sociedade subordinada». Contudo, as normas do preceito aplicam-se, não só aos grupos constituídos por contrato de *subordinação*, mas também, por remissão do artigo 491.º, aos grupos constituídos por *domínio total*.

Em relação aos grupos *paritários*, se é certo que também neles existe um poder de direção, inerente à submissão das sociedades que o compõem a uma direção económica unitária, traduzível no poder da entidade titular dessa direção emitir instruções vinculantes para as sociedades do grupo, poder esse que é similar ao previsto no artigo 503.º, também é certo que existem diferenças quanto aos sujeitos, objeto e limites do respetivo exercício³⁹.

Finalmente, em relação aos *grupos de facto*, o artigo 503.º é, por natureza, inaplicável⁴⁰.

Em traços gerais, o poder de instrução concretiza-se, no que se refere aos grupos constituídos por contrato de subordinação ou por domínio total, nos seguintes aspetos:

- i) poder da sociedade-mãe dar instruções à sociedade-filha, que fica vinculada ao seu cumprimento (503.º/1);

³⁸ As fontes mais próximas do artigo 503.º CSC são, com toda a probabilidade, o § 308 da AktG de 1965 [para uma tradução, cf. ALBERTO PIMENTA, *A nova lei alemã das sociedades por ações*, BMJ n.º 177, 1968, 269-393 (312-313)], o artigo 240.º da Proposta de Regulamento de Estatutos de uma Sociedade Anónima Europeia [cf. BEC, Supplement 4/75, 204, disponível em <http://aei.pitt.edu/8558/1/8558.pdf>; para uma tradução, cf. RAÚL VENTURA, *Grupos de Sociedades*, ROA, ano 41, II, 1981, 305-362 (329-330)]; e os artigos 27.º ss. da Proposta Cousté de 1978 (para uma tradução, cf. RAÚL VENTURA, *Grupos cit.*, 330-331).

Especificamente sobre as fontes do artigo 503.º, cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código cit.*, artigo 503.º, anotações 1 e 2, 1303; e, implicitamente, RAÚL VENTURA, *Grupos cit.*, 328-334.

Sobre os referidos instrumentos legislativos, como fontes da regulação geral dos grupos de sociedades no Direito português, cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos cit.*, 272-273, e notas 552-556 com indicações bibliográficas relativas a cada uma delas; GRAÇA TRIGO, *Grupos de Sociedades*, O Direito, ano 123.º, I, 1991, 41-114 (51-53), ainda com referências a direito comparado. Para uma análise de direito comparado sobre a regulação jurídica dos grupos societários, cf., além dos AA citados, ELISEU FIGUEIRA, *Disciplina jurídica dos grupos de sociedades*, CJ, XV, tomo IV, 1990, 37-59 (39-40).

³⁹ Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos cit.*, 926-928.

⁴⁰ Com a mesma solução, cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos cit.*, 545-546, § 782.

- ii) exercício desse poder pelo órgão de administração da sociedade-mãe, inserindo-se no âmbito dos respetivos poderes de gestão e representação (252.º/1, 259.º, 405.º, 406.º, 431.º, 470.º), dirigido ao órgão de administração da sociedade subordinada (enferma de ilegitimidade a instrução direta de outros colaboradores ou empregados da sociedade-filha);
- iii) por instrução deve entender-se toda a declaração de vontade, expressa ou tácita, emitida pela sociedade diretora ao órgão de administração da sociedade subordinada e através da qual a primeira determina de modo vinculativo a gestão social da última;
- iv) às instruções aplicam-se, *mutatis mutandis*, as regras sobre os negócios jurídicos;
- v) só existe um dever de emissão de instruções quando tal decorrer da atuação de um gestor criterioso e ordenado, nos termos do artigo 64.⁴¹;
- vi) genericamente, podem ser dadas instruções desvantajosas para a sociedade filha, desde que tais instruções possam servir o interesse da sociedade-mãe ou de outras sociedades do grupo (503.º/2, primeira frase)⁴²;
- vii) são ilícitas as instruções para a prática de atos que, em si mesmos, sejam proibidos por lei não respeitantes ao funcionamento da sociedade (503.º/2, segunda parte);

⁴¹ RAÚL VENTURA, *Grupos* cit., 333, interpretando disposições de direito estrangeiro, questionava-se sobre a existência de um dever de emitir instruções. Face ao direito nacional, o A. cit. responde, noutro estudo, com base no disposto no artigo 504.º/1, da seguinte forma: “Portanto, se a diligência de um gestor criterioso e ordenado (64.º) exigir que, no interesse do grupo (...) sejam dadas instruções, existe esse dever.” (cf. *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*, Almedina, 1994, 119). Com a mesma solução, cf. AUGUSTA FRANÇA, *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*, AAFDL, 1990, 89: “O dever de dar ou não determinadas instruções depende exclusivamente da atuação que um gestor criterioso e ordenado teria nas mesmas condições.” No mesmo sentido, cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos* cit., 732: “apenas naquelas situações em que seja de concluir inequivocamente que uma prossecução diligente do interesse do grupo imporia à sociedade diretora a formulação de diretivas relativamente à gestão de uma determinada sociedade subordinada, podemos falar – e nesse sentido estrito – de um dever de emitir instruções.” Cf., no entanto, ELISEU FIGUEIRA, *Disciplina* cit., 50: “A disciplina do *poder de direcção* (direito e dever de dar instruções e da correspondente responsabilidade da sociedade dominante (...)) encontra-se definida nos artigos 503.º e 504.º do CSC./Havendo um contrato de domínio, a empresa dominante é titular de um *poder-dever de direcção do grupo*, ficando a sociedade subordinada obrigada a submeter-se às instruções que lhe sejam dirigidas.” Não podemos, assim, afirmar, com certeza, qual a natureza jurídica atribuída ao poder de dar instruções por este último Autor.

⁴² Cf. ac. STJ 29-11-2005 (REIS FIGUEIRA), em ABRANTES GERALDES (coord.), *Sociedades* cit., 520-523 (522), com o seguinte teor:

Ora, as instruções são claramente desvantajosas para a sociedade subordinada (...)

As instruções em causa servem, também claramente, os interesses da sociedade da directora (ou de sociedade do mesmo grupo) (...)

Portanto (...), consideramos preenchidos os requisitos do artigo 503.º, n.º 2, do CSC.

- viii) se um ato de administração da subordinada, cuja prática tenha sido objeto de instrução da subordinante, depender de parecer ou consentimento de outro órgão da subordinada, e este não for dado (o que abrange não só os casos de parecer desfavorável ou recusa para a prática do ato, mas também os casos em que nem sequer foi dado parecer ou em que o órgão nem sequer se pronunciou sobre a prática do ato), deve, ainda assim, a instrução ser acatada, se a mesma for repetida e acompanhada do consentimento ou parecer favorável do órgão correspondente da subordinante, caso esta o tenha (503.º/3);
- ix) em especial, a transferência de bens do ativo da sociedade subordinada para outras sociedade do grupo depende da existência de uma justa contrapartida, exceto no caso do artigo 502.º (503.º/4)⁴³.

2. Transferências patrimoniais

Feita a caracterização geral do poder de instrução, cabe analisar o regime das transferências patrimoniais, à luz desse poder. O ponto crítico é a interpretação do artigo 503.º/4⁴⁴.

Já se disse, quando se analisaram as características gerais do artigo 503.º, que o âmbito de aplicação do preceito varia, consoante estejam em causa grupos constituídos por contrato de subordinação ou por domínio total, por um lado, e

⁴³ Sobre todas estas características, e outras, do poder de instrução, cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos* cit., 718-760; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código* cit., artigo 503.º, 1302-1307; RAÚL VENTURA, *Novos estudos* cit., 116-119; MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A estrutura* cit., 31-47; PEREIRA COELHO, *Grupos de sociedades*, BFDUC, vol. LXIV, 1988, 297-353 (342- 345); MARIA DA GRAÇA TRIGO, *Grupos* cit., 90-92.

⁴⁴ Desconhecemos as fontes específicas do artigo 503.º/4. Contudo, a norma constava já do projeto de Código das Sociedades Comerciais de 1983 que, de forma equivalente preceituava: “Não é permitido, não obstante disposição contratual diferente, dar instruções para que bens do activo da sociedade subordinada sejam transferidos para outras sociedades do grupo sem justa contrapartida, a não ser no caso do artigo 500.º.” (Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código* cit., 328).

Pela similaridade na construção frásica e tratamento específico das transferências de ativos, podemos encontrar um paralelismo com o artigo 30.º da Proposta *Costé* (“As ordens de direção podem impor à afiliada qualquer transferência de ativos, qualquer prestação ou entrega em proveito da sociedade dominante ou doutras sociedades do grupo. Elas podem incluir a obrigação de celebrar convenções e de praticar quaisquer atos mesmo quando estas operações são suscetíveis de causar prejuízos à sociedade afiliada” [tradução encontrada em RAÚL VENTURA, *Grupos* cit., 330-331]). Todavia, apesar de as previsões do artigo 30.º da Proposta *Costé* e do artigo 503.º/4 relativamente à transferência de ativos serem idênticas, a estatuição é diametralmente oposta. Enquanto que neste, a transferência de ativos só será lícita quando existir uma justa contrapartida para a subordinada, naquele, a transferência será lícita desde que seja em proveito da dominante ou doutras sociedades do grupo.

grupos paritários, por outro. Ora, se, como afirma Engrácia Antunes, em relação aos grupos paritários: “... muito embora sejam admissíveis instruções vinculantes, parece já ser de considerar estar vedada a emissão de instruções *prejudiciais* ou desvantajosas para qualquer das sociedades (artigo 503.º, n.º 2, “ab initio”), atenta a ausência de previsão de um regime protetor especial, quer para as próprias sociedades, quer para os respetivos sócios minoritários e credores sociais”⁴⁵, então, uma norma como a do artigo 503.º/4 surge irrelevante para o regime dos grupos paritários⁴⁶.

Relativamente às classes de relações intragrupo relevantes, é evidente que apenas estão em causa, para efeitos da aplicação do artigo 503.º/4, as transferências *up* ou *sidestream*.

A norma do artigo 503.º/4, entendida no seu sentido declarativo, tem sido objeto de várias críticas e reparos:

- A referência ao artigo 502.º resulta de uma gralha ortográfica do legislador, que pretendia referir-se ao artigo 508.⁴⁷;
- A norma desconsidera uma das vantagens essenciais inerentes à organização empresarial em grupo, que consiste na circulação e realocação dos recursos das várias sociedades, de forma a maximizar a eficiência produtiva e rentabilidade do todo económico, contrariando a teleologia do artigo 503.⁴⁸;
- O conceito de «justa contrapartida», interpretado de forma sistemática com a norma do artigo 503.º/2, abrange todas as situações em que a transferência patrimonial dê origem a uma vantagem para a sociedade-mãe ou para outras sociedades do grupo;

⁴⁵ Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos* cit., 928.

⁴⁶ A proibição da emissão de instruções para a transferência de bens do património da sociedade sem justa contrapartida nos grupos paritários decorre, então, desde logo, da proibição geral da emissão de instruções desvantajosas para qualquer das sociedades.

⁴⁷ RAÚL VENTURA, *Novos estudos* cit., 116-117. É curioso que, já a redação do artigo 494.º/4 do projeto do Código das Sociedades Comerciais, publicado no BMJ 327, 1983, 328, equivalente ao atual 503.º/4 CSC continha uma gralha, ao remeter para o artigo 500.º, disposição penal relativa a declarações feitas para efeitos de constituição, alteração ou registo da sociedade. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA defende a interpretação ab-rogante da norma ou, quando muito, entendo-se a remissão como operada para o artigo 508.º (cf. *Grupos* cit., 507, nota 1542, e em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código* cit., artigo 503.º, anotação 22 e nota 8, 1306). ENGRÁCIA ANTUNES pronuncia-se contra a admissibilidade da interpretação da norma, fundada exclusivamente em alegadas gralhas ortográficas, (cf., *Os Grupos* cit., 745 (1447)). Interpretando a remissão como feita para o artigo 502.º, cf. AUGUSTA FRANÇA, *Estrutura* cit., 47.

⁴⁸ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos* cit., 745; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos* cit., 507, § 717 e em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código* cit., artigo 503.º, anotação 21, 1306.

- As soluções do direito estrangeiro, relativamente às transferências de ativos sociais são, precisamente, no sentido inverso ao que resulta da letra do artigo 503.º/4⁴⁹;
- Não se compreende a discriminação entre os recursos produtivos da empresa que integrem certos elementos do ativo corrente e imobilizado e os restantes ativos, operada pela referência da norma a “bens do ativo”⁵⁰;
- Do mesmo modo, também não se compreende a proibição genérica de transferência patrimoniais intragrupo, em face da permissão, sem restrições, da transferência de lucros, constante do artigo 508.⁵¹;
- Não existe razão que justifique que a adequação das instruções que envolvam transferências patrimoniais deva ser avaliada ao nível individual de uma sociedade, quando, para a generalidade das instruções potencialmente desvantajosas, essa adequação é avaliada ao nível global da empresa pluris-societária no seu conjunto⁵²;
- Interpretada literalmente, a norma revelar-se-ia excessivamente limitadora, em face da proteção já conferida à sociedade subordinada, aos sócios e aos credores sociais pelas normas dos artigos 500.º, 501.º e 502.⁵³

Em face dos argumentos em presença, a interpretação da norma não pode deixar de ser no sentido de que podem ser emitidas instruções pela sociedade-mãe à sociedade-filha que envolvam transferências patrimoniais, desde que, nos termos gerais, tal transferência implique uma vantagem para a sociedade-mãe ou outra sociedade do grupo e não coloque em causa a sobrevivência económica da sociedade-filha⁵⁴.

⁴⁹ Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos* cit., 746.

⁵⁰ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos* cit., 746.

⁵¹ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos* cit., 746.

⁵² ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos* cit., 746-747.

⁵³ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos* cit., 747.

⁵⁴ ENGRÁCIA ANTUNES interpreta o preceito como “constituindo um mero afloramento particular, em sede de transferências patrimoniais intragrupo, da doutrina geral subjacente a outros tipos de limite ao direito de instrução” (cf. *Os Grupos* cit. 747). ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA sustenta que “a autonomização da regra do artigo 503.º/4 – que apenas se explicará pela sensibilidade da matéria – é, pois, objetivamente desnecessária e injustificada.” (cf. *Grupos* cit., 507, § 717 e em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código* cit., artigo 503.º, anotações 21 e 28, 1306-1307).

AUGUSTA FRANÇA, porém, interpreta o artigo 503.º/4 de uma forma diferente: “A “justa contrapartida” é um conceito indeterminado, carecido de preenchimento valorativo. A ponderação do valor tem de ser feita na óptica da sociedade subordinada, dado que o objectivo legal é protegê-la. Não basta ponderar todos os interesses em confronto no grupo e obter uma solução globalmente equilibrada. Se assim fosse, a excepção de parte final do preceito não teria sentido. A sociedade subordinada tem de ficar numa situação semelhante à que dispunha anteriormente, ainda que o

2.1. *Garantias intragrupo*

Qualificada a prestação de garantia como uma atribuição patrimonial, o seu tratamento geral é aquele que resulta do já exposto anteriormente relativamente ao artigo 503.º e, em especial, ao seu n.º 4⁵⁵ relativamente às transferências patrimoniais.

Portanto, podem ser emitidas instruções pela sociedade-mãe à sociedade-filha para prestar garantias à mãe ou a qualquer sociedade irmã, desde que, nos termos gerais, tal transferência implique uma vantagem para a sociedade-mãe ou outra sociedade do grupo e não coloque em causa a sobrevivência económica da sociedade-filha.

2.2. *Garantias intragrupo. The twilight zone*

Se a norma do artigo 503.º/4 for interpretada literalmente, no sentido de que as transferências de bens estão sujeitas a um regime diferente daquele que resulta das regras gerais do poder de instrução (posição que, só por hipótese, se adianta), então, mostra-se relevante saber se todas as transferências patrimoniais são relevantes para efeitos de aplicação da norma. As considerações seguintes são *hipotéticas*, pois partem do pressuposto, para nós errado (tanto quanto algo pode estar errado em Direito), de que o artigo 503.º/4 prevê um regime especial para as transferências patrimoniais.

A previsão literal do artigo 503.º/4 refere-se a «transferência de bens do ativo da sociedade subordinada». Ora, transferências patrimoniais existem que não implicam a transferência de bens do ativo. No campo das garantias, temos especialmente em vista a prestação de garantias pessoais.

Com efeito, a prestação de garantias pessoais não opera qualquer alteração no valor dos ativos da sociedade. Uma coisa é prestar a garantia, outra é cumprir a obrigação perante o credor. Apenas com o cumprimento da obrigação decorrente da prestação de garantia pessoal opera uma transferência de bens do ativo (ainda que através da sua execução coerciva).

Poder-se-ia, então, dizer que, quando a sociedade-mãe emite uma instrução à sociedade-filha para garantir pessoalmente uma dívida sua ou de outra sociedade do grupo, ainda que sem contrapartida para si (filha), não estaria a violar o disposto no artigo 503.º/4. E que tal situação apenas se verificaria, quando a sociedade-mãe

valor real do bem transmitido não tenha que ser igual ao da contrapartida.” Não deixa, porém, a A. de notar que: “Neste caso têm de ser consideradas a utilidade empresarial do bem e as relações globais entre as duas sociedades. A complexidade das relações entre as diferentes unidades do grupo exige a sua consideração global.” (cf. *Estrutura* cit., 46-47).

⁵⁵ Cf. *supra* 1 e 2.

emitisse instrução para que a filha cumprisse a obrigação decorrente da garantia, pois só aí existe uma transferência de bens do ativo da sociedade-filha.

A análise das instruções dadas à sociedade filha para prestar garantias pessoais à sociedade-mãe ou a uma sociedade-irmã, caso lhes fosse aplicável um regime especial em relação às restantes instruções, teria que ser analisado com base na teleologia que sustentasse essa aplicação (e que não se vê qual possa ser). Neste sentido, não podemos avaliar em que medida uma interpretação declarativa, ou literal do artigo 503.º/4, seria impeditiva da prestação de garantias pessoais.

IV – Conservação do capital social

1. *Generalidades*

A regra geral, em todo o tipo de sociedades, é que os sócios têm a obrigação de efetuar entradas e de participar nas perdas – cf. artigo 20.º do CSC. A cláusula que isente o sócio da participação nas perdas é nula por força do disposto no artigo 22.º/3. A regra especial é que, em relação aos sócios de indústria, e no que se refere às relações internas, é lícita a estipulação que o isente das perdas – cf. artigos 20.º, *b*), 22.º/3, 178.º/2. No que se refere às relações externas, o sócio de indústria responde, tal como todos os outros sócios subsidiariamente em relação à sociedade e solidariamente com os outros sócios – cf. artigo 175.º/1. As entradas com indústria são inadmissíveis nas SQ e nas SA – cf. artigos 202.º/1 e 277.º/1.

Por outro lado, no que se refere às SQ e às SA, a responsabilidade dos sócios é, por definição, limitada. Ou seja, pelas dívidas da sociedade perante os credores sociais, responde apenas o património da sociedade – cf. 197.º/3 e 271.º.

Assim, facilmente se percebe que existam meios de proteção do património social, no interesse dos credores sociais. Um desses meios é a limitação da distribuição de bens aos sócios – artigo 32.º –, inserida no regime da conservação do capital social – artigos 31.º a 35.º.

Com efeito, se fosse permitido aos sócios dispor livremente do património societário, os interesses dos credores sociais ficariam gravemente desprotegidos, e as sociedades de responsabilidade limitada seriam facilmente transformadas em sociedades de responsabilidade nenhuma.

Propomo-nos, portanto, analisar a prestação de garantias face ao regime da distribuição de bens aos sócios. Para tal, começaremos por captar aspetos gerais do seu regime, para depois enquadrar de forma apropriada a prestação de garantias pelas sociedades.

2. A conservação do capital social («Kapitalerhaltung») no Direito alemão. Empréstimos e garantias. Generalidades

A matéria da conservação do capital social e garantia dos credores sociais está, de certa forma, uniformizado pelo Direito da União Europeia. Contudo, pela sua importância no desenvolvimento do tema, temos em especial atenção o Direito alemão.

Na Alemanha, a matéria da conservação do capital social («Kapitalerhaltung») vem sendo desenvolvida com repercussões para as relações *intragrupo*, em especial no que se refere aos empréstimos, mas também no que se refere à prestação de garantias, em face do disposto nos §§ 30 GmbHG e 57 AktG.

Pela sua importância, destaca-se a decisão *November* do BGH, de 24 de novembro de 2003⁵⁶ sobre empréstimos aos sócios. De acordo com o quadro legal então em vigor, não era certo qual o critério de limitação das distribuições de bens aos sócios⁵⁷. Julgando, porém, que o valor dos créditos de reembolso devidos pelos sócios à sociedade não devesse, em princípio, ser considerado, para efeitos da conservação do capital social, o BGH julgou que os empréstimos concedidos pela GmbH aos sócios através de bens necessários à manutenção do valor da massa patrimonial da sociedade em relação à cifra do capital social, violavam as regras da conservação do capital social. O BGH ignorou, assim, o critério contabilístico, e aplicou o critério da liquidez “real” do patrimônio da sociedade⁵⁸. No fundo, o BGH viu na concessão de empréstimos aos sócios o perigo de se tratar de uma distribuição oculta de bens. O BGH admitiu, contudo, que, *excepcionalmente*, um empréstimo não violaria as regras da conservação do capital se a sua concessão fosse i) no interesse da sociedade; ii) feita em condições de mercado (at *arm's length*); e iii) a situação financeira do credor não deixasse dúvidas em relação à restituição do crédito ou que o crédito estivesse devidamente garantido⁵⁹. Para além de ser uma interpretação extremamente

⁵⁶ BGH, 24.11.2003 (“November Urteil”), BGHZ 157, 72.

⁵⁷ O § 30 do GmbHG (1), na versão então em vigor, tinha o seguinte texto: “Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden.” [= “Não podem ser distribuídos aos sócios bens necessários à manutenção do capital social”].

⁵⁸ DANIEL KREIENKAMPF, *Behandlung des Cash Pools in GmbH und AG durch Gesellschafts- und Insolvenzrecht nach dem MoMiG*, GRIN, 2009, 10.

⁵⁹ Cf. JOCHEN VETTER/CHRISTIAN SCHWANDTNER, *Cash pooling* cit., 1155-1175 (1162-1163); MATTHIAS GÄRTNER, *Die rechtlichen Grenzen der Zulässigkeit des Cash Pooling*, Nomos, 2011, 61; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos* cit., 514, § 729; DANIEL KREIENKAMPF, *Behandlung* cit. 10.

restritiva das regras de conservação do capital social, o BGH não determinou, com a precisão suficiente em que circunstâncias se aplicavam as exceções, pelo que a situação de insegurança gerou-se, dividindo-se as orientações interpretativas sobre as regras da conservação do capital aplicáveis⁶⁰, e sobre as implicações da decisão *November* não só nos sistemas de *cash pooling*, mas também na prestação de garantias pelas GmbH.

A situação de incerteza sobre os critérios de aplicação das regras sobre a conservação do capital social sofreu uma alteração com a reforma das regras societárias operada pela MoMiG em 2008⁶¹. Restabeleceu-se, então, o critério do *balanço*⁶² e foram estabelecidas regras especiais para grupos de sociedades. O critério do balanço foi confirmado por decisão do BGH, de 1 de dezembro de 2008, no caso MPS (ou decisão *Dezember*)⁶³, relativo a grupos de facto constituídos por AG. O BGH esclareceu ainda que a prestação de garantias pela sociedade beneficiada não é requisito necessário para a validade do empréstimo, pelo menos no que respeita às relações intragrupo.

⁶⁰ Sobre as diversas interpretações das regras da conservação do capital social após a decisão *November* e a sua implicação na prestação de garantias, cf. PETER DAMPF, *Die Gewährung von Upstream-Sicherheiten im Konzern*, Der Konzern: Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Bilanzrecht und Rechnungslegung der verbundenen, n.º 3, 2007, 157-180 (171-173); JOCHEN VETTER/CHRISTIAN SCHWANDTNER, *Cash pooling* cit., 1163-1164;

⁶¹ Ao § 30 (1) foram acrescentadas duas frases: “Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.” [=“A proposição 1 não se aplica a prestações que resultem da existência de um contrato de subordinação ou de um contrato de transmissão de lucros (§ 291 AktG) ou estejam cobertas por uma contraprestação ou direito de reembolso totalmente realizáveis contra o sócio. A proposição 1 também não se aplica ao reembolso de empréstimos do sócio e a prestações em execução de atos jurídicos, que correspondam economicamente a empréstimos do sócio.”]

⁶² Cf. TOBIAS TILLMANN, *Upstream-Sicherheiten der GmbH im Lichte der Kapitalerhaltung – Ausblick auf das MoMiG*, NZG, vol. 11, 2008, 401-405 (404-405); JOCHEN VETTER/CHRISTIAN SCHWANDTNER, *Cash pooling* cit., 1166; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos* cit., 515, § 731.

⁶³ BGH, 1.12.2008 (“MPS” ou “Dezember Urteil”).

3. A limitação da distribuição de bens aos sócios no Direito português

3.1. Regra geral

No ordenamento jurídico português, as distribuições de bens aos sócios são limitadas em face do regime previsto nos artigos 31.º a 35.º CSC. Fala-se a este respeito de uma *função de garantia dos credores sociais*, decorrente do *princípio da conservação* ou da *intangibilidade do capital social*⁶⁴.

A regra da limitação da distribuição de bens aos sócios constante do artigo 32.º cumpre essa função e está ligada àquele princípio. De acordo com o disposto no artigo 32.º⁶⁵, não podem ser distribuídos bens aos sócios quando o *capital próprio*, incluindo o resultado líquido do exercício, tal como resulta das contas elaboradas e aprovadas nos termos legais, seja *inferior* à soma do *capital social* e das *reservas* que a lei ou o contrato não permitem distribuir aos sócios ou se torne inferior a esta

⁶⁴ TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Almedina, 2009, 132-146; COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, 450-454, classificando, no entanto, de fraca a garantia proporcionada pelas regras da intangibilidade do capital social; PEREIRA DE ALMEIDA, *O capital social e o SNC*, em “Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches”, vol. II, Coimbra, 2011., 99-115 (107 e 113-114); OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, Almedina, 5.ª ed., 2012, 254-256; ac. STJ 12-01-2012, processo 916/03.2TBCSC.L1.S1 (ÁLVARO RODRIGUES). Para OLIVEIRA ASCENSÃO, “o capital não serve para garantia dos credores”. Este entendimento baseia-se na conceção de capital social como o valor nominal das entradas dos sócios. Não deixa, porém, o Autor de afirmar que “com algum artifício e muitas limitações, (o capital social) dá a garantia a terceiros de que ao menos o valor correspondente foi assegurado e não pode ser distribuído aos sócios” (cf. *Direito comercial cit.*, vol. IV, Lisboa, 1993, 166-167). No mesmo sentido, cf. PAULO CÂMARA, em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código cit.*, artigo 32.º, anotação 3, 166, vendo no princípio da conservação do capital social a procura da aproximação entre a cifra do capital social e o património social. Cf. ainda ANTÓNIO PITA, *Apontamentos sobre capital social e património nas sociedades comerciais*, em “Estudos em memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches” vol. II, Coimbra, 2011, 499-526 (511-512), defendendo que o artigo 32.º do CSC está na base do princípio da intangibilidade do capital social, mas para quem o regime não sustenta a ideia de *garantia dos credores*, essencialmente, porque, segundo o Autor, não existem restrições legais à disposição, pela administração da sociedade, dos bens que constituem o ativo.

No fundo, parece-nos que as divergências se centram ao nível da terminologia e conceptualização, pelo que não se pode inferir, pelo menos imediatamente, diferenças de regime.

⁶⁵ A redação do artigo 32.º foi alterada pelo DL n.º 185/2009, de 12 de agosto, que lhe acrescentou o n.º 2.

Sobre a interpretação do n.º 2, nomeadamente no que se refere à alteração do critério do *custo histórico* pelo *justo valor*, cf. TARSO DOMINGUES, em COUTINHO DE ABREU (coord.) *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I, 2010, artigo 32.º, 500-502.

soma em consequência da distribuição⁶⁶. Ou seja, só são distribuíveis bens cujo valor não exceda o valor do *lucro de balanço*⁶⁷.

3.2. *Lucro de balanço*

Tal como no direito alemão (atual), o critério de limitação da distribuições de bens aos sócios em face do capital social no direito português é *contabilístico*.

Neste sentido, há que considerar, essencialmente, três conceitos: *capital próprio*, *capital social* e *reservas*.

⁶⁶ O regime resulta da transposição para o direito interno da Segunda Diretiva do Conselho sobre Sociedades ou Diretiva do Capital (Segunda Diretiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de dezembro de 1976), cujo regime se dirige apenas às sociedades anónimas, mas que o legislador português decidiu estender a todo o tipo de sociedades. O artigo 15.º/1, a) e c), e 2, têm o seguinte texto:

Artigo 15.º

1. a) Excetuando casos de redução do capital subscrito, nenhuma distribuição pode ser feita aos acionistas sempre que, na data de encerramento do último exercício, o ativo líquido, tal como resulta das contas anuais, for inferior, ou passasse a sê-lo por força de uma tal distribuição, à soma do montante do capital subscrito e das reservas que a lei ou os estatutos não permitem distribuir.

(...)

c) O montante da distribuição feita aos acionistas não pode exceder o montante dos resultados do último exercício encerrado, acrescido dos lucros transitados, bem como de fundos retirados de reservas disponíveis para este efeito, e deduzido das perdas transitadas, bem como dos valores levados a reserva, nos termos da lei ou dos estatutos.

(...)

2. Se a legislação de um Estado-membro admitir o pagamento de adiantamentos sobre os dividendos, deve subordiná-lo, pelo menos, às seguintes condições:

a) Deve ser elaborado um balanço intercalar que demonstre que os fundos disponíveis para a distribuição são suficientes;

b) O montante a distribuir não pode exceder o montante dos resultados realizados desde o fim do último exercício cujas contas anuais tenham sido aprovadas, acrescido dos lucros transitados, bem como de fundos retirados das reservas disponíveis para este efeito, e deduzido das perdas transitadas, bem como dos valores a levar a reservas, nos termos da lei ou dos estatutos.

(...).

Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Código cit.*, 50. Sobre o artigo 15.º da Diretiva e a sua transposição, cf. RAÚL VENTURA, *Adaptação cit.*, 37-56; MENEZES CORDEIRO, *Direito cit.*, 212 e 224; TARSO DOMINGUES, em COUTINHO DE ABREU (coord.), *Código cit.*, artigo 32.º, 489-491; PAULO CÂMARA em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código cit.*, artigo 32.º, anotações 5-6, 166-167.

⁶⁷ Sobre o *lucro de balanço*, ou *lucro periódico*, que são conceitos equivalentes, cf. TARSO DOMINGUES, *Do Capital Social. Noção, princípios e funções*, 2.ª ed., 2004, Coimbra, 250-251; PAULO CÂMARA, em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código cit.*, artigo 32.º, anotações 6-13, 167-168; COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, 455.

*Capital próprio*⁶⁸ é o valor dos bens que integram o património líquido⁶⁹ da sociedade⁷⁰. Noutras palavras, mais ao jeito contabilístico, é o valor excedente do ativo, relativamente ao valor do passivo⁷¹.

Capital social é um conceito de direito societário de sentido não unívoco⁷². Nomeadamente, na lei, o sentido que o capital social representado no artigo 9.º/1, al. f) CSC, como elemento a constar do contrato de sociedade⁷³, não é o mesmo, por exemplo, que o representado no artigo 35.º/2 CSC⁷⁴, relativamente à perda de metade do capital. Para efeitos de limitação à distribuição de bens aos sócios, no artigo 32.º, o capital social tem uma vertente contabilística, surge como uma cifra com expressão monetária, que consta do contrato de sociedade e deve ser inscrita no lado direito do balanço.

Reservas são, no sentido aqui pretendido, uma cifra contabilística correspondente a um valor que não pode ser excedido pelo valor dos bens distribuídos⁷⁵. Interessam, como limite à distribuição de bens, as reservas legais e as estatutárias – cf. artigos 218.º, para as SQ e 295.º, para as SA e SCA⁷⁶.

⁶⁸ Expressão que resulta da alteração do DL 185/09, substituindo a anterior expressão “situação líquida”. Sobre o significado desta substituição, cf. OLAVO CUNHA, *Direito cit.*, 330, nota 487.

⁶⁹ Neste sentido, é necessário abater o passivo, incluindo os impostos devidos sobre os resultados líquidos, cf. PAULO CÂMARA em MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código cit.*, artigo 32.º, anotação 10, 167-168; MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, vol. I – Parte geral, 3.ª ed. ampliada e atualizada, 2011, 660.

⁷⁰ OLAVO CUNHA, *Direito cit.*, 260-261; COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, 445; ALEXANDRE MOTA PINTO, *Capital social e tutela dos credores para acabar de vez com o capital social mínimo nas sociedades por quotas*, em “Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais”, vol. I, Coimbra Editora, 2007, 837-861 (841); PEREIRA DE ALMEIDA, *O capital cit.*, 101; ANTÓNIO PITA, *Apontamentos cit.*, 501-505; GERVÁSIO LÉRIAS, *Do capital social da sociedade ao capital próprio da empresa*, em *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 2, n.º 3, out., 121-147 (127). Para uma análise das normas contabilísticas relativas ao capital próprio, cf. ainda GERVÁSIO LÉRIAS, *Do capital cit.*, 132-142.

⁷¹ Cf. TARSO DOMINGUES, *Variações cit.*, 252, nota 943, afirmando que “Situação Líquida (expressão usada no CSC...) e Capital Próprio (expressão usada no POC atual) são expressões equivalentes. Cf. ainda, PEREIRA DE ALMEIDA, *O capital cit.*, 101, em que se lê: “Se os valores do ativo excederem os valores do passivo, a sociedade tem uma situação líquida positiva, ou seja, tem capital próprio”; ANTÓNIO PITA, *Apontamentos cit.*, 502: “Capital próprio é o interesse residual nos activos da entidade depois de deduzir todos os passivos.”

⁷² Sobre a(s) noção(ões) de *capital social*, cf. TARSO DOMINGUES, *Do Capital cit.*, 32-54; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial cit.*, 158-160; COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, 443-445; ALEXANDRE MOTA PINTO, *Capital cit.*, 841-842; PEREIRA DE ALMEIDA, *O Capital cit.*, 99-101; GERVÁSIO LÉRIAS, *Do capital cit.*, 123-124.

⁷³ Mero *nomen juris*, cf. TARSO DOMINGUES, *Variações cit.*, 36 e 47.

⁷⁴ Aqui como massa concreta de bens, ou fundo patrimonial, cf. TARSO DOMINGUES, *Variações cit.*, 51.

⁷⁵ COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, 481-482.

⁷⁶ Sobre as reservas, cf. OLAVO CUNHA, *Direito cit.*, 256-259; MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades cit.* 661-666.

3.3. Distribuição de bens da sociedade aos sócios

Pode decompor-se a previsão do artigo 32.º em dois elementos; i) distribuição de bens da sociedade; ii) aos sócios.

É essencial, portanto, saber quando existe uma distribuição de bens e quando essa distribuição deve ser considerada como feita ao sócio.

3.3.1. Distribuição de bens da sociedade

É discutido, na Alemanha, o conceito de «Auszahlung», para efeitos do § 30 (1) GmbHG, equivalente à nossa «distribuição de bens», embora literalmente mais bem traduzido como «pagamento», para efeitos das regras da conservação do capital social.

Aquilo que parece ser pacífico na densificação do conceito é que o interesse dos credores da sociedade, refletido no princípio da conservação do capital social «Kapitalerhaltung» reclama que o conceito não deva ser interpretado literalmente como referindo-se apenas a prestações em dinheiro, mas sim como compreendendo qualquer prestação que economicamente faça diminuir o património da sociedade necessário para a conservação do capital social⁷⁷. Há também quem inclua no conceito os negócios celebrados entre a sociedade e o sócio em que o valor da vantagem obtida não corresponda às condições habituais de mercado⁷⁸, não nos parecendo, contudo, certo que as condições de mercado sejam relevantes para a definição de «Auszahlung», ou para justificar a sua licitude face a um enfraquecimento da situação patrimonial líquida da sociedade, decorrente da distribuição⁷⁹.

E controvertida parece ser a questão de saber se o critério contabilístico do balanço deve ser utilizado, não só para avaliar se uma distribuição de bens é conforme ou não com as regras da conservação do capital social, nomeadamente, através da avaliação contabilística dos créditos de reembolso a favor da sociedade, mas também para a própria qualificação de uma determinada operação como «Auszahlung»⁸⁰.

⁷⁷ Ao que parece, o entendimento encontra as suas raízes na decisão do BGH de 14.12.1959, NJW 1960, 285 ss. (286). Cf. EKKENGA, em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*, C. H. Beck München, 2010, § 30, 2066–2205, anotações 127–128, 2133–2134; ROTTHEGE, em ROTTHEGE/WASSERMAN, *Unternehmenskauf bei der GmbH*, C. F. Müller, 2011, 276–277; JUNG/OTTO, em MÜLLER/WINKELJOHANN, *Beck'sches Handbuch der GmbH*, 4.ª ed., C. H. Beck, 2009, § 8, anotações 5 e 6, 441–515 (445–446); PETER DAMPF, *Die Gewährung* cit., 159; DANIEL KREIENKAMPF, *Behandlung* cit., 11; STEMMER HENNING, *Auswirkungen des MoMiG auf die Kapitalerhaltung in der GmbH unter besonderer Berücksichtigung des Cash Pooling*, em “ReWir – Recklinghäuser Beiträge zu Recht und Wirtschaft”, 2/2010, 4.

⁷⁸ EKKENGA, em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener cit.*, anotação 129, 2134; STEMMER HENNING, *Auswirkungen* cit., 4; DANIEL KREIENKAMPF, *Behandlung* cit., 11.

⁷⁹ EKKENGA, em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener cit.*, anotações 246–252, 2182–2185.

⁸⁰ TOBIAS TILLMANN, *Upstream-Sicherheiten* cit., 404.

Em relação à «distribuição de bens» no ordenamento jurídico português, a doutrina sobre a matéria é escassa⁸¹, assim como o é a jurisprudência⁸². No entanto,

⁸¹ Apesar disso, parece ser possível encontrar alguns indícios nas palavras de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA *Grupos* cit., 513, 518 e 524, §§ 727-728, 735 e 743:

“No que respeita ao limite geral da conservação do capital, o artigo 32.º proíbe apenas a «distribuição de bens aos sócios» e somente nos casos em que a situação líquida da sociedade for ou se tornar inferior à soma do capital e das reservas que a lei ou o contrato não permitem distribuir aos sócios. Mas à distribuição é equiparado, em sede de regime de restituição, «qualquer facto que faça beneficiar o património das referidas pessoas dos valores indevidamente atribuídos» (artigo 34.º/5). De resto, em face de regras paralelas, tem-se questionado se o termo «distribuição» pode ser extensivamente interpretado de forma a abranger toda a redução patrimonial da sociedade em benefício do sócio, suscetível de prejudicar a conservação do capital social. À partida, estariam em causa não só pagamentos mas todo o tipo de benefícios com valor financeiro ou comercial, feitos à sociedade-mãe ou a sociedade coligada, incluindo a sociedade-irmã, desde que sob controlo comum, atenta a proximidade económica entre sociedades.

Haveria, todavia, que distinguir. De acordo com uma aproximação contabilística, só existiria distribuição inadmissível quando a medida se repercutisse desfavoravelmente no balanço: assim, os limites resultantes do capital social apenas seriam violados se o pagamento do valor do empréstimo não desse lugar a uma pretensão de restituição de idêntico valor, valendo isto por dizer que a licitude da operação dependeria apenas da sua neutralidade contabilística, esta pressupondo que o crédito seja totalmente realizável (*vollwertig*), pois só então poderia ser inscrito no balanço pelo seu valor nominal.” (513, §§ 727-728).

“(…) Em especial, o artigo 32.º pode limitar a concessão de empréstimos intragrupo, quando o empréstimo deva ser qualificado como «distribuição», ainda que oculta. É o que acontece nos casos em que o crédito à restituição tem um valor real inferior ao seu valor nominal, *maxime* devido à capacidade de cumprimento do sócio. Quando o crédito à restituição for de valor equivalente não existe uma distribuição para efeitos do artigo 32.º, além de que a neutralidade contabilística do empréstimo retiraria relevo aos limites dele resultante. Sempre que o empréstimo deva ser qualificado como «distribuição», a sua admissibilidade fica sujeita à verificação dos requisitos do artigo 32.º, de tal maneira que só pode ser efectuado com valores que não sejam necessários para a cobertura do capital e das reservas.” (518, § 735)

“(…) Porém, do mesmo modo que o empréstimo, a garantia que não dê lugar a um crédito de reembolso de valor equivalente – *maxime*, em virtude da duvidosa solvência do garantido – corresponde, materialmente, a uma «distribuição» para efeitos do artigo 32.º, devendo obedecer às exigências deste preceito.” (524, § 743).

São também relevantes as palavras de TARSO DOMINGUES:

“O princípio visa apenas impedir que tal suceda em virtude da atribuição aos sócios (...) de valores de qualquer natureza” (cf. *Varição* cit., 252)

“...os valores entregues pelos sócios à sociedade destinados à cobertura do capital não podem retornar ao património destes.” (cf. *Variações* cit., 254)

“Quanto ao modo de pagamento dos dividendos, a regra é os mesmos serem pagos em dinheiro, embora não tenha necessariamente que ser assim, cabendo ao órgão de administração (...) decidir sobre a utilização do meio de pagamento mais conveniente para a sociedade” (cf. *Variações* cit., 312-313. “(...) aquela norma [do artigo 32.º], ao permitir a distribuição de quaisquer bens – dinheiro ou outros – ...” (cf. *Do capital* cit., 136)

Parece poder desprender-se do conjunto dessas palavras que o conceito de distribuição de bens deve incluir qualquer atribuição patrimonial aos sócios, qualquer que seja a forma jurídica que ela assuma.

⁸² Cf., no entanto, o ac. STJ de 10-05-2011, processo 1179/08.9TBSTC.E1.S1 (GARCIA CALEJO), em que o STJ decidiu que uma distribuição de lucros (a qual, no caso, se materializou numa

a definição é essencial, na medida em que a distribuição de bens é um pressuposto da aplicação das regras da conservação do capital social.

Se as regras da conservação do capital social, nomeadamente o artigo 32.º, cumprem, no ordenamento jurídico português, à semelhança do que ocorre no ordenamento jurídico alemão, a função de garantia dos credores sociais, sendo o interesse destes protegido por essas regras, então, deve ser, em primeira linha, à luz desse interesse que deve ser interpretado o conceito de «distribuição de bens».

Neste sentido, o conceito, ou, pelo menos, o âmbito de aplicação das normas a ele referentes, não pode ser limitado pela letra da lei, quando se verifique existirem situações que impliquem considerações valorativas, avaliadas em função do interesse dos credores sociais, idênticas a uma literal «distribuição de bens».

E se, no ordenamento jurídico português, tal como no ordenamento jurídico alemão, as regras da conservação do capital social, e nomeadamente o artigo 32.º, visam proteger o interesse dos credores sociais⁸³, através da proteção do património societário, que lhes serve de garantia, então, o conceito de «distribuição de bens», ou pelo menos o âmbito de aplicação do artigo 32.º, deve abranger todas as situações que, à semelhança de uma literal «distribuição de bens», sejam contrárias à proteção do património da sociedade, enquanto garantia dos credores.

Como vimos, a proteção do património da sociedade é alcançada, no artigo 32.º, através da proibição de distribuições de bens, quando se verifique que não existe lucro de balanço, ou que tal situação se verificaria, em consequência da distribuição.

Assim sendo, uma adequada proteção do interesse dos credores sociais na conservação do capital social reclama que o conceito de «distribuição de bens» abranja todos os atos dos quais possa resultar uma diminuição do valor do património líquido da sociedade.

O conceito de «distribuição de bens», para efeitos do artigo 32.º, pode abranger, portanto, não só a transmissão de meios de produção da sociedade, mas também, entre outros atos, as entregas de dinheiro⁸⁴, a concessão de empréstimos,

transferência bancária de uma conta da sociedade a favor da sócia) não se consubstancia numa “distribuição de bens” da sociedade. Por bens da sociedade, o STJ entendeu, no citado aresto, os “bens que a sociedade detenha e os haja adquirido para transformar e/ou comercializar”.

⁸³ MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades* cit., 659 defende que “a própria confiança do público na estabilidade dos entes colectivos” também é um interesse acautelado pelo regime da distribuição de bens aos sócios.

⁸⁴ Mal andou, portanto, o STJ no citado ac. de 10-05-2011 ao considerar que uma prestação pecuniária não era uma distribuição de bens e ao definir bens, para efeitos do artigo 32.º como “bens que a sociedade detenha e os haja adquirido para transformar e/ou comercializar”. Além do mais, duvidamos ainda da compatibilidade da interpretação do STJ com o Direito da União Europeia. Lembremos que as normas do artigo 32.º resultam de transposição do artigo 15.º da Diretiva do Capital. Se, por um lado, o artigo 15.º refere apenas «distribuição» e não distribuição

a prestação de serviços, ou a constituição de outros direitos reais, pois da prática de qualquer um deles pode resultar um enfraquecimento da situação patrimonial da sociedade⁸⁵.

Não parece, no entanto, justificar-se a inclusão no conceito de «distribuição de bens da sociedade», para efeitos do artigo 32.º, dos negócios celebrados pela sociedade em que o valor da vantagem obtida pela primeira seja inferior ao valor de mercado, como parece suceder face ao direito alemão no que respeita ao «Auszahlung», para efeitos do § 30 (1) GmbHG. É que, uma vez que adotamos um conceito de distribuição de bens, baseado na proteção da situação patrimonial da sociedade, como ela resulta do balanço, é indiferente se o valor da contrapartida pelo ato da sociedade é inferior àquele que a mesma obteria em condições de mercado. A aferição faz-se pelo lado da sociedade, e de acordo com a sua situação patrimonial⁸⁶. É indiferente, a este respeito, a vantagem que as outras partes possam obter do negócio. Neste sentido, se do negócio não resultar qualquer alteração na situação patrimonial líquida da sociedade, ou, ainda, se esta sair reforçada, não faz sentido considerar o ato uma distribuição de bens para efeitos do artigo 32.º, apenas porque a contrapartida poderia ter sido mais vantajosa caso resultasse da prática em condições de mercado. Nem procede o argumento de que existe uma distribuição de bens porque o sócio obteve uma vantagem que não obteria, caso o negócio fosse praticado em condições de mercado.

Relativamente à questão de saber se o conceito de «distribuição de bens» deve, tal como os seus limites, decorrer da aplicação do critério contabilístico, não vemos razão para que, pelo menos no que se refere às distribuições com reflexos no *ativo*, assim seja. Na verdade, se a conservação do capital social opera mediante a avaliação da situação patrimonial líquida da sociedade, de acordo com o balanço, qualquer alteração deve, em princípio, ser tida em conta. O interesse dos credores sociais assim o exige. Em relação aos atos com reflexo no *passivo*, é duvidoso que o critério contabilístico deva ser sempre seguido, enquanto limite à distribuição de bens. Isto porque nem sempre do aumento do passivo da sociedade resulta um enfraquecimento da garantia dos credores. Isto é particularmente visível nas situações em que as dívidas da sociedade, resultantes do ato, não têm repercussões na satisfação dos interesses dos credores sociais pelo património da sociedade.

«de bens», por outro lado, a al. d) do n.º 1 e o n.º 2 do referido preceito expressamente preveem o «pagamento de dividendos e de juros correspondentes às ações», os quais, tipicamente, se materializam em prestações pecuniárias. Contudo, o TJUE ainda não se pronunciou sobre o conceito de «distribuição» para efeitos da Diretiva 77/91/CEE.

⁸⁵ JUNG/OTTO, em MÜLLER/WINKELJOHANN, *Beck'sches cit.*, 446, § 6.

⁸⁶ A comparação com as condições de mercado pode ser útil, porém, para, depois de identificada a existência de uma «distribuição de bens da sociedade», determinar se essa distribuição foi feita «ao sócio». Parece-nos que se situam em momentos lógicos distintos, portanto.

Neste sentido, em relação aos atos com reflexos no *ativo*, o critério contabilístico permite identificar uma distribuição, mas em relação aos atos com reflexo no *passivo*, o critério contabilístico não deve ser o único critério utilizado, mas antes ser agilizizado com a diminuição real da garantia dos credores.

3.3.1.1. Garantias

A recondução das *garantias* intragrupo à matéria da conservação do capital social depende, em primeira linha, da sua consideração como uma distribuição de bens ou como operação que mereça tratamento idêntico.

A prestação da garantia não opera, em princípio, a transferência da propriedade de bens da sociedade⁸⁷. É apenas com a execução da garantia que a titularidade dos bens sai da esfera patrimonial da sociedade garante, mas então nasce um direito de regresso sobre o devedor principal (garantido). Finalmente, se esse direito de regresso não é exercido, a perda é definitiva, podendo inclusivamente a sociedade garante tornar-se insolvente em consequência da situação gerada pela garantia.

No direito alemão, é pacífico o entendimento de que as garantias também se podem incluir no conceito de «Auszahlung», seja imediatamente pela interpretação do conceito⁸⁸, seja mediamente pela sua comparabilidade funcional com os empréstimos⁸⁹.

Em face do ordenamento jurídico português valem as mesmas considerações, balizadas, porém, pelo critério contabilístico e pelo interesse dos credores sociais.

A *prestação de garantias reais* (v.g. hipoteca ou penhor) tem um efeito contabilístico imediato nos bens que são seu objeto. Onerados com garantia, os bens da sociedade são avaliados, contabilisticamente, com um valor inferior àquele que existia antes da oneração. Quando desacompanhada de um valor totalmente realizável («vollwertig») inscrito no ativo, ou de uma redução de igual valor no passivo (v.g. por cumprimento por parte do beneficiário da distribuição de uma

⁸⁷ Contudo, existem negócios em que a transferência da propriedade é utilizada com a função de garantia. Cf. MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, 2.ª ed., Almedina, 2008, 253-282; ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimentos*, 5.ª ed., Almedina, 2006, 237-247.

⁸⁸ EKKENGA, em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener cit.*, anotações 140-141, 2140-2141; ENSTHALER, em ENSTHALER/FÜLLER/SCHMIDT, *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 2.ª ed., Luchterland, 2010, § 30, 266-273, anotações 26-27, 273; ROTTHEGE, em ROTTHEGE/WASSERMAN, *Unternehmenskauf cit.* 277; STEMMEER HENNING, *Auswirkungen cit.*, 5. Discute-se, porém, em que momento se deve considerar a garantia como «Auszahlung»: se no momento da prestação («Bestellung»), se no momento da sua utilização («Verwertung») e se o momento relevante deve ser o mesmo na garantia pessoal como na garantia real. Adiante serão feitas as distinções.

⁸⁹ PETER DAMPF, *Die Gewährung cit.*, 159.

obrigação da sociedade com o consentimento desta) ou seja, quando da prestação da garantia real resulte uma situação líquida da sociedade mais desfavorável do que aquela que existia anteriormente, a prestação da garantia real deve ser qualificada como uma distribuição de bens, sujeita aos limites do artigo 32.º.

Por seu turno, a *prestação de garantias pessoais* (v.g. aval, fiança, cartas de conforto fortes), não tem efeito (não a mera celebração da garantia) no ativo da sociedade. Não obstante, é inscrito um valor de provisão, no lado do passivo societário. Neste sentido, também a prestação de garantia pessoal, quando desacompanhada de um valor totalmente realizável («vollwertig») inscrito no ativo, ou de uma redução de igual valor no passivo, deveria, em princípio, ser qualificada como uma distribuição de bens, nos mesmos termos que a prestação de garantias reais⁹⁰. Contudo, é apenas com a sua execução que o valor dos ativos diminui. Neste sentido, desacompanhada de qualquer privilégio sobre o património da sociedade, a prestação de garantias não tem qualquer efeito sobre o património que vai servir de garantia aos credores sociais⁹¹.

Por outro lado, a *execução da garantia (real ou pessoal)* tem por efeito a diminuição do valor ativo da sociedade. Deste modo, nos mesmos termos já referidos, se a diminuição contabilística do ativo da sociedade, resultante da execução da garantia não for acompanhada de um valor totalmente realizável («vollwertig») inscrito no ativo, ou de uma redução de igual valor no passivo, a execução da garantia deve ser qualificada como uma distribuição de bens, sujeita aos limites do artigo 32.º.

Por fim, as mesmas considerações valem para qualquer enfraquecimento da situação patrimonial líquida da sociedade, como resultante da avaliação contabilística do balanço, que se verifique no tempo que medeia a prestação e a execução da garantia real (v.g. por efeito da diminuição do valor do direito de regresso sobre o devedor, em consequência do enfraquecimento da sua capacidade de solvência). Com efeito, do conceito abrangente de «distribuição de bens» adotado, e tendo em conta a proteção dos credores sociais através das regras de conservação do capital social, resulta que esta proteção sairia (pelo menos, parcialmente) frustrada caso não se considerasse estar perante uma distribuição de bens quando o valor da diminuição dos ativos, decorrente da prestação da garantia real, deixasse de ter valores correspondentes no ativo ou na redução do passivo.

⁹⁰ Não era este o entendimento que vigorava, no âmbito do ordenamento alemão, cf. BGH 18.6.2007 (antes da entrada em vigor da MoMiG); cf. ainda EKKENGA, em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener cit.*, anotação 140, 2140–2141.

⁹¹ Com a mesma solução, em face do direito alemão, cf. EKKENGA, em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener cit.*, anotação 176, 2156. TOBIAS TILLMANN, *Upstream- Sicherheiten cit.*, 404, acrescentando, porém, que, além da execução, é também considerado distribuição o momento em que a execução se torna certa. CF. ainda ENSTHALER, em ENSTHALER/FÜLLER/SCHMIDT, *Kommentar cit.*, anotação 27, 273, não distinguindo, porém entre as garantias pessoais e as garantias reais.

3.3.2. Distribuição aos sócios

Quanto aos negócios celebrados pela sociedade em que apenas sejam partes a sociedade e o sócio, é simples identificar se existe ou não uma distribuição aos sócios.

Mas quanto aos negócios em que existam outras partes ou mesmo em que o sócio não seja parte, essa identificação é mais difícil. Na verdade, não se pode afirmar, à partida, que, embora o sócio não seja parte no negócio celebrado pela sociedade, ele não seja o beneficiário de uma distribuição de bens. É que podem existir situações em que as prestações efetuadas pela sociedade a um terceiro, também se consubstanciem numa atribuição patrimonial ao sócio.

A essas situações pode chamar-se de *atribuições patrimoniais indiretas* ou *ocultas*⁹². Verificados determinados pressupostos, estas situações também devem ser consideradas distribuições aos sócios⁹³, e, portanto, sujeitar-se ao regime previsto no artigo 32.º.

Com efeito, se, da celebração de um negócio em que o beneficiário da prestação seja um terceiro, resulte um aumento de património, uma expectativa de ganho ou uma diminuição de risco a favor do sócio, como consequência de uma diminuição de património, redução das expectativas de ganho, ou um aumento do risco pela garante⁹⁴, o que implica que não exista uma contrapartida de igual valor⁹⁵, é possível ver na prestação da sociedade uma *atribuição patrimonial indireta* ao sócio⁹⁶.

Mas para que essa atribuição patrimonial indireta seja considerada uma distribuição de bens, é exigível ainda que o sócio e o terceiro formem uma *unidade funcional*, que se consubstancie em *especiais relações de proximidade pessoal ou económica*⁹⁷. A partir destas noções, é possível a construção de grupos de casos.

Nas especiais relações de proximidade pessoal, destacam-se as prestações feitas pela sociedade em favor do cônjuge ou dos filhos do sócio⁹⁸. Por outro lado, um grupo de casos em que, evidentemente, existe uma atribuição patrimonial indireta, que deve ser classificada como uma distribuição de bens ao sócio, é o

⁹² Cf. JUNG/OTTO, em MÜLLER/WINKELJOHANN, *Beck'sches* cit. 458; EKKENGA, em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener* cit., anotações 170 e 173, 2153-2155.

⁹³ EKKENGA, em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener* cit., anotação 149, 2144; ENSTHALER, em ENSTHALER/FÜLLER/SCHMIDT, *Kommentar* cit., anotação 26, 273.

⁹⁴ Justifica-se aqui a referência à obra italiana de MASSIMO MIOLA, *Le Garanzie* cit., 196.

⁹⁵ Cf. WILHELM, *Kapitalgesellschaftsrecht*, De Gruyter Recht, 2009, 161.

⁹⁶ MASSIMO MIOLA, *Le Garanzie* cit., 196-197.

⁹⁷ EKKENGA em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener* cit., anotações 149 e 170, 2144 e 2153-2154; ENSTHALER, em ENSTHALER/FÜLLER/SCHMIDT, *Kommentar* cit., anotação 26, 273.

⁹⁸ EKKENGA, em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener* cit., anotação 149, 2144; JUNG/OTTO, em MÜLLER/WINKELJOHANN, *Beck'sches* cit., 459; ENSTHALER, em ENSTHALER/FÜLLER/SCHMIDT, *Kommentar* cit., anotação 26, 273.

da prestação efetuada a terceiros, para cumprimento de uma obrigação do sócio, com o seu consentimento⁹⁹.

Nas *especiais relações de carácter económico*, têm especial relevância os *grupos de sociedades*. Aquilo que caracteriza um grupo de sociedades é, precisamente, a sua *unidade funcional*, que se traduz numa *direção económica unitária*. Esta unidade abrange, por definição, tanto os grupos de direito como os grupos de facto. Deste modo, as relações de grupo (de facto ou de direito) assumem relevância para efeitos da qualificação da prestação como distribuição indireta. Quando a prestação for efetuada a uma sociedade que não tem participações na distribuidora, mas que pertencer a um grupo, cuja sociedade-mãe é sócia da distribuidora, também se aplicam as regras da distribuição de bens, previstas no artigo 32.º. Por outras palavras, as prestações *sidestream* também são *distribuições aos sócios* quando a sociedade-mãe tenha participação social na sociedade que efetua a prestação¹⁰⁰.

3.3.2.1. Garantias

Existem negócios, cujos efeitos atingem distintamente o património de mais de dois sujeitos. Chamam-se negócios com *dupla atribuição patrimonial* ou *bidirecionais*¹⁰¹. A prestação de garantias, quando efetuada por outra pessoa que não o devedor principal assume essa natureza. Neste sentido, a atribuição patrimonial poder ser dirigida ao sócio, apesar de a garantia ser prestada a terceiro.

Isto significa que também as garantias prestadas a terceiros podem estar sujeitas aos limites do artigo 32.º, quando a atribuição patrimonial for dirigida ao sócio¹⁰².

Ora, quando se verifique um aumento de património, uma expectativa de ganho ou uma diminuição de risco a favor da sociedade garantida, como consequência de uma diminuição de património, redução das expectativas de ganho,

⁹⁹ Ac. TRC de 03-03-2009, processo 228/04.4TBILHV.C1 (SÍLVIA PIRES). No ordenamento jurídico alemão, cf. ENSTHALER, em ENSTHALER/FÜLLER/SCHMIDT, *Kommentar* cit., anotação 26, 273; EKKENGA, em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener* cit., anotação 170, 2153-2154.

¹⁰⁰ Cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupo* cit., 524-525.

¹⁰¹ MOTA PINTO, *Onerosidade e gratuidade das garantias de dívidas de terceiro na doutrina da falência e da impugnação pauliana*, em “Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro”, III, Coimbra, 1983, 93-117 (104); CURA MARIANO, *Impugnação Pauliana*, 2.ª ed., Almedina, 2008, 219; acs. TRC de 02-11-2010, processo 983/07.0TBGRD-A.C1 (BARATEIRO MARTINS) e TRC de 24-02-2012, processo 322-C/2002. C1 (BARATEIRO MARTINS).

¹⁰² Neste sentido, EKKENGA em FLEISCHER/GOETTE (eds.), *Münchener* cit., anotação 177, 2156; ENSTHALER, em ENSTHALER/FÜLLER/SCHMIDT, *Kommentar* cit., anotação 27, 273.

ou um aumento do risco pela garante¹⁰³, é possível ver na prestação de garantias a título gratuito uma *atribuição patrimonial indireta* ao sócio¹⁰⁴.

Em relação ao demais, valem as considerações que foram feitas em relação à generalidade das distribuições de bens ao sócio. Neste sentido, também as *relações de especial proximidade* devem ser tidas em conta, pelo que as garantias *sidestream* também devem ser consideradas distribuições de bens à sociedade-mãe, quando esta seja sócia da sociedade garante¹⁰⁵.

Conclusões

Os limites à prestação de garantias, previstos no artigo 6.º/3, relacionam-se com o fim e interesse da sociedade. Dizem respeito à possibilidade da sociedade atuar relação a atos concretos de prestação de garantias, devendo reconduzir-se, portanto, à matéria da legitimidade.

O regime previsto no artigo 6.º/3 só se aplica às garantias prestadas a *título gratuito*, e não às garantias prestadas a título oneroso.

Não se justifica fulminar com nulidade a violação do disposto no artigo 6.º/3.

A ressalva do artigo 6.º/3 relativa às *relações de domínio* (que não o domínio total) abrange as garantias *downstream*, mas em relação às garantias *up* ou *sidestream* procede a interpretação restritivo-teleológica, segundo a qual, em relação a estas, deve ser demonstrado o justificado interesse próprio da sociedade, sob pena de violação do artigo 6.º/3.

A ressalva do artigo 6.º/3 relativa às *relações de grupo* abrange, no âmbito dos *grupos de direito*, as garantias *down*, *up* e *sidestream*. Relativamente aos *grupos de facto*, não está dispensada a demonstração de um justificado interesse próprio da sociedade, mas a revelação de um grupo de facto é um indício da existência desse justificado interesse próprio.

A norma do artigo 503.º/4 é irrelevante para o regime dos grupos paritários.

O artigo 503.º/4 deve ser interpretado no sentido de que a sociedade-mãe pode emitir instruções à sociedade-filha que envolvam transferências patrimoniais, desde que se prossiga uma vantagem da sociedade-mãe ou de outras sociedades do grupo.

Caso o artigo 503.º/4 devesse ser interpretado no sentido de que a sociedade-mãe *não* pode emitir instruções à sociedade-filha que envolvam transferências de bens do ativo, é duvidoso que a prestação de *garantias pessoais* pudesse cair no escopo dessa norma.

¹⁰³ Justifica-se aqui a referência à obra italiana de MASSIMO MIOLA, *Le Garanzie* cit., 196. Cf. WILHELM, *Kapitalgesellschaftsrecht*, De Gruyter Recht, 2009, 164.

¹⁰⁴ MASSIMO MIOLA, *Le Garanzie* cit., 196-197.

¹⁰⁵ MASSIMO MIOLA, *Le Garanzie* cit., 39.

No direito português, o critério para determinar o limite da distribuição de bens aos sócios é, em primeira linha, *contabilístico*, à semelhança do que resulta do entendimento dominante em face do direito alemão, após a entrada em vigor da MoMiG.

Devem considerar-se «distribuições de bens», todos os atos da sociedade, dos quais possa resultar uma diminuição do valor do património líquido da sociedade, abrangendo, não a transmissão de meios de produção da sociedade, mas também, entre outros, as entregas em dinheiro, a concessão de empréstimos, a prestação de serviços, ou a constituição de outros direitos reais.

A comparação com as condições de mercado é irrelevante para a identificação de uma «distribuição de bens».

O critério contabilístico serve como identificador de «distribuições de bens», e deve servir como *limite* dessas distribuições, quando elas se reflitam no *ativo*. Relativamente às «distribuições de bens», com reflexo no *passivo*, o critério contabilístico só deve servir como *limite*, quando exista uma *real diminuição da garantia dos credores sociais*.

A prestação de *garantias reais* tem efeito contabilístico no *ativo* e deve ser qualificada como uma «distribuição de bens» quando, contabilisticamente, não seja acompanhada de um valor totalmente realizável («vollwertig») inscrito no ativo, ou de uma redução de igual valor no passivo.

A prestação de *garantias pessoais*, apesar de não ter efeito contabilístico no *ativo*, tem efeito no *passivo*. Neste sentido, tal como a prestação de garantias reais, deve ser qualificada como uma «distribuição de bens» quando, contabilisticamente, não seja acompanhada de um valor totalmente realizável («vollwertig») inscrito no ativo, ou de uma redução de igual valor no passivo.

A «distribuição de bens» resultante da prestação de uma garantia também se pode verificar no tempo que medeia a prestação e a execução da garantia, quando, contabilisticamente, a situação patrimonial líquida da sociedade se altere em resultado da prestação da garantia (v.g. por efeito da diminuição do valor do direito de regresso sobre o devedor, em consequência do enfraquecimento da sua capacidade solvência).

Quando, da celebração de um negócio em que o beneficiário da prestação seja um terceiro, resulte um aumento de património, uma expectativa de ganho ou uma diminuição de risco a favor de um sócio, como consequência de uma diminuição de património, redução das expectativas de ganho, ou um aumento do risco pela sociedade, é possível ver na prestação da sociedade uma *atribuição patrimonial indireta* ao sócio. Quando o sócio e o terceiro formem uma *unidade funcional*, que se consubstancie em *especiais relações de proximidade pessoal* ou *económica*, aquelas atribuições patrimoniais indiretas devem qualificar-se como «distribuições de bens *ao sócio*».

Entre as especiais relações de proximidade económica, surgem as *relações de grupo (de facto ou de direito)*.

As prestações *sidestream* também são «distribuições aos sócios» quando a sociedade-mãe tenha participação social na sociedade que efetua a prestação.

A prestação de garantia a terceiro pode implicar uma atribuição patrimonial a terceiro, quando assuma a natureza de negócio com *dupla atribuição patrimonial* ou *bidirecional*.

Quando a prestação de garantia a título gratuito for feita a favor de terceiro, e se verifique um aumento de património, uma expectativa de ganho ou uma diminuição de risco a favor da sociedade garantida, como consequência de uma diminuição de património, redução das expectativas de ganho, ou um aumento do risco pela sociedade garante, existe uma *atribuição patrimonial indireta*, pelo que, no âmbito dos grupos (de facto ou de direito), as garantias *sidestream* também podem resultar em «distribuições de bens» à sociedade-mãe, quando esta tenha participação social na sociedade garante.