

A insolvência nos grupos de sociedades: o problema da consolidação substantiva

DR.ª SARA MONTEIRO MAIA MACHADO

SUMÁRIO: § 1. Considerações preliminares. § 2. A insolvência nos grupos de sociedades: 2.1. O conceito de grupo para efeitos do CIRE; 2.2. Sujeitos passivos da declaração de insolvência: O grupo de sociedades?; 2.3. Pedido conjunto de declaração de insolvência de sociedades insolventes de um grupo. Admissibilidade; 2.4. A apensação de processos: o artigo 86.º, n.º 2, do CIRE: a) Objetivos da apensação processual. Medidas de coordenação processual; b) Âmbito de aplicação pessoal do n.º 2 do artigo 86.º do CIRE; c) Momento para o pedido da apensação de processos; d) Legitimidade para requerer a apensação de processos. § 3. Consolidação substantiva: 3.1. Noção de consolidação substantiva; 3.2. Admissibilidade e fundamentos da consolidação substantiva; 3.3. A jurisprudência dos tribunais nacionais; 3.4. Efeitos da consolidação substantiva. § 4. Conclusões.

§ 1. Considerações preliminares

O título do presente estudo reclama alguma explicação quanto ao conteúdo e alcance das páginas que se seguem.

Em primeiro lugar, o tema que procuramos tratar é *duplamente árduo*: de facto, a insolvência vem complicar uma realidade – o grupo de sociedades – que só por si já é árduo¹. A impossibilidade de tratar das numerosas questões que a relação entre o processo de insolvência e os grupos de sociedades suscitam, obriga-nos a um resultado mais modesto.

Assim, após uma análise mais geral do modo como o nosso regime de insolvência – consubstanciado no CIRE² – trata a insolvência nos grupos de sociedades,

¹ F. CORSI, *L'insolvenza nel gruppo*, em AA.VV., *I gruppi di società*, I, Milan, 1996, 1057.

² Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março (cuja última alteração ocorreu com a recente lei n.º 16/2012, de 20 de abril).

procuraremos dar resposta ao problema da admissibilidade do recurso ao instituto da consolidação substantiva. O tema obriga a que nos movamos em dois sistemas normativos que, apesar de partilharem uma inspiração comum, estão longe de oferecerem ao intérprete normas articuladas.

Em ambos os sistemas normativos são escassas as normas que regulam diretamente o problema da insolvência nos grupos de sociedades³. Prevalece ainda uma conceção que privilegia a autonomia e a personalidade jurídica próprias de cada sociedade em detrimento da realidade global do grupo. Esta abordagem clássica, a *separate entity approach*, baseia-se, assim, essencialmente, no princípio da personalidade jurídica separada de cada sociedade do grupo e na responsabilidade limitada dos acionistas: as dívidas em que cada sociedade incorre são dívidas suas e os ativos do grupo não podem ser utilizados para o pagamento dessas dívidas.

No entanto, trata-se de uma abordagem que nem sempre consegue dar uma resposta adequada aos problemas que se suscitam e, por isso, em vários domínios, incluindo também o direito da insolvência, muitos ordenamentos jurídicos, essencialmente os EUA, têm enveredado pela *enterprise-based approach*, atribuindo-se, assim, relevo à especificidade do grupo. Trata-se de uma abordagem que confere especial atenção à realidade económica, que olha para o grupo como uma unidade económica, afastando-se dos formalismos da *entity approach*.

Uma figura que se enquadra nessa abordagem é a consolidação substantiva que ultrapassa a máxima clássica de “uma pessoa, um património, uma insolvência”. A ela dedicaremos especial atenção.

Antes, porém, e porque uma compreensão adequada da questão o exige, são necessárias algumas considerações prévias. Questões como a (in)existência de um conceito de grupo específico para efeitos do CIRE, a (im)possibilidade de um grupo de sociedade enquanto tal ser objeto de declaração de insolvência, e as normas que, no CIRE, reconhecem expressamente a especificidade do grupo, irão merecer, por agora, a nossa atenção.

³ Essa circunstância permite fazer ressaltar a importância da função judicial e da construção jurisprudencial do direito concursal. Trata-se não só de remeter ao juiz do processo de insolvência a resolução das dívidas quanto à aplicação de preceitos específicos do regime da insolvência que contemplam a existência do grupo, mas também de realizar uma genuína função de integração jurídica, suprimindo as notáveis lacunas (materiais e processuais) do ordenamento e enunciar os princípios que devem ser chamados à colação neste domínio.

§ 2. A insolvência nos grupos de sociedades

2.1. A (in)existência de um conceito de grupo de sociedades para efeitos do CIRE

O primeiro aspeto que cumpre salientar traduz-se no facto de o CIRE não conter um regime específico aplicável ao grupo de sociedade. Como não contém, também, um conceito específico de grupo de sociedades.

Quando pretende ressaltar a especificidade dos grupos, o CIRE limita-se a remeter para as noções oferecidas por outros sectores do ordenamento jurídico.

Assim, por exemplo, no artigo 49.º do CIRE, que se refere às pessoas especialmente relacionadas com o devedor (cujos créditos podem ser considerados subordinados nos termos do artigo 48.º) prevê-se na al. b) do n.º 2 “as pessoas que, se for o caso, tenham estado com a sociedade insolvente em relação de domínio ou de grupo, nos termos do artigo 21.º do Código dos Valores Mobiliários (...)”. Há, portanto, uma remissão expressa para a noção prevista no Código dos Valores Mobiliários⁴.

Mas, se atentarmos no artigo 86.º, n.º 2, do CIRE, determina-se que, sendo o devedor uma sociedade comercial, podem ser apensados, a requerimento do administrador da insolvência, os processos em que «tenha sido declarada a insolvência de sociedades que, nos termos do Código das Sociedades Comerciais, ela domine ou com ela se encontrem em relação de grupo”. A remissão é agora efetuada para o conceito de grupo previsto no Código das Sociedades Comerciais.

Assim, embora não tenha ignorado por completo a realidade dos grupos, o legislador concursal absteve-se de um conceito de grupo de sociedades específico para efeitos do CIRE, optando antes pela técnica da remissão quando pretende salientar a sua especificidade em matéria de insolvência.

2.2. *Sujeitos passivos da declaração de insolvência: O grupo de sociedades?*

A propósito do artigo 2.º do CIRE cuja epígrafe é “sujeitos passivos da declaração de insolvência” cumpre colocar uma questão: será procedente a declaração de insolvência de um grupo de sociedades como tal?

⁴ O Código dos Valores Mobiliários (CVM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de novembro, sujeito a diversas alterações, que para o caso não relevam) estipula no artigo 21.º que “para efeitos deste Código, considera-se relação de domínio a relação existente entre uma pessoa singular ou coletiva e uma sociedade quando, independentemente de o domicílio ou a sede se situar em Portugal ou no estrangeiro, aquela possa exercer sobre esta, direta ou indiretamente, uma influência dominante (n.º 1). No n.º 2 dispõe-se que “existe, em qualquer caso, relação de domínio quando uma pessoa singular ou coletiva: a) disponha da maioria dos votos; b) possa exercer a maioria dos direitos de voto, nos termos do acordo parassocial; c) possa nomear ou destituir a maioria dos titulares dos órgãos de administração ou de fiscalização.” Por sua vez a relação de grupo é definida por remissão para o CSC, mas não releva a localização da sede.

A resposta parte da contradição existente entre a ausência de personalidade jurídica do grupo e a sua presença como sujeito empresarial unitário. O primeiro e fundamental obstáculo que se coloca assenta, portanto, nos limites derivados da personalidade jurídica de cada uma das sociedades que o integram ou na correlativa ausência de personalidade jurídica do grupo. A tensão entre essa vinculação patrimonial e a autonomia formal é permanente no processo de insolvência desde o seu início até ao seu fim. Sendo certo que o grupo compreende um número variado de sujeitos independentes, não é menos certo que para o exterior aparenta, não raras vezes, uma unidade patrimonial do conjunto das sociedades que o integram. Frente aos credores é frequente invocar a solvência patrimonial conjunta do grupo como elemento de garantia. De facto, à margem da existência de uma garantia do grupo em sentido estrito – *v.g.* as cartas de patrocínio – a pertença ao mesmo e, em especial, a capacidade patrimonial da sociedade-mãe pode ser vista pelos credores como um fator que atenua o risco de incumprimento de qualquer das filiais.

No entanto, o grupo também implica riscos do mesmo ponto de vista. A dependência que é tão útil para assegurar a solvência e o cumprimento das suas obrigações pode converter-se numa via para que as sociedades que aparecem como solventes se vejam arrastadas para um processo de insolvência. Por razões de coerência teríamos que admitir que uma mesma circunstância – integração num grupo – serve não só para reforçar a confiança dos credores na solvabilidade mas também para cumprir as obrigações. Ou seja, se a solvência da sociedade dominante ou de outras sociedades do grupo serviram para que uma sociedade filial obtivesse crédito, não parece anómala a predisposição favorável a reconhecer aos credores a faculdade de reclamarem daquelas o pagamento do crédito quando a filial não está em condições de o fazer. Dir-se-á que a confiança no grupo não deve servir só para contrair dívidas mas também para a sua satisfação. A aparência unitária gera uma confiança nos terceiros que também deve ser valorada nas crises económicas.

Por outro lado, a participação das demais sociedades do grupo pode ser importante na hora de se tomar uma decisão quanto àquela que será a solução concursal. Pense-se, por exemplo, num plano de insolvência com vista à recuperação da sociedade insolvente. Nestes casos, a participação das outras sociedades do grupo pode ser importante, desde logo, porque será a elas a quem primeiro se irá solicitar um esforço especial com vista ao saneamento da sociedade insolvente. Esforço que não raras vezes é imprescindível na medida em que a continuidade da sociedade insolvente reclama que continue recebendo um tratamento funcional e financeiro adequado do grupo.

No entanto, e do elenco dos sujeitos passivos da insolvência que consta do artigo 2.º do CIRE, não estão contemplados expressamente os grupos de sociedades.

Não poderá, no entanto, o grupo de sociedades estar incluído na al. *h*) que se refere a patrimónios autónomos? Tal como é reconhecido no preâmbulo do CIRE:

(...) apresenta-se no artigo 2.º do novo Código um elenco aberto de sujeitos passivos do processo de insolvência. Aí se tem como critério mais relevante para este efeito, não o da personalidade jurídica, mas o da existência da autonomia patrimonial (...)

Conforme salienta Catarina Serra⁵, o critério da autonomia patrimonial é “o mais adequado para delimitar o âmbito de aplicabilidade da falência, devendo ser definitivamente afastado o critério da personalidade jurídica (...)”, uma vez que “(...) a finalidade principal do processo (pagamento aos credores através da liquidação do património responsável) torna suficiente o critério da autonomia patrimonial (...)”.

Poder-se-ia, então, afirmar, que também um grupo societário, que constitui uma unidade económica empresarial, embora titulada por diversas pessoas jurídicas, pode ser objeto de um processo de insolvência.

No entanto, não cremos que assim seja. Aliás, tal solução seria desrazoável. No seio do grupo poderá haver sociedades insolventes mas outras que se encontram solventes. Quanto a estas não se compreende como possam ser arrastadas para o processo de insolvência pelo facto de integrarem um grupo. O não preenchimento do pressuposto objetivo do processo de insolvência – precisamente o estado de insolvência nos termos do artigo 3.º do CIRE – quanto às sociedades solventes não o permite⁶. Por muitas que sejam as vinculações patrimoniais entre duas ou mais sociedades pertencentes a um mesmo grupo e por muito respeitável que seja o interesse dos seus credores comuns não é possível invocar as relações de grupo para estender o concurso a outras sociedades nas quais não se verifica o pressuposto objetivo da insolvência, atual ou iminente. Tal pretensão, abusiva pela sua falta de fundamento deve ser proibida pelo necessário respeito dos interesses dos acionistas e credores das sociedades solventes que estariam a ser chamadas ao processo em defesa de interesses que lhes são estranhos⁷.

⁵ *Nótulas sobre o registo predial da insolvência*, disponível em http://www.fd.uc.pt/cenor/textos/Registo_Predial_dec_Insolvencia.pdf, 3 e 4)

⁶ A única situação em que se poderia falar de insolvência do grupo ocorria nos casos extremos de insolvência da sociedade-mãe cujas filiais são sociedades unipessoais. V. J. PULGAR, *El concurso de sociedades integradas en un grupo*, em AA.VV., *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España* (dirs. Alonso Ledesma), Cizur Menor, 2011, nota 9, 454.

⁷ Neste sentido, S. L. SCHWARCZ, “*Collapsing corporate structures: resolving the tensión between form and substance*”, *The Business Lawyer* 60 (2004), 113-115.

Tal não afeta, porém, a possibilidade de participação voluntária das sociedades solventes, nomeadamente em eventual plano de recuperação envolvendo o grupo⁸.

2.3. *Pedido conjunto de declaração de insolvência de sociedades insolventes de um grupo*

Se ficou assente que sociedades solventes de um grupo não podem ver-se arrastadas para um processo de insolvência de outra sociedade do grupo, será que, estando elas insolventes tal já é possível? Isto é, será admissível que, estando duas ou mais sociedades de um grupo insolventes, haja lugar a um pedido “conjunto” de declaração?

O guia legislativo da UNCITRAL⁹ admite a “solicitação conjunta” de declaração de insolvência de duas ou mais sociedades de um mesmo grupo¹⁰. De facto, quando várias sociedades de um grupo se encontram insolventes, a abertura conjunta do processo de insolvência simplifica a tramitação dos respetivos processos, ao permitir ao tribunal responsável um adequado exame das causas da insolvência e de outros aspetos essenciais ao processo. Pense-se nos grupos hierárquicos nos quais o financiamento do grupo depende essencialmente da sociedade dominante. A insolvência atual desta muito provavelmente irá provocar a insolvência iminente das sociedades filiais – a prática demonstra que são frequentes estes casos de “contágio” ou “efeito dominó”. Parece razoável que se questione acerca da possibilidade de abertura do processo na base de uma solicitação conjunta que terá o efeito de “alertar” o tribunal (e também os administradores concursais e os credores) para a relevância que a existência do grupo pode ter para a evolução do processo¹¹.

Uma tal possibilidade, permitiria, desta forma, a adoção de medidas tendentes à agilização da tramitação do processo de cada uma dessas sociedades, organizar as suas fases de uma forma coordenada e, em especial, designar uma administração concursal pensando na necessidade de uma atuação “consolidada”.

⁸ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A insolvência nos grupos de sociedades: notas sobre a consolidação patrimonial e a subordinação de créditos intragrupo*, RDS I (2009), 4, 999.

⁹ A United Nations Commission on International Trade Law (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – CNUDCI) adotou, no ano de 2010, o Guia Legislativo sobre o Regime da Insolvência, cuja Parte III incide sobre o tratamento a dar à insolvência nos grupos de sociedade e que poderá ser consultado em www.uncitral.org.

¹⁰ Guia Legislativo da UNCITRAL, recomendações 199 a 201, 25-26

¹¹ JUAN SANCHÉZ-CALERO/MÓNICA FUENTES, *La reforma concursal y los grupos de sociedades*, Documentos de trabajos del departamento de derecho mercantil, 2012/44. Universidad Complutense, 15.

Assim, em relação a sociedades que se encontram em estado de insolvência não haveria porque negar esta possibilidade, alertando-se para o facto de se tratar de uma regra estritamente processal não afetando a identidade própria de cada sociedade do grupo incluída no pedido. “Cada empresa segue sendo uma entidade separada e distinta”¹².

No âmbito do CPEREF – artigo 1.º, n.º 3¹³ – era permitida a coligação ativa ou passiva de sociedades que se encontrassem em relação de grupo, nos termos do CSC. Daí admitir-se a viabilidade de uma ação falimentar em coligação passiva tendo por objeto um grupo de sociedades por domínio total em que a relação de crédito se reportasse à sociedade mãe e a uma das filhas das demais sociedades componentes do grupo plurissocietário¹⁴.

O atual CIRE veio, contudo, eliminar a coligação, agora apenas prevista para a insolvência de casados (artigo 264.º)

Isto leva-nos a concluir, com pesar, pela inadmissibilidade, entre nós, de um pedido conjunto de declaração de insolvência^{15 16}.

2.4. *A apensação de processos: o artigo 86.º, n.º 2, do CIRE*

O facto de o grupo de sociedades não ser suscetível de ser “sujeito passivo” da declaração de insolvência, enquanto entidade própria, direta e globalmente afetada pela declaração de insolvência e, por outro lado, não ser admissível, como

¹² Recomendações 199 a 201, nota de rodapé n. 23, 25.

¹³ O artigo 1.º, n.º 3, do CPEREF (na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 315/98, de 20 de outubro) dispunha que “é permitida a coligação ativa ou passiva de sociedades que se encontrem em relação de domínio ou de grupo, nos termos do Código das Sociedades Comerciais ou que tenham os seus balanços e contas aprovados consolidadamente” Pretendia-se, segundo o preâmbulo da lei, “introduzir um fator de moralização nos abusos da personalidade jurídica e, mediatamente, combater situações de fraude”.

¹⁴ Cf., por ex., Ac. RL de 9/12/2003 e Ac. RP de 14/2/2004, disponíveis em www.dgsi.pt. No caso estávamos perante sociedades em relação de grupo por domínio total, tendo-se entendido que a falência da sociedade dominante importa a dissolução do grupo nos termos do artigo 489.º, n.º 4, al. b), do CSC, arrastando para a falência as sociedades-filhas, esvaziadas de património (e sem sócios). Situação que justificaria a aplicação do regime induzido pelo normativo falimentar do n.º 3 do artigo 1.º do CPEREF.

¹⁵ ANA GOMES DE ANDRADE, *A responsabilidade da sociedade totalmente dominante*, Almedina, 2009, 154, considera que continua a ser possível a coligação atento o artigo 86.º do CIRE. No entanto, há que distinguir: enquanto esta norma permite uma “junção *ex post*” dos processos de insolvência, a coligação antes permitida funcionava *ex ante*, isto é, quando no momento do início do processo de insolvência já duas ou mais sociedades se encontram insolventes.

¹⁶ A Ley Concursal espanhola, por exemplo, prevê expressamente no artigo 25.º a “*declaración conjunta*” de sociedades que formem um grupo, conferindo legitimidade para o pedido quer às sociedades devedoras quer ao credor comum de ambas.

acabámos de ver, um pedido conjunto de declaração de insolvência, não significa que o grupo não mereça um tratamento especial no domínio concursal.

De facto, o CIRE não ignorou totalmente a influência que a pertença a um grupo pode ter num processo de insolvência. Assim o demonstra o disposto no artigo 86.º, n.º 2, do CIRE que permite a apensação de processos.

a) *Objetivos da apensação processual. Medidas de coordenação processual*

O artigo 86.º, n.º 2, do CIRE, conjugado com o n.º 1 estabelece que, sendo o devedor uma sociedade comercial, o administrador da insolvência pode requerer a apensação aos autos dos processos em que tenha sido declarada a insolvência de sociedades que, nos termos do CSC, ela domine ou com ela se encontrem em relação de grupo.

Trata-se de uma medida que facilita, no plano processual, o reconhecimento da dependência societária como fator que deve considerar-se na tramitação e solução do processo de insolvência de uma ou várias sociedades integradas no mesmo grupo¹⁷.

Na verdade, é frequente que a insolvência de uma sociedade não seja senão a primeira: a ela seguir-se-ão a de outras sociedades, em especial das unidas por vínculos patrimoniais que não conseguem escapar às consequências da inicial declaração de insolvência. O desejável, então, é contar com um meio processual que permita articular os processos das sociedades do grupo insolventes.

Para o efeito, o CIRE oferece-nos a possibilidade de apensação dos processos de insolvência que irá permitir uma coordenação processual e, conseqüentemente, uma melhor ponderação dos múltiplos, variados, e contraditórios interesses afetados pelos processos em causa. A apensação irá permitir que os diferentes processos sigam um ritmo semelhante, com as respetivas fases a correrem em paralelo.

A coordenação processual visa aumentar a eficiência das atuações, evitando uma duplicação de esforços, e diminuir os custos, facilitando não só a obtenção de informação completa sobre as operações comerciais das empresas do grupo sujeitas a um procedimento de insolvência, mas também a valoração dos bens e a identificação dos credores e de outras partes com interesses juridicamente reconhecidos.

As medidas de coordenação processual podem ser distintas mas porventura as mais eficientes são as que afetam a administração concursal. O *Guia Legislativo da UNCITRAL* fornece-nos alguns exemplos de medidas que podem ser adotadas

¹⁷ De pouco serve, por exemplo, propor um plano de insolvência aos credores de uma sociedade se a sua atividade depende principalmente da continuidade de outra sociedade do grupo cuja insolvência aponta para a liquidação.

neste domínio: desde a nomeação dos mesmos administradores em cada um dos processos de insolvência assegurando-se que estes, tal como acontece com o juiz perante o qual foram apensados os processos, possam ter uma visão global do que significam as relações dentro do grupo, avaliar melhor as causas da insolvência e, por fim, que possam supervisionar de forma mais satisfatória qualquer solução concursal que se proponha. A segunda solução passa por nomear em cada processo distintos administradores, contemplando um dever de cooperação entre eles com vista à troca de informações.

O CIRE nada diz sobre a projeção da apensação sobre os órgãos do processo apensado que se achem constituídos.

Carvalho Fernandes/João Labareda¹⁸ consideram que a existência de um único administrador de insolvência para todos os processos é, no plano teórico, um dos fatores que pode justificar a apensação, exatamente por favorecer uma visão global do conjunto, útil para a tomada de medidas concretas que se vão impondo, quer quando os processos, em definitivo, seguem a via da liquidação, quer mesmo quando se procure alternativa através de um plano de insolvência. No entanto, não há nenhum dispositivo legal que, só por si, fundamente a substituição do administrador do processo apensado, por virtude ou em decorrência da apensação. A solução poderá passar pela aplicação do regime da destituição por ocorrência de justa causa que não se limita às situações do artigo 53.º: comportamento culposo do administrador ou a ele imputável.

Também segundo Ana Perestrelo de Oliveira¹⁹ a existência de um único administrador da insolvência para além de permitir uma redução de custos e de tempo, é uma solução que facilitará o acesso à informação. Admite, no entanto, que quando a existência de um único administrador puser em risco a sua neutralidade e independência (*v.g.* no caso em que existem garantias recíprocas ou créditos internos de grupo), então a existência de um único administrador poderá não ser desejável.

Assim, e ao que cremos, a existência de um só de administrador da insolvência é uma garantia de que, através de uma visão mais global dos processos, serão melhor acautelados os interesses dos credores²⁰.

No que toca aos restantes órgãos da insolvência a omissão não tem, seguramente, nenhum significado quanto à assembleia de credores que sempre e só pode ser formada pelos detentores de créditos sobre o insolvente envolvido no processo apensado. E pela mesma ordem substancial de razões assim deve ser no que se refere à comissão de credores²¹.

¹⁸ *Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Iuris, 2009, 359.

¹⁹ *A insolvência nos grupos de sociedades*, *ob.cit.*, 1015.

²⁰ Neste sentido, o Ac. RP de 27-05-2010; Processo n.º 283/05.0TBMD-B-W (recurso de agravo).

²¹ CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *CIRE Anotado*, *ob. cit.*, 359

b) *Âmbito de aplicação pessoal do n.º 2 do artigo 86.º do CIRE*

No que toca ao âmbito de aplicação pessoal do n.º 2 do artigo 86.º do CIRE, cumpre referir que a expressa remissão para o CSC exclui a relevância de outros critérios legais para a determinação da relação de domínio ou de grupo como, *v.g.*, sucede no artigo 21.º do CVM.

Assim, declarada a insolvência de uma sociedade comercial, ao respetivo processo podem ser apensados os processos de insolvências de sociedades que ela domine²², ou com as quais mantenha uma relação de grupo²³, e venham a ser posteriormente também declaradas insolventes.

A referência à relação de grupo abrange tanto a sociedade diretora e a sociedade totalmente dominante, como a sociedade subordinada e a sociedade totalmente dominada, e ainda as sociedades-irmãs no caso de contrato de grupo paritário.

Mas no caso da relação domínio, Ana Perestrelo de Oliveira²⁴ alerta para o facto de uma interpretação literal excluir da apensação as hipóteses em que a insolvente é a sociedade dominada, sendo posteriormente declarada a insolvência da sociedade dominante. Se é certo que é mais frequente que a insolvência da sociedade dominante arraste a idêntico estado outras sociedades do grupo, como consequência da dependência patrimonial existente, não é descartável a hipótese inversa: que o primeiro processo de insolvência seja o da sociedade dominada. E para estas situações não tem cabimento que a ordem da declaração de insolvência possa afetar a possibilidade de apensação²⁵.

²² Nos termos do artigo 486.º, n.º 1, do CSC, considera-se que duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, diretamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º, n.º 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante. Presume-se que uma sociedade é dependente de uma outra se esta, direta ou indiretamente: a) Detém uma participação maioritária no capital; b) Dispõe de mais de metade dos votos; c) Tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização.

²³ Nas relações de grupo estão incluídos os grupos constituídos por domínio total (artigos 488.º-491.º, do CSC), o contrato de grupo paritário (artigo 492.º) e o contrato de de subordinação (artigos 493.º-508.º)

²⁴ *A insolvência nos grupos de sociedade...*, ob.cit., 1012

²⁵ No ordenamento jurídico espanhol, antes da modificação introduzida pela lei 38/2011 de 10 de outubro à Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julho) esta hipótese também não se encontrava prevista para a “acumulación de concursos”. Atualmente o artigo 25 bis LC estabelece que “Cualquiera de los concursados o cualquiera de las administraciones concursales podrá solicitar al juez, mediante escrito razonado, la acumulación de los concursos ya declarados siguientes: 1.º De quienes formen parte de un grupo de sociedades (.)”.

c) *Momento para o pedido da apensação de processos*

O legislador é omissivo acerca do momento em que a apensação processual pode ser requerida. Trata-se, contudo, de uma questão importante na medida em que se pode incorrer no risco de que o pedido da apensação de processos ocorra num momento tardio relativamente a algumas das sociedades sujeitas a um processo de insolvência em cuja tramitação já se completaram distintas fases. Nestes casos, as vantagens da apensação desvanecem-se pois já não se conseguem atingir os seus objetivos: uma tramitação coordenada/articulada dos diferentes processos de insolvência.

A solução que poderia ter sido adotada, mas que foi descartada no Guia Legislativo da UNCITRAL, passaria por estabelecer um momento a partir do qual já não seria possível solicitar apensação²⁶. Provavelmente esta medida limitaria substancialmente a capacidade de decidir do administrador da insolvência na hora de avaliar se é ou não procedente a apensação.

Creemos que há que esperar por um juízo de razoabilidade do administrador de insolvência – na hora de requerer – e do juiz – na hora de decidir – quanto ao momento oportuno para o efeito. A partir do momento em há elementos suficientes no processo que permitem concluir pela necessidade ou adequação da apensação dos processos não há porque retardar o pedido sob pena de, posteriormente, não se conseguirem alcançar os resultados pretendidos com a apensação de processos. Note-se, neste sentido, embora no domínio do Código de Processo Civil, o artigo 275.º (apensação de ações) que determina que a apensação não deve ter lugar quando “o estado do processo ou outra razão especial torne inconveniente a apensação”

d) *Legitimidade para requerer a apensação de processos*

Outro aspeto que cumpre analisar diz respeito à legitimidade para requerer a apensação de processos.

No Guia Legislativo da UNCITRAL adotou-se um critério amplo no que diz respeito à legitimidade para solicitar a apensação de processos. Os sujeitos com legitimidade seriam qualquer sociedade do grupo afetada por um processo de insolvência, qualquer um dos administradores da insolvência designados em cada processo e os credores. Quanto a estes entende-se que não têm que ter essa condição de credores frente a todas as sociedades cuja apensação se pretende.

Como parece decorrer do artigo 86.º, n.º 1, em conjugação com o n.º 2, apenas o administrador da insolvência têm legitimidade para o efeito²⁷.

²⁶ Recomendações 199 a 201, 26 e 27.

²⁷ Por outro lado, nos termos do artigo 86.º n.º 3 quando os processos corram termos em tribunais com diferente competência em razão da matéria, a apensação só é determinada se for requerida pelo administrador da insolvência do processo instaurado em tribunal de competência especializada.

Segundo Carvalho Fernandes/João Labareda²⁸, trata-se, de facto, de uma prerrogativa exclusiva do administrador da insolvência. Se o legislador tivesse pretendido outra solução certamente que teria atribuído legitimidade para o requerimento a qualquer interessado.

Questão diferente é se estamos na presença de um poder discricionário ou antes perante um poder-dever. Entendem os autores que, atendendo ao regime anterior, pretendeu afastar-se “qualquer tipo de automatismo ou de ligação necessária entre a insolvência de pessoas jurídicas distintas e a apensação”²⁹.

O Tribunal Constitucional já teve oportunidade de se pronunciar sobre a questão³⁰ tendo concluído pela não inconstitucionalidade, por violação do artigo 202.º da CRP (reserva de função jurisdicional) e do artigo 20.º (princípio da tutela jurisdicional efetiva) da CRP, o n.º 2 do artigo 86.º interpretado no sentido de que “o administrador da insolvência tem o poder discricionário de requerer a apensação dos processos de insolvência, não podendo o juiz ordenar-lhe que requeira a apensação, mesmo em situações de processos de insolvência de sociedades em relação de grupo por domínio total”.

Considerou-se que, ao optar por requerer ou não a apensação de processos de insolvência, o administrador está simplesmente a avaliar o que melhor serve à prossecução do interesse comum dos credores, em conformidade com o artigo 55.º do CIRE. “O reconhecimento dessa prerrogativa de avaliação é inerente ao seu carácter gestionário e não adjudicatório da opção de requerer ou não a apensação”.

E, portanto, a apensação é uma mera faculdade embora subordinada a um juízo de mérito sobre os respetivos benefícios que cabe exclusivamente ao administrador do processo onde deve ser feita a apensação, “na convicção de que a sua independência será garante suficiente da razoabilidade do que decidir”.

De iure condendo, não vemos porque negar, na esteira do defendido no Guia Legislativo da UNCITRAL, a ampliação dos legitimados para o pedido, enquanto eventual interessados.

Foi o que fez legislador concursal espanhol. Antes da reforma operada pela lei 38/2011 de 10 de outubro à Ley Concursal, o artigo 25.º apenas outorgava legitimidade aos administradores da insolvência. Atualmente, o agora artigo 25 Bis.2., confere legitimidade para solicitar a “acumulación procesal” não só a qualquer um dos administradores da insolvência designados nos processos em causa mas

²⁸ *CIRE Anotado*, 358 e 359

²⁹ A nível de jurisprudência, seguindo este entendimento, o Acórdão do TRC de 12-10-2010, processo n.º 255/10.2T2AVR-B.C1 (Rel. Carlos Gil) considerou que o Administrador da insolvência não se encontra vinculado a requerer essa apensação, tratando-se antes de uma decisão discricionária da sua parte.

³⁰ Acórdão n.º 339/2011, disponível em www.tribunalconstitucional.pt

também a qualquer das sociedades insolventes e, de forma residual aos credores, mesmo que não sejam credores comuns das sociedades em causa. Estabelece-se apenas como requisito que o pedido esteja devidamente justificado pois trata-se de uma solução processual cuja justificação assenta no favorecimento da tramitação dos distintos processos conexos.

§ 3. A consolidação substantiva

3.1. Noção

A apensação de processos cujo regime acabámos de analisar visa uma coordenação meramente processual, no sentido em que estamos perante regras que procuram adaptar o processo de insolvência à realidade do grupo de sociedade.

No entanto, poderá questionar-se se uma tal apensação processual pode ter efeitos substantivos, isto é, se pode permitir uma consolidação patrimonial dos ativos e passivos das sociedades insolventes e, conseqüentemente, se permite uma liquidação conjunta das sociedades insolventes do grupo.

Ora, é sabido que, cada vez mais, a atividade das empresas é desenvolvida através de uma rede complexa de sociedades relacionadas entre si, cada uma com os seus próprios ativos e responsabilidades (i.e. *estate*). Se uma ou mais sociedades do grupo se tornarem insolventes, suscita-se a questão de saber se, e em que medida, cada sociedade do grupo deve continuar ser tratada como uma “*separate entity*”³¹. O princípio geral é o de que, independentemente do facto de uma sociedade fazer ou não parte de um grupo, a sua insolvência é tradicionalmente considerada como uma entidade autónoma, apenas responsável pelas suas dívidas apenas com os seus próprios ativos³².

No entanto, o princípio da “*coporate separateness*” nunca foi absoluto e sempre ecoaram vozes que procuraram alertar para a necessidade de, em certas situações, se proceder a uma redistribuição dos riscos no seio dos grupos de sociedades. No contexto da insolvência, apela-se à figura da consolidação substantiva que surge, assim, como uma exceção à tradicional *entity approach*³³.

³¹ HENRY PETER, *insolvency in a group of companies, substantive and procedural consolidation: when and how?*, Geneva, 2004, 199-211 (201), disponível em <http://www.peterlegal.com/>

³² CHRISTOPHER W. FROST, *Organizational Form, Misappropriation Risk, and the Substantive Consolidation of Corporate Groups*, 44 (1993) *Hastings Law Journal*, 449.

³³ SETH D. AMERA, *Substantive Consolidation: Getting Back to Basics*, 14 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 1, 10-12 (2006); TIMOTHY E. GRAULICH, *Substantive Consolidation – A Post-Modern Trend*, 14 *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* 527, 538 (2006) (“Substantive consolidation . . . is the most dramatic and far-reaching exception to corporate separateness.”).

A consolidação substantiva é precisamente uma figura que permite, no âmbito de um processo de insolvência envolvendo várias sociedades do grupo que estão insolventes, a unificação do ativo e do passivo dessas sociedades criando-se uma única massa insolvente (*pool*) destinada à satisfação igualitária de todos os credores do grupo. Várias entidades são tratadas como se fossem apenas uma³⁴.

Como consequência, os credores deixam de ver a sua possibilidade de satisfação confinada ao devedor original – às respetivas sociedades insolventes –, tornando-se credores do património do grupo consolidado. Como é bom de ver, a consolidação substantiva provoca uma alteração na forma como os ativos são distribuídos pelos credores das diversas sociedades, saindo prejudicados os credores das sociedades com um ratio ativo/passivo maior do que a massa comum então criada. Imaginemos o seguinte caso: há uma sociedade-filha com um ativo de 5000 euros com 10 credores com créditos no valor total de 10000 e uma sociedade-mãe que não tem nada senão as participações nas sociedades filhas – ou seja 5000 euros – acrescidas de um ativo de 1000 euros, também com credores de créditos no valor de 10000. Com a declaração de insolvência da sociedade-filha, a sociedade-mãe, que tinha um ativo de 6000, reduziu o seu ativo para 1000, sendo também declarada insolvente. Se houvesse lugar à liquidação conjunta dos patrimónios da sociedade-filha e da sociedade-mãe, o ativo de 6000 seria considerado como um só, num só processo de liquidação, e seria rateado pelos 20 credores do grupo à razão de 300 para cada um ($6000/20$)³⁵.

Será, entre nós, possível o recurso à figura da consolidação substantiva? É o que procuraremos tratar no próximo ponto.

³⁴ Como alguns autores têm vindo a apontar, o resultado da consolidação substantiva é similar a uma fusão. STEVEN L. SCHWARCZ, *Collapsing Corporate Structures: Resolving the Tension Between Form and Substance*, *The Business Lawyer* 60 (2004), 114; ELISABETH KORS, *Altered Egos: Deciphering Substantive Consolidation*, 59 (1998) *U. Pitt. L. Rev.*, 381 define a consolidação substantiva como “the effective merger of two or more legally distinct entities into a single debtor with a common pool of assets and a common body of liabilities”

³⁵ Diferentemente, se as insolvências de cada uma forem processadas em separado, o resultado será o seguinte: o ativo da sociedade filha não chega para todos os seus credores (apenas cobre 50% do montante devido aos credores), por isso será rateado à razão de 500 € (50 %) para cada um ($5000/10 = 500$), ficando 5000 euros por satisfazer. À massa falida de 1 000 € da sociedade-mãe poderão concorrer não só os seus 10 credores (reclamando 1 000 € cada um), como também os 10 credores da sociedade filha – ao abrigo do artigo 501.º do CSC –, pelos 5 000 € que não conseguiram receber da sociedade filha (reclamando 500 € cada um). O ativo da sociedade-mãe (que corresponde a 6,66% do montante reclamado – $1000/15000$) não chega para todos os seus credores, por isso será rateado à razão de 66,66 € para cada um dos 10 credores iniciais da sociedade-mãe, e à razão de 33,33 € para cada um dos 10 credores da sociedade filha. Neste cenário, de um ativo global do grupo de 6 000 €, cada um dos 10 credores da sociedade filha recebe 533,33 €, ao passo que cada um dos 10 credores da sociedade-mãe recebe 66,66 €.

3.2. *Admissibilidade e fundamentos da consolidação substantiva*

Segundo CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA³⁶, mesmo havendo lugar a apensação de processos, estes permanecem formal e substancialmente autónomos, isto é, cada um dos processos apensos segue os seus próprios termos, não se comungando as vicissitudes de cada processo. Da unificação processual resultaria apenas maior economia de meios, o que deveria aumentar os meios disponíveis para a satisfação dos credores. Portanto, mesmo havendo apensação processual tal não implica uma liquidação conjunta: as massas insolventes mantêm-se autónomas, com os respetivos ativos e passivos e responsabilidades separadas, seguindo-se a regra de que o processo de insolvência é dirigido à liquidação do património de cada sociedade de acordo com as responsabilidades a que está individualmente afeto.

Diversamente, Ana Perestrelo de Oliveira³⁷ sustenta que o artigo 86.º, n.º 2, do CIRE deve ser objeto de interpretação extensiva, de modo a permitir, em determinadas condições, uma liquidação conjunta, permitindo afastar a ideia do processo de insolvência como processo exclusivamente dirigido à liquidação do património de cada sociedade individualmente considerada”. Tal sucederia nos casos em que o ordenamento jurídico quer com base em norma expressa quer com recurso aos princípios gerais, reconhece a necessidade de se proceder à redistribuição das responsabilidades no grupo, à reposição da justiça na distribuição dos riscos que a presença do grupo destruiu.

Antecipando uma posição quanto à questão, cremos que a consolidação substantiva não deve ser aplicada como regra geral: deve estar reservada para casos excecionais, após uma cuidadosa análise dos direitos e interesses das partes envolvidas, em particular dos credores de boa-fé. De facto, deve ser excluída uma visão liberal desta doutrina sob pena de se por em causa um princípio basilar do direito societário: o da personalidade jurídica das sociedades do grupo.

Assumindo que estas assunções estão corretas, o debate deve, então, focar-se nas específicas circunstâncias que devem estar presentes para que a consolidação substantiva seja admitida e em que medida. Na verdade, permitir o reforço dos direitos de alguns credores à custa de outros requer uma forte justificação.

No que diz respeito aos potenciais fundamentos para a consolidação substantiva, o guia legislativo da UNCITRAL³⁸ é um importante ponto de partida.

³⁶ *CIRE Anotado*, 360.

³⁷ *Insolvência nos grupos de sociedades...*, ob.cit., 1001.

³⁸ A maioria dos fundamentos aí previstos baseia-se nas diferentes decisões dos tribunais estadunidenses – onde a *substantive consolidation* surgiu – a respeito da admissibilidade da *substantive consolidation*. Este instituto é ainda admitido noutros ordenamentos de Common Law: na Nova Zelândia, o *Companies Act 1993* prevê, na sec. 271 (1) (b), admite o *pooling* dos ativos e

Trata-se de uma questão de equilibrar os vários elementos para chegar a uma decisão justa e equitativa; nenhum elemento de *per si* é conclusivo. São vários os elementos a ponderar:

- a) a existência de contas consolidadas do grupo;
- b) a utilização de uma única conta bancária para todas as empresas do grupo;
- c) a comunidade de interesses e a partilha de bens entre as empresas do grupo;
- d) a dificuldade que implique distinguir o ativo e o passivo de cada empresa;
- e) a existência de empréstimos internos e de garantias recíprocas entre as empresas do grupo³⁹;
- f) o facto de se terem transmitido bens e de os fundos terem circulado de uma empresa para outra por razões de conveniência e sem cumprir os requisitos formais do caso;
- g) a confusão de bens ou de operações comerciais;
- h) a utilização de uma sede comum; a nomeação de pessoal diretor ou de gestão comum e a existência de reuniões entre os órgãos dirigentes⁴⁰⁻⁴¹;
- i) os custos gerais, contabilísticos, de gestão ou afins (.);
- j) o grau de suficiência do capital das diferentes sociedades do grupo;
- k) negócios fraudulentos com os credores.

responsabilidades do grupo, tendo em conta a medida em que a sociedade coligada participou na gestão das outras sociedades, a conduta da sociedade perante os credores de outras sociedades, o grau de imputabilidade das causas da liquidação a outras sociedades do grupo. Na Irlanda rege a sec. 141 do *Companies Act 1990* e na Austrália a Sec.579 E (1) do *Corporations Amendment Insolvency Act 2007*. Diversamente, no Reino Unido o *entity principle* apresenta forte rigidez, não sendo, por regra, admitido o recurso a figuras que impliquem o *piercing the veil*. Há, no entanto, um conjunto de regras relevantes para o problema do potencial abuso da responsabilidade limitada no grupo. Assim, por exemplo, nos termos da sec. 213 LA se a empresa em processo de insolvência tiver sido dirigida de forma a defraudar os credores ou tendo em vista propósito fraudulento, o tribunal pode determinar que os sujeitos que tiverem participado na direção da empresa contribuam para o património da sociedade.

³⁹ «it would be difficult for a party that demanded a guarantee from a parent to say that it was relying on the separate credit of the subsidiary» em JAMES H. M. SPRAYGREGEN/JAFFREY W.GETTLEMAN/JONATHAN FRIEDLAND, *The sum and the substance of substantive consolidation*.p.14. Note-se, no entanto, que as garantias intra-grupo são uma prática comum e normal nas relações entre sociedade-mãe e sociedade-filha pelo que estamos perante um fator que não vale por si só para que se afirme a existência de uma unidade substancial.

⁴⁰ A maioria destes fatores consta do Guia Legislativo da UNCITRAL.

⁴¹ Estes sete fatores são conhecidos como Vecco fatores. *Vecco (In re Vecco Construction Indust., 4 B.R. 407, 410 (Bankr.E.D. Va.1980)*.

Ora, enquanto alguns desses fatores são, efetivamente, relevantes para se ponderar a admissibilidade do recurso à consolidação substantiva [v.g. als. b), f), g)], a verdade é que a maioria corresponde a práticas normais e admissíveis no seio das relações entre as sociedades de um grupo, não devendo ter qualquer influência na hora da decisão⁴² ⁴³. A integração económica, financeira administrativa e de pessoal entre elas, ou, em termos mais gerais, a unidade de direção do grupo, são todas características normais e lícitas do grupo⁴⁴ que não podem fundamentar, sem mais, o recurso à consolidação substantiva. Não é, designadamente, a presença de quaisquer fluxos patrimoniais entre as sociedades que justifica a aplicação do instituto.

Daí a necessidade de uma abordagem especialmente cautelosa quando se trata do problema da consolidação substantiva.

O recurso a esta figura requer, como mínimo, uma identidade/unidade substancial entre as sociedades do grupo cujos patrimónios se pretende consolidar, ou seja, as empresas devem ser essencialmente idênticas⁴⁵.

O destaque deve ser conferido à existência de uma confusão entre os ativos e passivos das sociedades do grupo⁴⁶ de tal ordem que não é possível identificar e imputá-los às sociedades individualmente consideradas sem custos e atrasos excessivos (e, desta forma, prejudicando todos os credores)⁴⁷. Ou seja, quando

⁴² Aliás, muitos deles são inconsistentes entre si. Por exemplo, se se pode afirmar que a presença de garantias é favorável à consolidação substantiva porque evidencia a existência de uma unidade de interesses entre os devedores, não nos podemos esquecer que o mesmo fator pode servir para demonstrar que o credor estava ciente de que lidava com entidades separadas.

⁴³ TIMOTHY E. GRAULICH, *Substantive consolidation*, ob.cit., 551.

⁴⁴ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade*, Teses, Almedina, 692.

⁴⁵ “A substantial breakdown of corporate formalities between the firms being considered for consolidation”.

“The [modern] enterprise [has become] increasingly among the parent and its subsidiary companies. Increasingly, a complex corporation, that is, a group of companies collectively constituting the enterprise, carr[y] on business activity. Most frequently, the subsidiary is only a part or fragment of the larger business of its parent corporation. For reasons of tax, accounting, political, or administrative convenience... the parent chooses to allocate portions of the business among the separate corporate components under its common control and direction” PHILIP I. BLUMBERG, *The law of Corporate Groups: Procedural Problems in the law of parent and Subsidiary corporations* (1983), § 101.1, 5-6.

⁴⁶ Que poderá resultar, por exemplo, de formas de manipulação financeira como transferências de bens (*asset stripping*), confusão de fundos e bens (*commingling of assets*), transferências e retorno dos bens entre sociedades (*asset shuffling*).

⁴⁷ Os custos da desagregação dos negócios das sociedades diminuí os meios disponíveis para a satisfação dos credores prejudicando-os, portanto, a todos. De facto, “when the cost of allocating the assets of a corporate group into the constituent corporations is so high that it will consume the estate, pragmatism requires that the assets and liabilities of the group be pooled”, CHRISTOPHER, *Organizational form*, ob.cit., 456. Também no caso decidido pelos tribunais estadunidenses *Chem.*

os fluxos patrimoniais entre as sociedades são tal ordem que se possa afirmar a existência de confusão de esferas jurídicas das sociedades em causa, resultante da impossibilidade prática de separação dos respetivos patrimónios⁴⁸, a admissibilidade da consolidação substantiva pode ser atribuída à necessidade de dar solução a um problema em que a proteção das expectativas dos credores é impraticável⁴⁹.

Para além disso, muitos dos fundamentos que subjazem ao instituto da consolidação substantiva identificam-se com os que são invocados a propósito do levantamento da personalidade jurídica. Assim, por exemplo, quando se trate de sociedades que foram constituídas de modo artificial, sem uma finalidade comercial legítima, e para as quais é transferido o património de outras sociedades que, desta forma, procuram escudar-se das suas obrigações, deixando os credores completamente desprotegidos. Tratam-se de casos em que a sociedade deixa de ser sujeito e passa a ser um simples objeto, manobrado para a consecução de fins fraudulentos ou ilegítimos⁵⁰.

Por outro lado, e tenho em conta que a *ratio* da consolidação substantiva é a promoção da equidade no tratamento dos credores, torna-se essencial atender à expectativa dos credores,⁵¹ isto é, à circunstância de os credores julgarem estar a

Bank. N.Y. Trust Co. v. Meet, 369 F.2d 845, 847 (2d Cir. 1966), afirma-se que “Where the interrelationships of the group are hopelessly obscured and the time and expense necessary even to attempt to unscramble them so substantial as to threaten the realization of any net assets for all the creditors, equity is not helpless to reach a rough approximation of justice to some rather than deny any to all”.

⁴⁸ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Deveres de lealdade*, ob.cit., 693, embora a propósito do levantamento da personalidade jurídica.

⁴⁹ Na maioria dos sistemas continentais não há regra expressa a permitir a liquidação conjunta de sociedades em relação de grupo. De notar, contudo, a já referida alteração (Lei 38/2011) à *Ley Concursal* espanhola neste domínio. Na verdade, agora estabelece-se, no artigo 25. Ter.2, que, de maneira excecional se poderão consolidar inventários e listas de credores para efeitos da elaboração do relatório da administração concursal quando exista confusão de patrimónios e não seja possível determinar a titularidade dos ativos e passivos sem incorrer em gastos e demoras desnecessárias. Apesar de se estabelecer que tal consolidação apenas tem lugar para efeitos da elaboração do relatório da administração concursal, a maioria dos autores tem considerado que tal carece de sentido. De facto, se aquilo que justifica a consolidação é a confusão de patrimónios, não vê como se possa proceder à consolidação para efeitos da elaboração do relatório e, posteriormente, tenha-se que “desembaraçar” os patrimónios em causa para outros efeitos.

⁵⁰ Sobre o levantamento da personalidade jurídica, cfr., entre outros, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, 2009; PEDRO CORDEIRO, *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, 3.ª ed., Universidade Lusíada, 2008; MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade colectiva no Direito civil e comercial*, Almedina, 2000.

⁵¹ *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 210-11 (3d Cir.2005) reconhecendo que é possível recorrer à consolidação substantiva para atender às expectativas dos credores.

lidar com o grupo, no seu todo, ou, pelo contrário, com uma sociedade do grupo individualmente considerada. De facto, não raras vezes, são as próprias sociedades do grupo que induzem os credores a negociar com o grupo como entidade única e poderá ter sido esta circunstância que conduziu, precisamente, a que os credores aceitassem conceder crédito. Se é o próprio grupo que desenvolve uma atividade e que adotou uma estrutura corporativa e patrimonial que fomenta uma consideração unitária de si mesmo, como uma única entidade, os credores não podem discernir razoavelmente que ativos pertencem a uma ou a outra sociedade pelo que a consolidação substantiva, tornando disponível os ativos do grupo para a satisfação do crédito, parece apropriada⁵²⁻⁵³.

No entanto, esta preocupação em tutelar a confiança dos credores poderá impor resultados distintos. A consolidação substantiva pode ser necessária para proteger as expectativas de alguns credores mas pode destruir as expectativas de outros. De facto, se há credores que concederam crédito acreditando que estavam a lidar com a empresa enquanto grupo, outros podem ter uma expectativa inversa por desconhecerem a relação do devedor com outras sociedades⁵⁴. Credores que concedem crédito com base na situação financeira de uma determinada sociedade esperam que os ativos desta sociedade sirvam para a satisfação do seu crédito. Tais

⁵² “the result is inequitable as the creditors are forced to deal with an estate in bankruptcy comprised of merely a part of the unit to which the creditors believed they had extended credit” WILLIAM C. BLASSES, *Redefining into reality: substantive consolidation of parent corporations and subsidiaries*, Emory Bankruptcy developments Journal, Vol. 24, 470-512, 473. ELISABETH KORS, *Altered Egos*, ob.cit., 381.

⁵³ De facto, em certos casos, a aparência pública do grupo cria expectativas em terceiros que merecem a proteção do direito. Como afirma ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Deveres de lealdade*, ob. cit., 682, se é certo que uma responsabilidade pela confiança deve ser rejeitada como categoria própria de responsabilidade no grupo, “não fica excluída uma eventual tutela da confiança dos credores na unidade do grupo quando estejam reunidos os pressupostos gerais de que depende essa tutela. (...) Essencial é a definição das condições sob as quais as expectativas dos terceiros são efetivamente dignas de tutela, reclamando do Direito a redistribuição do “risco da interação”. Cabe à boa fé, enquanto expressão das exigências do sistema jurídico servir de base a esse trabalho delimitador, exigindo-se, aqui, como em geral, uma situação de confiança, uma justificação para essa confiança, um investimento de confiança e a imputação da situação de confiança.”

⁵⁴ Como refere CHRISTOPHER FROST, *Organizational Form*, ob.cit., 451, “Because substantive consolidation abrogates the general corporate rule of limited liability, it may dramatically affect the way corporate creditors and shareholders think about the allocation of business risk. In particular, creditors and shareholders negotiate the terms of loans and capital contributions against a backdrop of legal rules that provide a baseline risk allocation. Limited liability forms a fundamental part of this backdrop by isolating the assets of business entities for the purpose of capital formation. Because substantive consolidation subjects the assets of the business to all of the obligations of the consolidated entities, the creditors and shareholders’ contractual expectations regarding this isolation will be unfulfilled”.

credores não antecipam, não têm a expectativa de, em caso de insolvência do seu devedor, ter ativos disponíveis de uma sociedade mais sólida mas também não esperam que hajam credores de uma outra sociedade devedora do grupo menos sólida a competir com o património específico do seu devedor. E além disso, quando os credores concedem crédito, fazem uma análise da situação financeira da sociedade com quem contratam para calcularem as taxas de juro e outros termos do empréstimo. Assim, poderia argumentar-se que ao tratar-se o grupo como unidade económica seriam prejudicados os interesses dos credores que contaram com a separação de responsabilidades e com base nessa separação calcularam os riscos.

Trata-se, no entanto, de uma situação pouco provável, apenas possível se se adotar uma perspetiva subjetiva ao analisar a confiança do credor. Na verdade, “*if circumstances lead one party to rely on the single status of the one debtor, it is unlikely that other creditors are relying on the joint status of the two entities, especially as reliance must be reasonable*”⁵⁵.

Ora, antes de se valorizar a confiança subjetiva deve-se, para efeitos da consolidação substantiva, atender-se à confiança objetiva que corresponde à imagem pública do grupo, isto é, ao modo como o público percebe as relações existentes entre as sociedades envolvidas. Deve ser razoável, atendendo à imagem que o grupo transmite, a confiança que os credores têm em que o grupo opera como uma verdadeira unidade. Havendo esta confiança objetiva entrará em cena a confiança subjetiva pois poderão haver casos em que, pese embora o grupo se apresente como uma unidade, os credores sabiam que lidavam com entes distintos (mais provável tratando-se de credores profissionais)^{56 57}.

⁵⁵ ELISABETH KORS, *Altered Egos*, ob.cit., 382.

⁵⁶ *In re Owens Corning*, 419 F.3d at 212 “proponents have to prove both that they “actually”, subjectively, and “reasonably”, objectively, relied on debtors’ supposed unity.

⁵⁷ WILLIAM C. BLASSES, propõe o seguinte raciocínio: “Evidence of actual intent should be treated in on of two ways. First, evidence of express intent to deal with entities as one unit ou separately should obviously be given the highest priority and should be considered conclusive evidence of actual intent, thus giving creditors an extra incentive to include “intent” ou “reliance” clauses within their contracts. Second, evidence of implicit intent should be evaluated to determine whether it is very likely or unlikely that the creditors believed that they where dealing with one unit or a separate entity. Of the courts determines that the evidence is sufficient to make a conclusion about intent, then the courts leaves actual intent as “unknown” for now, instead of arbitrarily trying to decide the outcome of evidence. After evaluating all of the evidence of actual intent, the court then needs to do some math. At this point the court should first add the value of the substantive consolidation proponent’s and opposition’s claims together to determine a base number. Next. The court needs to separate the claims into 3 groups based on the court’s determination of whether the creditor actually relied on the belief that the entities were one, unknown, or separate. Finally, the court needs to total claims in each group. If the total amount of claims in either the

Nestas situações raras em que há expectativas divergentes deve entender-se que é necessário determinar o benefício comum da consolidação substantiva e da sua capacidade para compensar os prejuízos que podem sofrer os interesses de alguns credores⁵⁸. O raciocínio a ser feito é o de que se o tribunal não determinar a consolidação substantiva os credores sofrerão um prejuízo maior do que o sofrido pelas sociedades insolventes e pelos credores discordantes. Desta forma, apenas quando os benefícios superam largamente os prejuízos poderá abrir-se a porta à consolidação substantiva⁵⁹.

Assim, nos casos em que o grupo surge efetivamente como uma unidade económica, quando as fronteiras internas entre as sociedades se revelam artificiais, quando as relações existentes no âmbito do grupo impuserem que este seja tratado como massa comum e que se alargue o princípio da igualdade de credores ao universo geral dos credores do grupo e não apenas no seio de cada sociedade individual, a consolidação substantiva pode merecer acolhimento.

Se, diferentemente, a separação jurídica tem correspondência na separação económica entre as sociedades, então aí, deverá negar-se o recurso à consolidação patrimonial.

Para além de conseguir uma melhor repartição do risco e tutelar melhor os credores perante a insolvência do grupo, o tratamento unitário do grupo no contexto da insolvência de várias sociedades do grupo e o seu acolhimento normativo tem outras vantagens. Implicará, por exemplo, uma incentivo à supervisão das atividades de cada uma das sociedades-filhas do grupo levando a uma reação imediata perante dificuldades financeiras graves (reação que consistirá na contribuição pelo grupo de novos recursos que permitam superar as dificuldades ou então na apresentação oportuna da sociedade em causa à insolvência).

Segundo Ana Perestrelo de Oliveira, para além das situações em que, como acabámos de ver o sistema, nomeadamente o princípio da boa fé, impõe uma redistribuição de responsabilidade no seio dos grupos, e desta forma, permite dar lugar à consolidação substantiva, outra situação em que se deverá proceder

“one” or “separate” categories is greater than 50% of the base number, than consolidation should either be order ou denied depending on whether the majority actually relied on the “oneness” of the entities or their separateness. If not, then the court should immediately proceed to an objective evaluation wich is used to refine the outcome of the subjective evaluation. (.) the court needs to evaluate wether it is more likely than not that reasonable creditor would rely on the subsidiaries as mere instrumentalities of the parent company. O objectivo é diminuir a discricionariedade dos tribunais conferindo uma maior certeza na aplicação da consolidação substantiva.

⁵⁸ *In re Auto-Train Corp.* 810 F.2d, 276.

⁵⁹ É, segundo STEVEN L. SCHWARCZ, *Collapsing corporate structures*, ob.cit., 137, “the balancing test, which wights the benefits of collapsing the corporate structure (trough substantive consolidation) against the arm of collapsing the structure.”

a uma imputação das situações jurídicas ativas e passivas em termos distintos daqueles que resultam da personalidade jurídica autónoma das diversas sociedades do grupo e da consequente limitação da sua responsabilidade, será no caso de existir uma norma expressa. Seria o caso, segundo a autora, do artigo 501.º do CSC⁶⁰.

Nos termos deste normativo a sociedade diretora – e, *ex vi* do artigo 491.º, a sociedade totalmente dominante – é responsável, pessoal e ilimitadamente⁶¹, pelas dívidas da sociedade subordinada, pela mera existência da relação de grupo. Tal responsabilidade é solidária com a da sociedade-filha, não obstante o regime especial de exigibilidade fixado no 501.º, n.º 2⁶².

Para se perceber a razão de ser desta responsabilidade é necessário atender ao restante regime aplicável. O que se verifica é que a sociedade dominada passa a ser gerida em função dos interesses da sociedade-mãe, desde logo, porque esta tem o poder de, nos termos do artigo 503.º, do CSC, dar instruções à administração da subordinada, instruções essas que podem inclusive ser desvantajosas. E como se compreende, este poder é suscetível de agravar a posição dos credores da sociedade dominada.

E são, precisamente, os credores da sociedade dominada que se visa proteger através desta responsabilidade ilimitada da sociedade dominante, garantindo-se a tais credores paralelamente ao património da sociedade filha o património da sociedade-mãe.

E, portanto, no equilíbrio estabelecido pelo legislador, o património das sociedades totalmente dependentes está inteiramente à mercê do interesse da sociedade dominante e, indiretamente, dos credores desta e, por isso, a solução do artigo 501.º justificar-se-ia com base numa lógica de “*ubi commoda, ibi incommoda*”. Assim se alcançaria uma “redistribuição do risco da exploração empresarial no seio dos grupos societários”⁶³⁻⁶⁴.

⁶⁰ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A insolvência nos grupos de sociedades*, 1008 ss.

⁶¹ Em derrogação da regra da limitação da responsabilidade nas sociedades por quotas e anónimas (197.º n.º 3 e 271.º).

⁶² A responsabilidade é exigível decorridos 30 dias sobre a constituição em mora da filial (501.º n.º 2, 805.º e 279.º – mora e contagem do prazo). Acresce que a responsabilidade relativa às obrigações constituídas antes ou na vigência da relação de grupo mantém-se não obstante a cessação desta relação.

⁶³ STJ 31-05-2005 (FERNANDO MAGALHÃES), www.dgsi.pt.

⁶⁴ Segundo ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades*, não é correto falar-se em desconsideração da personalidade jurídica a propósito da atribuição a uma sociedade da responsabilidade excecional por dívidas de uma outra sociedade. “Dado que o conceito de personalidade jurídica de uma sociedade (de capitais) é histórica, lógica, e legalmente compatível com diferentes regimes de responsabilidade para os respetivos associados (limitada, ilimitada, “pro rata”), então sempre que a lei ou um tribunal responsabilizem a sociedade-mãe pelas dívidas de uma das sociedades do

Poderá criticar-se o facto de a responsabilidade da sociedade-mãe ocorrer independentemente de as dívidas terem resultado do concreto exercício do poder de direção sobre a sociedade-filha (artigos 493.º e 503.º) e, portanto, independentemente também de qualquer ilicitude ou culpa, sendo igualmente indiferente o conteúdo e fonte das obrigações em apreço.

De facto, cremos que ao associar-se este regime de responsabilidade ao mero preenchimento de uma formalidade legal (a celebração de um contrato de domínio), o legislador acaba por penalizar injustamente a sociedade-mãe e por conceder uma proteção igualmente injustificada aos credores das respetivas filiais sempre que tais perdas e dívidas não sejam imputáveis, direta ou indiretamente, ao exercício efetivo do poder de controlo pela cúpula grupal⁶⁵.

Ora, atendendo a este regime, num cenário de insolvência simultânea da sociedade-mãe e da sociedade-filha, os credores desta assumem a posição de credores da insolvência, tanto em relação à sociedade-mãe como em relação à sociedade-filha. A massa insolvente da sociedade-mãe está disponível quer para os credores diretos desta quer para os credores da subsidiária.

grupo não se poderá falar, com propriedade, de desconsideração da respetiva personalidade mas tão só, quando muito, de desconsideração do particular regime de responsabilidade (limitada), que é próprio de um determinado tipo social". No mesmo sentido DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio – Contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária*, Almedina, 2007, 27, onde refere que os artigos 84.º, n.º 1 e 501.º do CSC "por representarem uma solução expressamente consagrada, não implicam o levantamento por exigência do sistema, não sendo, portanto, verdadeiros casos de levantamento, embora possam ser fundamentais auxiliares interpretativos. Diferentemente, BRITO CORREIA, vê no artigo 501.º um caso de desconsideração da personalidade jurídica, por se tratar de uma exceção ao princípio da autonomia patrimonial que seria natural que vigorasse entre duas pessoas jurídicas autónomas: *Grupos de sociedades*, in AAVV, *Novas perspectivas de direito comercial*, Coimbra, Almedina, 1988, 395.

⁶⁵ Assim acontecerá, em via de princípio, no caso de grupos contratuais descentralizados nos quais a sociedade-mãe, não obstante o seu poder legal de direção, opte por conceder níveis de autonomia decisional significativos aos administradores ou gerentes das suas filiais, hipótese essa em que os passivos ou situações de insolvência eventualmente verificados ao nível das filiais serão, por via de regra, imputáveis a decisões de gestão tomadas autonomamente pelas administrações destas. Mesmo no caso de grupos contratuais centralizados. Mas mesmo no caso de grupos de estrutura centralizada este automatismo e rigidez podem fazer os seus estragos, mormente em todas aquelas situações em que, não obstante o controlo estrito exercido pela sociedade-mãe, o passivo das filiais seja imputável a iniciativas autónomas da própria administração destas, ou, "ad fortiori", quando decorra de circunstâncias puramente imprevistas e fortuitas, tais como catástrofes naturais, insolvência dos principais devedores da filial, greves ou convulsões político-sociais, crise generalizada dos mercados de capitais, alterações abruptas do envolvimento legal, etc.

Se isto é assim, então, segundo a autora, parece justificar-se que “a apensação de processos se traduza numa liquidação conjunta das sociedades”, permitindo, assim, a “realização da *par conditio creditorum* ao nível do grupo”⁶⁶.

Com o devido respeito, não cremos que assim seja.

Não vemos como possa o regime fixado no artigo 501.º do CSC permitir a consolidação substantiva. O que aí se estabelece é a responsabilidade da sociedade dominante pelas dívidas da sociedade-filha. Mas não o inverso. Ora, supondo que quer a sociedade-mãe quer a sociedade-filha estão insolventes mas que *aratio* do ativo-passivo é ainda menos favorável na sociedade-mãe, admitir-se a consolidação substantiva pela simples existência do artigo 501.º levaria a que, pelo contrário, fosse o património da sociedade-filha a responder pelas dívidas da sociedade-mãe (pelo facto de aquela estar “menos insolvente” do que esta).

Ora, com o artigo 501.º CSC pretende-se tutelar não os credores da sociedade-mãe, como poderá acontecer no exemplo apontado, mas sim os da sociedade-filha. E para concretizar esta tutela existe o artigo 95.º do CIRE nos termos do qual “o credor pode concorrer pela totalidade do seu crédito a cada uma das diferentes massas insolventes devedores solidários e garantes, sem embargo de o somatório das quantias que receber de todas elas não pode exceder o montante do crédito”. Ou seja, se quer a sociedade-mãe quer a sociedade-filha estão insolventes, a concretização do disposto no artigo 501.º do CSC ocorre por via do artigo 95.º do CIRE que permite aos credores da sociedade-filha concorrerem não só ao património desta mas também ao da sociedade-mãe.

3.3. *A jurisprudência dos tribunais nacionais*

Os nossos tribunais já foram confrontados com a questão da liquidação conjunta de sociedades integradas num grupo.

No acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 07-09-2010⁶⁷, considerou-se que a apensação de processos prevista no artigo 86.º, n.º 2, do CIRE, podia ser interpretada extensivamente de modo a permitir, em determinada condições, uma consolidação substancial, através de uma liquidação conjunta, embora, no caso, se tenha considerado improcedente.

Em sentido diverso, pronunciou-se o TRC de 12.10.2010⁶⁸. Estava em causa a insolvência de uma SGPS em relação de domínio total com duas outras sociedades e em relação de domínio indireto e quase total (98,18%) com outra, cujo destino acabou, também, por ser a insolvência. O credor da sociedade-mãe

⁶⁶ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A insolvência nos grupos de sociedades*, cit., 1009.

⁶⁷ Processo n.º 213/10.7T2AVR-A.C1 (JORGE ARCANJO), www.dgsi.pt.

⁶⁸ Processo n.º 255/10.2T2AVR-B.C1 (CARLOS GIL), www.dgsi.pt.

invocou a necessidade da liquidação conjunta das sociedades na medida em que o património da sociedade-mãe, sendo constituído apenas pelas participações nas sociedades filhas, passaria a ser nenhum. E isto porque o património das sociedades filhas, que serão liquidadas à parte, servirá apenas para os seus credores. Haveria um esvaziamento do património da sociedade dominante, eliminando toda e qualquer garantia patrimonial dos créditos detidos pelos credores desta, em benefício dos credores da sociedade dependente que vêm exclusivamente afeto a si o património da sociedade dependente.

No entanto, invocando a personalidade jurídica distinta de cada uma das sociedades envolvidas e a necessidade de proteger os interesses dos credores exclusivos de cada uma das sociedades negou a liquidação conjunta de todo o património das sociedades do grupo. Para além disso, e no caso concreto, tratando-se de uma SGPS, os seus credores saberiam de antemão que o seu património é quase exclusivamente constituído por participações sociais noutras sociedades, não contando para a sua garantia patrimonial com o património das sociedades participadas⁶⁹.

Desta decisão houve recurso para o Tribunal constitucional que se pronunciou através do já referido acórdão n.º 339/2011⁷⁰, concluindo pela não inconstitucionalidade, por violação do artigo 13.º CRP e do artigo 62.º CRP, do artigo 86.º n.º 2, do CIRE, e 501.º e 503.º, n.º 4, do CSC quando interpretadas no sentido de “*não existir apensação necessária dos processos de insolvência de várias sociedades em relação de grupo por domínio total*”.

Argumentou-se que a situação diferenciada em que se vêm colocados os credores das diversas sociedades em relação de grupo no momento da liquidação em processo de insolvência nada tem de arbitrário pois “reflete apenas a situação jurídica em que se encontravam enquanto credores de entes patrimonialmente autónomos”, uma vez que, regra geral, pelas dívidas de cada sociedade responde apenas o seu património. Para além disso, mantém-se inalterada, do ponto de vista jurídico, a posição dos credores da sociedade dominante, porquanto não passam a ter concorrentes ao património desta que antes não tivessem, nem são afetados em qualquer possibilidade jurídica de concorrer ao produto da liquidação do ativo das sociedades dependentes uma vez que não tinham, enquanto credores da sociedade-mãe, qualquer direito sobre o património das sociedades filiais.

Por outro lado, segundo o TC, o não reconhecimento da consolidação substantiva não implica uma violação da garantia conferida pelo artigo 62.º, n.º 1 da CRP. Se é certo que é entendimento do TC que a garantia constitucional da propriedade privada impõe, relativamente aos direitos de créditos, a garantia constitucional do

⁶⁹ No mesmo sentido, acórdão do TRC18-01-2011; processo n.º 255/10.2T2AVR-E.C1; relator: FONTE RAMOS).

⁷⁰ Processo n.º 822 10, disponível em *Diário da República*, 2.ª série, n.º 191, de 4 de outubro de 2011.

credor à satisfação do seu crédito⁷¹ não é menos certo que não basta para que ocorra afetação substancial dessa garantia “um acréscimo, ainda que significativo, do risco de satisfação do crédito”. Ora, “a exposição às vicissitudes de fortuna do devedor e a inerente perda de consistência económica da garantia é uma condição comum dos credores”. Simplesmente a sociedade dominante sofre a perda de consistência dos seus ativos compostos por participações sociais que resulta da insolvência das suas participadas. A consistência económica da garantia dos credores dessa sociedade dominante sofre a erosão inerente à perda de valor dos ativos da sociedade devedora. Mas, do ponto de vista estritamente jurídico, não há qualquer entorse ao princípio de que o património do devedor é garantia comum dos credores.

Assim, segundo o entendimento do TC, a consolidação substantiva não é imposta constitucionalmente.

No entanto, isso não significa, como se procurou demonstrar, que não possa em certas circunstâncias ser a melhor solução, e aliás o TC não descarta esta possibilidade. Simplesmente considerou trata-se de matéria que cabe na discricionariedade legislativa.

3.4. *Efeitos da consolidação substantiva sobre os créditos*

A consolidação substantiva afeta primariamente os credores comuns/quiropgrafários⁷². De facto, uma vez ordenada a consolidação substantiva, os créditos sobre cada uma das sociedades transferem-se para a massa insolvente comum. Os credores não garantidos “have to deal with changes in both amount of assets remaining in the estate and the amount of creditors vying for those assets”⁷³. A consolidação substantiva não afeta o valor total dos ativos mas sim a sua distribuição pelos credores não garantidos⁷⁴.

Os credores totalmente garantidos, diferentemente, não são afetados pela consolidação substantiva: o princípio geral adotado no guia legislativo da UNCITRAL é o de que a prioridade conferida por uma garantia deve ser preservada no processo de insolvência. No entanto, poderá questionar-se que uma garantia constituída sobre a totalidade ou parte do património de uma sociedade do grupo pode ser estendida de modo a incluir ativos de outra sociedade do

⁷¹ V.g. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 494/94.

⁷² *In re Owens Corning*, 419 F.3d 195, 206 (3d Cir.2005)

⁷³ *In Re Augie/Restivo Baking Co.*, 860 F.2d 515, 519 (2d Cir. 1988).

⁷⁴ Consolidação substantiva “provides courts with a useful tool to redefine bankruptcy estates to reflect the realities of the business world, allowing for the distribution of assets consistent with these realities. WILLIAM C. BLASSES, *Redefining into reality*, 474; ELIZABETH KORS, *Altered egos*, ob. cit., nota 27, 382.

grupo, isto é, se deve estender-se, por força da consolidação, ao património de outra sociedade ou se essa garantia deve ser limitada ao bens nos quais o credor inicialmente confiou, ou seja, apenas ao património da sociedade garante. Trata-se, no entanto, de uma não questão. De facto, tendo em conta a natureza dos direitos reais de garantia, que incidem sobre bens individualizados da massa insolvente – relativamente aos quais os titulares goza de prioridade no pagamento (artigo 174.º) – a consolidação em nada os afeta. Mesmo que o crédito se transfira para a massa insolvente comum, o seu titular mantém o direito de ser pago, com preferência, pelo produto da liquidação dos bens onerados e apenas destes.

Diferentes são os casos em que a garantia é insuficiente relativamente ao valor do crédito. Deve entender-se que o crédito remanescente transfere-se para a massa insolvente agrupada, mas na qualidade de crédito comum.

Quanto aos créditos privilegiados, diferentemente dos créditos garantidos não incidem sobre bens especificados, antes conferem uma preferência genérica no pagamento relativamente a todos os bens não afetos a garantias reais prevaletentes (artigo 175.º). Quer isto dizer que há a possibilidade de virem a ser afetados. Por exemplo, os trabalhadores de uma sociedade do grupo com privilégio mobiliário geral (artigo 333.º CT) passarão a concorrer com os trabalhadores de outras sociedades do grupo, também credores privilegiados. Tal será benéfico para os trabalhadores da sociedade com menor património mas não para os credores da sociedade com maior património (ainda que os credores privilegiados melhorem a sua posição relativamente aos credores comuns).

Porém, este aparente prejuízo para determinados credores não é mais do que o reflexo da necessidade de reposição da justiça do património do grupo: a consolidação só deve, com efeito ser ordenada nos casos em que seja essencial para a realização da *par conditio creditorum* ao nível do grupo, visando sempre a obtenção da igualdade material entre os credores.

Se, no caso concreto, o juiz considerar que a consolidação, ao invés de repor a igualdade, prejudica inadmissivelmente certos credores de uma das sociedades do grupo, não deve ordenar a consolidação.

Uma vez que em geral os credores privilegiados poderão obter um melhor resultado em detrimento dos credores comuns, os diferentes grupos de credores privilegiados podem ter que ajustar as expectativas que possam ter resultado da sua posição prioritário relativamente aos ativos de uma única sociedade. Quando haja confusão dos ativos de tal modo que não é possível determinar que sociedades são titulares de que bens, pode ser difícil determinar os ativos que estarão disponíveis para satisfazer as reivindicações dos credores prioritários. Assim, embora seja desejável que as prioridades estabelecidas sob a lei de insolvência relativamente a cada devedor sejam reconhecidas, quando o devedor esteja sujeito à consolidação substantiva, pode não ser sempre possível dar-lhes plena eficácia.

§ 4. Conclusões

O princípio da personalidade jurídica e a conseqüente regra da separação de patrimónios das sociedades que formam um grupo pode, em muitos casos, ser incapaz de conduzir a resultados satisfatórios⁷⁵.

No domínio da insolvência, a figura da consolidação substantiva poderá permitir corrigir as deficiências que uma aplicação rígida do *entity principle* é suscetível de provocar.

Em última análise, a consolidação substantiva não deixa de poder reconduzir-se à doutrina do levantamento da personalidade jurídica das sociedades agrupadas⁷⁶. De facto, e como tivemos ocasião de observar, muitos dos fundamentos invocados para admitir o recurso à consolidação substantiva estão subjacentes ao *piercing the veil*.

Tal como o levantamento da personalidade jurídica a consolidação substantiva tem carácter excepcional⁷⁷. Deste modo, não basta a presença de controlo ou direção unitária pois isso seria esquecer a particularidade dos grupos onde se verifica, uma interpenetração das esferas das sociedades e uma integração económica financeira, administrativa entre elas, que não se traduzem em características patológicas.

Pressupõe-se, antes, a existência de elementos adicionais: a intensidade da gestão unitária, isto é, quando a gestão das diversas sociedades do grupo é equiparável à gestão de uma sociedade singular; situações de confusão de esferas jurídicas entre as diversas sociedades do grupo, em que a separação das massas patrimoniais é artificialmente ditada pela personalidade jurídica individual, não traduzindo a materialidade do grupo; a dificuldade ou impossibilidade que é, em virtude da confusão da confusão existente, proceder à imputação dos ativos e passivos a cada sociedade do grupo; a imagem pública do grupo (*v.g.* se o grupo se apresenta como uma única entidade; se as atividades das sociedades são descritas como atividades

⁷⁵ Em particular no caso de a insolvência atingir as diversas sociedades do grupo sucessivamente. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A insolvência nos grupos de sociedades*, ob.cit., 1010.

⁷⁶ No entanto, note-se que a perspetiva de ambas doutrinas é diferente: com a doutrina do levantamento da personalidade jurídica aquilo que se pretende é permitir que os credores de uma sociedade integrada num grupo tenham acesso aos ativos de outra, mas não vice-versa. Ou seja, não há, aqui, uma partilha de ativos ou, havendo, apenas num sentido, como se uma entidade fosse garante das dívidas de outra, mas não o contrário.

⁷⁷ Neste sentido, POSNER, *The rights of creditors of affiliated corporations*, 43, U.Chi.L. Rev. 499 (1976), 515-524. Em sentido diverso, LANDERS, *A unified approach to parent, subsidiary and affiliate questions in bankruptcy*, 42 U.Chi. L.Rev. 589 (1975), 628-651, adota, como regra geral, a *enterprise view*, considerando que a substantive consolidation deve ser a solução regra no grupo quando a sociedade-mãe e a subsidiária se encontram insolventes. Exceções seriam os casos de confiança do credor no crédito de uma particular sociedade individual e, em geral, os casos em que a sociedade-mãe tinha razões para tratar as sociedades como entidades separadas.

do grupo em relatórios externos, para os acionistas, investidores...) que leva a que o credor confie numa aparência de maior capitalização do que aquela que efetivamente existe (especialmente no caso de credores não institucionais). Em suma, quando as relações existentes no âmbito do grupo impuserem que se trate o grupo como unidade económica.

Nestes casos, e por exigências do sistema jurídico – nomeadamente o princípio da boa-fé – o instituto da consolidação substantiva deve ser chamado à colação na resolução dos problemas que os grupos de sociedades suscitam no âmbito da insolvência, permitindo a realização do *princípio da par conditio creditorum* ao nível do grupo.

No entanto, sempre com as devidas cautelas até porque “*the mere possibility of a judge imposing substantive consolidation in bankruptcy adds uncertainty to credit markets by reducing reliance on contractual arrangements*”⁷⁸.

⁷⁸ STEVEN L. SCHWARCZ, *Collapsing corporate structures*, 137.