

**PARTICIPAÇÕES DOMINANTES:  
ALGUNS ASPECTOS DO DOMÍNIO DE SOCIEDADES  
POR SOCIEDADES**

*Pelo Doutor Raul Ventura*

**SUMARIO:**

1. Relações de domínio entre sociedades.
2. Sociedades dominantes e sociedades dependentes nalgumas legislações estrangeiras.
3. O domínio nos termos do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 49 381. A) Domínio entre sociedades; tipos de sociedades dominantes e dependentes.
4. B) Espécies de domínio no caso da alínea a) do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 49 381. Domínio interno, domínio directo, domínio de direito.
5. C) O domínio externo previsto no artigo 39.º, alínea b). Exclusão da influência dominante por factores extra-contractuais.
6. D) Influência dominante e contratos criadores de influência dominante no sistema alemão.
7. E) As dívidas no sistema italiano e a solução preferível quanto ao nosso artigo 39.º, alínea b).
8. F) Efeitos das situações de domínio e dependência no Decreto-Lei n.º 49 381.
9. O domínio nas sociedades de controlo (Decreto-Lei n.º 271/72).
10. O domínio nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 285/77.
11. Negócios sobre lotes de acções, especialmente lotes de domínio.
12. A natureza jurídica do «lote de acções», especialmente «lote de domínio».

13. Destino do «prémio de domínio».
14. Responsabilidade dos administradores no caso de cessão do domínio.
15. Regulamentação legal portuguesa da alienação, por negociação particular, de certos lotes de acções.
16. Oferta pública de aquisição (T. O. B.; O. P. A.; O. P. E.).
17. A oferta pública de aquisição de títulos no Projecto Preliminar de Directiva da C. E. E.
18. Alguns problemas jurídicos de carácter geral relativos à oferta pública de aquisição de acções.
19. Alienação e aquisição compulsiva de acções, para complemento de participações.

## 1. *Relações de domínio entre sociedades*

O montante da participação de uma sociedade noutra sociedade — quer visto em si mesmo quer visto pelo prisma do poder de voto resultante da participação — pode produzir especiais efeitos jurídicos, criando entre elas ou *relações de domínio* ou *relações de coligação*.

O domínio de uma sociedade sobre outra e a correlativa dependência podem resultar de outros factos, para além do montante da participação de uma ou outra. A participação dominante é, pois, apenas uma das espécies do fenómeno, que umas vezes determina correspondente especialidade de efeitos jurídicos, outras vezes se equipara, quando a efeitos, a todas ou algumas outras espécies de domínio.

Preferimos falar de *domínio* em vez de *controlo*, embora não nos escandalizasse o uso da segunda palavra, introduzida na nossa língua ao que parece por falta de palavra portuguesa que exprimisse perfeitamente o sentido do francês *contrôle*; além do corrente emprego de *controlo* na legislação brasileira, a palavra também já foi consagrada em leis portuguesas, pelo menos no Decreto-Lei n.º 271/72. Como, porém, outras leis portuguesas falam em *domínio* e ainda para evitar confusões com as «sociedades de controlo» reguladas pelo citado Decreto-Lei (constituem uma das modalidades das sociedades cujo objecto é a gestão de uma carteira de títulos), fixar-nos-emos

no termo *domínio*, salvo quando reproduzimos expressões usadas noutros países.

Nenhuma diferença, contudo, estabelecemos para este efeito entre *controle* e *domínio*, observação justificada porque tal distinção aparece pelo menos num autor italiano (PASTERIS, pág. 83), para quem *controle* significa a sujeição de um determinado empresário (social ou não) à influência de um outro sujeito, influência exercida sobre a actividade de gestão do controlado e *domínio* é a possibilidade de dispor dos interesses confluentes na sociedade, a soberania sobre a comunidade dos interesses (haveria assim sociedades controladas mas não dominadas — hipótese de controle externo — e sociedades dominadas mas não controladas — quando o accionista maioritário não exerce a sua influência relativamente ao órgão administrativo).

Lembremos também o uso de «filial» ou «sociedade filial» para designar uma sociedade dependente de outra em certos termos. Entre nós, BARBOSA DE MAGALHÃES (*Do estabelecimento comercial*, pág. 25 nota 15) ensinava que na prática comercial, a palavra «filial» tem o mesmo significado de sucursal, agência, delegação, representação que o comerciante individual ou colectivo estabelece em localidades diversas daquela onde está o estabelecimento principal, ou mesmo, embora menos frequentemente, nessa própria localidade, mas esse vago significado não corresponde ao sentido técnico que a palavra tem em direito comercial e que é o de uma sociedade diferente, mas afiliada a outra, isto é, dela dependente.

Nas principais legislações europeias está hoje estabilizada nesse sentido a diferença entre sucursais e filiais. As primeiras fazem juridicamente parte da empresa, constituem um seu desdobramento, mesmo quando localizadas em país diferente, mas formam uma só entidade jurídica e em princípio uma só entidade económica. As segundas são juridicamente entidades autónomas dotadas de personalidade jurídica própria (ou, nos países onde nem todas as sociedades gozam de personalidade jurídica, formando uma sociedade independente), embora ligadas à outra sociedade — que, por contraposição à «filial» será cha-

mada «mãe» — cuja forma mais intensa, mas não essencial, é o domínio interno de direito, pela posse da maioria do capital com direito de voto. Tratando dessa distinção nos países da Comunidade Económica Europeia, diz-se muito simplesmente: «tomada a decisão de criar um estabelecimento num dos países da CEE, deve isso ser feito por meio de um prolongamento da empresa à qual este novo ramo ficará juridicamente ligado; é a sucursal. É preciso, pelo contrário, criar um novo ente moral; é a filial» (RICCI e GLOSSNER no estudo introdutório da colectânea *Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften in Gemeinsamen Markt* e de maneira geral todos os outros estudos da mesma colectânea).

## 2. *Sociedades dominadas e sociedades coligadas nalgumas legislações estrangeiras*

Os artigos 1273.º a 1276.º do Anteprojecto do Código Civil Brasileiro, 2.ª Edição revisada, tratam das sociedades ligadas, como tal considerando as sociedades que, em suas relações de capital, são controladas, filiadas, ou de simples participação. Sociedades controladas são a sociedade de cujo capital outra sociedade possua mais de cinquenta por cento do capital com direito de voto e a sociedade, cujo controle esteja em poder de outra, mediante acções ou quotas possuídas por sociedade ou sociedades por essa outra já controladas. Diz-se filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade possua de dez a cinquenta por cento do capital com direito de voto. É de simples participação a sociedade de cujo capital outra sociedade possua menos de dez por cento com direito de voto.

A nova Lei brasileira das sociedades anónimas, Lei n.º 6404, de 15-12-1976, adoptou, porém, sistema diferente. Os §§ 1.º e 2.º do artigo 243.º definem como «coligadas» as sociedades quando uma participa, com 10% ou mais, do capital da outra, sem controlá-la, e como «controlada» a sociedade na qual a controladora, directamente ou através de outras controladas,

é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

Na Lei alemã das sociedades por acções, de 1965, as empresas dominantes e dominadas são modalidades das empresas (não apenas sociedades) coligadas ou associadas (*verbundene Unternehmen*). Empresas associadas ou coligadas são, nos termos do § 15, empresas juridicamente autónomas que estão entre si numa relação de empresas em posse maioritária e empresas com participação maioritária, empresas dependentes e empresas dominantes, empresas de Konzern, empresas com participação recíproca ou empresas outorgantes num contrato de empresa. Segundo o § 17, n.º 1, empresas dependentes são empresas juridicamente autónomas, sobre as quais uma outra empresa (empresa dominante) pode exercer, imediata ou mediamente, uma influência dominante; presume-se que uma empresa em posse maioritária é dependente da que nela participa em maioria.

Para as *Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, estes conceitos são repetidos no § 8 do *RegEntwürfe*.

O artigo 354.º da Lei francesa de 1966 define filial nos seguintes termos: «Quando uma sociedade possui mais de metade do capital de uma outra sociedade, a segunda é considerada, para a aplicação da presente secção, como filial da primeira». Note-se que a doutrina, desgostosa por não ter sido consagrada legislativamente uma noção ampla de «contrôle», procura restringir a aplicação do conceito legal de filial, socorrendo-se da frase «pour l'application de la présente section» (*DURAND ET LATSCHA*, pág. 91). O artigo 355.º dispõe que «quando uma sociedade possui numa outra sociedade uma fracção de capital compreendida entre 10 e 50 por cento, a primeira é considerada, para a aplicação da presente secção, como tendo uma participação na segunda». Para outros efeitos, a «participação» só começa noutros montantes, como o de 20%, na nova redacção do artigo 92.º daquela lei, dada pela Lei n.º 96-12, de 6 de Janeiro de 1969, para não serem contados para efeitos

do número legal de cargos de administradores (cinco) as sociedades com aquela participação.

O artigo 2359.º do Código Civil italiano, na primitiva redacção, depois de na primeira alínea proibir o investimento do capital duma sociedade em acções da sociedade que exerce o controlo sobre ela ou de outras sociedades controladas pela mesma, considerava, na alínea segunda, sociedades controladas aquelas em que uma outra sociedade possui um número de acções tal que lhe assegure a maioria dos votos nas assembleias ordinárias ou aquelas que, em virtude de particulares vínculos contratuais, estão sob a influência de outra sociedade. Esta noção de controlo era considerada aplicável às referências a sociedades controladas nos artigos 2389.º (requisitos de elegibilidade dos síndicos) e 2624.º (sanções penais para administradores e outros titulares de órgãos sociais que contraíam empréstimos com as respectivas sociedades ou outras controlantes ou controladas).

Pela primeira vez em Itália (FANELLI, *Partecipazione*, pág. 317) a noção de *societades coligadas* aparece no artigo 4.º do Projecto Ministerial de reforma das sociedades por acções: «as sociedades consideram-se coligadas quando uma participa na outra em medida superior ao décimo do capital desta ou do próprio capital». A última alínea do mesmo artigo considera *controladas*: a) as sociedades em que uma outra, em virtude das acções e quotas possuídas, dispõe da maioria requerida para as deliberações da assembleia ordinária; b) as sociedades que estão sob a influência duma outra sociedade em virtude das acções ou quotas por esta possuídas ou de particulares relações com essa; c) as sociedades controladas por uma outra mediante as acções ou quotas de outras sociedades controladas.

Com algumas alterações formais, estes conceitos passaram para a nova redacção do artigo 2359.º do Código Civil, dada pela Lei n.º 216.º de 7 de Junho de 1974, artigo 6.º — sub artigo 1.º: «São consideradas sociedades controladas:

- «1) As sociedades nas quais uma outra sociedade, em virtude das acções ou quotas possuídas, dis-

põe da maioria requerida para as deliberações da assembleia ordinária;

- «2) As sociedades que estão sob a influência dominante de uma outra sociedade em virtude das acções ou quotas possuídas por esta ou de particulares vínculos contratuais com esta;
- «3) As sociedades controladas por uma outra sociedade mediante as acções ou quotas possuídas por sociedades controladas por esta.  
«São consideradas coligadas as sociedades nas quais se participa em medida superior ao décimo do seu capital, ou em medida superior ao vigésimo se se trata de sociedades com acções cotadas na Bolsa».

Esta mesma Lei introduziu um artigo 2359.º-bis, relativo a relações entre sociedade controlante e sociedade controlada: «As sociedades controladas não podem adquirir nem subscrever acções ou quotas da sociedades controlante se não com as somas retiradas das reservas, excluída a reserva legal. Apenas podem ser adquiridas acções integralmente liberadas.

«As sociedades controladas por outra sociedade não podem exercer o direito de voto nas assembleias desta.

«As acções ou quotas adquiridas, subscritas ou possuídas com violação do primeiro trecho devem ser alienadas dentro de seis meses da aprovação do balanço na qual figuram. Quando assim não suceda, o tribunal, a requerimento do colégio sindical (conselho fiscal) ordena a venda das acções ou quotas por meio de um agente de câmbio ou de um estabelecimento ou instituto de crédito».

No seguimento deste estudo e salva expressa menção em contrário, as citações referem-se à primeira redacção do art. 2359.º

Em Inglaterra, o artigo 154.º do Companies Act 1948, define como sociedade subsidiária de outra a) aquela que em

relação à outra ou *aa*) é membro dela e controla a composição do seu conselho de administração ou *bb*) detém mais de metade do valor nominal das suas acções ordinárias; *b*) a primeira mencionada companhia é a subsidiária de qualquer outra sociedade que seja subsidiária da outra. O artigo, muito extenso, precisa depois alguns dos pontos da definição, como por exemplo o controlo da composição do conselho de administração.

O artigo 6.º do Estatuto de uma Sociedade anónima Europeia refere-se, nos seus quatro números, a empresas dependentes e dominantes. Empresa dependente é uma empresa juridicamente autónoma sobre a qual uma outra empresa, chamada empresa dominante, pode exercer directamente ou indirectamente uma influência dominante, desde que uma das duas empresas interessadas seja uma S. E. (sociedade europeia). Uma empresa é sempre considerada dependente de uma outra, desde que esta tenha possibilidade relativamente à primeira: *a*) de dispor de mais de metade dos votos correspondentes ao conjunto dos títulos emitidos; *b*) de designar mais de metade dos membros do seu órgão de direcção ou do seu órgão de fiscalização; *c*) de exercer em virtude de contratos uma influência preponderante na sua gestão. Presume-se uma influência dominante quando uma empresa tem uma participação maioritária no capital de uma outra empresa. São contadas na participação da empresa dominante as partes pertencentes a uma empresa dependente dela. O mesmo sucede quanto às partes pertencentes a uma outra empresa que actue por conta da empresa dominante ou de uma empresa dependente desta última.

No campo da futura legislação, há dois importantes projectos a considerar. Tendendo ambos a estabelecer uma disciplina jurídica dos *grupos de sociedades*, não podiam deixar de definir o domínio de uma sociedade sobre outra, uma vez que esse domínio e a correlativa dependência são elemento essencial da formação do grupo, para os pretendidos efeitos jurídicos.

O «PROJECTO PRELIMINAR de uma directiva baseada no artigo 54.º, par. 3, *g*) do Tratado CEE sobre a harmo-

nização do direito dos grupos de sociedades» (Comissão da Comunidade Europeia — XI/328/74-I) dispõe no artigo 1.º:

«1. Para os efeitos da presente directiva são empresas dependentes aquelas sobre as quais uma outra empresa (empresa dominante) pode exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante.

«2. Presume-se que uma empresa seja dependente de uma outra, se esta, directa ou indirectamente:

- 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 conselho de administração ou do órgão de vigilância.

«3. Entre as quotas de capital da empresa dominante são computadas também aquelas que pertençam a uma empresa que actue por conta da empresa dominante ou de uma empresa dependente desta.»

Em França, a «PROPOSITION DE LOI sur les groupes de sociétés et la protection des actionnaires, du personnel et des tiers» apresentada por Cousté, Bas, Bichat, etc. (Primeira sessão ordinária de 1974-1975, n.º 1211) começa por dois artigos dedicados à definição de sociedade dominante e sociedade dependente. Artigo 1.º: «Quando uma sociedade dispõe sobre uma outra sociedade duma influência que lhe permita exercer sobre esta, directa ou indirectamente, por meios de direito ou de facto, o poder de decisão, a primeira é chamada sociedade dominante e a segunda sociedade dependente». Artigo 2.º: «Uma sociedade é, salvo prova em contrário, presumida dependente de uma outra sociedade quando esta última dispõe, directa ou indirectamente, na primeira de mais de 50% dos votos correspondentes ao conjunto dos direitos sociais. Esta presunção não poderá, contudo,

ser invocada se os estatutos da sociedade afiliada prevêem que certas decisões de gestão dos associados devem ser tomadas por maioria superior ao número de votos de que dispõe, directa ou indirectamente, a sociedade dominante».

### 3. O domínio nos termos do artigo 39.º do Decreto n.º 49 381.

#### A) Domínio entre sociedades; tipos de sociedades dominantes e dominadas

Vamos proceder a uma análise do domínio de sociedades, nos principais preceitos legais portugueses que a elas se referem. Por ser o mais completo, começaremos pelo artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969, que dispõe: «Consideram-se sociedades dominadas, para os efeitos do presente diploma: a) aquelas em que outra sociedade tenha um número de acções que lhe assegure a maioria dos votos nas assembleias gerais; b) As que se encontrem sob a influência dominante de outra, em consequência de especiais vínculos contratuais».

Este preceito ocupa-se apenas das relações de domínio *entre sociedades*. Quanto à entidade *dominada*, isso resulta logo das primeiras palavras «Consideram-se sociedades dominadas...». Quanto à entidade *dominante*, chega-se à mesma conclusão vendo na alínea a) «Aquelas em que *outra sociedade...*» e na alínea b) «as que se encontrem sob a influência dominante *de outra...*». Adiante se fará menção de uma dúvida suscitada pelo artigo 2.º, n.º 1, alínea c) do mesmo diploma.

Quanto aos tipos de sociedades entre as quais o artigo 39.º contempla relações de domínio, a sociedade dominada é nitidamente uma sociedade anónima (ou em comandita por acções), pois a alínea a) fala em «número de acções». Às sociedades por quotas este artigo será aplicável, quando nelas possam produzir-se os efeitos do domínio, tais como previstos para as sociedades anónimas. Do lado da sociedade dominante, não há limitações ao tipo de sociedades, falando até o artigo 2.º, n.º 1, em sociedades em nome colectivo.

4. B) *Espécies de domínio no caso da alínea a) do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 49 381. Domínio interno, domínio directo, domínio de direito*

O domínio previsto na alínea a) do artigo 39.º citado é um domínio *interno*. É determinado, dentro da sociedade, por um número de acções que assegure à sociedade dominante a maioria dos votos na assembleia geral. A participação social, pelo seu montante e pelos direitos que a compõem, produz o domínio, sem que se atenda a factores externos, como certas relações existentes entre essa sociedade e outra.

Também não é duvidoso que a citada alínea a) apenas contempla o domínio *directo* ou *imediato*. Em teoria, tanto podem ser relevantes o domínio directo ou imediato — em que uma sociedade tem ela própria o número de acções de outra exigido por um preceito legal para se considerar estabelecida a relação de domínio entre ambas — como o domínio indirecto ou mediato — em que uma sociedade, tendo ou não acções da dominada, tenha acções de outra sociedade que participe na dominada, de modo que, ou juntando as acções de ambas ou só por intermédio das acções da segunda, vem a influir na dominada. O domínio mediato pode ainda revestir duas modalidades: ou domínio dependente ou domínio independente. No primeiro caso, a sociedade *A* é dominante da sociedade *B*, a qual por sua vez é dominante da sociedade *C* (sem que interesse distinguir agora o factor determinante do domínio). Num domínio em cadeia, desse género, criaram-se relações de dependência entre as três sociedades: um domínio imediato de *B* sobre *C* e um domínio mediato de *A* sobre *C*; cada um desses domínios pode criar os seus efeitos próprios, embora o mediato seja criado através do imediato. No segundo caso, a sociedade *A* possui uma participação na sociedade *C* que só por si não constitui domínio (não existindo outras causas de domínio de *A* sobre *C*, pois nesse caso haverá domínio imediato), mas, somada a sua participação à participação que também em *C* possui a sociedade *B*, a qual por sua vez é dominada por *A*, cria-se uma relação de domínio de *A* sobre *C*.

Nas legislações estrangeiras acima citadas encontram-se hipóteses de relevância do domínio indirecto, tanto independente como dependente. O nosso artigo 39.º, alínea *a*), está redigido olhando apenas às participações directas ou imediatas: dominada é a sociedade em que outra sociedade (aquela que assume a posição de dominante) tenha (ela própria) um número de acções (da dominada — «em que» — e não de outras sociedades) que lhe (à dominante) assegure a maioria de votos na assembleia geral. Uma vez que o domínio, quando existe, é uma situação que não varia, consoante o seu carácter mediato ou imediato, justifica-se, em princípio, que as duas modalidades de domínio sejam equiparadas — e diz-se em princípio para não afastar hipóteses em que porventura a forma de constituição do domínio possa ter importância —, mas certo é que o artigo 39.º não o faz, referindo-se apenas ao domínio imediato. Ora, como esse artigo funciona como base de disposições de carácter excepcional, não parece que possa ser aplicado a hipóteses análogas àquelas que expressamente contempla.

O artigo 39.º não compreende também a hipótese de pluralidade de domínios, funcionando sem inter-domínios, a qual não se confunde com a hipótese de domínio indirecto dependente. Considerando duas sociedades que sejam participantes de outra, é manifesto que não pode cada uma delas ter um número de acções que lhe assegure a maioria de votos na assembleia geral; mesmo que a sociedade *A* possua 50% das acções da sociedade *C* e a sociedade *B* possua os outros 50%, nenhuma das duas posições paritárias pode criar relações de domínio entre *A* e *C*, visto que, só por si, nenhuma delas permite à respectiva titular impor a sua vontade em *C*. O problema surge, porém, se entre as duas sociedades com participações que, em conjunto, atinjam a totalidade ou a maioria das acções de outra sociedade houver uma coordenação quanto ao voto na sociedade participada, por exemplo, através da constituição dum sindicato de voto (KÖLNER KOMMENTAR, pág. 142; GROSS-KOMMENTAR, pág. 150). Um primeiro argumento usado na Alemanha e repetível entre nós é de natureza literal: a coordenação de votos entre as duas sociedades não deu origem a uma

nova entidade — entre nós, diríamos a uma nova sociedade — e o preceito fala em sociedade dominada por *outra sociedade* e não coordenadamente por várias (diferentemente, quando o sindicato de voto tomasse a forma de sociedade). Na mesma ordem de ideias pode notar-se que a letra do nosso preceito refere-se à maioria dos votos em assembleia geral, resultante do número de acções *tidas* pela sociedade dominante, o que não sucederia no referido caso. Além disso, pode notar-se que os sindicatos de voto não conduzem, pelo menos geralmente, à imposição da vontade de uma das partes sobre a outra ou outras, não podendo dizer-se que, por meio desse sindicato, *uma* das sociedades sindicadas pode impor a sua vontade à sociedade dominada.

Para que uma sociedade seja dominante de outra, nos termos do artigo 39.º, alínea *a*), não é necessário que possua a maioria das acções da sociedade dominada, mas apenas que o número de acções por ela possuída lhe assegure a maioria dos votos na assembleia geral. O nosso legislador transpôs para o nosso direito essa parte do artigo 2359.º do Código Civil italiano, sem ter reparado em que, na altura em que legislava, havia uma limitação de votos de accionistas, inexistente em Itália. Se nenhum accionista, qualquer que fosse o número das suas acções, poderia representar mais da décima parte dos votos conferidos por todas as acções emitidas, nem mais de uma quinta parte dos votos que se apurassem na assembleia geral (artigo 183.º, § 3.º do Código Comercial, na redacção vigente em 1969), de duas, uma: ou o legislador escreveu o artigo 39.º, alínea *a*) apenas para hipóteses de maioria de facto inferiores a 10% — o que é absurdo — ou se esqueceu daquela limitação, a qual, existindo e apesar do esquecimento, tornava o preceito letra morta. Modificado o artigo 183.º, § 3.º, pelo Decreto-Lei n.º 154/72, de 10 de Maio, o artigo 39.º tem possibilidade de aplicação em todas as sociedades constituídas depois da entrada em vigor deste diploma e nas sociedades anteriores que modifiquem os estatutos, como aquele diploma permite.

O modo como aproveitou a referida parte do artigo 2359.º do Código Civil italiano torna o nosso artigo 39.º, alínea *a*),

susceptível da principal dúvida suscitada em Itália: a de saber se a lei atende à maioria de direito (metade e mais um dos votos correspondentes ao capital social com direito de voto) ou à maioria concreta ou de facto (aquela maioria com que *de facto* é possível fazer aprovar deliberações numa sociedade, tendo em conta a efectiva concorrência de accionistas à assembleia). A origem italiana do preceito não ajuda a resolver a questão, não só por em Itália jurisprudência e doutrina se dividirem a esse respeito (bibliografia em PASTERIS, pág. 128, FRÈ, pág. 244; FERRARA JR., pág. 190, notando-se que este, ainda apresentado por PASTERIS como defensor da maioria de direito, mudou de opinião na 4.<sup>a</sup> edição da sua obra), como ainda por não serem utilizáveis entre nós argumentos retirados de leis anteriores e posteriores ao Código Civil italiano.

O domínio de direito coincidiria com o domínio de facto, o poder corresponderia à propriedade, se as assembleias dos sócios contassem com a presença de todos eles; a ausência de sócios constitui o primeiro factor do domínio de facto, dissociado do domínio de direito. Seria, pois, tão irreal supor que o abstencionismo dos sócios e as consequentes possibilidades de domínio de facto por um sócio se verificam igualmente em todos os tipos de sociedades como supor realizadas as esperanças dos legisladores do século passado numa activa, responsável e interessada intervenção de todos os accionistas de todas as grandes sociedades anónimas. Mas dentro do tipo de sociedade por acções, a diferença é grande entre sociedades de tipo fechado — *private companies, close corporations* — e sociedades com o capital largamente disseminado pelo público. As causas e os efeitos do abstencionismo dos accionistas estão largamente estudadas em todos os países, sob os mais variados ângulos. Neste momento só nos interessa verificar a existência do fenómeno e apontar o seu efeito de possibilitar um domínio de facto (embora encarando o fenómeno sob o prisma restrito do poder e perpetuação dos administradores, são muito interessantes as considerações produzidas por ABRAM CHAYES, *The modern corporation and the rule of law*, e EUGENE V. ROSTOW, *To whom and for what ends is corporate management*

*responsible?*, ambos na colectânea *The corporation in modern society*).

Ideal para uma pessoa física ou jurídica, ou para um grupo de pessoas, físicas ou jurídicas, dominantes de uma sociedade é evidentemente a manutenção do domínio de direito, que assegura contra surpresas em assembleias. No entanto, a experiência mostra que percentagens de votos muito inferiores à maioria absoluta dos votos correspondentes ao capital de uma sociedade exercem eficaz e duradouro domínio. Diz-se que sociedades americanas das mais importantes são dominadas por uma fracção de cerca de 5 por cento dos votos e estudos franceses levaram à conclusão de que a generalidade das sociedades com acções cotadas em Bolsa são tranquilamente dominadas por uma fracção de 30 por cento dos votos.

Rigorosamente, não bastam as estatísticas para fixar numa qualquer percentagem de votos o critério do domínio de facto. Tratando-se de um domínio *de facto*, só perante os *factos* concretos pode ser apreciado. O possuidor de 30 por cento dos votos pode, de um momento para o outro, deparar uma coligação — porventura temporária, mas nem por isso menos real — de accionistas individualmente possuidores de menor número de acções; ou de repente os pequenos e dispersos accionistas, alertados por qualquer facto excepcional e muitas vezes solicitados por um grupo minoritário mais coeso, mostram súbito interesse pela participação na assembleia, quanto mais não seja pelo meio cómodo da representação; ou então, um accionista que normalmente recebe muitas procurações de outros, desloca as suas simpatias para outro grupo, etc. Só, portanto, caso a caso poderão ser determinadas a viabilidade e a existência de um domínio de facto.

Essa determinação é tornada mais difícil pela circunstância de não bastar a prova de, em *uma* reunião de assembleia, as deliberações terem sido tomadas por certa maioria de votos e de esses votos corresponderem às acções de certas pessoas, para se poder dizer que estas pessoas dominam a sociedade. Cair-se-ia no absurdo de, fora das hipóteses de domínio de direito, haver *sempre* um domínio de facto, visto também sem-

pre haver uma maioria que faz vencimento de facto. Adiante, a propósito da influência dominante, acentuaremos este requisito de duração, que não será menos exigível para o domínio de facto por meio de participações, não fazendo também sentido que o facto de esporadicamente uma sociedade ter feito vencimento numa deliberação de outra as transforme em dominante e dominada.

As características do domínio de facto explicam como o problema pode ser posto em termos de *segurança* contra *ratio* do preceito legal (FERRARA JR., loc. cit.). A variabilidade do domínio de facto, mesmo exigindo certa duração; a dificuldade de conhecer as suas manifestações; a inacessibilidade de terceiros ao conhecimento dessas manifestações, tornam *inseguro* estabelecer nessa base uma relação de domínio entre sociedades. A existência de domínio, quer este seja de direito ou de facto, inclina para considerar as duas modalidades abrangidas na *ratio* do preceito, isto é, se o fenómeno que preocupa o legislador é o domínio de uma sociedade por outra, parece indiferente que o domínio exista mediante uma percentagem superior à maioria dos votos correspondentes ao capital — só interessará a existência do domínio.

A escolha entre as duas modalidades tanto se põe ao legislador como ao intérprete e, se o segundo deve respeitar o critério do primeiro, parece que a solução do problema, tal como resulta da directa interpretação do preceito legal em que o critério seja expresso, deve ser aceite pelo intérprete, apesar das inclinações pessoais para um critério diferente. Ora, apesar dos argumentos que teoricamente podem favorecer o domínio de facto, o artigo 39.º, alínea a), exprime o critério do domínio de direito. O domínio fundado nesse preceito resulta da posse de um número de acções que assegure a maioria dos votos na assembleia geral. A maioria dos votos só pode estar *assegurada*, quando o titular daquelas acções disponha de votos para conseguir a maioria seja qual for o número de votos — possivelmente o máximo — que na assembleia sejam contados. Não há domínio sem que a dominante *esteja segura* de que dispõe

da maioria dos votos e essa segurança só pode resultar do poder de utilizar a maioria dos votos possíveis.

Os argumentos exegeticos da doutrina oposta, tal como apparecem em Itália, consistem fundamentalmente em analisar os efeitos da relação de domínio e perante eles mostrar a indiferença das duas formas de domínio e, por outro lado, em accentuar o paralelismo entre o domínio interno de facto e o domínio externo.

A primeira linha de argumentos não conduz a resultados satisfatórios. Nuns casos, o efeito nem sequer é especialmente ligado ao domínio e, portanto, não interessa distinguir as duas modalidades deste; é o caso de proibição de participações reciprocas que, embora no Código Civil italiano vigente estivesse ligada ao domínio, pode deixar de o estar, como succede noutras legislações. Em todos os casos, chegar-se-ia talvez a concluir que esses efeitos seriam justificáveis para situações de domínio de direito ou de facto, mas continuar-se-ia sem saber se o legislador foi mais sensível a essa circunstância ou se, pelo contrario, se deixou impressionar pelas razões de segurança contrárias ao domínio de facto.

Os argumentos da segunda espécie consistem em observar que, sendo determinados efeitos produzidos pelo domínio meramente externo, devem, por maioria de razão, ser produzidos por situações de domínio interno, embora apenas de facto. É mais do que duvidosa essa maioria de razão. A simples relevância de formas de domínio externo nada significa quanto às modalidades aceitáveis de domínio interno; teria significado se as formas de domínio externo criassem insegurança assemelhável ao domínio interno de facto, pois a insegurança num caso expressamente aceite pelo legislador poderia mostrar que este não se teria importado com a insegurança no outro. Succede, porém, que, em relação às manifestações de domínio externo também se coloca um problema de segurança cuja solução define os limites dentro dos quais se circumscrevem as modalidades de domínio externo legalmente relevantes para tornar uma sociedade dominante de outra.

Assente que o artigo 39.º, alínea a), visa o domínio interno

de direito, são necessárias algumas observações complementares, quanto aos votos de que deve dispor a sociedade dominante e quanto ao modo de calcular a maioria dos votos nas assembleias.

O caso mais simples é aquele em que, por um lado, a todas as acções corresponde igual número de votos e, por outro lado, nem os estatutos exigem maioria qualificada para todas ou algumas deliberações; nenhuma dúvida de que nesse caso o domínio interno de direito exige a posse de metade das acções e mais aquelas a que corresponda um voto.

Pode, no entanto, ser bastante a posse de um número de acções inferior ao citado, desde que às acções da dominante corresponda proporcionalmente maior número de votos. Será o caso de as acções da dominante serem dotadas de voto plural ou o de as acções da dominante se incluírem numa categoria de acções das quais um menor número (relativamente a outras categorias) dê direito a um voto. Teoricamente, é possível a hipótese contrária: a dominante, para o ser, necessitar de número de acções superior ao citado, porque cada uma das suas acções é dotada de menor poder de voto; na prática, as especialidades de voto são criadas para facilitar o domínio e não para o dificultar. Justifica-se, pois, que o artigo 39.º não exija a posse da maioria das acções, podendo o domínio de direito ser conseguido com uma posse minoritária de acções. Necessária é, contudo, a maioria dos votos possíveis.

Salvo o caso de nomeação de liquidatário, a lei portuguesa não fixa *quorum* constitutivo ou *quorum* deliberativo para assembleias ou deliberações de sociedades anónimas, antes o artigo 184.º do Código Comercial dispensa o *quorum* constitutivo estatutário em segunda convocação da assembleia (discute-se se o *quorum* deliberativo também é dispensado); com esta restrição, podem os estatutos exigir *quorum* constitutivo ou deliberativo para todas ou algumas assembleias ou deliberações. Sendo o *quorum* exigido para a constituição da assembleia porventura impeditivo de a sociedade dominante formar só por si a assembleia, nem por isso ela deixará de ser dominante, pois na segunda convocação desaparece esse impedimento. Sendo

o *quorum* exigido para todas as deliberações e não atingindo uma sociedade-sócia o número de votos exigido, não pode ser considerada dominante, pois não tem assegurada a maioria necessária. Sendo o *quorum* deliberativo exigido para certas deliberações excepcionais, o facto de a sociedade-sócia não dispor do número de votos necessários para a maioria nessas deliberações, mas ter o bastante para lhe assegurar a maioria na generalidade das deliberações, não obsta a que seja considerada dominante; é de ressaltar o caso de a maioria qualificada ser exigida para a eleição de administrador, visto que, nessa hipótese, o domínio não existe, por faltar o meio através do qual ele efectivamente se exerce.

O § 17 AktG presume a dependência entre sociedades no caso de posse maioritária, tal como definida no § 16; idêntica presunção aparece nos Projectos acima citados. A doutrina (KÖLNER KOMMENTAR, pág. 144; GROSSKOMMENTAR, pág. 154) considera a presunção ilidível e acentua que para ilidir a presunção é necessário demonstrar a impossibilidade de a posse maioritária levar à nomeação do *Aufsichtsrat* e através deste do *Vorstand*. Como hipóteses desse género aponta os casos de na posse maioritária estarem incluídas acções sem voto, de os restantes accionistas disporem de acções com voto plural em número que produza mais votos do que os correspondentes à posse maioritária, o de a nomeação do *Aufsichtsrat* necessitar de maioria qualificada.

A nossa lei não criou a presunção de que a posse maioritária produz a dependência e portanto a prova de que o número de acções possuídas por uma sociedade lhe assegura a maioria nas assembleias está sujeita à disciplina normal do ónus da prova.

Criado o domínio interno de direito, nos termos do art. 39.º, alínea *a*), fica estabelecida entre as sociedades uma relação de domínio, independentemente do efectivo exercício deste. A demonstração da falta do uso do domínio será certamente difícil no caso de domínio interno, pois só poderia consistir na hipótese teórica de a dominante sistematicamente deixar de votar nas assembleias gerais, mas, caso pudesse ser feita, seria inútil.

5. C) *O domínio externo previsto no artigo 39.º, alínea b). Exclusão da influência dominante por factores extra-contratuais*

Por força do artigo 39.º, alínea b), consideram-se dominadas aquelas sociedades que se encontrem sob a influência dominante de outra em consequência de especiais vínculos contratuais.

No direito alemão, o § 17, I, AktG caracteriza as empresas dependentes como aquelas «sobre as quais uma outra empresa (empresa dominante) pode exercer, directa ou indirectamente, uma influência dominante» e como a lei não delimita os meios de exercício dessa influência, o esforço da doutrina dirige-se primeiro para a caracterização da influência dominante e em seguida para identificação dos referidos meios.

A doutrina italiana, quando interpreta o artigo 2359.º do seu Código — no qual, como se viu, o nosso legislador se inspirou também para redigir a alínea b do artigo 39.º — separa os dois elementos, a influência dominante e os particulares vínculos contratuais, de modo que o círculo dos vínculos contratuais relevantes para o efeito resulta da *prévia* definição da influência dominante. Este procedimento parece-nos perigoso, porque separa artificialmente dois elementos que no preceito legal estão intimamente ligados. A influência dominante a considerar para o efeito é apenas a criada *in virtù* de particulares vínculos contratuais (*em consequência* de especiais vínculos contratuais, diz o nosso artigo 39.º, alínea b). Não basta portanto definir arbitrariamente os contornos da influência dominante e em seguida procurar os vínculos contratuais susceptíveis de criar uma influência dominante tal como esta tenha sido definida; os vínculos contratuais que o legislador teve em vista podem por sua vez reagir sobre a influência dominante, sendo apenas relevante aquela influência *que possa ser criada* pelos vínculos contratuais tidos em vista pela lei.

Ao referir-se às sociedades que se encontrem sob a influência dominante de outra, *em consequência de especiais vínculos contratuais*, a citada alínea exclui aquelas sociedades que se

encontrem sob a influência de outra por força de factores extra-contratuais ou pressupõe que a influência dominante só pode, para este efeito, ser conseguida através de especiais vínculos contratuais. A alínea b) do artigo 39.º seguiu, pois, o artigo 2359.º italiano e não o § 17.º alemão. Convém, no entanto, conhecer, embora sumariamente, os factores extra-contratuais que, em princípio, poderiam concorrer para a formação daquela influência, mas que o nosso legislador afastou. Os principais são dois: a união pessoal e as disposições estatutárias da sociedade dominada.

«União pessoal» aparece na doutrina em dois sentidos, um mais amplo outro mais restrito, utilizados para efeitos diversos. Num sentido amplo, abrange todos os casos em que uma ligação pessoal entre as várias sociedades, embora consistente apenas na coincidência do accionista principal, permita o funcionamento conjugado dessas sociedades (VANHAECKE, págs. 143 e segs). Partindo dessa noção, várias distinções são possíveis, conforme a união pessoal mantenha a ligação apenas pelo referido accionista ou se traduza na coincidência de administradores (esse accionista ou pessoas por ele escolhidas) ou consoante seja ou não acompanhada por uma coligação financeira das empresas. Assim latamente entendida, a união pessoal é principalmente utilizada para a definição da existência de grupos de empresas.

Mais restrictamente e com utilização para a definição do domínio ou dependência entre sociedades, fala-se em união pessoal quando nas duas sociedades coincidem total ou parcialmente as pessoas que exercem os cargos de administração. Nem todos os argumentos que têm sido aduzidos contra a inclusão da união pessoal nos factores externos do domínio têm igual importância. Assim, quando se argumenta com a impossibilidade de, nessa hipótese, considerar *uma* das sociedades dominante e a *outra* dominada, por em ambas se manifestar igualmente o mesmo fenómeno de coincidência pessoal (a não ser que, por outro motivo, a uma delas deva ser atribuída influência dominante, mas isso afastaria o problema do campo onde está agora situado), esquece-se que a doutrina tem aceite

hipóteses em que duas sociedades são reciprocamente dominantes e dominadas. Também não parece ter muito interesse distinguir conforme a coincidência é imposta por uma à outra — caso em que existiria um prévio laço de influência — ou a coincidência resulta de *simpatia* (sic) — caso em que, se um administrador de uma sociedade se tornasse administrador da outra, a assembleia geral da sociedade afectada por essa indevida instrumentalização demitiria livremente o administrador (PASTERIS, pág. 54). Parece mais importante notar que a coincidência dos administradores pode acontecer em sociedades que não tenham entre si qualquer outro laço, nem de dependência nem de outra natureza, e que, portanto, será exagerado erigir essa simples coincidência em factor *forçoso* de dependência.

A influência dominante é criada por meio de disposições estatutárias da sociedade dominada quando os estatutos desta atribuem à outra sociedade o direito de nomear a administração. A sua relevância prática depende, portanto, da licitude dessa cláusula estatutária. Mesmo na Alemanha, o alcance desta hipótese é restrito à nomeação de certos membros do *Aufsichtsrat*, nos termos do § 101.º, alínea 2) AktG.

#### 6. D) *Idem. Influência dominante e contratos criadores de influência dominante no sistema alemão*

O nosso artigo 39.º, seguindo o sistema italiano, fala de influência dominante apenas na alínea b). Literalmente, fica assim fora da influência dominante o caso de domínio interno, tratado na alínea a). Não há, contudo, diferença entre influência dominante e domínio; todavia, no caso de domínio externo, é preciso provar que os especiais vínculos contratuais produzem influência dominante, enquanto o domínio interno consiste numa influência dominante proveniente do poder de voto da sociedade dominante. Já vimos que no direito alemão a influência dominante é expresso factor comum e que, não estando delimitados

pela lei os meios de criação dessa influência, a posse maioritária apenas cria uma presunção de domínio.

Notemos em primeiro lugar, o carácter de *relatividade* do conteúdo da influência dominante acentuada por toda a doutrina germânica. Como no ordenamento alemão a influência dominante produz variadíssimos efeitos, compreende-se que, dentro das linhas gerais fixadas no § 17, a influência concreta possa variar, conforme o efeito a que está ligada. Nem que se esqueça que a influência dominante abrange o domínio interno de facto, dentro do qual as variações são mais frequentes.

Traços gerais que podem dizer-se pacíficos são a *estabilidade* e o *carácter geral da influência dominante*. Estabilidade não significa que a influência dominante deva ter uma certa duração, mas sim que ela não deve resultar apenas de factores esporádicos, que em certo momento funcionaram para influir a vontade da dominada, mas que, pela sua própria natureza, podem desaparecer de um momento para o outro; a dependência da empresa é *um estado* criado por certos factores, que vai reflectir-se em muitos efeitos jurídicos, que pressupõem permanência desse estado básico. Aliás, a estabilidade é requisito presumível no domínio externo por meio de especiais vínculos contratuais, sendo mais natural que possa faltar no domínio externo por meios extra-contratuais ou no domínio interno de facto.

O requisito da *generalidade* torna necessário que a dependência da dominada seja extensiva a todas os seus campos de actividade e a todas as resoluções que por ela possam ser tomadas. Não pode considerar-se dominada por outra uma sociedade que, em virtude de um contrato, está sujeita a instruções de outra sociedade quanto ao uso de certas máquinas, quanto ao emprego de certos capitais, que está obrigada a introduzir ou não introduzir certas modificações nos seus estatutos, que concedeu à outra parte um direito de fiscalização da produção de certos bens, etc. Nem, por exemplo, um contrato de concessão de exploração de estabelecimento produz, só por si, domínio e dependência, desde que a sociedade concedente continue a

poder livremente aplicar as importâncias recebidas da concessionária.

Não é de exigir que o nexo de dependência seja eterno e indissolúvel; pode, por exemplo, ser sujeito a um prazo final ou a sua extinção ficar dependente da vontade da dominante. Não há, contudo, dependência quando o vínculo contratual que a produz pode terminar *ao arbitrio* da dominada, pois não se pode considerar dependente quem a todo o momento e por sua livre vontade pode fazer terminar essa situação.

A doutrina alemã utiliza muitas vezes para a definição da influência dominante uma decisão do R G 167, 49, segundo a qual a influência dominante existe quando a empresa dominante dispõe de meios que lhe tornam possível submeter a outra à sua vontade e realizar esta por meio dela. Se para aquela doutrina a definição é clara e permite extrair muitos corolários, o confronto com a doutrina italiana mostra que a definição deixa em aberto ou pelo menos não resolve claramente duas importantíssimas questões: saber se a influência dominante tem por objecto a vontade da dominada ou a empresa desta (em sentido objectivo); saber se essa influência deve ou não ser irresistível. Como ao fim e ao cabo as soluções destes dois problemas se relacionam com os contratos formativos do domínio, veremos primeiro quais podem ser esses contratos.

A propósito das empresas coligadas e dado a participação em «contratos de empresa» constituir uma das formas de coligação, a AktG 1965 ocupa-se largamente nos §§ 291 e seguintes, dos contratos de empresa. Dois deles são definidos no § 291: contrato de domínio é um contrato pelo qual uma sociedade por acções ou uma sociedade em comandita por acções submete a direcção da sua sociedade a uma outra empresa (*Beherrschungsvertrag*); contrato de entrega de lucros é um contrato pelo qual uma sociedade por acções ou uma sociedade em comandita por acções se obriga a pagar todos os seus lucros a uma empresa ou se compromete a explorar a sua empresa por conta de outra (*Gewinnsabführungsvertrag*). O § 292 define quatro outros contratos: contrato de comunidade de lucros (*Gewinngemeinschaft*), pelo qual a empresa se obriga a pôr

em comum os seus lucros, ou o lucro de certos negócios seus, no todo ou em parte, com os lucros de outras empresas ou de certos negócios de outra empresa, para partilha de um lucro comum; contrato de entrega parcial de lucros (*Teilgewinnabführungsvertrag*), pelo qual uma empresa se obriga a entregar a outra empresa uma parte dos seus lucros ou o lucro de alguns dos seus negócios, no todo ou em parte; contrato de arrendamento de empresa (*Betriebspachtvertrag*), pelo qual uma empresa dá de arrendamento os negócios da sua empresa a uma outra empresa; contrato de transferência de empresa (*Betriebsüberlassungsvertrag*), pelo qual uma empresa transfere para outra, de qualquer forma, os seus negócios.

Não podemos proceder aqui ao estudo pormenorizado destes contratos, mas sobre os dois primeiros há algumas observações indispensáveis.

Pormenorizadas disposições regulam os aspectos funcionais e estruturais destes contratos. Quanto à sua celebração é indispensável deliberação da assembleia geral, por maioria qualificada; os accionistas dissidentes são tutelados por meio de fixação de uma adequada compensação e ainda pela obrigação de a outra parte adquirir, em certos termos, as acções a esses accionistas. Mais nos interessa conhecer o conteúdo do poder de direcção, tal como resulta do § 308. Se existir um contrato de domínio, a empresa dominante tem o direito de dar instruções ao *Vorstand* sobre a direcção da sociedade. Se o contrato nada dispuser em contrário, também podem ser dadas instruções desvantajosas para a sociedade, se tais instruções servirem os interesses da empresa dominante ou das empresas associadas em Konzern com ela e com a sociedade. O *Vorstand* tem de acatar as instruções da empresa dominante; e não tem o direito de se recusar a seguir uma instrução pelo facto de ela, no seu entender, não servir os interesses da empresa dominante ou das empresas associadas em Konzern com ela e com a sociedade, e não ser que a instrução não sirva patentemente tais interesses. Se forem dadas instruções ao *Vorstand* no sentido de efectuar um negócio que só possa ser celebrado com o consentimento do *Aufsichtsrat* da sociedade e esse consentimento não

for dado dentro de um prazo razoável, o *Vorstand* deve comunicar esse facto à empresa dominante. Se a empresa dominante repetir a instrução, depois desta comunicação, o consentimento do *Aufsichtsrat* já não é necessário; se a empresa dominante tiver um *Aufsichtsrat*, a instrução só pode ser repetida com o consentimento deste.

Para vermos como estes contratos se relacionam com a dependência de empresas, temos de lembrar que a dependência pode ser criada por vários outros meios e, por outro lado, de admitir que nem todos os contratos de ligação de empresas são necessariamente aptos a criar a dependência (WÜRDINGER, GROSSKOMMENTAR, pág. 148). Assim, no primeiro aspecto, a prática indica que os principais contratos dos quais resultaria a dependência, são normalmente celebrados quando existe anteriormente entre as empresas uma dependência nascida de outros factores. No segundo aspecto há que determinar se as circunstâncias concretas do contrato submetem uma das empresas à vontade dominante da outra, nos termos indicados pela já referida sentença do R.G.

Uma vez assente que a dependência pode ser criada por vínculos contratuais, convirá também desde logo notar que a dependência ou subordinação económicas não chegam para criar os vínculos contratuais de dependência; por exemplo, o contrato de fornecimento de energia eléctrica entre duas empresas, uma das quais necessita absolutamente dessa energia para o seu funcionamento, não torna esta juridicamente dependente daquela.

O contrato de domínio (§ 291, 1.ª alínea) cria sempre a dependência de uma empresa e o mesmo sucede com o contrato de entrega de lucros, em que a sociedade dependente se compromete a gerir a sua empresa no interesse da empresa dominante. Também o contrato de transferência de empresa, pelo qual uma empresa é gerida no interesse de outra, embora esta actue com poderes de representação da transferente, produz a integração da empresa transferida na empresa da sociedade dominante e, portanto, produz dependência jurídica.

Contratos de troca de prestações, incluindo contratos de

mútuo de dinheiro, não criam relações de dependência, embora possam criar certas possibilidades de fiscalização e de influência; se uns desses contratos criassem condições tais que a empresa mutuária ficasse dependente da outra do ponto de vista jurídico, deveriam ser considerados nulos, por concederem uma supremacia excedente aos interesses em jogo (*Knebelungsvertrag*).

Embora ainda não tornados direito vigente e apesar de o seu interesse exceder a âmbito deste estudo, que não abrange os grupos de sociedade, há nos dois projectos mencionados no n.º 2 *supra*, a previsão de contratos especiais equiparáveis aos referidos contratos do direito alemão.

O projecto Cousté baseia a ligação entre as sociedades de um grupo (e, portanto, sociedades dominantes e dependentes) num contrato dito *contrat d'affiliation*, pelo qual (artigo 4.º), a sociedade afiliada se obriga, em contrapartida das garantias conferidas em virtude dos Títulos III, IV e V da lei aos seus accionistas e associados, ao seu pessoal e aos seus credores, a obedecer às ordens de direcção da sociedade dominante em conformidade com as disposições do Título VI da lei. Pelo artigo 27.º, a sociedade afiliada é obrigada a executar as ordens de direcção que lhe dirige a sociedade dominante em virtude do poder de decisão que lhe é conferido pelo contrato de filiação. Note-se que o contrato de filiação não corresponde apenas ao contrato de domínio alemão, podendo abranger destes os contratos de atribuição total ou parcial de lucros, uma vez que o artigo 31.º permite que as ordens de direcção imponham à sociedade filiada transferências dos lucros de exercício, em benefício da sociedade dominante ou de outras sociedades do grupo.

O projecto preliminar de Directiva da CEE, II parte, artigo 8.º, considera o *contrato de predomínio*, pelo qual as sociedades por acções submetem a sua própria gestão à direcção de uma outra empresa. Para o caso de filiais comuns, o artigo 29.º permite que o contrato de predomínio estabeleça a submissão da gestão à direcção em comum de duas ou mais empresas.

O contrato de atribuição de lucros é previsto no artigo 58.º, embora sujeito à licitude perante cada legislação nacional, o que também sucede quanto aos contratos de colocação de lucros em comum e de arrendamento da empresa ou cessão desta, por força do artigo 59.º

7. E) *As dívidas no sistema italiano e a solução preferível quanto ao nosso artigo 39.º alínea 'b).*

Voltando agora aos dois problemas suscitados pela doutrina italiana e acima deixados em aberto, relativamente ao primeiro, os autores italianos geralmente entendem que a relação de controlo coloca-se sempre e só entre dois sujeitos; o facto de vulgarmente se falar no domínio *de uma empresa sobre outra empresa* não deve levar a confundir o controlo com um direito sobre a empresa (*azienda*); a relação não se põe entre o sujeito controlante e os bens do controlado, mas sempre e unicamente entre os dois sujeitos interessados (PASTERIS, pág. 29). Quanto ao segundo problema, a maioria da doutrina italiana entende não ser necessária nem possível a substituição de uma vontade por outra, em termos de a vontade da sociedade dominada não poder ser manifestada; a influência exerce-se de vontade a vontade, mas deixa sempre a esta uma possibilidade de resistência (daí, a comparação com a violência psicológica nos negócios jurídicos).

Das posições tomadas quanto a estes dois problemas decorre naturalmente uma selecção dos contratos aptos a criar a influência caracterizada por esses traços. Assim, parte da doutrina italiana afasta dos «particulares vínculos contratuais» os citados contratos de origem alemã, com o fundamento de que a ligação estabelecida por eles entre empresas é puramente objectiva, isto é, entre os empresários; tendo estabelecido como premissa que a dependência não pode consistir na criação de direitos sobre a empresa, mas terá de consistir numa influência sobre a vontade do sujeito — pessoa física ou sociedade — a conclusão não poderia ser outra (PASTERIS, págs. 44 e segs.,

com bibliografia. Ao tempo, 1957, os contratos alemães apreciados não eram todos os que mais tarde foram especificados no AktG 1965, mas apenas o Pachtvertrag, o Betriebsüberlassungsvertrag e o Betriebsführungsvertrag). Esses autores vêem-se, portanto, a braços com o problema de encontrar outros contratos que estabeleçam os particulares vínculos relevantes para a dependência e resolvem-no no sentido de que o contrato relevante pode ser *qualquer*, desde que *de facto* venha a criar uma influência dominante tal como previamente foi definida. Assim, a título meramente exemplificativo, apresentam o exclusivo de venda concedido por uma empresa a outra, tendo por objecto uma produto que requer da parte da concessionária uma particular organização não utilizável para outros fins; um contrato de fornecimento quando a empresa fornecedora só é capaz de produzir um produto que também a outra é a única a poder utilizar; o contrato de agência estipulado entre duas empresas, de modo que o agente cessaria a sua actividade se o contrato terminasse. De maneira geral, haveria dependência, por efeito de contratos, quando estes contratos criassem para a dependente uma situação económica tal que, cessando o contrato, a empresa tivesse irremediavelmente que cessar, por a dependente não poder mudar a sua actividade económica sem graves prejuízos.

Nesta concepção, a influência dominante caracteriza-se por uma sujeição económica estável e tão intensa, que a dependente fica colocada na alternativa de aceitar a imposição de actos que lhe sejam prejudiciais para evitar o mal ainda maior da cessação dessa influência; tem, pois, como limites, o meio de actuação da influência, que deve deixar a possibilidade de manifestação de vontade da dependente — embora vontade coagida — e, por outro lado, a própria intensidade da imposição, que não deve ir ao ponto de prejudicar «a inteira economicidade da gestão», hipótese em que o dependente não poderia continuar a suportar a dependência. Insistimos nesta característica da dependência, não vá pensar-se que, dada a imprecisão dos contratos de que ela pode nascer, a sujeição requerida existe em hipótese de normais relações entre empresas, por

muito convenientes que sejam a uma delas; a dependência só existe, nesta concepção, quando toda a actividade da empresa dominada encontre a sua razão de vida na empresa dominante; aquela deve ser uma simples emanação desta, «um satélite que roda na esfera económica da dominante, privado de toda a possibilidade de vida autónoma e independente».

Embora o nosso artigo 39.º tenha ido buscar ao Código Civil italiano a ideia dos «especiais vínculos contratuais», não nos parece que deva ser interpretado como o fazem os citados autores italianos, mas antes que se reporta a contratos do género dos considerados para este efeito na Alemanha. Os vínculos contratuais devem ser *especiais* e o modo mais razoável de entender a palavra e a frase em que insere é terem esses contratos *especialmente por objecto* a criação da influência dominante. O simples predomínio económico não é bastante; esses vínculos, quando resultem de contratos de fornecimento ou de agência são *normais*, isto é, não organizam uma dependência em sentido jurídico. Como diz WÜRDINGER, a vontade de uma empresa só pode constranger uma pessoa, quando é eficaz dentro da *organização* da dependente; para isso não basta um contrato obrigacional, sendo necessário um contrato que *organize* essa influência.

A distinção jurídica deve ser colocada entre o *predomínio económico* que permite influenciar e a *influência jurídica*, que permite dominar. Não é de exigir uma completa sujeição de vontade, mas é necessário e bastante que os órgãos directivos fiquem subordinados à vontade da sociedade dominante, *a ponto de lhes deverem obediência*. Não se trata, pois, de uma obediência *forçada* para evitar um mal maior (ou o mal maior que seria para a empresa a impossibilidade de continuar), mas de uma obediência *devida* por vínculos contratuais.

As conclusões dos referidos autores italianos talvez sejam determinadas pela dificuldade de adaptação ao seu ordenamento dos «contratos organizativos» alemães; verificando que os principais desses contratos são inadmissíveis em Itália e querendo encontrar aplicação aos «vínculos contratuais», desviam-se para os contratos que conferem predomínio económico. Uma explica-

ção deste género poderia encontrar lugar entre nós mas deve ser repudiada, mesmo que a consequência do repúdio seja a inaplicabilidade actual da alínea b) do artigo 39.º

Não podemos discutir aqui se todos os contratos entre empresas que poderiam levar à dependência jurídica — quer contratos já tipificados ou experimentados na Alemanha quer outros — são válidos ou nulos em Portugal, por contrariarem preceitos imperativos da lei portuguesa. Duas observações são, contudo, relevantes: primeiro, os principais contratos organizativos alemães não são válidos segundo a lei portuguesa; segundo, mais vale considerar que um preceito não tem, por enquanto, aplicação do que desvirtuá-lo para lhe encontrar aplicação forçosa.

Tomando, por exemplo, o contrato de domínio, este é compreensível quando estão minuciosamente protegidos os accionistas dissidentes e os credores da dominada; não se vê como a protecção, ao menos normal, de uns e outros pode simplesmente desaparecer pela celebração de tal contrato, sem a lei consignar tutela especial para tal hipótese. No contrato de entrega de lucros, também por exemplo, não se vê como poderiam os lucros ser entregues à dominante sem preceito legal que expressamente o permita, derogando — com adequadas compensações — o direito dos sócios ao lucro.

Estas considerações impedem, por outro lado, que se tente inverter o raciocínio básico e, partindo dos «especiais vínculos contratuais» previstos no artigo 39.º, alínea b) do Decreto-Lei n.º 49 381, entendidos como os vínculos criados pelos referidos contratos organizativos, concluir que estes são válidos perante a lei portuguesa. An contrário, continuam vigentes todas as normas legais que esses contratos desrespeitam, porque todas elas protegem interesses que de outro modo seriam deixados sem protecção. Se a consequência última das conclusões a que chegámos for que o legislador do artigo 39.º, alínea b) contemplou hipóteses que *actualmente* a lei portuguesa não permite concretizar na prática, então há que firmemente manter essa consequência e esperar que a nossa legislação venha a criar

condições para que esses contratos possam ser validamente celebrados e o artigo 39.º, alínea b), tenha efectiva aplicação.

8. E) *Efeitos das situações de domínio e dependência no Decreto-Lei n.º 49 381.*

O artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 49 381 limita a sua noção de sociedades dominadas «aos efeitos do presente diploma».

Tais efeitos são apenas os referidos no artigo 2.º, que se resumem em incompatibilidade para certas pessoas fazerem parte do conselho fiscal ou serem fiscais únicos. Essa incompatibilidade desdobra-se, porém, em várias hipóteses. Note-se que essas incompatibilidades tanto podem ser vistas pelo lado da dependência como no domínio e, portanto, tem de ver-se implícita na noção de sociedade dominada uma noção de sociedade dominante. E nem sequer o legislador se preocupou com a unidade de terminologia, pois no artigo 2.º não fala em «sociedades dominadas» mas em «relação de domínio ou dependência».

Essas várias hipóteses são:

1.º — Não podem ser membros do conselho fiscal ou fiscais únicos de uma sociedade, os administradores, os directores e os membros do conselho fiscal de sociedades que mantenham, com a sociedade fiscalizada, relações de domínio ou de dependência — portanto, as pessoas que exerçam os referidos cargos ou em sociedades dominantes da fiscalizada ou em sociedades dominadas por esta (alínea b) do artigo 2.º, n.º 1).

2.º — Não podem ser membros do conselho fiscal ou fiscais únicos, os sócios de sociedades em nome colectivo e os donos de empresas, a respeito dos quais se verifique qualquer das situações previstas na alínea anterior (alínea c) do artigo 2.º, n.º 1). É claro que praticamente não podem verificar-se todas as hipóteses previstas na alínea anterior. Em primeiro lugar, a sociedade em nome colectivo não pode ser sociedade dominada — pelo menos em domínio de direito — porque para isso

é necessário que outra sociedade, a dominante, possua *ações* da dominada, as quais no caso não existem. Em segundo lugar, o dono da empresa também não pode ser dominado nem dominante porque não é uma sociedade e o conceito de domínio é limitado a sociedades. Ou o legislador cometeu o erro de esquecer que o artigo 39.º só se referia a sociedades ou caiu no absurdo de proibir que o dono de uma empresa *individual*, que possua participação dominante numa sociedade possa ser membro do respectivo conselho fiscal. Como erro ou como absurdo, essa parte da alínea não faz sentido.

3.º — Idem, os que receberem da sociedade dominante da fiscalizada ou de sociedade dominada por aquela ou dela dominante, remuneração por quaisquer funções que não sejam as de membro do conselho fiscal. Esta alínea *d*) do artigo 2.º, n.º 1, refere-se também a empresas, que só podem ser empresas individuais contrapostas a sociedades, e assim continua a confusão já referida a propósito da alínea anterior.

4.º — Os cônjuges, os parentes e os afins até ao terceiro grau, inclusive, de administradores, directores ou membros do conselho fiscal de sociedades dominantes da fiscalizada ou de sociedades por ela dominadas ou de sócios de sociedades em nome colectivo dominantes da fiscalizada.

5.º — Os cônjuges, os parentes e os afins, até ao terceiro grau, inclusive, de pessoas que receberem de sociedades dominantes ou dominadas, quanto à fiscalizada, remuneração por quaisquer funções que não sejam de membros do conselho fiscal.

## 9. *O domínio nas sociedades de controlo (Dec.-Lei n.º 271/72)*

As sociedades previstas no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 271/72 têm, logo pelo nome com que o legislador as baptizou, «sociedades de controlo», relação com o domínio entre sociedades. Seria, no entanto, apressado concluir que entre as chamadas sociedades de controlo e as sociedades em que elas

tenham participações de pelo menos um terço do capital há sempre relações de domínio.

A alínea a) desse artigo 2.º — destinada a concretizar o requisito das sociedades de controlo consistente em a gestão das participações pela sociedade de controlo ser forma indirecta de exercício de actividades comerciais ou industriais — refere-se à posse, pela sociedade gestora, de participações, em sociedades directamente comerciais ou industriais ou em sociedades de controlo, não inferiores a um terço da sociedade em causa ou que respeitem a sociedades de cuja gestão a primeira esteja encarregada em consequência de especiais vínculos contratuais.

O preceito não fala em domínio ou dependência — e bem, visto que o uso desses termos só tornaria confusa a sua aplicação, levando a investigar, nos casos concretos, se se verificaria ou não o domínio, apesar de estarem preenchidos os outros requisitos formais apontados no preceito.

Na verdade, apesar do seu nome, as sociedades de controlo não foram criadas com a ideia de que, no todo ou em parte, só podem possuir participações dominantes. A primeira parte da alínea, que se refere a participações não inferiores a um terço do capital da sociedade participada abrange manifestamente casos em que se verifique domínio interno de direito, mas não exige este domínio, uma vez que se contenta com um terço do capital, a que normalmente não corresponde a maioria dos votos correspondentes a todo o capital. Na prática, cobrirá muitos casos de domínio interno de facto. A percentagem de um terço não foi certamente escolhida ao caso; sabido que os estudos sobre domínio de facto consideram geralmente bastante a percentagem de 30%, é fácil estabelecer ligação entre os dois aspectos. O preceito não é, contudo, construído sobre o domínio, mesmo de facto, embora este talvez não seja totalmente irrelevante. O legislador buscou um montante de participação de uma sociedade noutra que justifique considerar que aquela exerce o comércio ou indústria por intermédio desta e entendeu que uma participação de um terço do capital assegura uma estabilidade e uma intenção compatíveis com a ideia do legis-

lador; ora, para isso, pode concorrer o domínio, mesmo de facto, como reforço desses outros factores estabilizantes.

A segunda parte da alínea refere-se a sociedades de cuja gestão a primeira esteja encarregada em consequência de especiais vínculos contratuais. É flagrante a semelhança com a alínea *b*) do artigo 39.º do Decreto-Lei n.º 49381 no que respeita aos especiais vínculos contratuais, mas é também nítida a diferença, por o Decreto-Lei n.º 271/72 se referir a especiais vínculos contratuais por cuja força uma sociedade está encarregada da *gestão da outra*. Quanto a este, não há possibilidade de interpretação no sentido das referidas doutrinas italianas, antes claramente se aponta para os contratos organizativos alemães. Se a interpretação do artigo 39.º, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 49381 não pode reagir sobre a interpretação do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 271/72, pois não pode ser esquecida a referência à *gestão* como efeito dos vínculos contratuais, a inversa talvez seja possível e, da semelhança entre os dois preceitos, continuar-se-á para uma maior aproximação de ambos, confirmando a interpretação feita acima quanto ao artigo 39.º, alínea *b*).

#### 10 *O domínio nos termos e para os efeitos do Decreto-Lei n.º 285/77*

O artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 285/77, de 13 de Junho, define «participações do sector público» no capital de sociedades como quaisquer acções ou quotas de capital detidas pelo Estado, fundos autónomos e institutos públicos, instituições de previdência e empresas públicas, bem como as detidas por sociedades em que uma percentagem superior a 50% do respectivo capital pertença, separada ou conjuntamente, às entidades anteriormente referidas».

Até esse ponto, portanto, não intervém expressamente um conceito de domínio da sociedade, mas este é pressuposto dessa parte final do n.º 1. Não foi certamente por acaso, mas sim por causa do domínio assim produzido, que para o referido

efeito foi fixada percentagem superior a 50% do capital da sociedade (cf. n.º 3 do mesmo artigo).

Temos, pois, duas primeiras origens das participações do sector público: 1.ª — as participações directamente pertencentes a entidades do sector público (Estado, fundos autónomos e institutos públicos, instituições de previdência e empresas públicas); 2.ª — as participações (acções ou quotas de capital) detidas por sociedades *dominadas* por entidades anteriormente referidas.

Trata-se de um domínio *interno* (resultante da percentagem de capital e não qualquer factor externo), *de direito* (montante da percentagem, que deve ser superior a 50% do capital) e tanto *independente* como *dependente* (a percentagem superior a 50% do capital tanto pode ser possuída apenas por uma das entidades do sector público, como pode resultar da soma das percentagens de participações detidas por várias dessas entidades).

O domínio *interno de facto* não está incluído no preceito. Clara, como se disse, é a exigência do domínio interno de direito e nem faria sentido, juntar-lhe o domínio interno de facto, pois uma situação por natureza imprecisa e transitória não justificaria o efeito primário criado por esse artigo (incluam nas participações do sector público).

Não entra até aqui em funcionamento nenhum domínio indirecto ou imediato, pois o efeito do domínio das entidades do sector público sobre as sociedades em que directamente tenham percentagem superior a 50% do capital não é reportar às ditas entidades do sector público (como *seu* domínio *indirecto*) um domínio directo da sociedade *sua* dominada sobre outra sociedade, mas sim, qualquer que seja o montante de acções ou quotas da sociedade dominada na outra sociedade, transformar essas acções ou quotas em participações do sector público.

O conceito de participações do sector público é, todavia, alargado pelo n.º 2 do mesmo artigo — «são também de considerar como participações do sector público as acções ou quotas de capital detidas por sociedades dominadas, separada ou con-

juntamente, pelas entidades referidas no número anterior, quer directa, quer indirectamente, quer por intermédio de outras sociedades que por elas sejam dominadas» — completado pelo n.º 3 — «Considera-se, para esse efeito, que uma percentagem no capital de uma sociedade assegura o domínio desta quando representa mais de 50% do respectivo capital social».

É nítida neste n.º 2 a consagração do *domínio interno de direito*, com a correspondente exclusão do domínio externo e do domínio de facto. Igualmente é clara a admissão, ao lado do domínio independente, do domínio *dependente* — «separada ou conjuntamente», lê-se naquele n.º 2.

Entra agora também em função o domínio indirecto (sempre interno e de direito), não relativamente à última sociedade da cadeia (aquela de cuja capital algumas acções ou quotas passam a constituir participações do sector público), mas relativamente a uma ou mais das sociedades intermédias, elos da cadeia. Se as entidades do sector público possuírem 51% do capital da sociedade *A*, esta 51% do capital da sociedade *B* e esta *X* (qualquer) percentagem do capital de *C*, a participação de *B* em *C* ingressa nas participações do sector público por *A* ser dominada por entidades do sector público e *B* ser dominada por *A*, embora *C* não seja dominada nem directamente por *B* nem indirectamente por *A* ou pelas entidades do sector público dominantes de *A*.

Poderá duvidar-se se o domínio dependente previsto nesse artigo respeita apenas à cumulação de participações de entidades do sector público na primeira sociedade da cadeia ou a qualquer dos elos desta e se estabelece não só entre aquelas entidades mas também entre elas e sociedades dominadas ou só entre sociedades dominadas.

Literalmente, a dúvida depende do que se entender por «entidades referidas no número anterior» — ou só as entidades do sector público ou também as sociedades directamente dominadas por estas e também no n.º 1 do artigo — e parece que à expressão deve ser dado o mais amplo dos dois possíveis alcances. Nesse sentido pode dizer-se que o advérbio *também* mostra que o n.º 2 contempla hipóteses novas, relativa-

mente ao n.º 1, em vez de repetir uma hipótese já prevista no n.º 1 (como sucederia na hipótese contrária, em que seria repetida a hipótese de domínio directo das entidades do sector público sobre uma sociedade e apenas se acrescentaria a hipótese de domínio indirecto, por intermédio dessa ou de mais sociedades); que o artigo 2.º, n.º 1 quando quer especificar as entidades do sector público (sem as sociedades abrangidas pelo n.º 1 do artigo 1.º) diz «entidades *públicas* anteriormente referidas», enquanto neste caso diz apenas «entidades referidas no número anterior». Mais importante, contudo, parece notar que, em princípio — salva a especialidade dos efeitos, se a houver — na base do preceito deve estar a indiferença, para se chegar ao domínio de uma sociedade, do meio (interno e de direito) utilizado: uma só ou mais entidades directamente ou indirectamente dominantes.

Teremos, pois, abrangidas pelo artigo 1.º, n.º 2 as cumulações de participações pertencentes a entidades do sector público e a sociedades dominadas por este ou só de sociedades dominadas por este para formar o domínio em qualquer dos elos intermédios da cadeia de sociedades dominadas.

Os efeitos da inclusão de participações sociais nas «participações do sector público» estão fixados no Decreto-Lei n.º 285/77 em termos diferentes conforme a via dessa inclusão. Para se compreender o mecanismo criado, convirá reconhecer previamente que «participações do sector público» não tem o significado aparente de participações de que o sector público é *titular*, antes admitindo uma situação jurídica menos intensa, como se vai ver.

O primeiro desses efeitos é a transferência por força do próprio diploma, para o Instituto das Participações do Estado, da *titularidade* de participações do sector público, mas esse efeito só se produz relativamente a participações detidas pelo Estado, fundos autónomos e institutos públicos, instituições de previdência, empresas públicas (até aqui, as entidades *públicas*, referidas no artigo 1.º, n.º 1) ou por sociedades em que a totalidade do respectivo capital social pertença, separada ou conjuntamente, às entidades públicas anteriormente

referidas (com excepção das participações referidas no artigo 4.º, as quais não nos interessam agora).

Comparando esta última parte do artigo 2.º, n.º 1 com o artigo 1.º, n.º 1, parte final, e n.º 2, verifica-se que nem todas as participações tornadas «do sector público» por estes últimos preceitos sofrem a transferência automática para o IPE; estão excluídas todas as hipóteses de inclusão nas participações do sector público por via de domínio indirecto e bem assim as de domínio directo quando nem todo o capital da sociedade titular das participações pertença a entidades públicas. A pedra de toque está na existência de capital privado nas sociedades a que pertençam participações ditas «do sector público», como se confirma por uma passagem do relatório do diploma: «Consequentemente, estabelece-se no presente diploma um processo para a transferência das participações pertencentes a entidades públicas... ficando a transferência das participações pertencentes a sociedades em que existam posições accionistas privadas sujeita ao direito comum».

Para as participações do sector público detidas por sociedades não abrangidas pelo artigo 2.º, o artigo 3.º, n.º 1 prevê a transferência da titularidade a efectuar nos termos do direito comum. Comparando a transmissão automática operada por simples força do decreto com esta transferência a efectuar nos termos do direito comum, poderia parecer que o artigo 3.º, n.º 1 teria prescrito a forçada transferência dessas participações, apenas deixando para o direito comum as formalidades da sua efectivação. Não tem, contudo, sido esse o entendimento do preceito; a remissão para o direito comum inclui, da parte da sociedade detentora das participações, a própria vontade de transmitir e, em seguida, a determinação dos termos da operação. Em princípio, portanto, prevê-se uma negociação livre, da qual poderá resultar ou um acordo sobre a transferência ou uma recusa de transferência.

É de louvar a atitude de reconhecimento da influência do capital privado nas sociedades detentoras dessa participação ou, vendo o caso por outro lado, o reconhecimento de que o domínio sobre uma sociedade não torna a entidade dominante

a única titular dos bens que compõem o activo social, entre os quais se contam as participações possuídas noutras sociedades. A consistência prática dessa atitude dependerá, contudo, da amplitude que for reconhecida ao dito capital privado nas negociações sobre a transferência das participações para o IPE. Não se pode esquecer que, directa ou indirectamente, as entidades do sector público (ou seja, por força do artigo 2.º, o próprio IPE) dominam, por definição, a sociedade detentora das participações e, se usarem para este efeito o seu domínio, a negociação de transferência será um apuramento pelo IPE da sua conveniência de manter de fora ou de adquirir as ditas participações.

Além dessa possibilidade de transferência para o IPE nos termos do direito comum, as participações do sector público detidas por sociedades não abrangidas pelo artigo 2.º estão sujeitas a regime especial constante dos restantes números do artigo 3.º: Salvo se por despacho dos Ministros do Plano e Coordenação Económica, das Finanças e daquele de quem dependam ou que tutele cada uma dessas entidades for decidido de modo diverso, compete ao IPE assegurar a gestão das participações referidas no n.º 1 e exercer os direitos sociais a elas inerentes, com excepção do direito aos respectivos rendimentos, que pertencerá à sociedade titular das respectivas participações enquanto estas se mantiverem no seu património; se as participações a que se refere o n.º 1 forem representadas por acções devem estas ser depositadas numa conta bancária especial, à ordem conjunta da sociedade titular das participações e do IPE, sendo necessária a intervenção de ambos para qualquer operação sobre essas participações; em relação a participações noutros tipos de sociedades, quaisquer operações que tenham por objectivo essas participações ou que afectem o capital da sociedade devem ser autorizadas pelo IPE, ficando esta restrição sujeita a inscrição no registo comercial, que será requerida pelo titular das participações.

Deixando numerosas questões de pormenor que a análise destes preceitos poderia suscitar, limitamo-nos a estranhar a inutilidade de tais preceitos ou, inversamente, a desconfiança

que o IPE (ou o legislador relativamente a ele) manifesta quanto ao seu próprio domínio sobre sociedades. Apenas ingressam nas participações do sector público e ficam sujeitas ao regime estabelecido nesses números do artigo 3.º as participações detidas por sociedades cujo domínio pertença directa ou indirectamente a entidades do sector público, concentradas no IPE conforme se viu; pelo seu domínio na sociedade detentora, pode o IPE influir dominantemente na gestão, no exercício de direitos, nas operações, na alienação das participações detidas por sociedades suas dominadas. Parece, portanto, que a retirada desses poderes das sociedades detentoras das participações para o próprio IPE ou é inútil ou a sua utilidade consiste em o IPE ter receio de deixar esses poderes às suas dominadas ou, por outras palavras, em não confiar no seu domínio.

#### 11. *Negócios sobre lotes de acções, especialmente lotes de domínio*

Ficou visto que a posse de um número de acções (por comodidade só a estas nos referimos) bastante para atribuir o domínio duma sociedade pode desencadear a aplicação de preceitos jurídicos de várias ordens, designadamente colocando uma sociedade relativamente a outra em determinada situação, que sintetiza a sujeição dela ou delas a esses referidos preceitos. O montante da participação pode ainda ter efeitos noutros campos, por exemplo, no regime dos actos jurídicos de aquisição dessas participações de domínio. Os problemas a esse respeito suscitados não são geralmente específicos da posse da participação por uma sociedade, mas — salvo alguns que só podem ser colocados quando o titular da participação é uma pessoa física — podem também verificar-se ou habitualmente verificam-se quando a participação pertence a uma sociedade.

Já acima notámos, mas melhor concretizamos agora, que o montante da participação pode assumir relevância em vários

escalões, cujo número concreto dependerá de preceitos legais ou estatutários que os prevejam esquematicamente. Podem distinguir-se os *lotes de domínio*, abrangendo o número de acções necessário para assegurar o domínio interno de direito (normalmente, mais de metade das acções com direito de voto) ou o domínio interno de facto (dependente das circunstâncias de cada caso); os *lotes de resistência*, abrangendo o número de acções suficiente para impedir que, sem a sua participação, sejam tomadas certas deliberações (naturalmente, não interessarão casos esporádicos, como o número de acções suficientes para impedir que seja tomada *certa* deliberação, mas sim aquele número de acções que permita uma resistência mais ou menos generalizada à vontade da maioria, como por exemplo o *quorum* constitutivo de assembleias gerais extraordinárias); os *lotes de minoria mínima* ou *qualificada*, abrangendo o número mínimo de acções indispensável para, em conjunto, ser exercido um direito social, como o direito de requerer a convocação judicial da assembleia, o direito de requerer inquéritos sociais, etc. (Vide MENGONI, *La divisione del pacchetto*, pág. 428, nota 3, com úteis observações sobre o valor relativo das acções nessas várias hipóteses).

A atenção para a formação destes lotes foi principalmente chamada pela mais valia que eles produzem nas acções que o formam. A prática mostra a existência, sobretudo nos lotes de domínio, de *mais valias de concentração* e de *mais valias de integração*, na elucidativa terminologia de MENGONI, ou seja de uma valorização das acções que compõem o lote de domínio ou de uma valorização das acções necessárias para tornar de domínio um certo lote. Toda a gente sabe que, normalmente, é atribuído valor ao lote de acções dominante da sociedade, superior ao que resultaria da soma dos valores singulares das acções e que, possuindo alguém um lote de acções que se aproxima do domínio, estará disposto a pagar pelas acções que lhe faltam para tornar dominante o seu lote — integração de acções para alcançar o domínio — preço mais elevado do que pagaria se o domínio não fosse alcançado. O mesmo pode

dizer-se quanto aos outros lotes acima discriminados, embora varie a medida da mais valia.

Nem todos os problemas relativos aos lotes de acções respeitam, porém, ao valor de concentração ou de integração. Assim, por exemplo, enquanto a posse ou a transmissão de uma acção não lembra a ninguém a posse ou transmissão de fracção correspondente de todos ou alguns dos bens sociais, a posse ou transferência de importantes lotes — até à hipótese extrema de posse e transferência da totalidade das acções — tem conduzido a perguntar se, na realidade, não são ou não devem ser consideradas como posse ou transmissão de todos ou alguns dos bens sociais.

Rigorosamente, não podem confundir-se os direitos sociais, aglomerados na acção ou quota de uma sociedade, seja qual for o montante destas relativamente ao capital social, com os direitos sobre os bens sociais e vice-versa. Não têm faltado em vários países reacções contra o que se considera abuso dessa distinção. No caso norte-americano *Commonwealth Title Ins. & Trust Co. v. Seltzer* (1910), o presidente da sociedade recebeu de terceiro uma proposta para vender o património da sociedade e respondeu que este não estava à venda; em seguida, procedeu ele à compra da maioria das acções da sociedade e vendeu-as ao dito terceiro; o tribunal entendeu que na realidade tinha sido feita uma venda do património e que o presidente tinha conseguido um lucro secreto na venda de bens sociais. ASCARELLI (*In tema di vendita di pacchetto di azioni*, pág. 64) escreve: «Si deve naturalmente prescindere della simulazione e cioè di una vendita di azioni sociali che simuli una vendita delle attività sociali, mentre è la società la proprietária dei beni sociali». Uma decisão da Cassation Francesa, de 4 de Janeiro de 1971 (*Riv. Società* 1972, pág. 239) decidiu que constitui «une vente de parts sociales et non une vente de fonds de commerce, la cession de la totalité des parts d'une société à responsabilité limitée à une autre société», mas dos considerandos consta não ter sido provado que as partes pretendiam dissimular, sob a cessão de quotas, uma venda do *fonds de commerce*.

Não é difícil compreender como às autoridades fiscais poderia interessar que vendas de acções ou de quotas fossem sujeitas à tributação que recaia sobre a transmissão de todos ou certos bens sociais, mas diga-se imediatamente que nem sempre essas autoridades cedem a tais tentações. Por exemplo, autoridades fiscais italianas têm-se deixado guiar pelo rigor dos princípios quando decidem que a cessão da totalidade das acções duma sociedade não pode equivaler à cessão do património social, nem mesmo para efeitos de imposto de registo, já que «o sócio, embora único accionista, não pode identificar-se com a sociedade, a qual, enquanto existe, continua a ser ela, e apenas ela, proprietária de todos os bens sociais, enquanto que, representando as acções unicamente o capital social, o accionista só tem um direito de crédito para com ela. E é vão opor contra isto que a intenção das partes é afinal transferir a empresa funcionante. Isto pode ser admitido, mas os actos são tributados, é preciso não o esquecer, pelos efeitos jurídicos que a eles se ligam, e não pelos efeitos económicos, donde não dever olhar-se ao resultado económico pretendido, mas à qualificação jurídica dos próprios actos» (Riv. Soc. 1965, pág. 166; é claro que, para estas decisões terem sido possíveis, alguém sustentou a identificação de transmissão de acções ou quotas e transmissão do património social e esse alguém não foi certamente o accionista único ou o comprador das acções ou quotas).

No nosso direito fiscal, o Código da Sisa vigente determina no artigo 2.º, § 1.º, n.º 6: «As aquisições de partes sociais ou de quotas nas sociedades em nome colectivo, em comandita simples ou por quotas, bem como a amortização ou quaisquer outros factos, quando tais sociedades possuam bens imobiliários e por aquelas aquisições ou estes factos algum dos sócios fique a dispor de, pelo menos, 75 por cento do capital social ou o número de sócios se reduza a dois, sendo marido e mulher, casados com comunhão geral de bens ou de adquiridos». O n.º 6 do Relatório do Código lembra o regime anterior — segundo o qual o imposto de sisa era devido pela transmissão de partes sociais ou quotas, exceptuadas acções, proporcionalmente ao

valor dos bens imobiliários da sociedade — condena-o, por o achar exagerado, mas conserva uma interpenetração de partes sociais e património social, nos casos que expressamente menciona.

Noutro campo, a distinção entre transmissão de participações sociais e transmissão de bens sociais não pode ser levada às últimas consequências. Uma sentença da Cassazione, de 28 de Agosto de 1952, julgou: «Se no acto de venda de quotas ou de acções de sociedade o vendedor garantir que elas se referem a uma determinada empresa ou a uma certa instalação industrial de determinadas características e depois se verificar que a empresa é diversa e a instalação não é idónea para funcionamento útil ou incapaz de utilização industrial, as quotas ou as acções transferidas constituem coisa diversa daquela querida no contrato, e por isso é admitida acção de anulação fundada sobre erro essencial de consentimento». A sentença teve acolhimentos doutrinários contraditórios, conforme as atitudes tomadas pelos autores quanto ao problema básico da autonomia da participação social. Os críticos da sentença apoiaram-se manifestamente nessa autonomia, sustentando que a venda de um lote de acções, mesmo que fosse o total das acções, não equivale à venda da empresa.

No comentário a essa sentença, ASCARELLI (*In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori, amministratore indirecto*, págs. 413 e segs.) produz considerações muito dignas de atenção. Começa por perguntar como se identifica a sociedade a que as acções respeitam ou, inversamente, como se identificam as acções de uma sociedade, respondendo, em resumo, que essa identificação se faz pela denominação social, que de todas as outras sociedades separa uma sociedade concreta, premissa que nós admitimos, sem negar a possibilidade de a identificação se fazer também por outros meios, como o número de matrícula. Dessa premissa segue-se que, se o vendedor não entregar acções dessa sociedade mas de outra, entrega *aliud pro alio*.

Em seguida, ele distingue características das acções e características da sociedade. Sem entrar agora em grandes

por menores, é evidente que, havendo numa sociedade acções com direitos diferentes ou ainda ligadas a obrigações diversas, a identificação só está completa — e a correspondente execução dos contratos — quando forem devidamente tidas em conta as espécies de acções — comuns, privilegiadas, liberadas, etc. — a que o contrato respeita. Ainda aceitamos que também para o efeito interesse a situação em que a sociedade se encontre, quanto às vicissitudes possíveis da vida duma sociedade; não é por exemplo, indiferente adquirir acções duma sociedade em vida normal ou duma sociedade que, tendo-se dissolvido, está em liquidação.

Uma vez, porém, ressalvada a identidade «formal» das participações vendidas, surge o problema da relevância ou irrelevância das características económicas da sociedade, designadamente a composição do seu património social. No exemplo de Ascarelli — e facilímo seria inventar muitos outros — se são compradas acções da Sociedade A, proprietária de um terreno Y, caso a sociedade A não possua esse terreno, as acções não seriam da sociedade identificada. O problema residiria, portanto, na identificação das acções, objecto do contrato, para a qual contribuíram não só as referidas características formais, mas ainda as características concretas definidas pelas partes nos seus contratos.

Não pretendemos tratar aqui de quantas questões possam surgir por erro no contrato de compra de acções, mas apenas definir a possibilidade de esse erro ser baseado em circunstâncias relativas à empresa de que a sociedade é titular. Limitado o problema a esse campo, parece haver que distinguir os negócios para os quais a empresa social é indiferente, como são por exemplo as compras realizadas em Bolsa, e aqueles para os quais a empresa social pode ser relevante. Nada impede que, mesmo fora da Bolsa, uma negociação particular de acções tenha intuitos meramente financeiros, isto é, considere as acções em si mesmas, desprezando todas as condições da respectiva empresa; inversamente, pode suceder que a compra das acções tenha sobretudo em vista a empresa social. Na prática encontram-se múltiplos exemplos de contra-

tos em que a parte compradora procura assegurar-se de que a empresa social tem determinadas características e de que, demorando a execução do contrato, estas não serão alteradas por acto do vendedor. Donde, duas questões: a força das cláusulas contratuais onde essas especificações sejam feitas e a possibilidade de indagação das características concretas da empresa, quando faltem aquelas estipulações.

A ideia de que a participação social é uma «coisa» ou «objecto» em si mesma, sempre e necessariamente desligada da empresa social, parece irreal; não há pois, motivo para não aceitar, na apreciação do valor jurídico dos actos de compra e venda de lotes de acções, os condicionalismos das empresas respectivas. Isto significa que, havendo ou não havendo estipulações, esse condicionalismo pode ser apreciado, nos termos gerais da doutrina do negócio jurídico, para determinar o valor dos referidos actos ou, por outras palavras, que a natureza das participações sociais, objecto desses actos, não constitue barreira intransponível para o condicionalismo da empresa influir, naqueles termos gerais, sobre o valor jurídico de tais actos.

12. B) *A natureza jurídica do «lote» de acções, especialmente do «lote de domínio»*

A doutrina italiana debruçou-se sobre questões de natureza jurídica de um lote de acções, sobretudo a propósito do valor a atribuir a um lote de domínio para efeito de partilha entre herdeiros. O problema concreto consistia em saber como deveria ser feita a partilha de acções deixadas pelo *de cuius*, cabendo a um dos herdeiros um lote de domínio da sociedade emitente dessas acções: dever-se-ia atribuir a todas as acções valor igual, repartindo todas em proporção pelos herdeiros, sem quaisquer tornas ou compensações para os herdeiros que ficassem a possuir lotes minoritários ou dever-se-ia atender à mais valia de concentração do lote de domínio atribuído a um herdeiro, compensando os outros herdeiros, nessa medida?

(MENGONI, *La divisione del pacchetto azionario*, Riv. Soc. 1959, págs. 428 e segs.; *Ancora sulla divisione*, Riv. Soc. 1959, págs. 1018 e segs.; BAGNOLI, *Ancora sulla divisione*, Riv. Soc. 1959, págs. 645 e segs.; SIMONETTO, *Successione hereditaria e plusvalore*, Riv. Soc. 1960, págs. 685 e segs. Não conhecemos directamente o estudo de ORSL, *La divisione del pacchetto azionario de maggioranza fra gli eredi dell'azionista*, in *Monit. Trib.*, 1958, pág. 927).

A sucessão *mortis causa* não é o único caso de divisão de lotes de acções susceptível de produção do citado problema; este pode surgir também, por exemplo, na partilha do saldo de liquidação duma sociedade no qual figurem acções de outra sociedade, partilha em que um lote de domínio ficaria a integrar o quinhão de um dos sócios. Convirá, pois, desligar o problema do seu aspecto sucessório e aproveitar o que possa interessar para a caracterização da natureza do «lote».

Em primeiro lugar, discutiu-se se o lote de acções é uma «coisa». A resposta afirmativa a tal pergunta teria, pelo menos duas utilidades: no aspecto do valor, explicaria a diversidade (relativa) de valores do lote e das acções individualmente consideradas, por o primeiro desses valores ser o valor de uma coisa nova ou diferente; no aspecto dos actos jurídicos, explicaria a unidade do acto jurídico que tivesse por objecto o lote, coisa única. A tese negativa começará naturalmente por fazer sobressair a incerteza da própria ideia de lote e os reflexos dessa incerteza na qualificação como coisa; a não ser que se conseguisse demonstrar — e não se vê como — que só a obtenção do domínio chegaria para o respectivo lote ser coisa (aliás, sem fazer terminar as incertezas, pois, admitido o domínio interno de facto, a consistência do lote de domínio variaria de sociedade para sociedade e dentro dela conforme as circunstâncias de momento), qualquer reunião, mais ou menos casual, de acções levaria a constituir uma nova coisa, o que não parece aceitável. Inquirirá depois quais as coisas componentes tidas em vista: as acções, materialmente consideradas como os títulos onde os direitos sociais se materializam ou as acções, como expressão fraccionária de direitos

sociais, ou seja, como participações sociais fraccionárias; na primeira hipótese, haverá um conjunto de coisas que, em princípio, poderiam produzir uma coisa composta, mas falta o elo capaz de as unificar, o destino unitário exigido pelo artigo 206.º do nosso Código Civil (ou a *destinazione unitaria* requerida em Itália); na segunda hipótese, faltam as coisas componentes, pois a participação social não é uma coisa, faltando, portanto, necessariamente a coisa que por aquelas seria composta. Nesta tese, a mais valia de concentração explica-se por si própria, sem necessidade de recorrer à unificação do lote; o valor aumenta com o número de acções possuídas, por a concentração dessas acções numa só pessoa trazer esta vantagem que doutra forma não teria. A unidade dos actos de transmissão do lote não deriva da unidade da coisa, objecto do acto, mas da criação, por vontade das partes através da consideração em bloco, de um único negócio jurídico traslativo.

Qualificado o lote como uma coisa, seria possível passar a discutir seguidamente a sua indivisibilidade. Voltando aos critérios do nosso Código Civil, artigo 209.º, a divisão diminuiria o valor, pois o fraccionamento do lote destruiria a mais valia de concentração e as acções dele componentes retomariam o seu valor unitário. É, contudo, logicamente impossível sustentar a indivisibilidade do lote, sem primeiro ter admitido que o lote constitue juridicamente uma coisa. É esta a crítica básica a dirigir à ideia de indivisibilidade do lote, apresentada por ORSI (loc. cit.), pois ele nem sequer — ao que se deduz das citações feitas do seu estudo, que, como dissemos, não conhecemos directamente — afirma expressamente a qualificação do lote como coisa. Segundo MENGONI, o estudo de ORSI começa por acentuar a indivisibilidade do lote, mas talvez receoso das consequências a que ele levaria no caso discutido, passa a sustentar a relevância da mais valia de domínio quando as circunstâncias da partilha atribuem a um dos herdeiros um lote dominante. Na verdade, a indivisibilidade iria mais longe do que esta segunda ideia. Por um lado, suscitaria problemas quanto a saber quando se verificaria essa indivisibilidade, pois podem conceber-se hipó-

teses em que da divisão resultariam vários lotes, todos desprovidos de domínio, ou hipóteses em que um dos lotes resultantes da divisão manteria o domínio. Por outro lado, voltar-se-ia à questão da limitação da indivisibilidade aos lotes de domínio ou extensão dela, por igualdade de motivos, a todos os lotes. Finalmente, conduziria a mudar a forma da divisão, pois as acções não seriam repartíveis entre os herdeiros, mas teriam de ser atribuídas a um só, com integração dos quinhões dos outros através de outros bens, ou alienadas, para repartição do preço.

A preocupação do valor de concentração para efeitos de partilha levou ainda a duas outras construções: a) a consideração do domínio como um bem jurídico autónomo — ideia surgida também noutros países, como em Inglaterra, onde a House of Lords, no caso *Short v. Treasury Commissioners*, admitiu que, se qualquer accionista individual possui um lote que lhe dê o domínio (*control*) da companhia, terá direito a um preço mais alto do que o valor de mercado de todas as suas acções, pois naquele caso estará a vender um objecto — «item of propriety», o «control», adicional às suas acções b) a unidade da participação social, independentemente das fracções possuídas. Qualquer delas teria alcance muito mais vasto do que o problema concreto da partilha, embora a influência nesta seja diferente. Trata-se de conclusões de laboriosas construções, formadas por carreamento de múltiplas peças e, como tantas vezes sucede em casos desse género, é possível concordar com muitos dos seus pormenores sem no entanto se chegar a idêntico resultado.

A incontroversa existência de mais valia de concentração pode levar a um raciocínio assim esquematizável: a reunião no mesmo titular de certo número de acções e a sua alienação ou aquisição em bloco suscitam um aumento da contrapartida nessas alienações ou aquisições, relativamente à contrapartida que, noutras condições, corresponderia à alienação de cada acção ou da soma destas; por um lado, essa mais valia deve ser considerada em todas as circunstâncias em que possa ser relevante, isto é, a mais valia não terá carácter esporádico

para certos negócios, antes, da existência da mais valia nesses negócios é dedutível o seu carácter geral; por outro lado, a mais valia corresponde ao domínio da sociedade, é causada por ele e, portanto, a mais valia é o preço do domínio e este tem esse valor próprio porque tem igualmente uma função própria.

A análise dos efeitos do domínio mostra que directamente ele não trás ao seu titular vantagens pecuniárias: o direito ao dividendo, o direito ao saldo de liquidação, o direito de preferência não variam quantitativamente, mantendo-se proporcionais ao número das unidades de participação. Pode, pois, concordar-se com a colocação da vantagem do domínio na influência sobre a formação da vontade social ou, desprezando tal eufemismo, na possibilidade de afirmar, em confronto com os outros sócios, a vontade do sócio dominante. Intrinsecamente, o domínio significa apenas liberdade de actuação, nos seus dois aspectos, o positivo, eficácia da vontade própria, o negativo, independência da vontade alheia. Certamente há limites legais e essa liberdade, mas, no aspecto agora considerado, tais limites, quando não subentendidos, apenas requerem uma precisão formal: o domínio significa o exercício da liberdade legalmente possível.

Podemos também admitir que o domínio é lícito — pois a lei não só permite o governo da sociedade pela maioria dos votos, como ainda baseia nas maiorias o sistema de governo das sociedades — e considerado para certos efeitos legais. Destes, porém, nada ou pior do que nada pode retirar-se para a demonstração em vista, quando os efeitos legais (ou se se preferir dizer, a consideração ou relevância legais) consistem em limitar, condicionar ou circunscrever as manifestações de domínio; outros, porém, teriam maior interesse para o caso e, embora nem todos sejam perfeitamente transponíveis para a lei portuguesa, interessam em teoria. Trata-se do regime das acções com voto plural e sobretudo das acções com voto limitado, as quais na lei italiana são permitidas, desde que a estas corresponda uma maior quota de lucros. Seria esse o aspecto relevante: a lei consideraria o domínio uma «enti-

dade» económica porque, nas acções de voto limitado, que difficilmente conduzem ao domínio, manda compensar a sua falta com a attribuição de maiores lucros; haveria assim um incitamento legal a um negócio — «venda»? — sobre o domínio, cedido em função da referida compensação pecuniária.

É difficil aceitar esta argumentação, quando o regime respeita a cada uma das acções de voto limitado e não a um conjunto susceptível de attribuir o domínio; antevendo a crítica, houve quem argumentasse que a vantagem da criação dessas duas categorias de acções numa sociedade residia em dar a possibilidade às acções cujo voto não é limitado, de mais rapidamente ou mais perfeitamente atingirem o domínio, mas a crítica mantém-se, pois a compensação da maior quota de lucros ocorre para cada acção, podendo até succeder que a repartição das acções sem limitação de voto não forneça domínio a nenhum accionista. A compensação existe, mas o aumento quantitativo do direito aos lucros corresponde à redução de outro direito social, o direito de voto, e não à possibilidade de dominar a sociedade por meio de voto.

A unidade da participação social nem é verdadeira nos termos em que a referida tese pretende usá-la, nem, a ser verdadeira, conduziria aos pretendidos resultados. Parte a tese de um facto certo: a indiferença da quantidade de todos e cada direito social para criar a qualidade de sócio; tão sócio é quem possuir uma acção como quem possuir mil; o sócio que comece por possuir uma acção e depois mil é sócio uma vez e não mil vezes. A amplitude ou a quantidade dos direitos sociais ou respectivas obrigações é igual ao número de fracções que possui, mas a participação social global é unitária e há um só sócio. «O sócio é e não pode ser sócio senão uma vez, dando as fracções, singularmente consideradas, incremento à sua participação única no conjunto ... O fraccionamento, ou melhor, fraccionabilidade em muitas ou muitíssimas partículas é effectuado apenas *propter aliquam utilitatem*, ou seja, por comodidade de aquisição e de alienação e ainda por comodidade de exercício de direitos sociais, mas não pode

atacar o facto de a participação de cada um continuar unitária» (SIMONETTO, págs. 701 e 702).

Não parece ser esta a interpretação rigorosa dos factos. A qualidade de sócio não se multiplica pelo número de acções possuídas, mas as acções são participações unitárias e não fracções de participação unitária. O caso das quotas em sociedades de responsabilidade limitada mostra o fenómeno com mais clareza. Há sistemas em que as quotas são originariamente fraccionadas como as acções, podendo cada sócio possuir qualquer número dessas quotas; há sistemas de quota única, em que, sejam quais forem as circunstâncias de aquisição, a cada sócio corresponde uma só quota; há sistemas, como o nosso, em que a cada sócio podem corresponder várias quotas, mas as adquiridas em certas circunstâncias — por subscrição inicial ou subsequente de capital; as adquiridas no mesmo acto — são necessariamente unificadas. Conforme os tipos de sociedades e dentro dalguns destes conforme outras considerações, o legislador ou atribui às participações sociais carácter fraccionário ou carácter unitário (independentemente da indivisibilidade, como a acção, ou da divisibilidade, como a quota); no primeiro caso, uma pessoa cumula várias participações, sem, no entanto, haver multiplicação daquilo que cada uma delas já de per si atribue — a qualidade de sócio. Nem é de estranhar que, para certos efeitos, a lei atenda à qualidade única de sócio e para outros some ou deixe dividir as participações; tudo depende do efeito considerado e dos pressupostos a que está ligado. Por exemplo, a proibição de um sócio votar em sentidos diferentes, separando para isso várias acções possuídas, não revela uma unidade da participação social, mas apenas a consideração de que votante é a pessoa e esta não se fracciona, querendo e não querendo ao mesmo tempo uma deliberação social.

A unidade da participação social defendida pela teoria criticada pode, no problema da partilha donde a teoria partiu, ajudar a resolver dificuldades de pormenor (por exemplo, fazer funcionar o *pacchetto azionario*, como participação unitária, como uma só coisa, para o artigo 726.º do cód. civ. ital.),

mas não soluciona o problema da mais valia de concentração. A unidade da participação existiria fosse qual fosse o montante da participação e não bastaria, portanto, para explicar o aumento de valor, não proporcional à quantidade da participação.

### 13. C) *Destino do «prémio de domínio»*

Sendo o domínio da sociedade exercido por meio dos administradores, sejam estes ou não sejam os titulares das acções dominantes, compreende-se que se fale em «venda do domínio» quando os administradores consentam, mediante retribuição, em ceder os seus cargos a outras pessoas. Nos Estados Unidos da América, onde parece ter havido casos desses, é geralmente considerado ilegal «vender cargos sociais ou controlo pela administração, em si mesmo, isto é, não acompanhado por transferências de acções ou por acções insuficientes para proporcionar o controlo de voto», distinguindo, portanto, *management control* e *voting control* (sobre isso e sobre outros pontos relativos ao direito americano adiante referidos, HENN, págs. 478 e segs., com larga bibliografia; NUNZIANTE, *Vendita di azioni e trasferimento del controllo di società negli Stati Uniti*, Riv. dir. civ. 1957, I, 109). Normalmente, porém, andam ligadas a transferências de domínio, por venda das acções dominantes, e a deslocação das administrações; basta pensar novamente no exercício do domínio *por meio* dos administradores, para se ver a possível necessidade de mudanças destes. Ora, essa remoção pode ser acompanhada por compensações pecuniárias, até abertamente ligadas à perda do lugar (os chamados «golden hand-shakes»). Este último problema está pormenorizadamente regulado na legislação inglesa.

O artigo 193.º do Companies Act ocupa-se de pagamentos feitos a um administrador como compensação da perda do cargo, ou como contrapartida de ou em conexão com a sua saída do cargo, quando esses pagamentos estejam por sua

vez ligados à transferência para algumas pessoas de todas ou algumas das acções duma sociedade, e a transferência resulte de a) uma oferta feita à totalidade dos accionistas; b) uma oferta feita por ou por conta de outra entidade, com o fim de a sociedade se tornar subsidiária dela ou subsidiária da sua sociedade *holding*; c) uma oferta feita por ou por conta de uma pessoa com o fim de esta obter o direito de exercer ou controlar o exercício de não menos que um terço do poder de voto em qualquer assembleia geral da sociedade; d) qualquer outra oferta que fique condicionada à aceitação até certa medida. Nestes casos, o administrador tem o dever de tomar todas as providências razoáveis para se assegurar de que, em qualquer notícia da oferta dirigida aos accionistas, sejam incluídos os pormenores relativos aos pagamentos que lhe serão feitos. Não procedendo assim e não sendo, além disso, o pagamento aprovado por uma assembleia especial dos accionistas a cujas acções a oferta se refere e doutras acções da mesma classe, qualquer importância recebida pelo administrador em pagamento será conservada por ele em «trust» para quaisquer pessoas que tenham vendido as suas acções em resultado da oferta feita.

O artigo 194.º contém providências complementares dos anteriores, uma das quais tem especial interesse para a venda de lotes de acções. Procede, com efeito à equiparação entre os pagamentos feitos como compensação por perda do cargo e o «preço a pagar a um administrador da sociedade, cujo cargo seja abolido ou que dele se retire, por quaisquer acções da companhia possuída por ele em excesso do preço que poderia ter sido obtido por outros titulares de acções semelhantes». Temos, pois, um caso em que o excesso de preço de venda das acções não fica a pertencer ao titular vendedor, mas reverte a favor dos outros accionistas.

Fora destes casos, o destino, até agora considerado normal, da mais valia de domínio (*control premium, premium for control*) não parece estar imediatamente ameaçado em Inglaterra; pertenceria aos titulares das acções vendidas, quer elas sejam administradores ou simples accionistas. A doutrina

pronuncia-se, porém, no sentido de futura extensão da teoria americana, que levaria a distribuir o prémio por todos os accionistas; a aplicação imediata de tais regras — consideradas desejáveis — parece, contudo, a esses autores prejudicada, por vários motivos: tratando-se de venda do lote de domínio pelos administradores, porque consideram o artigo 193.º excepcional (não afloração de princípio geral; não «declaratory»); segundo, porque seria «fútil» atribuir esse prémio à sociedade (em vez de o ser aos accionistas prejudicados) e a aplicação das regras estabelecidas pela jurisprudência só poder conduzir a esse destino, por só poder ser invocada a violação de um dever do administrador relativamente à companhia; tratando-se de venda do lote de domínio pelos accionistas não administradores, seria necessária uma «substancial mudança da atitude dos tribunais», pouco provável quando a lei não vai além dos já referidos pagamentos a directores e isto embora pudesse ser encontrado fundamento para a nova teoria, por exemplo, enquadrando a hipótese numa «expropriation of the company's property» (GOWER, págs. 546 e 578).

Com os elementos ao nosso alcance, não nos é fácil fazer uma nítida ideia do estado do direito norte-americano sobre o assunto, estado esse que os próprios autores americanos consideram bastante duvidoso (CHOKA, pág. 111). Sem entrar em pormenores ou discussões, limitamo-nos a resumir o tratamento da matéria num livro de carácter geral e num livro especialmente dedicado a aquisição e fusões. (HENN, págs. 479 e segs.; CHOKA, págs. 108 e segs.).

Tomando a palavra *management* num sentido amplo, que inclui os administradores (*directors*), funcionários especiais (*officers*) e às vezes os accionistas dominantes (*controlling shareholders*), o *management* tem vários deveres para com a sociedade, com os accionistas e até os credores desta; alguns desses deveres — *fiduciary duties* — resultam ou estão consagrados em numerosas disposições legais que, em termos gerais, consideram fiduciária a relação entre o *management* e a sociedade e possivelmente os accionistas; alguns destes

deveres fiduciários respeitam aos casos de «venda de domínio». Ao vender o domínio, os accionistas dominantes estão vinculados para com a sociedade por deveres de diligência e por deveres fiduciários, sendo responsáveis por qualquer dano resultante para a sociedade e por quaisquer lucros realizados por eles quanto ao controlo em relação com a venda das acções dominantes, com base na teoria de que quem se encontra no domínio exerce este como fiduciário para a sociedade e todos os accionistas e não pode tratá-lo como propriedade pessoal a dispor segundo os seus desejos. Quando a venda do controlo envolva uma quebra de dever para com accionistas minoritários, estes podem recuperar o seu interesse proporcional em quaisquer lucros.

Apesar de vários escritos doutrinários, no sentido de que o prémio de controlo deve pertencer, em parte, aos accionistas minoritários, nenhuma decisão judicial considerou os vendedores responsáveis apenas por terem transmitido o controlo; têm-no, porém feito quando acrescem outras circunstâncias.

Uma delas é a «pilhagem» (*loot*) da sociedade pelos compradores. Se os vendedores do controlo sabiam ou conheciam a probabilidade de a sociedade vir a ser pilhada pelos compradores, são responsáveis para com esta. Nalguns casos — *Insuranshares Corp. of Del. v. Northern Fiscal Corp., Gerds v. Reynolds, Dall v. Thomas H. Temple Co.* — os tribunais, influenciados pelo elevado preço de venda das acções e pela pressa dos compradores na aquisição do controlo, consideraram que os vendedores conheciam a intenção de pilhagem da sociedade e fizeram-nos repartir o prémio de controlo.

Outra circunstância que tem influenciado os tribunais para retirar aos vendedores parte do prémio de controlo é a falsidade das suas declarações aos outros accionistas, por exemplo, no sentido de que todos os accionistas vão receber o mesmo preço.

É também circunstância relevante para o mesmo efeito, a atribuição do prémio de controlo como remuneração, total ou parcial, de demissões de cargos de administradores; *Gerdes v. Reynolds e Porter v. Healy*.

O mesmo tratamento têm tido casos em que a venda das acções pretende substituir a venda de bens da sociedade, que assim fica privada do respectivo lucro.

Finalmente, aparece um caso muito falado — *Perlman v. Fieldman*, que parece ir além da doutrina já citada. Tratava-se da venda por um preço (\$20) substancialmente acima do preço corrente de mercado (\$12) e do valor contabilístico das acções (\$17), de um lote dominante de acções (3%) pelo accionista dominante — presidente do conselho, director — que expressamente se comprometeu a entregar as demissões de todos os directores, a um grupo de consumidores de aço que posteriormente compraram a totalidade da produção de aço da sociedade (aos preços correntes), assim frustrando duas oportunidades da sociedade durante a carência de aço resultante da crise da Coreia — empréstimos, sem juro, dos consumidores para modernização da fábrica e desenvolvimento de *good will* entre os consumidores locais. O tribunal de distrito decidiu que os autores não tinham satisfeito o seu ónus de provar que o preço das vendas não tinha sido um preço justo para as acções *per se*. O tribunal de recurso julgou que o ónus da prova cabia sempre aos fiduciários para provar a lealdade das suas transacções com bens em *trust*, e reenviou o caso para determinação do valor das acções dos réus, «sem o correspondente controlo» de harmonia com a produção de aço da sociedade. No reenvio, o tribunal de distrito computou o «valor da empresa» em \$14,67 por acção e o prémio do domínio em \$5,33 por acção. A recuperação total nessa base teria sido \$2 126 280, reduzido proporcionalmente para os accionistas inocentes (53 por cento) a \$1 339 770. O caso acabou por um acordo de \$1 150 000, e os honorários dos advogados dos autores, \$450 000 e \$83 000 a pagar dessa importância. O prejuízo para a sociedade já não foi neste caso um prejuízo certo, mas apenas a perda duma oportunidade *provável* de lucro.

(*Continua*)