REFORMAS E CONTRARREFORMAS NO DIREITO DAS SOCIEDADES

JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU

I – Negócios entre sociedade e partes relacionadas: 1. Negócios proibidos; 2. Negócios permitidos livremente; 3. Negócios permitidos desde que respeitados requisitos procedimentais especiais. II – Sobre o "interesse do grupo": 1. Quadro problemático geral; 2. O "interesse do grupo" sem direito (especial) dos grupos. III – Recapitalização das sociedades bancárias.

Nos últimos vinte anos, sob o acicate ora de escândalos financeiros e derrocadas empresariais, ora da crise económico-social (mais ou menos) globalizada, o direito das sociedades – principalmente o direito das sociedades anónimas, em particular no campo da governação societária (*corporate governance*) – vem-se apresentando, como alguns dizem, em "estado de reforma permanente".

Reformas (e contrarreformas), na (desunida) União Europeia (e não só) têm-se revelado muitas vezes algo contraditórias, com rumo incerto, em navegação à vista, ao sabor de ventos variados, ora soprando autorregulação e desregulação, ora soprando regulação legal-imperativa

Recentemente, em 12 de dezembro de 2012, a Comissão da União Europeia apresentou uma comunicação (COM/2012/0740 final) mais um "Plano de ação" sobre "direito das sociedades europeu e governo das sociedades – um quadro jurídico moderno com vista a uma maior participação dos acionistas e a sustentabilidade das empresas".

Um dos pontos do "Plano" (n. 3.2) refere-se à melhoria da supervisão pelos acionistas das transações com partes relacionadas, isto é, dos contratos da sociedade com os seus administradores ou acionistas maioritários. Mas pouco adianta sobre as medidas para essa melhoria. A este tema dedicarei o n. I.

Outro ponto do "Plano" (n. 4.6) é dedicado aos "grupos de empresas". A Comissão propõe-se apresentar em 2014 "uma iniciativa para melhorar tanto a informação disponível sobre grupos como o reconhecimento do conceito de 'interesse do grupo'". Sobre o "interesse do grupo" falarei no n. II.

Finalizarei a minha comunicação com algumas notas acerca da recapitalização dos bancos na União Europeia, em particular em Portugal (n. III).

I – Negócios entre sociedade e partes relacionadas

Nos negócios celebrados entre uma sociedade e parte (com ela) relacionada é muito frequente a existência de *conflitos de interesses*: divergência de princípio entre o interesse da parte relacionada e o interesse da sociedade, convindo portanto à parte relacionada negócio em certos termos e à sociedade

negócio em termos diferentes. Há, pois, o risco de sugação (*siphoning*, *tunneling*) de bens societários por partes relacionadas.

Pede-se então ao Direito instrumentos que neutralizem os conflitos de interesses, previnam ou diminuam o risco de as partes relacionadas obterem vantagens especiais em detrimento da sociedade e/ou de sócios (mormente sócios minoritários). Instrumentos, preferencialmente, *de controlo preventivo* (proibições, limitações procedimentais), não tanto de controlo reativo geral (invalidades, responsabilidade civil, etc.) – também aqui vale mais prevenir do que remediar.[1]

1. Negócios proibidos

Deve ser proibida (sob pena de nulidade) a celebração de *contratos de crédito* (em sentido amplo) entre sociedade e administrador (diretamente ou por pessoa interposta – designadamente cônjuge, ascendentes e descendentes, sociedade por ele dominada). Não poderá a sociedade, portanto, *conceder empréstimos ou crédito a administradores, efetuar pagamentos por conta deles ou prestar garantias a obrigações por eles contraídas*.

É esta a solução tradicionalmente consagrada em leis francesas e portuguesas.[2]

2. Negócios permitidos livremente

Sem especiais exigências procedimentais, poderão ser celebrados negócios entre a sociedade e, direta ou indiretamente, partes relacionadas quando tais negócios estejam *compreendidos no próprio ou típico comércio/objeto da sociedade e nenhuma vantagem especial seja concedida à parte relacionada*.[3]

Por exemplo, uma sociedade fabricante ou comercializadora de veículos automóveis vende alguns a administradores ou sócios em condições idênticas às aplicáveis a qualquer terceiro ou segundo cláusulas contratuais gerais, sem, portanto, qualquer cláusula preferencial ou *intuitu personae*.

Deverá, porém, exigir-se que estes negócios, quando (individualmente ou agrupados) tenham valor superior a certo montante (*v.g.*, 1% do capital próprio da sociedade), sejam *comunicados* ao órgão de administração e/ou ao órgão de fiscalização da sociedade e *mencionados em documento de prestação de contas anual*.[4] Assim se facilitaria o controlo ou fiscalização por sócios e por órgãos sociais relativamente às condições em que os negócios foram realizados.

3. Negócios permitidos desde que respeitados requisitos procedimentais especiais

Entre, de um lado, os negócios proibidos (para os administradores) e, do outro lado, os negócios permitidos livremente (para as partes relacionadas em geral) temos todos os demais negócios celebráveis entre a sociedade e administradores ou sócios (sócios muitas vezes fornecedores, clientes, concorrentes ou credores da sociedade).

Deveria prever-se a obrigatoriedade de os negócios *acima de certo valor* entre a sociedade e, direta ou indiretamente, partes relacionadas serem *autorizados previamente*.

1. Sobre a disciplina atual, no direito português, dos negócios entre sociedade e partes relacionadas, v. J. M. Coutinho de Abreu, "Negócios entre sociedade e partes relacionadas (administradores, sócios) – Sumário às vezes desenvolvido", *DSR* (Direito das Sociedades em Revista) 9 (2013), pp. 13 ss.

2. V., atualmente, o art. L225-43 do *Code de Commerce* (CCom.) e o art. 397/1 do *Código das Sociedades Comerciais* português (CSC). Nos EUA só recentemente (no *Sarbanes-Oxley Act* de 2002) foi adotada solução semelhante.

3. Cfr. o art. L225-39 do *CCom* ou o art. 397/5 do *CSC* (este para negócios entre sociedade e seus administradores).

4. Não é para o efeito suficiente o prescrito no art. 43/1 (7-B) da Diretiva 78/660/CEE e no art. 34/7-B da Diretiva 83/349/CEE.

a) A autorização competiria ao órgão de administração, com parecer favorável do órgão fiscalizador (se existir), quando os negócios sejam de valor superior a certo montante (*v.g.*, 1% do capital próprio da sociedade).

Repare-se que é diferente a eficácia de um negócio depender só de a sociedade ser representada, perante a parte relacionada, por um ou mais administradores (em número suficiente para vinculá-la) ou por outros representantes (não orgânicos), ou depender também de uma deliberação autorizadora do conselho de administração.[5] Esta deliberação promove maior ponderação e controlo recíproco dos administradores, e diminui o risco de a parte relacionada ser especialmente avantajada.[6]

b) A autorização competiria à *assembleia geral*, sob proposta do órgão de administração e parecer do órgão fiscalizador (se existir), quando os negócios sejam de valor superior a (outro) certo montante (*v.g.*, 5% do capital próprio da sociedade); na deliberação da assembleia geral está impedida de votar a parte relacionada em situação de conflito de interesses.[7-8]

Em qualquer caso, as autorizações concedidas pelo conselho de administração ou pela assembleia geral devem ser *divulgadas em documentos de prestação de contas*.

Anote-se ainda a possibilidade de as deliberações do órgão de administração ou da assembleia geral autorizadoras de negócios serem inválidas (designadamente anuláveis porque abusivas). Declarada nula ou anulada uma dessas deliberações, é ineficaz o negócio entretanto celebrado entre a sociedade e a parte relacionada.

II – Sobre o "interesse do grupo"

1. Quadro problemático geral

A possibilidade de uma sociedade participar em outras sociedades, inclusive em posição de controlo ou domínio, foi admitida pelas leis de alguns países já no século XIX e, generalizadamente, no século XX. Os grupos de sociedades (em sentido amplo) comandam hoje em grande medida a economia (e não só) das nações e internacional.

O interesse de um sócio pessoa humana não empresária, ainda que seja sócio maioritário ou dominante, *coincide geralmente com o interesse da respetiva sociedade*: é interesse comum de todos os sócios ganhar o mais possível, na proporção das participações sociais, nessa sociedade. E para as situações de conflito de interesses entre sócio maioritário e sócios minoritários, o direito das sociedades dispõe de regras e princípios (mais ou menos tradicionais) em geral satisfatórios.

Não é assim quando o sócio dominante é uma sociedade. *O interesse da sociedade dominante é normalmente divergente do interesse da sociedade dominada*; o sócio ou sócios da dominante pretendem ganhar nesta o mais possível, ainda que à custa da sociedade dominada, mais precisamente à custa dos sócios minoritários e/ou dos credores desta.[9]

5. Na qual não pode votar o administrador em situação de conflito de interesses.

6. No caso de o órgão de administração ser unipessoal, aplicar-se-ia o que a seguir se diz sob b).

7. Esta sugestão está próxima da diretiva n. 4 da "Statement of the European Corporate Governance Forum on Related Party Transactions for Listed Entities"(10.3.2011) (*http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/ecgforum/ecgf_related_party_transactions-en.pdf*): "Transactions representing more than 5% of assets or which have a significant impact on profits or turnover should have the additional requirement of being submitted to a vote by the shareholders in General Meeting but with the related party being precluded from voting".

8. Parece razoável fazer intervir a assembleia geral – com constituição e funcionamento morosos e onerosos – somente para negócios muito relevantes para a sociedade.

9. Cfr., p. ex., Marcus Lutter, "Dieci anni di diritto tedesco dei gruppi: valutazione di un'esperienza", *RS* (Rivista delle Società), 1975, p. 1.298, e Hans-Georg Koppensteiner, "Grupos no direito societário alemão", em IDET, Miscelâneas n. 4, Almedina, Coimbra, 2006, p. 12.

É, pois, facilmente imaginável (e comprovável) uma sociedade dominante utilizar o poder de controlo causando danos em sociedades dominadas. Por exemplo, fazendo cessar atividade rentável por parte de sociedade dependente a fim de transferi-la para a dominante ou para outra sociedade dependente ou do grupo; impondo preços não compensadores para aquela em transações intragrupo; determinando concessão de crédito a título gratuito ou com taxa de juro baixa, ou com risco irrazoável (*v.g.*, a favor da dominante ou de sua dependente em situação de pré-insolvência); aproveitando oportunidade de negócio da dominada. Do dano da sociedade dominada resultam (reflexamente) danos para os sócios minoritários (quando existam). E podem resultar danos para os credores da sociedade dominada: sendo esta, em princípio, a única responsável pelas suas dívidas (autonomia patrimonial perfeita), quando o seu património líquido diminui, os credores sociais veem a garantia patrimonial dos seus créditos diminuída ou extinta. Não quer isto dizer que as sociedades dominadas (e, por tabela, os sócios minoritários e credores sociais) não possam retirar vantagens do facto de estarem ligadas a sociedades dominantes.[10] Mas o típico está na instrumentalização das dominadas pelas dominantes para promoção de finalidades próprias destas. É da natureza das coisas o detentor de poder (económico) usá-lo, por regra, em proveito próprio.

O poder de controlo exercido pela sociedade dominante em prejuízo da sociedade dominada é poder, não de direito, mas de facto, exercido extraorganicamente. Nenhum sócio, seja pessoa humana, seja sociedade, tem o poder jurídico de exigir ou pretender da administração de sociedade por si dominada, fora dos procedimentos e orgânica societários, determinado comportamento; nenhum sócio tem o direito de, por via orgânica ou extraorgânica, exigir da administração da sociedade comportamento que a prejudique. E nenhum administrador de sociedade dominada tem o dever de cumprir instruções de sócio extraorganicamente dadas, muito menos tem o dever de cumprir instruções ou recomendações danosas para a sociedade – pelo contrário, os administradores têm o dever de fazer tão só o que favorece o interesse da própria sociedade. Não obstante, porque a sociedade dominante tem o poder (jurídico) de fazer (re)eleger e destituir os administradores da sociedade dominada, assim como o de determinar em boa medida o estatuto dos mesmos, aquele poder de facto surge como (quase) inevitável ou natural.

Sendo assim as coisas – e porque se reconhece que o instrumentário do direito societário geral é insuficiente para evitar e reagir eficazmente contra os prejuízos referidos[11] , alguns (poucos) legisladores nacionais instituíram um direito especial dos grupos de sociedades ou de empresas.[12] Um direito que, basicamente, atribui às sociedades dominantes o direito de, em certa medida, darem à administração das sociedades dominadas instruções vinculantes, inclusive desvantajosas, mas, em contrapartida, tutela de modo particular os interesses das sociedades dominadas, dos seus sócios minoritários (quando o domínio não seja total) e dos seus credores.

A União Europeia, apesar de o primeiro anteprojeto de 9ª diretiva em matéria de direito das sociedades remontar aos anos de 1974/1975, parece ter desistido de qualquer

10. Por exemplo, a (boa) "imagem" do "grupo" pode facilitar o crédito, a complementaridade de atividades promoverá alargamento de mercados, a assistência técnica e financeira das dominantes pode potenciar a produção das dominadas.

11. Sobre esse instrumentário (responsabilidade decorrente de deliberações abusivas, responsabilidades do sócio controlador, da sociedade dominante por desconsideração da personalidade jurídica de dominada, da sociedade dominante enquanto administrador de facto, dos administradores da sociedade dominada), v. p. ex. J. M. Coutinho de Abreu, "Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio", *Scientia Iuridica*, t. LXI, n. 329 (2012), pp. 230 ss.

12. Na UE, foi assim na Alemanha (1965) e, mais ou menos na sua esteira, Portugal (1986), Hungria (1988), República Checa (1991) e Eslovénia (1993).

harmonização global do direito dos grupos. Não (me) surpreende.[13] Os grupos de sociedades, melhor, as sociedades e sócios dominantes nunca reclamaram qualquer regime especial contendo a obrigação de as sociedades dominantes garantirem certos interesses das sociedades dominadas, seus credores e sócios minoritários. Perdem com isso o direito de instruir as dominadas? Que importa, se o poder de facto existe?...

2. O "interesse do grupo" sem direito (especial) dos grupos

Fala-se muitas vezes – mais, talvez, em países sem direito codificado dos grupos – de "interesse do grupo", ora como *interesse comum* a todas as sociedades integrantes do grupo e prevalecendo sobre o interesse de cada uma delas, ora como *interesse de entidade nova e superior* a que se subordinam os interesses de cada uma das suas componentes.[14] A ideia do "interesse do grupo" é particularmente potenciada por outra, porventura ainda mais divulgada e indefinida: o grupo de sociedades (ou de empresas) é *uma empresa* ("empresa policorporativa" ou "plurissocietária").[15]

Fui sempre crítico destas ideias. Os grupos de sociedades não paritários *não são agrupamentos coordenados para a consecução de fins comuns*, antes se baseiam em relações de *subordinação* (fácticas e de direito) para fins (fundamentalmente) *unilaterais* (da "cabeça do grupo");[16] *nem são novas entidades* (jurídicas) de grau superior com interesses próprios, diferentes e superiores aos das entidades agrupadas. O "interesse do grupo", faltando salvaguardas legais para as sociedades dominadas, seus credores e sócios minoritários, traduzir-se-á afinal em *interesse da sociedade dominante*; mesmo a promoção de interesses de uma ou outra sociedade dominada servirá, em última instância, a estratégia ganhadora da sociedade dominante.

Por sua vez, um grupo de sociedades *não é (juridicamente)*[17] *uma empresa*. Quer se tenha em vista a empresa *em sentido objetivo*, que releva principalmente enquanto objeto de direitos e de negócios – cada sociedade do grupo (que não seja *holding* pura) tem, em geral, uma ou mais empresas, não qualificáveis como secções de uma (super) empresa; quer se tenha em vista a empresa *em sentido subjetivo*, aceção primordialmente relevante no direito de defesa da concorrência, mas que vai alastrando para outros setores normativos – cada sociedade do grupo é, em regra, uma empresa; quer se atenda a *outras aceções* de empresa.[18] Um grupo de sociedades é um *conjunto de empresas encadeadas*. Consoante as espécies de grupo e as circunstâncias, esse encadeamento ora refletirá mais a ideia da pluralidade dos elos-empresas, ora mais a da unidade do conjunto, ora mais a ideia de cadeia vertical-hierárquica, ora mais a de cadeia horizontal-paritária.

Aliás, concebendo-se um grupo de empresas como uma única empresa, manda-

13. Cfr. J. M. Coutinho de Abreu, "L'européanisation du concept d'entreprise", *Revue Internationale de Droit Économique*, 1995 (1), pp. 28-29.

14. V. numerosos exemplos em J. M. Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade* (*As Empresas no Direito*), Almedina, Coimbra, 1996 (reimpr. 1999), pp. 268-269, n. (704).

15. V. numerosos exemplos na últ. ob. cit., pp. 256 ss., n. (670), ou em "L'européanisation du concept d'entreprise", cit., pp. 22 ss.

16. Cfr. tb. E. Rehbinder, *Konzernaußenrecht und allgemeines Privaterecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanishem Recht*, Gehlen, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zurich, 1969, p. 78.

17. Com indicações sobre a questão entre os economistas, v. Coutinho de Abreu, "L'européanisation du concept d'entreprise", cit., pp. 22-23; v. tb. Forum europaeum sur le droit des groupes de sociétés, "Un droit des groupes de sociétés pour l'Europe", *Revue des Socétés*, 1999, p. 67.

18. Cfr. J. M. Coutinho de Abreu, "Grupos de sociedades e direito do trabalho", separata do vol. LXVI do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1990, pp. 14 ss., "L'européanisation du concept d'entreprise", cit., pp. 22 ss. e, sobretudo, *Da Empresarialidade*, cit., pp. 256 ss.

ria a coerência que pelas dívidas de um dos membros do grupo respondessem, em regra, também os demais membros ou, ao menos, a sociedade ou empresa dominante. Como vem fazendo o TJUE em matéria de direito da concorrência. Leia-se, por exemplo, entre as mais recentes, a sentença de 29.8.2011 (Elf Aquitaine/Comissão, C-521/09): "Resulta de jurisprudência constante que o comportamento de uma filial pode ser imputado à sociedade-mãe, quando, designadamente, embora tendo uma personalidade jurídica distinta, essa filial não determina de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplica, no essencial, as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe, atendendo em especial aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem essas duas entidades jurídicas" (n. 54); "uma vez que a sociedade-mãe e a sua filial fazem parte de uma unidade económica e, portanto, formam uma única empresa na aceção do art. 81 CE, a Comissão pode dirigir à sociedade-mãe uma decisão que aplica coimas, sem que seja necessário demonstrar o envolvimento pessoal desta última na infração" (n. 55);[19] quando uma sociedade-mãe detém 100% (ou perto disso) do capital de uma filial que cometeu uma infração às regras da concorrência, "por um lado essa sociedade-mãe pode exercer uma influência determinante no comportamento dessa filial e, por outro, existe uma presunção ilidível segundo a qual essa sociedade-mãe exerce efetivamente essa influência" (ns. 56 e 63); a "Comissão pode, em consequência, considerar que a sociedade-mãe é solidariamente responsável pelo pagamento da coima aplicada à sua filial, a menos que essa sociedade-mãe, à qual incumbe ilidir a presunção, apresente elementos de prova suficientes suscetíveis de demonstrar que a sua filial se comporta de forma autónoma no mercado" (n. 57).

Contudo, recorde-se, o "Plano de ação" de dezembro de 2012 da Comissão da UE aponta laconicamente para um reconhecimento do "conceito de interesse do grupo". Baseando-se sobretudo no "Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law" (Brussels, 5 april 2011),[20] que retoma as ideias (vagas) do "interesse do grupo" e do grupo como entidade empresarial unitária.

Com efeito, nesse *Report*, a doutrina (grandemente indefinida) do "interesse do grupo" operaria como "'safe harbour' for the managers of both EU parent and subsidiary companies against liability (civil and criminal) if they take action for a group company taking into consideration the existence of the *group as a unitary business entity*, particularly in the case of *instructions from a parent company* to take action that is in the interests of the group as a whole but arguably not in the interests of that particular company" (p. 60; grifei). Em geral, "the standard of the 'interest of the group' would allow the directors of the subsidiary to take a decision in the interests of the group even if it is unclear that it is in the interests of the company provided that it is *compensated* or that it *can be reasonably expected that it will be compensated* or that *some benefit may accrue to it by virtue of being part of the group in the future*" (p. 64; grifei).[21] Porém, não deveria ser descurada "protection for the EU subsidiary companies and its stakeholders (creditors and minority shareholders)". E, com leveza, logo se adianta: "The intention would be to seek a balance between benefits/losses which would be considered whenever *a parent company gives an instruction* and for the balance to be weighed in such a way that it would prevent the creditors and other stakeholders of EU subsidiaries from suffering arbitrary and uncompensated prejudices as a result of *instructions from a parent company*" (p. 61; grifei).

19. A solução jurisprudencial não exigiria equiparar ou confundir "unidade económica" e "empresa" (aliás, durante muitos anos, o TJ não fez equiparação – cfr. Coutinho de Abreu, "L'européanisation du concept d'entreprise", cit., p. 25 e n. 73).

20. Em *http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs./modern/reflectiongroup_report_en.pdf*.

21. Com inteira razão, logo se acrescenta: "the precise formulation of this proposal would need careful thought"...

Se este "interesse do grupo" avançar, o *poder de facto* de as sociedades dominantes instruírem as sociedades dominadas, ainda que desvantajosamente, *passará também a poder de direito*. E a proteção das sociedades dominadas, seus credores (voluntários e involuntários) e sócios minoritários será uma vez mais remetida para as calendas gregas...

Prefiro, claro, a perspetiva dos "Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades" (2004, p. 62): "embora uma empresa possa ser controlada por outra empresa, o dever de lealdade de um membro do órgão de administração aplica-se à [sua] empresa e todos os seus acionistas, não à empresa que controla o grupo".

III – Recapitalização das sociedades bancárias

É sabido que na origem da grande crise global iniciada em 2007 (e que é sentida ainda em várias regiões do globo) jogaram papel determinante as sociedades financeiras. Elas criaram e/ou distribuíram livremente novos e novíssimos instrumentos financeiros, muitos deles de altíssima sofisticação e risco, sem base de sustentação na "economia real".

O Estado/direito (produtor, regulador, supervisor, garantidor, etc.) recuou intencionalmente, o *deus ex machina* "mercado livre", venerado por estados e capitais, avançou euforicamente e criou o *homo ludens*, jogador na "economia de casino", e superador do *homo oeconomicus* da "economia real".[22]

Porém, rapidamente a banca ressurgiu de entre as ruínas. Pela mão do Estado-bombeiro, foi resgatada à custa de recursos enormes dos cidadãos e empresas contribuintes. O Estado, amigo da "financeirização" da economia, deixou cair discretamente as bandeiras do mercado livre, das regras da concorrência e dos auxílios públicos com ela incompatíveis e correu a injetar dinheiro revitalizador nos bancos. Estes (sobretudo os grandes) não podem falir.

Na União Europeia, entre outubro de 2008 e outubro de 2011, form utilizados mais de 4,5 biliões de euros dos contribuintes para resgatar bancos dos Estados-membros![23]

Claro que a recapitalização de bancos privados com fundos públicos chegou também a Portugal. Está regulada na Lei 63-A/2008, de 24 de novembro de 2008, várias vezes alterada, tendo as alterações mais significativas sido introduzidas pela Lei 4/2012, de 11 de janeiro de 2012, que também republicou aquela lei.

Entre os instrumentos de recapitalização das sociedades anónimas bancárias contam-se as ações adquiridas pelo Estado. Adquiridas derivadamente ou, em aumentos de capital, originariamente (art. 4/2 da citada lei).

Estas ações do Estado têm o estatuto de "ações especiais". A "especialidade" não está apenas – ao invés do que resulta da remissão dos ns. 3 e 4 do art. 4 para os ns. 5 e 6 – na desnecessidade de previsão estatutária para a criação de ações especiais e no direito a dividendo prioritário (mais ou menos quimérico) a elas inerente. Está também, e principalmente, naquilo que o mesmo artigo, agora no n. 8, prevê: em regra, "o Estado só pode exercer os seus direitos de voto em deliberações que respeitem à alteração do contrato de sociedade, fusão, cisão, transformação, dissolução ou outros assuntos para os quais a lei ou os estatutos exijam maioria qualificada". Quer dizer, *o Estado legislador retira ao Estado acionista o direito de voto nas deliberações*

22. A propósito do "homo ludens", Guido Rossi, "Quale capitalismo di mercato?", *Rivista delle Società*, 2008, p. 914: "Mas que dizer dos mercados financeiros sempre menos regulamentados e controlados onde o *homo oeconomicus* foi substituído pelo *homo ludens* se o maior de tais mercados é o dos *credit default swaps* em que se aposta sobre a insolvência não só das sociedades cotadas mas também da dívida pública dos Estados?".

23. Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho – "Roteiro para uma união bancária", Bruxelas, 12.9.2012 – COM (2012) 510 final, p. 2.

mais frequentes: por exemplo, na aprovação (ou recusa) do relatório de gestão e das contas anuais, na aplicação dos resultados sociais (lucros e perdas), na eleição e destituição dos membros do órgãos da sociedade.

O mesmo n. 8 do art. 4 admite duas exceções à regra citada: (i) quando o número das ações do Estado ultrapasse metade de todas as ações da sociedade, ele pode exercer os direitos de voto inerentes às ações (e só a estas) que excedam aquele limiar (n. 9 do art. 4 da Lei e art. 3 da Portaria 150-A/2012, de 17 de maio de 2012); (ii) "em caso de incumprimento materialmente relevante do plano de recapitalização" pela sociedade bancária, o Estado pode exercer os direitos de voto inerentes a todas as ações que possua.

Imagine-se agora que o Estado adquire, em processo de recapitalização de um banco, a grande maioria das ações e fica por isso a deter a maioria dos votos.[24] Dir-se-ia: o Estado possui uma participação social de controlo, pode exercer influência dominante na sociedade bancária; logo, esta passa a ter o estatuto de empresa pública.[25] Todavia, não é assim.

A referida lei de 2008, nesta parte alterada pela citada lei de 2012, apressa-se a dizer no art. 2/2 que *o Estado não pode exercer*, "*qualquer que seja a sua participação no capital social da instituição de crédito, domínio ou controlo sobre a instituição*". E para que não haja dúvidas, acrescenta o art. 14/2 que o Estado pode (não tem de) nomear *um* administrador não executivo (qualquer que seja o número dos membros do conselho de administração do banco: 3, 5, 6, 7, 8, etc.) e/ou *um* membro do órgão de fiscalização da sociedade bancária.[26]

Eis, pois, mais um sinal do capitalismo financeiro hegemónico, da "socialização das perdas e privatização dos lucros". O Estado acionista renuncia aos direitos de acionista; em vez de socializar o que é de interesse público não satisfeito por privados, hiper-privatiza: os privados sem capital/ações, aos ombros do Estado, controlam bancos privados de capitais públicos. Paradoxal? Não nos tempos que correm.

24. Verifica-se esta situação em um banco português beneficiário de recapitalização por financiamento público.

25. Cfr. o Regime do setor empresarial do Estado, aprovado pelo Decreto-lei 558/99, de 17 de dezembro de 1999, várias vezes alterado, art. 3/1, "a".

26. Só não será assim em caso de incumprimento materialmente relevante do plano de recapitalização: art. 16-A/1, "b".