

# OS DESAFIOS DECORRENTES DA FALÊNCIA DAS EMPRESAS ASSOCIADAS E A INTRODUÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBORDINAÇÃO EQUITATIVA

Zhang Yi

*Doutorando, Faculdade de Direito, Universidade de Macau*

**Resumo:** Enquanto princípio, criado a partir de grande número de casos no sistema de Common Law, a “subordinação equitativa” desempenha um papel importante na solução dos problemas de falência de empresas associadas (ou filiadas). No entanto, o sistema de falências de sociedades comerciais na China Continental é configurado com base na existência de uma única sociedade, não dando grande atenção às sociedades filiadas. Além disso, a Lei das Sociedades e a Lei de Falências não conseguem responder a todos os problemas que a falência de empresas associadas coloca. O presente artigo procura introduzir o princípio da subordinação equitativa ao nível da legislação na China Continental.

**Palavras-chave:** empresas associadas; falência; subordinação equitativa.

## I. O conceito de empresa associada e sua expressão em caso de falência

### 1. O conceito de empresa associada

As empresas associadas constituem uma coligação comercial de empresas em grupos de certa dimensão, fruto do desenvolvimento económico mundial e da evolução do panorama empresarial. Quanto à definição do que seja uma empresa associada, os Autores dividem-se. O Prof. Jiang Ping, por exemplo, entende que devemos distingui-las consoante um sentido amplo e um sentido restrito, significando neste caso aquelas cujo capital social é detido por outras sociedades em tal medida que não haja dominação por parte destas, e, naquele caso, em que um ente colectivo constituído por duas ou mais empresas independentes na sua

existência mas ligadas por relações de comércio ou de investimento<sup>1</sup>. O Prof. Zhao Xudong, por sua vez, define as empresas associadas como aquelas que se inserem numa relação de subordinação a nível da participação social e a nível contratual, ou que se encontram subordinadas a uma outra empresa, embora com estatuto jurídico independente<sup>2</sup>. Já para o Prof. Shi TianTao, as empresas associadas constituem uma associação entre empresas através de meios específicos em direcção a fins económicos específicos: estes reconduzem-se ao estabelecimento de uma relação de controlo com vista ao dimensionamento de benefícios; aqueles referem-se à participação social ou entrada de capital, aos mecanismos contratuais ou outros meios como a interconexão/controlo do pessoal ou os acordos sobre o direito de voto<sup>3</sup>.

A nosso ver, o conceito jurídico das empresas associadas deve basear-se tanto no seu estatuto jurídico, como nas relações jurídicas que entre elas se estabelecem. Por outro lado, a delimitação dos seus contornos não deverá ser excessivamente restrita de modo a excluir do seu âmbito muitas das relações de associação de facto e de direito, nem deverá ser demasiado ampla a ponto de se considerar como relação de associação toda e qualquer relação de comércio e de investimento entre as empresas, alargando infinitamente o âmbito das empresas associadas. Assim, para efeitos da presente exposição, pelo fenómeno das empresas associadas entende-se a associação entre empresas com estatuto jurídico independente, ligadas por uma relação de controlo, designadamente a nível da participação social, ou que exercem mutuamente uma grande influência, ou ainda que sejam controladas ou influenciadas por uma outra empresa.

## **2. A manifestação externa da falência das empresas associadas**

Em bom rigor, a falência das empresas associadas traduz-se na “falência relativa às empresas associadas” ou na “falência de empresas no âmbito de uma associação de empresas”, que se pode manifestar pelas seguintes formas: 1) Falência da empresa subordinada em face da subsistência da empresa dominante; 2) Falência da empresa dominante em face da subsistência da empresa subordinada; 3) Falência da empresa dominante e da empresa subordinada; 4) Falência de duas empresas associadas sob o domínio de uma outra empresa; 5)

---

1 Jiang Ping (coordenador), *Novo Manual de Direito Societário*, Pequim, Law Press, 1994, p. 216.

2 Zhao Xudong, *Teoria Geral do Direito Empresarial e Societário*, Pequim, Law Press, Setembro de 2003, p. 435.

3 Shi Tiantao, *Algumas Questões Jurídicas sobre as Empresas Associadas*, Pequim, Law Press, 1998, pp. 6-14.

Falência transnacional<sup>4</sup>.

1) Falência da empresa subordinada em face da subsistência da empresa dominante

A falência da empresa subordinada em face da subsistência da empresa dominante representa a situação de falência mais comum no âmbito das empresas associadas, sendo também a hipótese que mais prejuízos acarreta para os interesses dos sócios<sup>5\*\*\*</sup> minoritários e dos credores da empresa subordinada que, embora detenha personalidade jurídica autónoma, não passa na prática de um instrumento de concretização de interesses de todo o conjunto das empresas associadas ou da empresa dominante. No âmbito da actividade económica, é prática corrente a empresa dominante fazer transferir para seu nome o património da empresa subordinada antes da falência desta, designadamente através de meios ilegítimos como a prestação de garantias ou negócios entre as empresas associadas, de forma a transferir os bons activos e fugir ao cumprimento das dívidas. Ora, sendo praticados no seio das empresas associadas, este tipo de actos revestem-se de um carácter oculto e de uma facilidade de longe superiores quando comparados com os mesmos actos praticados por uma empresa autónoma. Pelo que, aplicando-se indistintamente a mesma disciplina para regular ambas as situações, os credores da massa falida de empresas subordinadas encontrar-se-ão expostos a riscos muito mais acrescidos.

2) Falência da empresa dominante em face da subsistência da empresa subordinada

Embora a expressão mais frequente da falência no âmbito das empresas associadas consista no sacrifício dos interesses da empresa subordinada para salvaguardar os da empresa dominante, não é raro deparar-se com situações em que, por má gestão da empresa dominante, se venha a transferir os bons activos para a empresa subordinada, para depois requerer a falência daquela e ressurgir sob uma outra veste, em detrimento dos interesses dos credores. Aparentemente, o facto de a empresa dominante transferir o seu capital ou os bons activos para a empresa subordinada através de meios lícitos como a compra e venda ou a troca de

---

4 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento 2008.

5 \*\*\* Nota do tradutor: em face da ausência de qualquer menção ao tipo de sociedade a que se refere o estudo, optou-se por empregar o conceito de “sócio” ao longo da tradução, a menos quando se trate, como se tratará mais adiante, de sociedades cotadas em bolsa, onde empregaremos a expressão “accionista”, embora na versão chinesa seja utilizado sempre o mesmo termo, indistintamente. Fica também aqui nota de que ao longo do texto o Autor adopta os conceitos de empresa e sociedade como sendo sinónimos.

bens faz aumentar o valor da sua participação social na empresa subordinada, não se causando assim prejuízos para os interesses dos credores em caso de falência. Sucede, porém, que após essa transferência, o manipulador oculto procede a uma outra transferência dos activos ou então desvia-os de outra forma antes de satisfazer os créditos dos credores, colocando-os numa situação de extrema incerteza.

### 3) Falência da empresa dominante e da empresa subordinada

Dada a autonomia da empresa dominante em relação à empresa subordinada em termos de personalidade jurídica, o tribunal deve em regra julgar os casos de falência de uma e outra em separado e não no mesmo processo. Aliás, não existe à data nenhuma lei no mundo que permite o julgamento conjunto de casos de falência envolvendo duas pessoas colectivas independentes. As “*Provisions on Some Issues concerning the Trial of Enterprise Bankruptcy Cases of the Supreme People’s Court*” estabelecem, no seu art. 79.º, o seguinte: “*Where a sole enterprise established by the debtor, or an enterprise in which the debtor invests shares or the shares of which are held by the debtor, is unable to repay the debts that are due, and needs to repay the debts upon bankruptcy, it shall file an application for bankruptcy separately.*” Daqui decorre que também a República Popular da China adopta o modelo do julgamento separado da falência da sociedade dominante e da sociedade subordinada. No entanto, dada a facilidade de confusão do património e da personalidade jurídica de uma e outra no âmbito das empresas associadas, bem como a facilidade de movimentação do património entre as empresas, com prejuízo para a satisfação regular dos créditos e interesses dos credores, chegou também a haver situações em que os tribunais da RPC vieram a julgar os casos de falência em conjunto, segundo o princípio da equidade<sup>6</sup>.

### 4) Falência de duas empresas associadas sob o domínio de uma outra empresa

A associação de duas empresas sob o domínio de uma outra empresa tem a sua manifestação externa nas chamadas sociedades-irmãs que, aparentando não ter nenhuma influência ou domínio de uma sobre a outra em termos do património e do pessoal, podendo até pertencer a diferentes ramos de actividade sem qualquer relação empresarial, partilham contudo de uma relação de cooperação que vai para além do normal, por serem ambas controladas por uma mesma empresa. Ora, quando uma das sociedades-irmãs vai à falência, a empresa dominante, usando do seu estatuto especial e da relação entre as sociedades, sempre consegue transferir o património ou os bons recursos da empresa falida para a “irmã”, prejudicando destarte os direitos e interesses dos credores. Dada a extrema similitude com

---

6 Veja-se, por exemplo, o caso de falência da Sociedade de Equipamentos Eléctricos Zhongnan.

qualquer empresa autónoma em termos fisionómicos, as sociedades-irmãs suscitam maiores delusões quando manipuladas ilegalmente em sede falimentar, razão pela qual alguma doutrina não as considera como empresas associadas. De todo o modo, a Lei das Sociedades Comerciais da RPC, de 2005, veio a adoptar o critério da “susceptibilidade de transferência de interesses” para a qualificação das relações de associação<sup>7</sup>, abandonando o critério fisionómico, com o que se eliminou quaisquer dúvidas sobre a existência efectiva de relações de associação entre sociedades-irmãs.

### 5) Falência transnacional

A falência transnacional, também conhecida como falência transfronteiriça, internacional ou falência envolvendo assuntos externos, “refere-se àqueles casos que envolvem credores, devedores ou massa falida situados em dois ou mais Estados ou jurisdições, o que implica uma conexão com diferentes leis, com todas as dificuldades daí decorrentes.”<sup>8</sup> Com a globalização económica, a falência transnacional tem vindo a envolver vários Estados e, como tal, tem sido objecto de crescente preocupação no seio da comunidade internacional.

## II. Os desafios que a falência das empresas associadas levanta para o sistema jurídico

Em geral, fala-se em falência para se referir à situação de facto de impossibilidade de liquidação das dívidas por parte do devedor. No entanto, juridicamente, falência costuma significar o processo tendente à liquidação da massa falida do devedor impossibilitado de pagar integralmente as suas dívidas. Um Autor Taiwanês, Qian Guocheng, entende que “a falência é o processo jurisdicional geral de execução do património integral do devedor impossibilitado do pagamento das suas dívidas, com vista à satisfação dos credores em posição de igualdade, tendo também em conta os interesses do devedor”<sup>9</sup>. O princípio da justa repartição, sendo o princípio mais importante no direito falimentar, é também o factor a considerar prioritariamente no concreto processo de falência. Tal como refere o Professor Phillip I. Blumberg: “o princípio da justa repartição constitui o princípio orientador primordial no âmbito do processo falimentar, visando a protecção dos credores”<sup>10</sup>. Semelhante entendimento é partilhado pelo Professor

7 Tendo-se mantido esta disposição na revisão de 2013.

8 Shi Jingxia, “O Direito Falimentar Transnacional da China – Estado Actual, Problemas e Perspectivas”, in *China Legal Science*, 2002, n.º 1.

9 Qian Guocheng, *A Essência do Direito Falimentar*, Taipei, Livraria Sanmin, p. 1.

10 Phillip I. Blumberg, *The Law of Corporate Groups, Substantive law*, 1987, p. 136.

Wang Xinxin, que se tem dedicado ao estudo do direito falimentar na RPC: “o processo falimentar tem como finalidade garantir a justa satisfação dos credores e a protecção adequada dos direitos e interesses legítimos do devedor, em defesa, a final, dos interesses da sociedade em geral. A questão principal que o direito falimentar é chamado a resolver reside no conflito decorrente da insuficiência do património do devedor para a satisfação integral de cada um dos credores<sup>11</sup>”.

Acontece todavia que a Lei Falimentar em vigor incide sobretudo na falência de empresas autónomas, pressupondo a personalidade jurídica autónoma da empresa para aferir da verificação dos critérios de falência, da delimitação e repartição da massa falida, e da responsabilização pelos actos falimentares ilícitos. Não considera, pois, o facto de que no âmbito das empresas associadas a falência pode contender com interesses diversos ou mesmo opostos aos da falência de uma empresa autónoma tradicional. É, de facto, extremamente provável que no âmbito das empresas associadas se venha, através de manobras internas, a prejudicar deliberadamente a igualdade entre os credores, obstando-se assim à concretização do princípio da justa repartição, pelo que os meios tradicionais de protecção dos interesses dos credores baseados num juízo sobre a vontade e os actos das empresas podem vir a fracassar, nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, o facto de as empresas associadas assumirem personalidade jurídica independente permite a prática de negócios entre elas, que não só geram relações creditícias nos termos comuns, como ainda se revestem de certo carácter de investimento<sup>12\*</sup>. Dada a existência de factores de dominação, os créditos que a empresa dominante detém sobre a empresa subordinada não visam normalmente fins contratuais comuns, mas antes a fuga aos credores, consubstanciando-se verdadeiros investimentos de capital sob a veste de créditos que geralmente cumprem a forma legal<sup>13</sup>. Na eventualidade de a empresa subordinada vir a lucrar com a sua actividade, a empresa dominante poderá partilhar dos lucros directamente enquanto investidor. Na situação inversa, em caso de falência da empresa subordinada, a empresa dominante poderá ainda, na qualidade de credor, exigir a satisfação do seu crédito. Desde que se cumpra a forma legal dos negócios praticados entre uma e outra, o tribunal não poderá incidir sobre a substância dos créditos ao abrigo da lei falimentar tradicional, tendo a empresa dominante o direito de ver os seus créditos satisfeitos em condições

---

11 Wang Xinxin, *O Direito Falimentar*, Pequim, Universidade Popular da China, Setembro de 2007, 2.<sup>a</sup> edição, p. 5.

12 \*Nota do tradutor: o *corporate investment* constitui um conceito com sentido técnico no Interior da China.

13 Richard Allen Posner, *Economic Analysis of Law*, tradução de Jiang Zhaokang et al., Pequim, Encyclopedia of China Publishing House, 1997, p. 526.

de igualdade em relação a outros credores comuns, conseguindo por um lado lucros decorrentes da concessão de crédito à empresa subordinada e, por outro, a satisfação dos seus créditos enquanto credor comum em sede de falência, o que indubitavelmente contraria a *ratio* da justa protecção dos credores por via do direito falimentar, esvaziando de conteúdo útil o princípio da justa repartição<sup>14</sup>.

Em segundo lugar, dada a estreita relação entre as empresas associadas, a satisfação dos créditos sobre a massa falida da sociedade-mãe sobre as sociedades filiadas, ou vice-versa, ou ainda entre as sociedades filiadas, será privilegiada em relação aos créditos de uma qualquer outra empresa autónoma. O profundo conhecimento que normalmente se partilha entre as empresas associadas sobre a situação patrimonial e o estado das actividades permite, precisamente com base neste tipo de informações concretas que estão fora do alcance de outras empresas, uma decisão mais correcta sobre a necessidade de constituição de relações creditícias e de garantias, bem como sobre o tipo de bens que se deve dar em garantia. Quando sobrevenham riscos de impossibilidade de satisfação dos créditos entre as empresas associadas, sempre lhes é possível encontrar uma maneira ou outra de cumprir preferencialmente essas obrigações através da relação especial de interesses que existe entre elas, designadamente por via do cumprimento preferencial dos contratos e da compensação de créditos. Por outro lado, a mesma relação interna permite que as empresas associadas venham a simular arbitrariamente relações creditícias maiores ou menores do que são na realidade, ou até relações que não existem de todo. Pode assim afirmar-se, num certo sentido, que as relações de associação fornecem cobertura legal às empresas associadas para a prática de actos fraudulentos em sede falimentar, actuando como um instrumento ideal para a fuga ao cumprimento de dívidas no processo de falência, na medida em que permitem prejudicar os interesses dos credores<sup>15</sup>.

Em terceiro lugar, enquanto um bloco interligado, a autonomia financeira de cada empresa apresentar-se-á altamente mitigada pelo facto de o património poder circular livremente entre as várias sociedades consoante o que for necessário, tornando assim obscura a linha de demarcação da massa falida. A ausência de autonomia tem ainda a possível consequência de fazer alterar os fins de exploração das empresas associadas, tradicionalmente marcados pela maximização dos interesses da própria empresa, para a maximização, neste caso, dos interesses globais de todo o bloco. Destarte, em caso de falência de uma ou várias empresas associadas, serão concebíveis situações injustas para os credores das várias

---

14 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento, 2008.

15 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento, 2008.

sociedades na satisfação dos seus créditos a partir da massa falida. Vejamos, a título exemplificativo, a seguinte situação. Suponhamos que a Empresa B disponibiliza matérias-primas, equipamentos e tecnologias fundamentais à sociedade-mãe, a Empresa A, em seu benefício, a preço muito baixos. Se ambas as empresas vierem a falir por mau gerenciamento, poderá acontecer que, por exemplo, a massa falida chegue para satisfazer 30% dos créditos no caso da Empresa A e 10% dos créditos sobre a Empresa B. Ora, o que origina a baixa proporção na Empresa B é o facto de esta ter explorado a sua actividade em benefício da Empresa A e em detrimento dos próprios interesses, culminando num resultado extremamente injusto para os seus credores. Neste tipo de situações, a aplicação cega das regras falimentares pensadas para as empresas autónomas só dará origem a resultados injustos.

Pelo exposto é possível concluir-se que a existência de relações de associação introduz factores de incerteza na concretização do princípio da justa repartição no âmbito do processo falimentar, o que reclama um estudo sobre as especificidades do processo falimentar das empresas associadas, acompanhado de um novo regime que o venha a modelar de forma a assegurar a boa concretização do princípio da justa repartição.

### **III. Apreciação das formas de resolução dos conflitos de interesses decorrentes da falência das empresas associadas**

#### **1. Delimitação dos valores a prosseguir nos conflitos de interesses decorrentes da falência das empresas associadas: igualdade e celeridade**

1) O princípio da justa repartição como princípio fundamental do direito falimentar

O regime da liquidação falimentar visa repartir coactivamente a integralidade do património do devedor de forma justa e nos trâmites legalmente previstos, liquidando de vez todas as dívidas do devedor. A sua função primordial reside na justa repartição da massa falida do devedor, de forma a assegurar um tratamento igualitário a todos os credores. Neste sentido, partilhamos o entendimento de que o princípio da justa repartição consubstancia o princípio fundamental do direito falimentar. Perante a insuficiência da massa falida para a satisfação integral dos pretensos créditos, a questão mais importante de que se preocupa o direito falimentar consiste necessariamente em resolver esse mesmo problema, o problema da justa repartição da massa falida entre os credores.

No âmbito das empresas associadas, o facto de se ter extinta a personalidade jurídica autónoma da empresa subordinada torna esta um instrumento dos negócios associativos, fonte geradora de situações de desigualdade na satisfação dos créditos dos credores internos e externos. É precisamente neste contexto que o órgão responsável pela reposição da justiça – o tribunal – deve corrigir o desequilíbrio

entre os interesses legítimos das partes de forma a alcançar o devido equilíbrio.

## 2) Os objectivos de celeridade no direito falimentar

O direito falimentar, enquanto um domínio do direito composto tanto por normas substantivas como por normas adjectivas, terá necessariamente de acautelar a regra processual da garantia dos direitos processuais das partes em sede falimentar, tendo pois de considerar a questão da celeridade processual, para além da justa satisfação dos credores falimentares.

Para os casos de falência de empresas autónomas, os objectivos de celeridade reflectir-se-ão não só na concepção das normas substantivas do regime de compensação dos créditos, mas também e sobretudo na concepção das normas adjectivas, como por exemplo as que impõem o tratamento conjunto da integralidade das dívidas. A instituição de um tal regime tem a virtualidade de poder diminuir os custos do tratamento individualizado de cada uma das acções propostas pelos credores, com benefícios para a celeridade do processo considerado na sua globalidade. Quanto aos objectivos de celeridade no âmbito da falência das empresas associadas, veja-se o caso da “falência da Guangdong International Trust and Investment Corporation”.

## **2. A resolução dos conflitos de interesses decorrentes da falência das empresas associadas e a aplicação do princípio da subordinação equitativa**

### 1) A resolução dos conflitos de interesses decorrentes da falência das empresas associadas

Segundo a teoria geral do direito societário tradicional, cada uma das empresas associadas é portadora de personalidade jurídica autónoma, sendo por conseguinte sujeito de direito civil capaz de assunção de responsabilidade própria, o que quer dizer que, detendo a sociedade-mãe créditos sobre a sociedade subordinada, juridicamente não se poderá privá-la desses direitos, em homenagem ao princípio da igualdade dos créditos. O princípio da justa repartição, enquanto o princípio fundamental do direito falimentar, reclama uma justa distribuição da massa falida para a satisfação dos credores falimentares, e quanto aos créditos da sociedade-mãe, só resta encontrar uma outra via jurídica que solucione o problema. O mesmo é dizer que, para se denegar o pedido da sociedade-mãe, ter-se-á de ultrapassar, no plano jurídico-dogmático, os dois grandes obstáculos impostos pelo regime das pessoas colectivas/empresas e pelo princípio da igualdade dos créditos. O que todavia, nos sistemas jurídicos modernos, é manifestamente impossível. Assim, a suavização das questões decorrentes da igualdade dos créditos e do regime das pessoas colectivas assume-se como o ponto-chave para a resolução dos conflitos de interesses decorrentes da falência das empresas associadas.

A este respeito veio a jurisprudência norte-americana desenvolver o

princípio da subordinação equitativa, segundo o qual a pretensão da sociedade-mãe apenas terá provimento depois de satisfeitos os créditos do credor falimentar comum. Esta forma de suavização do problema dá cumprimento ao valor e objectivo primordial do direito falimentar – a justa satisfação dos créditos. Não espanta, pois, que uma vez sedimentado, este princípio veio a produzir um grande impacto no direito falimentar, assumindo um papel insubstituível.

2) Os fundamentos para a aplicação do princípio da subordinação equitativa

O fundamento que justifica a subordinação dos créditos da sociedade-mãe em caso de falência no âmbito das empresas associadas prende-se com o aproveitamento ilegítimo da sua influência e dominação sobre a sociedade subordinada nos negócios do dia-a-dia e portanto reconduz-se, no plano dogmático, ao princípio da proibição do abuso de direito. Devendo a sociedade-mãe exercer a sua influência e controlo de modo a maximizar os interesses da sociedade subordinada, sempre que actue de modo diverso, abusando da sua posição de domínio em detrimento dos interesses desta, está-se, na verdade, a abusar dos direitos de sócio, ao que deve corresponder a respectiva sanção jurídica, qual seja, neste caso, a de ver os seus créditos subordinados e ordenados subsequentemente em relação aos créditos daqueles que saíram prejudicados da sua actuação indevida.

Em segundo lugar, a subordinação dos seus créditos decorre também das exigências do princípio da correspondência de direitos e deveres, segundo o qual o sujeito que exerce certos direitos sobre um outro sujeito deve assumir os correspondentes deveres, numa lógica de restrição dos poderes do respectivo titular e de prevenção do seu abuso, com vista à manutenção da justiça social. Ora, como no âmbito das empresas associadas a empresa dominante exerce um grande poder decisório sobre a empresa subordinada, compreende-se que a mesma deva assumir as consequências nefastas das suas decisões. Tal como refere a Professora Zhu Ciyun, “o traço jurídico em comum de qualquer tipo de sociedade é o facto de os membros de uma sociedade terem de assumir ilimitadamente as suas responsabilidades quando exercerem sobre ela um poder de controlo directo e verem a sua responsabilidade limitada ao valor que tiverem investido quando esse mesmo poder é exercido por intermédio de outras entidades”<sup>16</sup>.

Em terceiro lugar, refira-se que o princípio da subordinação equitativa constitui uma concretização do princípio da boa-fé, o qual exige uma actuação honesta, leal e não fraudulenta no âmbito do comércio jurídico-civil e comercial, reclamando ainda o respeito pelos interesses de terceiros e da própria sociedade em geral. Sendo já pacífico em muitos ordenamentos da *civil law* e da *common*

---

16 Zhu Ciyun, *Sobre a Negação da Personalidade Jurídica às Sociedades Comerciais*, Pequim, Law Press, 1998, p. 266.

*law* impor-se o dever de boa-fé aos sócios das empresas dominantes no âmbito das empresas associadas<sup>17</sup>, a subordinação dos créditos das empresas dominantes surge como uma responsabilidade que a lei lhes impõe por violação do princípio da boa-fé.

Por último, a aplicação do princípio da subordinação equitativa consubstancia uma expressão do princípio da justiça, podendo ser vista como a reposição da justiça em face da actuação dolosa da empresa dominante, de modo a que esta fique privada dos interesses obtidos à custa do seu estatuto desleal, tudo com vista à prossecução de um mais elevado grau de justiça.

### **3. O confronto do princípio da subordinação equitativa com outras teorias e princípios**

1) O princípio da subordinação equitativa e o princípio da subordinação automática

Segundo o princípio da subordinação equitativa, a massa falida da empresa subordinada deve ser distribuída casuisticamente segundo o princípio da justiça, significando para a empresa dominante, em situações normais, apenas uma relegação para um segundo plano da satisfação dos créditos adquiridos à custa da sua “actuação desleal”. É que, um tratamento indiferenciado para todo e qualquer crédito da empresa dominante “equivale a negar os próprios negócios entre as empresas associadas no plano das consequências jurídicas, prejudicando substancialmente o desempenho das funções estruturais do agrupamento societário.<sup>18</sup>” Todavia, na situação de um controlo total e complexo a ponto de não ser possível individualizar os actos desleais da empresa dominante, a solução terá de passar pela relegação total dos seus créditos, de modo a assegurar os interesses dos demais credores.

O princípio da subordinação automática foi proposto pelo Professor Landers<sup>19</sup>: “A sociedade subordinada e controlada pela sociedade-mãe é normalmente explorada no interesse do agrupamento societário em geral, assim como o é igualmente a concessão de crédito pela sociedade dominante à sociedade subordinada, assumindo por isso carácter de investimento essa mesma concessão. Assim, em caso de impossibilidade de cumprimento ou falência da sociedade subordinada, é natural que a sociedade dominante não possa vir a receber uma repartição em posição de igualdade com os demais credores, devendo ocupar uma

17 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento, 2008.

18 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento, 2008.

19 Liu Lianyu, *Teorias e Jurisprudência de Direito Societário*, Pequim, Law press, 2002, p. 101.

posição subordinada ou até estar excluída da repartição. Em princípio, os credores da sociedade subordinada falida poderão até desvendar o véu das empresas associadas, responsabilizando também a sociedade-mãe”.<sup>20</sup>

O princípio da subordinação automática tem sido rejeitado pela maioria da doutrina pela sua radicalidade, nem tem obtido aceitação genérica na prática. O Professor Posner, por exemplo, entende que “sob um ponto de vista económico, a sociedade-mãe deverá ser o concedente de crédito mais eficaz com que pode contar a sociedade subordinada. Pois, como a sociedade-mãe goza da vantagem de poder calcular os riscos de falência da sociedade subordinada a baixo custo, e sendo do seu interesse evitar que a falência se venha a verificar, aceitará normalmente em conceder-lhe crédito em condições muito privilegiadas. Contrariamente, se adoptarmos uma teoria como a “subordinação automática ou indiscriminada”, proposta pelo Professor Landers, a sociedade-mãe recusar-se-á a conceder crédito, o que resultará numa agravação dos riscos de falência da sociedade subordinada, em prejuízo para os seus credores”<sup>21</sup>. A este respeito, entende igualmente o Professor Clark, da Universidade de Harvard, que “o princípio da subordinação total, ao impor que os créditos do sócio dominante sejam indistintamente ordenados depois dos créditos dos demais credores, pode estar a criar ao sócio dominante sanções que de longe ultrapassam os benefícios que obteve à custa da sua posição de dominação. Ou então, sabendo de antemão que ao abrigo do princípio da subordinação total poderá não lhe ser possível recuperar os créditos, terá o estímulo para obter da sociedade subordinada mais interesses ilegítimos de modo a que mesmo vindo esta a falir, os benefícios ganhos através do seu estatuto dominante sejam superiores ao valor dos créditos insatisfeitos. Por conseguinte, o que se deve adoptar em caso de falência da sociedade subordinada é a “regra da repartição activa” quanto aos créditos da sociedade-mãe, de forma a alcançar os efeitos da “subordinação equitativa”. Na verdade, foi este princípio da subordinação equitativa que se manifestar no caso Deep Rock, e que se tornou num princípio geral que tem vindo a ser utilizado pelos tribunais na decisão sobre os créditos da sociedade-mãe no âmbito das suas relações com a sociedade subordinada”.

2) As diferenças entre o princípio da subordinação equitativa e o regime da remoção do véu das sociedades

Embora o princípio da subordinação equitativa e o regime da remoção do

20 Zhu Ciyun, “A aplicação das teorias de negação da personalidade jurídica das sociedades comerciais no âmbito das sociedades-mãe”, in *Science of Law*, 1998, n.º 5.

21 Zhu Ciyun, “A aplicação das teorias de negação da personalidade jurídica das sociedades comerciais no âmbito das sociedades-mãe”, in *Science of Law*, 1998, n.º 5.

véu das sociedades comunguem da mesma matriz, sendo por natureza destinados a ultrapassar os obstáculos colocados pela personalidade autónoma das sociedades e pela responsabilidade limitada dos sócios, um e outro constituem todavia mecanismos jurídicos diversos. Em concreto, verificam-se entre eles as seguintes dissemelhanças:

Primeiro, a nível dos fins da sua aplicação – se com o desvendar do véu das sociedades se pretende negar pela raiz a autonomia da personalidade colectiva das sociedades em causa, de molde a considerar as empresas subordinada e dominante um e o mesmo sujeito, fazendo com que esta passe a assumir as responsabilidades creditícias daquela, situação em que se deixa de colocar a questão da prioridade das dívidas a liquidar pela empresa subordinada em virtude da confusão dos créditos, já o princípio da subordinação equitativa visa apenas alterar a posição da sociedade dominante na ordenação dos créditos, sem que haja uma negação substancial dos seus créditos<sup>22</sup>.

Segundo, a nível das condições de aplicação – a aplicação do princípio da subordinação equitativa tem como pressuposto a existência de negócios desleais entre as empresas que, embora praticados com recurso à posição de dominação de uma sobre a outra, não ultrapassam o limite imposto pelo “excesso de dominação”. Já o regime da remoção do véu das sociedades, como nega substancialmente a autonomia da personalidade colectiva, indo para além do regime da responsabilidade limitada, terá de estabelecer condições de aplicabilidade muito mais rigorosas. Assim, apenas quando os credores externos apresentem prova bastante é que poderá o juiz lançar mão deste regime, após ponderação reflectida dos vários factores, o que não aconselha que seja a solução ideal para a falência de sociedades subordinadas.

Terceiro, a nível do âmbito de aplicação – enquanto o princípio da subordinação equitativa tem em regra aplicabilidade apenas no âmbito do direito falimentar, o regime da remoção do véu das sociedades pode aplicar-se também noutros domínios, como no direito contratual, na responsabilidade civil extracontratual e no âmbito da concorrência desleal.

Como se deixa ver, o princípio da subordinação equitativa e o regime da remoção do véu das sociedades constituem regimes jurídicos diversos e protegem sob perspectivas diferentes os credores externos contra a falência das empresas associadas.

---

22 Wu Wenhui, “Breves considerações sobre o princípio da satisfação subordinada das empresas dominantes no direito falimentar”, [http://www.law-lib.com/LW/lw\\_view.asp?no=700 &page=7](http://www.law-lib.com/LW/lw_view.asp?no=700 &page=7), última consulta em 14/4/2014.

#### IV. A introdução do princípio da subordinação equitativa no âmbito da falência das empresas associadas na RPC

##### 1. Necessidade da sua introdução

Com o aprofundamento da reforma e abertura da RPC ao exterior e o contínuo desenvolvimento económico, tem-se verificado um fortalecimento das sociedades agrupadas, que vieram a tornar-se a espinha dorsal do desenvolvimento económico. A mudança regime das empresas do Estado, a cotação em bolsa das empresas e os investimentos recíprocos entre as sociedades têm levado a que na órbita de cada empresa nuclear surgissem cada vez mais sociedades associadas, formando assim blocos empresariais de grande dimensão. Os actos desleais praticados entre no seio das sociedades associadas repercutem-se unilateralmente em prejuízos para os sócios minoritários e para os credores das sociedades subordinadas, a favor dos sócios dominantes e pessoas relacionadas, que se apropriam dos proveitos adicionais<sup>23</sup>. Dominação essa que tem conhecido novas formas de manifestação cada vez mais complexas, com a agravante, para os credores, de que esse tipo de transacções é normalmente feito de forma encoberta. Sendo a justa satisfação um princípio fundamental do direito falimentar da generalidade dos ordenamentos jurídicos, o princípio da subordinação equitativa não surge aqui como uma subversão a esse princípio, antes pelo contrário um desenvolvimento e aprofundamento seu. Pois, sacrificando a igualdade formal para se alcançar uma justiça substancial, não só não se contradiz com os objectivos de justa satisfação dos créditos, como ainda se integra precisamente na tendência evolutiva do direito falimentar moderno<sup>24</sup>.

Da evolução do regime jurídico falimentar pode constatar-se uma transição a nível dos valores tutelados pelo direito falimentar, de um protecção do credor para uma protecção equilibrada do credor e do devedor. “Quando a falência das empresas se torne num fenómeno frequente da vida socioeconómica, o direito falimentar das empresas não poderá continuar a insistir nos mesmos objectivos prosseguidos na falência das pessoas singulares, quais sejam os da isenção da responsabilidade pelas dívidas e o tratamento alternativo dos bens livres, não poderá prosseguir única e exclusivamente o equilíbrio bipolar entre o credor e o devedor, mas sim um equilíbrio de forças tridimensional chamando também à colação a vertente social”<sup>25</sup>. A base dogmática e a orientação valorativa do

---

23 Li Jianwei, *As Regras Jurídicas dos Negócios entre as Empresas Associadas*, Pequim, Law Press, 2002, p. 45.

24 Sun Xiangqi, *Algumas Questões Jurídicas sobre a Falência das Empresas Associadas*, Universidade Popular da China, Dissertação de doutoramento, 2008.

25 Han Zhangyin, “Debate e apreciação crítica dos objectivos da lei falimentar empresarial”, in *China Legal Science*, 2004, n.º 5.

princípio da subordinação equitativa traduzem precisamente essa transição da isenção de responsabilidade pelas dívidas no processo falimentar para a prossecução de um equilíbrio de interesses variados e para a protecção da ordem socioeconómica.

Estatisticamente falando, devemos dizer que no Interior da China se verifica um sério fenómeno de “dominação exclusiva” no âmbito societário, sendo que, segundo os números publicados pela *China Securities Regulatory Commission*, até finais de maio de 2004, das 1234 empresas cotadas em bolsa em toda a RPC, 486 delas têm as suas acções detidas em mais de 50% por um único accionista, representando esse número 40% do total das sociedades cotadas, e 724 delas têm 20 a 50% das suas acções detidas pelo accionista maioritário, representando estas duas categorias somadas 91,4% do total. Esses números variam respectivamente para 419 e 450 para as sociedades cotadas em bolsa de acções estatais, representando 65,6% do total das sociedades cotadas. Até finais de 2011, das 2363 sociedades listadas em bolsa “A-share”, 497 têm as suas acções detidas em mais de 50% pelo sócio maioritário, o que representa 21% do total, sendo que em média os accionistas maioritários detêm, cada um, 36,30% das acções das respectivas sociedades<sup>26</sup>. A este problema acresce o da falta de independência nas relações entre os 5 principais accionistas de uma boa parte das sociedades cotadas. Mais grave ainda é o facto de, nas relações entre a sociedade-mãe e as filiais ou entre estas, se verificar transferências de bens através da constituição de créditos daquela sobre estas, com o intuito de fugir ao cumprimento de dívidas, ou a constituição de garantias em caso de agravação do estado financeiro das filiais usando das informações que tem a sociedade-mãe, de forma a garantir o cumprimento dos seus créditos ou escapar aos riscos de investimento através de baixos investimentos e altos endividamentos. Todas estas condutas poderão vir a causar prejuízos para os direitos e interesses dos credores das filiais e demais sócios, sem que haja no entanto qualquer regulação a nível legislativo<sup>27</sup>.

Como na prática a sociedade dominante se aproveita das empresas associadas para a obtenção de lucros, na falta de legislação o tribunal apenas poderá decidir com base no princípio da igualdade dos créditos e no princípio da personalidade autónoma das sociedades, com o que nunca se conseguirá erradicar o problema da obtenção de interesses ilegítimos por via das empresas associadas através de expedientes creditícios. Neste contexto, a introdução do princípio da subordinação equitativa por via legislativa “permitirá ao tribunal popular, aplicando-o, determinar de forma justa a ordem pela qual será repartida a massa

---

26 Dados calculados a partir dos estudos feitos pela Guotai Junan International.

27 Ye Min, *Algumas Questões Jurídicas sobre o “Princípio Deep Rock”*, Universidade de Sichuan, Dissertação de mestrado, 2005.

falida da filial, impedindo a satisfação dos créditos da sociedade dominante em primeiro lugar, de forma a proteger melhor os interesses do credor comum e a maximizar os efeitos do princípio da justa distribuição do direito falimentar<sup>28</sup>”.

Em suma, a introdução do princípio da subordinação equitativa, perante casos de impossibilidade de pagamento por parte das empresas subordinadas ou correlacionadas, permitirá uma aplicação mais justa e mais razoável do direito de acordo com os valores legislativos que subjazem ao direito falimentar, assegurando desta forma uma protecção mais eficaz dos interesses dos credores das empresas subordinadas.

## 2. Viabilidade da sua introdução

Ao abrigo do ordenamento jurídico vigente na RPC, embora a Lei das Sociedades Comerciais tenha consagrado expressamente o regime da remoção do véu das sociedades, disciplinando de certo modo as condutas ilícitas em sede de falência das empresas associadas, a verdade é que a sua aplicação depende da verificação de condições altamente rigorosas, sendo que nem sempre se torna exigível a negação da personalidade autónoma das sociedades no seguimento da falência das empresas associadas, o que tem justificado a pouca aplicação deste regime na prática judiciária. Dadas estas limitações, em face do controlo da empresa dominante relativamente à empresa subordinada e da impossibilidade de se negar a personalidade jurídica desta, a lei não dispõe de medidas reguladoras que supram este vácuo jurídico. O princípio da subordinação equitativa, enquanto um desenvolvimento do regime da remoção do véu das sociedades, pode ser a solução para complementar o regime falimentar em vigor.

Já em 2002, o eminente Professor Jiang Ping propôs a introdução do regime da subordinação equitativa<sup>29</sup>, tese que obteve adesão da maioria da doutrina<sup>30</sup>. Há também Autores taiwaneses que sob um ponto de vista de política legislativa sufragam a necessidade de introdução do princípio da subordinação equitativa em Taiwan, entendendo o Professor Liu Lianyu que “do ponto de vista da limitação dos “actos de exteriorização dos riscos societários”, é perfeitamente compreensível, e aliás consonante com o princípio da correspondência de benefícios e responsabilidades, o facto de se atribuir os riscos provenientes das

28 Sun Mingfei, “Questões jurídicas decorrentes da execução das dívidas das sociedades associadas”, in *The People's Judicature*, 2001, n.º 10.

29 Jiang Ping, “A necessidade de inovação dos mecanismos jurídico-societários na RPC”, in *Information for Deciders Magazine*, 2002, n.º 22.

30 Li Shuguang, “Questões jurídico-filosóficas em torno da regulamentação societária”, in *Revista Económica*, 2002, n.º 11; Shen Sibao, *O Princípio Jurídico da Remoção do Véu das Sociedades e Análise de Jurisprudência Seleccionada*, Pequim, University of International Business and Economics Press, 2005, p. 24.

relações de associação aos sócios que delas beneficiam (normalmente os sócios da sociedade dominante). Aliás, a aplicação do princípio *deep rock*, apesar de não atribuir à sociedade dominante o dever de pagamento das dívidas contraídas pela sociedade subordinada, oferece contudo, em sede de falência desta, uma protecção aos credores, sobretudo os credores involuntários como as vítimas de actos geradores de responsabilidade civil extracontratual, dando-lhes prioridade na satisfação dos seus créditos, o que resolve em parte o problema da alocação ineficaz dos riscos decorrentes do “princípio da responsabilidade limitada dos sócios” acolhido pela nossa lei”<sup>31</sup>.

Pelo exposto, a introdução do princípio da subordinação equitativa mostra-se extremamente necessária para a melhor protecção dos sócios dominantes e dos credores externos da empresa subordinada no âmbito do processo falimentar das empresas associadas, de forma a equilibrar os interesses de ambas as partes.

### 3. Propostas de regulamentação

As empresas associadas assentam em estruturas altamente complexas. Para além da expressão mais básica que o é a relação mãe-filial, podem coexistir muitas outras empresas intimamente associadas e organizadas numa vasta hierarquia. Havendo sociedades-irmãs controladas por uma mesma sociedade-mãe, é sempre possível e extremamente provável que se venha a desviar riscos e a transferir bens através de manobras negociais, aliás de forma ainda mais oculta do que os actos praticados nas relações mãe-filial. Entendemos, por conseguinte, que o princípio da subordinação equitativa deve aplicar-se a dois tipos de sujeitos: às empresas dominantes e às sociedades-irmãs. Quanto a esta última categoria, como as suas relações internas se mostram ser menos íntimas e menos directas quando comparadas com as relações mãe-filial, no ajuizamento sobre a aplicação do princípio da subordinação equitativa às sociedades-irmãs deve atender-se, entre outros critérios, às formas de contacto entre elas e a peso de dominação que a sociedade-mãe exerce sobre cada uma delas.

Por outro lado, a introdução legislativa do princípio da subordinação equitativa levantará necessariamente, quando da sua aplicação, a questão da distribuição do ónus da prova que, como regra geral do direito processual civil da RPC, recai sobre quem invocar um certo direito, ou seja, aquele que deduzir pedido judicial tem o ónus de provar que um determinado facto ilícito veio a causar-lhe danos nos seus direitos legítimos. Simplesmente, num contexto marcado pela prática de actos negociais íntimos no seio das empresas associadas, aos credores

---

31 Liu Lianyu, “Algumas questões sobre o “princípio *deep rock*” no capítulo das empresas associadas do projecto de revisão da Lei das Sociedades Comerciais”, in *China Law Journal*, vol. 40, n.º 1.

da empresa subordinada será muito difícil recolher prova suficiente que ateste a ilegitimidade de um certo negócio, tanto mais que os actos de dominação são praticados de forma altamente encoberta, impedindo assim aos credores externos o acesso a elementos de prova, o que inviabiliza o funcionamento do regime geral do ónus probatório e justifica que neste caso se faça inverter o ónus da prova. É que, do ponto de vista da recolha de prova, verifica-se grandes disparidades quanto à capacidade e facilidade de recolha de prova pelas partes do processo, autor e réu, uma vez que “é a sociedade-mãe que detém toda a prova do controlo que exerce sobre a filial<sup>32</sup>”. Pelo que, “via de regra, será muito mais fácil à sociedade-mãe munir-se dos elementos negociais das empresas associadas para se vir defender em juízo do que chamar os credores da filial a recolher a prova necessária.<sup>33</sup>” Assim, a solução mais avisada será, pois, a de inverter o ónus da prova na aplicação do princípio da subordinação equitativa, bastando que os credores da empresa subordinada interponham a competente acção, para que a empresa dominante venha a provar o contrário se quiser evitar a rejeição dos seus créditos.

Na aplicação do princípio da subordinação equitativa no âmbito das empresas associadas terá ainda de se ponderar o factor do resultado, no sentido de que os créditos detidos pela empresa dominante terem de resultar de negócios desleais que tenham sido praticados com a empresa subordinada. Mesmo que tenha havido vários negócios desses, por mais que esta tenha sido manipulada por aquela, não há lugar a aplicação do princípio da subordinação equitativa desde que a empresa dominante não venha a exigir a satisfação dos seus créditos por parte da empresa subordinada agora falida. O mesmo é dizer que a aplicação do princípio não depende apenas de uma prévia ponderação individualizada dos factores sujeito, acção e resultado, como ainda pressupõe um nexo de causalidade juridicamente relevante entre a acção e o resultado.

### **V. Considerações finais**

No âmbito da falência das empresas associadas, os regimes da autonomia da personalidade colectiva das sociedades e da responsabilidade limitada dão abrigo às empresas que através de negócios internos ilegítimos conseguem transferir os riscos para os credores da empresa falida por forma a não sofrer prejuízos patrimoniais. O conflito que daí resulta coloca-se entre os credores da empresa falida e os sócios da sociedade que saiu beneficiada desses negócios, por

---

32 Zhu Ciyun, “A aplicação das teorias de negação da personalidade jurídica das sociedades comerciais no âmbito das sociedades-mãe”, in *Science of Law*, 1998, n.º 5.

33 Liu Lianyu, “Algumas questões sobre o “princípio deep rock” no capítulo das empresas associadas do projecto de revisão da Lei das Sociedades Comerciais”, in *Teorias e Jurisprudência de Direito Societário*, Pequim, Law press, 2002, p. 61.

contraposição aos conflitos que resultam da falência de uma empresa autónoma, que se levanta entre os credores e a própria empresa falida. Sendo diversos os conflitos num caso e noutro, as soluções legislativas que tradicionalmente foram concebidas para o caso das empresas autónomas mostram-se ineptas em face da falência das empresas associadas. É neste contexto que propomos a introdução do princípio da subordinação equitativa de modo a que os créditos da empresa dominante sejam satisfeitos apenas depois de garantidos preferencialmente os interesses do credor comum, em ordem a alcançar um equilíbrio entre os interesses de ambas as partes. Este princípio tanto pode dar resposta às necessidades concretas verificadas na prática falimentar das empresas associadas no Interior da China, como constitui um complemento eficaz ao regime jurídico em vigor, configurando pois a solução ideal para o problema.

### **Bibliografia**

[1] Fan Jianhong, Li Haimin, Li Chong. A Comparative Study on “Disregarding the Corporate Personality (Durchgriffshaftung)” of Companies in China, the USA and Germany, University of Macau, 2013.

[2] Li Jianwei, *As Regras Jurídicas dos Negócios entre as Empresas Associadas*, Pequim, Law Press, 2007.

[3] Shi Tiantao, *Direito Societário*, Law press, 2006.

[4] Brian Cheffins. Company Law: Theory, Structure and Operation. Tradução chinesa por Lin Huawei et al., Law Press, 2001.

[5] David G. Epstein, Steve H. Nickles, James J. White. Bankruptcy. Tradução chinesa por Han Zhangyin et al., China University of Political Science and Law Press, 2003.

[6] Philip R. Wood. Principles of International Insolvency, Sweet & Maxwell, 1995.

[7] The World Bank. Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems 2001.

[8] Douglas G. Baird. The Future of Chapter 11: A Symposium Cosponsored by the American College of Bankruptcy: Substantive Consolidation Today, Boston College Law Review, 2005(47):5-22.

[9] William C. Blasses. Redefining into Reality: Substantive Consolidation of Parent Corporations and Subsidiaries, Emory Bankruptcy Developments Journal, 2008(24): 469-511.

[10] ZhengxinHuo. A Tiger Without Teeth: The Antitrust Law of The People’S Republic of China, William S. Richardson School of Law University of Hawaii Asian-Pacific Law &PolicyJournal, 2008(10): 32-61.