

Nota de Abertura
Saudação do Presidente do Tribunal Constitucional

Jurisprudência Constitucional

1

ANOTAÇÕES

Ac. TC nº. 509/02 (rendimento social de inserção)

José Carlos Vieira de Andrade

Ac. TC nº. 306/03 (Código do Trabalho)

Júlio Gomes

Ac. TC nº. 306/03 (Código do Trabalho)

António Nunes de Carvalho

Ac. TC nº. 491/02 (aquisição de acções tendente ao domínio total)

Rui Pinto Duarte

Acs. TC nºs. 407/97, 347/01, 411/02 e 528/03 (escutas telefónicas)

José Manuel Damião da Cunha

INFORMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA 1º SEMESTRE/2003

Margarida Menéres Pimentel

António Rocha Marques



CONSTITUCIONALIDADE DA AQUISIÇÃO POTESTATIVA DE ACÇÕES TENDENTE AO DOMÍNIO TOTAL

Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 491/02 *

Rui Pinto Duarte

Sumário:

Acórdão n.º 491/02

Não declara a inconstitucionalidade da norma do art.º 490.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais que prevê a possibilidade da aquisição potestativa, por parte da sociedade que detenha mais de 90% do capital social de outra, das acções ou quotas pertencentes aos sócios livres da sociedade dependente, mediante declaração unilateral seguida da celebração da correspondente escritura.

I – A garantia constitucional da propriedade privada não abrange apenas a *proprietas rerum*, os direitos reais menores, a propriedade intelectual e a propriedade industrial, mas também outros direitos que normalmente não são incluídos sob a designação de “propriedade”, tais como, designadamente, os direitos de crédito e os “direitos sociais”, incluindo, portanto, partes sociais como as acções ou quotas de sociedades.

II – Dentro do direito de propriedade privada, há um núcleo ou conjunto de faculdades que revestem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias beneficiando, nessa medida, da força jurídica garantida pelo art.º 18.º da Constituição e estando o respectivo regime sujeito à reserva parlamentar.

III – Dentro do núcleo referido no número anterior se encontra o direito de cada um a não ser privado da sua propriedade, salvo por razões de utilidade pública (e com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização), cabendo na reserva parlamentar as intervenções legislativas que contendam com o núcleo essencial do direito de propriedade por aí se verifi-

carem as mesmas razões de ordem material que justificam a actuação legislativa parlamentar no tocante aos direitos, liberdades e garantias.

IV – Se a garantia constitucional da propriedade abrange não só o direito de propriedade em sentido técnico e preciso do conceito, mas qualquer direito patrimonial, há-de, porém, ser em função de cada tipo de direito dessa natureza – no caso, do tipo de direito de que são titulares os accionistas minoritários perante os restantes sócios – que caberá averiguar se uma norma que implica uma qualquer consequência relativa a esse direito, diz afinal respeito àquele conteúdo essencial, ou àquela garantia de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

V – Não sendo o sentido em que a participação social pode ser considerada como propriedade, à luz do texto constitucional, o mesmo de uma “propriedade real”, cuja conformação está confiada, em primeira mão, à vontade do respectivo titular, mas o de uma “propriedade corporativa”, cujos conteúdo e exercício se encontram necessariamente balizados pelas regras legais e estatutárias próprias da organização corporativa, cumpre notar que é da própria essência ou natureza daquela propriedade um congénito estado de vulnerabilidade face a vicissitudes do funcionamento da sociedade.

VI – O instituto previsto na norma impugnada (art.º 490.º, n.º 3 do Código das Sociedades Comerciais) não deve ser concebido como uma medida expropriativa. O que está em causa é, antes, a conformação, pelo legislador, do próprio alcance da titularidade de participações (da “propriedade

* Publicado no *Diário da República*, II Série, de 22 de Janeiro de 2003, nos *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 54º, p. 173, e em "<http://www.tribunalconstitucional.pt/>

corporativa”), no plano das relações privadas entre os accionistas, algo que, afinal, ainda respeita àquele mesmo conteúdo e natureza, e deve ser visto no interior dele, constituindo um elemento conformador do alcance da titularidade sobre participações sociais que apenas toca a configuração qualitativa da específica propriedade em questão e não o seu lado de valor patrimonial.

VII – Não se verificam, em relação à matéria sobre que incide a norma em causa, as mesmas razões materiais que justificam a analogia com os direitos, liberdade e garantias, já que os efeitos da regulamentação nela contida sobre a titularidade de participações sociais constituem mero reflexo do regime interno da corporação, isto é, da resolução de questões atinentes ao controlo sobre a sociedade, relativas à organização e formação de grupos de sociedades, pelo que tal norma não está incluída na reserva parlamentar, como não estão outras vicissitudes internas à vida societária – que podem igualmente afectar qualitativamente a titularidade, ou mesmo substancialmente o valor, de partes sociais – designadamente os regimes da amortização de quotas, da cisão, da fusão, da transformação ou da dissolução de sociedades.

VIII – O instituto previsto na norma impugnada não deve ser concebido como uma medida “expropriativa”, no sentido preciso do conceito, pois que não faz incidir sobre a propriedade, configurada como realidade a se, provinda do exterior, uma medida ablatória, antes se tratando de um instituto que integra e define o regime da titularidade de participações em sociedades que integram grupos, e não um instituto que suprime a propriedade como algo que exista independentemente dele. Tal conclusão sai reforçada pela análise do contexto sistémico e normativo em que ocorre a consagração do instituto em causa. Não há, assim, violação da garantia de propriedade privada.

IX – A norma em causa não só não viola o princípio da liberdade de iniciativa económica privada como se pode dizer que se inscreve no quadro da sua efectivação e concretização, já que é a dinâ-

mica mesma de tal liberdade, e dos institutos em que ela se concretiza ou exprime, que é susceptível de “justificar” – ou mesmo requerer – um regime como o consagrado em tal norma.

X – A norma apreciada não viola o princípio da igualdade, pois que o desigual tratamento dos sócios maioritários detentores de 90% do capital social, a quem é atribuído, por essa razão, o direito potestativo de adquirir os restantes 10% aos demais sócios, e destes últimos, não é arbitrário, mas fundado no próprio modelo legal das sociedades de capitais, cujo funcionamento interno assenta no princípio da maioria definido em função e na proporção das fracções detidas no capital social.

XI – Para que ocorresse violação do princípio da proporcionalidade seria necessário demonstrar que o legislador teria cometido um erro particularmente grave e manifesto na escolha do meio que elegeu – aquisição potestativa das acções dos sócios minoritários pelos sócios maioritários – para atingir o fim por si visado – o favorecimento de grupos de sociedades constituídos por relações de domínio total. Ora, a existência de tal erro não está demonstrada.

XII – O princípio da tutela da confiança foi respeitado pelo legislador na medida em que, de acordo com o preceituado no art.º 541.º do Código das Sociedades Comerciais, “o disposto no artigo 490.º não é aplicável se a participação de 90% já existia à data da entrada em vigor desta lei”.

Anotação:

1 - Esta decisão do TC, no seu conteúdo essencial, corresponde ao que parece ser o pensamento dominante, sobre o problema substancial em causa, em Portugal e no resto da Europa. Provavelmente, irá determinar que os tribunais portugueses não voltem a perfilhar a opinião oposta. Indício forte de que será assim é o facto de o STJ, em acórdão de 10.4.03 ¹, ter feito sua a posição do TC, alterando a que tinha assumido no acórdão de 2.10.97 ² refe-

¹ Publicado na Vida Judiciária, nº 72, Setembro de 2003, pp. 42 e ss..

² Publicado, nomeadamente, no BMJ, nº 470, Novembro de 1997, pp. 619 e ss..

rido pelo TC. No mesmo sentido aponta, de resto, que a Relação de Lisboa, ainda antes deste acórdão do TC, tenha também invertido a sua primeira posição³ e julgado, pelo menos duas vezes, que a norma objecto de discussão não é inconstitucional⁴.

2 - A riqueza dos argumentos usados no acórdão sob comentário é tal que torna impossível que, nos limites desta anotação, eles sejam analisados um por um. A outro tempo, o texto do TC é ele próprio uma peça doutrinária de grande valor, o que torna também impossível que se lhe acrescentem elaborações teóricas em poucas páginas. Em consequência, estas notas têm o mero propósito de contribuir para a melhor compreensão da decisão, situando o problema em causa e destacando os principais argumentos apresentados.

3 - Entre as mais relevantes inovações introduzidas no Direito português pelo Código das Sociedades Comerciais de 1986⁵ esteve a figura consagrada no respectivo art. 490, n.ºs 2, 3 e 4 (que, no seguimento da epígrafe de tal preceito legal, pode ser chamada “aquisição tendente ao domínio total”), consistente no direito de uma sociedade (por quotas, anónima ou em comandita por acções) que seja titular de 90% ou mais do capital de outra sociedade (por quotas, anónima ou em comandita por acções) adquirir as participações societárias remanescentes, mediante o pagamento de certa contrapartida⁶.

A figura em causa surge integrada na disciplina das “sociedades coligadas”, a que o CSC dedica o seu título VI – disciplina essa que, de

resto, constituiu toda ela uma novidade.

É, porém, possível, pelo menos até certo ponto, analisar a “aquisição tendente ao domínio total”⁷ com alguma independência relativamente ao seu contexto no CSC. A prová-lo está não apenas que a figura existe em ordens jurídicas que não regulam aquilo que o nosso legislador, sob influência alemã, designou “sociedades coligadas” como também a regulação que o Código dos Valores Mobiliários faz da mesma figura no contexto das ofertas públicas de aquisição. Na verdade, este diploma não só não estabelece uma disciplina integrada dos grupos de sociedades como atribui o direito de aquisição potestativa a qualquer pessoa, sociedade ou não (v. respectivo art. 194). A ideia de que a ATDT é uma etapa – a última – do processo típico de concentração entre duas empresas não passa, pois, de uma verdade tendencial⁸.

4 - A ATDT não tinha precedentes em Portugal; certamente por isso, a inovação do CSC provocou alguma surpresa, quer entre juristas, quer entre os não juristas ligados ao mundo dos negócios. No entanto, outras ordens jurídicas, nomeadamente a inglesa e a alemã, tinham regras afins desde há décadas.

Em Inglaterra, foi o *Companies Act* de 1948 que pela primeira vez atribuiu a sociedade (“company”) que adquire 90% ou mais de outra, no âmbito de uma oferta pública, o direito a adquirir as restantes acções.

Na Alemanha foi a *Aktiengesetz* de 1965 que estabeleceu que uma sociedade por acções que seja titular de 95% ou mais de outra sociedade por acções pode fazer com que esta delibere “in-

3 Da base de dados da DGSJ consta o sumário de um acórdão da Relação de Lisboa datado de 23.5.96 no qual foi declarada a inconstitucionalidade do (n.º 3) art. 490 do CSC. Aparentemente, porém, a decisão em causa não terá sido publicada. Digase ainda que o sumário do acórdão leva a crer ter sido essa a decisão confirmada pelo STJ no seu acórdão de 2.10.97.

4 Acórdãos de 6.6.02 e de 29.10.02, publicados, respectivamente, na CJ, ano XXVII, 2002, tomo III, pp. 92 e ss., e na CJ, ano XXVII, 2002, tomo IV, pp. 106 e ss..

5 Adiante “CSC”.

6 Para a caracterização global da figura, há que acrescentar que o não exercício desse direito em certo prazo atribui aos sócios minoritários o direito de alienarem à sociedade dominante as

suas participações societárias, mediante o pagamento de certa contrapartida (n.ºs 5 e 6 do referido art. 490).

7 Adiante “ATDT”.

8 Ideia essa que, em 1993 (muito antes, pois, de o Código dos Valores Mobiliários consagrar a regulação paralela da ATDT que consagra), Engrácia Antunes afirmou em termos que parecem revelar precisamente a consciência desse carácter meramente tendencial (“A prática comercial doutros países já familiarizados de longa data com uma disciplina normativa dos grupos demonstra que a aquisição tendente ao domínio total constitui, *por via da regra*, a última etapa de um longo processo concentracionístico de agrupamento entre duas empresas” – os *Grupos de Sociedades*, Almedina, 1993, pág. 727, sublinhado meu).

tegrar-se" nela, adquirindo por força dessa "integração" as participações minoritárias⁹.

Como é sabido, o anteprojecto do CSC foi elaborado por Raúl Ventura. Pelos escritos do Autor, quer os que precederam o Código, quer os que se lhe seguiram, percebe-se que tais leis alemã e inglesa estiveram entre as principais fontes do legislador português. A elas se somaram outras influências, de menor peso.

Recordemos, pois, os dois escritos de Raúl Ventura mais relevantes para a detecção das fontes do CSC, na matéria. O primeiro é o estudo que elaborou no início dos anos oitenta intitulado *Grupos de Sociedades - Uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da C.E.E.*¹⁰. Aí, o Autor analisou a lei alemã, o anteprojecto de 9ª directiva comunitária em matéria de sociedades (ainda hoje pendente), o projecto de estatuto de Sociedade Anónima Europeia

(que veio a dar origem ao regulamento CE nº 2517/2001, de 8 de Outubro de 2001), a proposta de lei francesa conhecida como "proposta Cousté" e a lei brasileira¹¹. O segundo é o volume do *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais* intitulado *Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas*, publicado no início dos anos noventa. O Autor declarou então que "o art. 490º CSC (...) foi inspirado no art. 209º do *Companies Act* 1948, vigente ao tempo da preparação do CSC"¹².

5 - Para aquilo que é comum em Portugal, pode ser afirmado que a matéria dos grupos de sociedades, em sentido amplo¹³, deu origem, após o CSC a ampla produção doutrinária. Lembrem-se os trabalhos de Luís Brito Correia¹⁴, Fernando Castro Silva¹⁵, Francisco M. Brito Pereira Coelho¹⁶, Carlos Osório de Castro¹⁷, Eliseu Figueira¹⁸, Maria Augusta França¹⁹, Maria da Graça Trigo²⁰, Raúl Ventura²¹,

9 O terceiro livro da *Aktiengesetz* intitula-se *Verbundene Unternehmen* - ou seja, para respeitar a terminologia do CSC, empresas coligadas. A terceira parte de tal livro intitula-se *Eingegliederte Gesellschaften* - ou seja, sociedades integradas ou sociedades incorporadas (na tradução que fez da *Aktiengesetz*, Alberto Pimenta usou sociedades incorporadas - v. BMJ nº 177, Junho 1968, pp. 322 e ss.). No primeiro parágrafo de tal parte (o 319), a lei alemã começa por dizer que a assembleia geral de uma sociedade por acções cujo capital pertença inteiramente a outra sociedade por acções com sede no território alemão pode deliberar a sua *Eingliederung* na dominante. No § 320, a *Aktiengesetz* estabelece que a assembleia geral de uma sociedade por acções cujo capital pertença em 95% a outra sociedade por acções com sede no território alemão também pode deliberar a sua *Eingliederung* na dominante. Do § 320a resulta que as acções que não pertençam à sociedade dominante se transmitem para ela por efeito do registo da *Eingliederung*.

10 Publicado na ROA, ano 41, tomo I, pp. 23 e ss., e tomo II, pp. 305 e ss..

11 Advertindo o leitor de que: "...não será de estranhar que manifeste, por vezes, mais interesse pelo Projecto Preliminar [de 9ª Directiva]. Ao interesse científico dos quatro textos [não contando o brasileiro] acresce, quanto ao Projecto Preliminar, o eventual interesse prático, se o Projecto Preliminar, em qualquer versão futura, vier a ser determinante de nova legislação de Portugal, integrado na CEE" (ROA, ano 41, 1981, tomo I, pág. 29).

12 Almedina, 1992, pág. 161.

13 Isto é, não no sentido "sociedade em relação de grupo" próprio do CSC, mas num sentido em que abrange todas as situações de participação permanente entre sociedades - ou seja, num sentido aproximado daquilo que o CSC designa por "sociedades coligadas".

14 *Grupos de Sociedades*, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial* (obra colectiva), Almedina, pág. 379 e ss..

15 *Das Relações Inter-societárias (Sociedades Coligadas)*, in *Revista do Notariado*, 1986, pp. 489 e ss..

16 *Grupos de Sociedades*, anotação Preliminar aos arts. 488º a 508º do *Código das Sociedades Comerciais*, in *Boletim da FDUC*, vol. LXIV, 1988, pp. 297 e ss..

17 *Sociedades Anónimas em Relação de Participações Recíprocas: Alguns Aspectos do Regime Legal*, in RDES, ano XXXI, nºs 1/2, Janeiro-Junho 1989, pp. 109 e ss..

18 *Disciplina Jurídica dos Grupos de Sociedades* in CJ ano XV, tomo IV, 1990, pp. 36 e ss..

19 *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, AAFDL, 1990.

20 *Grupos de Sociedades* in O Direito ano 123, 1991, I Janeiro-Março, pp. 41 e ss..

21 *Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas*, cit., pp. 161 e ss., e *Novos Estudos sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo*, Almedina, 1994, pp. 89 e ss. (reproduzindo o artigo *Contrato de Subordinação entre Sociedades* publicado na Revista da Banca, nº 25, Janeiro/Março 1993, pp. 35 e ss.). Antes do CSC os escritos relevantes de Raúl Ventura sobre a matéria, para além do já citado *Grupos de Sociedades uma Introdução Comparativa: Participações Dominantes*, foram: *Participações Dominantes: Alguns Aspectos do Domínio de Sociedades por Sociedades* in ROA, ano 39, 1979, tomo I, pp. 5 e ss., e tomo II, pp. 241 e ss.; *Participações Recíprocas de Sociedades em Sociedades in Scientia Iuridica*, tomo XXVII, nºs 153-156, Julho-Dezembro 1978, pp. 359 e ss.; *Participações Unilaterais de Sociedades em Sociedades e Sociedades Gestoras de Participações noutras Sociedades* in *Scientia Iuridica*, tomo XXIX, nº 163, Janeiro-Março, 1980, pp. 19 e ss..

José A. Engrácia Antunes²², Cecília Xavier²³, Menezes Cordeiro²⁴, Catarina Nunes de Oliveira Carvalho²⁵, J. M. Coutinho de Abreu e Alexandre Soveral Martins²⁶, além das notas que constam de manuais e das abordagens incidentais da matéria. Entre todos os textos em causa há que destacar os de Engrácia Antunes. Para comprovar o mérito do mais extenso, basta lembrar que Raúl Ventura, quando comentou o regime do contrato de subordinação, chamou a *Os Grupos de Sociedades* "notável obra" e "excelente livro"²⁷. Para realçar a importância do que tem por objecto o problema decidido no acórdão do TC²⁸, dir-se-á todos os argumentos apresentados no acórdão tinham sido discutidos em tal texto.

6 - A questão da constitucionalidade da ATDT não mereceu de início grande atenção por parte dos autores portugueses que se debruçaram sobre os problemas dos grupos de sociedades. No seu citado livro *Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas* (de 1992), Raúl Ventura limitou-se a informar que o art. 490 tinha já sido objecto de pedido de declaração de inconstitucionalidade, sem que o Tribunal Constitucional tivesse conhecido o fundo da questão, e que a Comissão Europeia dos Direitos do Homem tinha julgado con-

forme ao art. 1º do 1º Protocolo adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem a regra sueca sobre ATDT²⁹. Quanto a Engrácia Antunes, na primeira edição de *Os Grupos de Sociedades* (de 1993), limitou-se a dar a conhecer, com brevidade, a falta de acolhimento que a tese da inconstitucionalidade da ATDT tinha merecido noutros países, mormente na Alemanha³⁰.

No entanto, como resulta das próprias notas de Raúl Ventura e de Engrácia Antunes acabadas de referir, o problema não era desconhecido noutros países. Mesmo entre nós havia o conhecimento resultante da divulgação da decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem citada por Raúl Ventura³¹. De resto, como também resulta da nota de Raúl Ventura, o problema foi rapidamente suscitado nos tribunais portugueses. A lentidão processual determinou que só passados mais de dez anos sobre as primeiras invocações da inconstitucionalidade o TC se pronunciasse sobre a questão³².

7 - O acórdão que é objecto desta anotação foi suscitado por um pedido de declaração de inconstitucionalidade apresentado pelo Provedor de Justiça. A inconstitucionalidade invocada foi uma só, de índole material: violação pelo art. 490, nº 3, do CSC do princípio da proporcionalidade,

22 Para além do já citado livro *Os Grupos de Sociedades* (de que há 2ª edição - Almedina, 2002) e excluindo os publicados noutras línguas: *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, Universidade Católica Portuguesa - Editora, 1994; *Participações Qualificadas e Domínio Conjunto*, Publicações Universidade Católica, 2000; *A Aquisição Tendente ao Domínio Total, Da sua Constitucionalidade*, Coimbra Editora, 2001; *O Artigo 490º do CSC e a Lei Fundamental - "Propriedade Corporativa", Propriedade Privada, Igualdade de Tratamento in Estudos em Comemoração dos Cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* (obra colectiva), Coimbra Editora, 2001, pp. 147 e ss.; *Os Poderes nos Grupos de Sociedades in Problemas do Direito das Sociedades* (obra colectiva), IDET/Almedina, 2002, pp. 153 e ss.; *O Direito de Oposição Judicial dos Sócios Livres in Estudos Dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, 2002, pp. 839 e ss.; *O Âmbito de Aplicação do Sistema das Sociedades Coligadas in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Almedina, 2002, vol. II, pp. 95 e ss.; *Autoparticipações e Cômputo das Participações Intersocietárias in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II, FDUL/Coimbra Editora, 2003, pp. 275 e ss..

23 *Coligação de Sociedades Comerciais in ROA*, ano 53, 1993, tomo III, pp. 575 e ss..

24 *Da Constitucionalidade das Aquisições Têndentes ao Domínio Total (Artigo 490º, nº 3, do Código das Sociedades Comerciais)*, in BMJ 480, Novembro 1998, pp. 5 e ss..

25 *Da Mobilidade dos Trabalhadores no Âmbito dos Grupos de Empresas Nacionais*, Publicações Universidade Católica, 2001 (embora dedicada essencialmente ao problema de Direito do Trabalho enunciado no título, a obra contém vários passos sobre os grupos de sociedades em geral, nomeadamente a pág. 58 e ss.).

26 *Grupo de Sociedades Aquisições Têndentes ao Domínio Total*, Almedina, 2003.

27 *Novos Estudos ...*, cit, pág. 103, nota 1.

28 *A Aquisição Tendente ...*, cit..

29 Pp. 162 e 169, nas notas.

30 Pág. 732, nota 1424.

31 Pois a mesma foi publicada na revista *Documentação e Direito Comparado* (nº 27/28, 1986, pp. 360 e ss.).

32 É de assinalar que o acórdão nº 114/2001 do TC (DR, II Série, de 8.5.01, pp. 7891 e ss.) teve na sua base um pedido de apreciação da constitucionalidade dos nºs 3 e 4 do art. 490 do CSC. No entanto, nessa decisão, o TC não chegou a conhecer do fundo do problema, por não ter, nessa parte, tomado conhecimento do recurso.

mormente na vertente do sub-princípio da justa medida, consagrado no art. 18, nº 2, da CRP.

No entanto, como durante a discussão de tal fundamento de inconstitucionalidade foi também suscitada a questão da inconstitucionalidade orgânica da norma em causa, por violação da reserva (relativa) de competência legislativa da Assembleia da República em matéria de direitos liberdades e garantias³³, o TC alargou a sua apreciação a esta questão.

8 - Para decidir a questão da inconstitucionalidade orgânica, o TC teve de julgar se o problema regulado no art. 490, nº 3 do CSC respeita a direitos, liberdades ou garantias - no sentido da norma constitucional relativa à reserva de competência legislativa.

Com vista a esse julgamento, o TC, à semelhança do que fez em decisões anteriores³⁴, questionou se o direito de propriedade privada, garantido no art. 62 da CRP, é um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. A resposta, como nas aludidas decisões anteriores, partiu da consideração de que nem todas as faculdades abrangidas no direito de propriedade privada integram o seu núcleo que reveste tal natureza análoga. Depois, o TC recusou ver na norma do art. 490, nº 3, do CSC um efeito ablativo da propriedade, sustentando que o que aí se consagra é algo de funcionalmente semelhante a outras figuras (típicas da "propriedade corporativa") que conduzem à transmissão ou à extinção compulsiva de participações societárias (mormente a dissolução). A partir daqui, o TC concluiu que, independentemente da exacta qualificação da matéria em causa, não se verificam em relação a ela as razões materiais que justificam a analogia entre algumas faculdades do direito de propriedade e os direitos, liberdades e garantias - e, portanto, que não se verifica a inconstitucionalidade orgânica.

9 - Decidida essa primeira questão, o TC passou a apreciar a constitucionalidade material da norma. Neste plano, extravasou também os ter-

mos em que o Provedor de Justiça colocou o problema, alargando-o à discussão dos (três) fundamentos de inconstitucionalidade afirmados no acórdão do STJ de 2.10.97: violação do direito de propriedade privada, violação do direito de iniciativa económica privada e violação do princípio da igualdade (respectivamente, arts. 62, nº 1, 61, nº 1, e 13, nºs 1 e 2, da CRP).

Para efeitos da discussão da constitucionalidade material da norma, o TC relembrou uma sua orientação anterior quanto ao sentido da garantia constitucional do direito de propriedade privada, reafirmando a tese de que a CRP não impede a existência de outros actos ablativos do direito de propriedade para além dos referidos no seu art. 62, nº 2 (requisição e expropriação por utilidade pública), incluindo actos de interesse privado. Entre esses "outros actos", o acórdão refere, ainda que de modo não linear, os institutos da colónia (quanto à sua remição), da acessão, da usucapião, da comunhão forçada, da falência e da recuperação de empresas.

De seguida, o TC afirmou a plena compatibilidade da norma em jogo com o direito de iniciativa económica privada, dizendo que ela não só não o afecta como "se inscreve no quadro da sua efectivação e concretização".

Passando à hipotética afronta ao princípio da igualdade, o acórdão recorda que este não inibe o legislador de fazer distinções, mas apenas de fazer distinções arbitrárias, para depois afirmar que o art. 490, nº 3, do CSC não representa um tratamento desigual arbitrário entre sócios, pois assenta na lógica capitalista da "propriedade corporativa".

Por último, o TC abordou a questão suscitada no requerimento que deu início ao processo: a da conformidade da norma ao princípio da proporcionalidade.

Na medida em que, ao abordar o problema da constitucionalidade orgânica da norma, tinha recusado ver nela um efeito ablativo da propriedade, o TC recusou-se também a discutir a sua conformidade com o princípio da proporcionalidade nos termos apresentados pelo Provedor de Justiça. Segundo o TC, o sentido das exigên-

³³ Actual art. 165, nº 1, alínea b) do CRP (à época da publicação do CSC, art. 168, nº 1, alínea b)).

³⁴ Por exemplo, nos acórdãos 329/99, de 2.6.99 (DR, 2ª

Série, de 20.7.99), 517/99, de 22.9.99 (DR, 2ª Série, de 11.11.99) e 544/2001, de 5.12.01 (DR, 2ª Série, de 1.2.02).

cias do princípio da proporcionalidade, no caso, só poderia ser o de saber se a lei poderia prosseguir o mesmo objectivo sem recorrer à transmissão forçada de participações societárias.

Respondendo à pergunta assim formulada, o TC afirmou não só que o Provedor de Justiça não logrou demonstrar que tal seria possível como que, em qualquer caso, não se descortina que o seja.

Por último, a decisão sublinha que o direito dado à sociedade dominante pelo nº 3 do art. 490 tem de ser conjugado com o direito dado aos accionistas livres pelo nº 5 do mesmo artigo - conjugação essa que asseguraria o equilíbrio do sistema.

10 - A existência de três votos de vencido não pode passar em claro. As ideias centrais do texto do voto do conselheiro Luís Nunes de Almeida (a que aderiram os conselheiros Guilherme da Fonseca e Maria Fernanda Palma) são: a de que o art. 490, nº 3, do CSC representa uma ablação da propriedade privada; a de que a protecção constitucional da propriedade privada envolve a garantia de não ser arbitrariamente privado dela; a de que essa garantia tem natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, nos termos e para os efeitos do art. 17 da CRP; a de que, em consequência, a matéria regulada na norma em causa se inclui no regime de competência legislativa da Assembleia da República - pelo que a mesma norma está ferida de inconstitucionalidade orgânica.

Como se disse no nº 1 destas notas, tudo aponta, porém, para que essa opinião minoritária permaneça como tal.

11 - Não fugindo a exprimir o meu próprio pensamento, direi que subscrevo a opinião que creio dominante e explicitarei a principal razão por que o faço.

As sociedades comerciais - pelo menos, as sociedades por quotas e por acções - pautam-se por um princípio de suficiência da maioria: a sua "vontade" é definida pela (mera) maioria dos votos inerentes às participações societárias³⁵. A norma do art. 490, nº 3, do

CSC é uma manifestação desse princípio. Não é mais violenta do que outras manifestações do mesmo princípio, nomeadamente do que a regulação da dissolução voluntária das sociedades.

A leitura da protecção constitucional do direito de propriedade privada não pode ignorar as diversas formas que esta assume, nomeadamente as particularidades de "propriedade corporativa" - incluindo o referido princípio de suficiência da maioria. A preocupação quanto à constitucionalidade da regulação da ATDT não deve recair na sua possibilidade, mas sim na protecção conferida aos sócios minoritários, ou seja, nas regras de determinação da contrapartida da alienação e de pagamento da mesma. Provavelmente, o TC virá, mais tarde ou mais cedo, a ter de se pronunciar sobre este outro problema - mais difícil ainda que aquele que foi objecto do acórdão anotado.

Outubro de 2003

³⁵ Sobre o princípio da maioria nas sociedades comerciais, v. Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed., editora Carl Heymanns, 2002, pp. 450 e ss..