

# ARTÍCULOS

## ALTERAÇÕES À DISCIPLINA LEGAL DA FUSÃO E DA CISÃO DE SOCIEDADES NO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

MARIA EDUARDA GODINHO  
JACINTO BETTENCOURT  
*Advogados\**

### 1 · INTRODUÇÃO: O DECRETO-LEI N.º 76-A/2006, DE 29 DE MARÇO

A publicação recente do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março<sup>1</sup>, provocou uma revolução no direito societário português tão profusas as alterações que introduziu em tão vasto leque de diplomas, entre eles o Código das Sociedades Comerciais (CSC)<sup>2</sup>.

Com efeito, desde a aprovação, em 1986, do CSC pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, que não se assistia a tão grande mudança no panorama jurídico societário. As duas décadas ora interrompidas pelo empreendimento reformista do nosso legislador podem, por isso, ser consideradas de relativa estabilidade.

A reforma incidiu, com maior ou menor desenvolvimento, sobre as soluções legais típicas que rodeiam

a vida jurídica das sociedades, à luz de uma triplíce necessidade de actualização, credibilização e simplificação do direito societário, agrupando as alterações em dois eixos distintos: de um lado, a eliminação ou simplificação de actos e formalidades que regulam as diversas vicissitudes societárias, o que, em bom vernáculo, se traduz por combate à burocracia; de outro, a actualização e o aperfeiçoamento dos modelos de governo e fiscalização das sociedades anónimas à luz do recentes desenvolvimentos em matéria de *corporate governance*<sup>3</sup>.

Neste contexto, podemos afirmar com relativa segurança que, para além de representar um esforço considerável de recalibração da vida societária, a reforma em juízo introduz também, ou sobretudo, uma dose de actualidade no que se refere às soluções adoptadas pelo CSC no âmbito das actuais questões estruturais do governo das sociedades.

Analisadas, sinteticamente, as linhas mestras fundamentais da reforma, resta-nos posicionar as alterações à disciplina legal da fusão e cisão de sociedades.

Apressadamente, podemos situá-las no seio da simplificação e modernização das formalidades e procedimentos que disciplinam a vida societária. Neste âmbito, assistimos a uma simplificação de certa forma inédita nos últimos trinta anos, uma vez que o próprio CSC retomou grande parte soluções con-

\* Del Departamento de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Lisboa).

<sup>1</sup> Rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 28-A/2006, publicada no Diário da República, I série - A, n.º 102, de 26 de Maio de 2006.

<sup>2</sup> Salvo indicação em contrário, as disposições legais referidas no presente trabalho pertencem ao CSC.

<sup>3</sup> Com base em proposta, e posterior colaboração, da Comissão de Mercado de Valores Mobiliários. Vide, a este propósito, o documento «Governo das Sociedades Anónimas: Propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais», Janeiro 2006, que deu origem ao Processo de Consulta Pública n.º 1/2006.

sagradas no Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de Novembro, para a fusão e a cisão de sociedades<sup>4</sup>.

Não podemos, no entanto, ignorar o facto da presente reforma se inserir, historicamente, num duplo movimento de simplificação do direito societário e de reforço da credibilidade da actuação das sociedades e seus representantes, balizado, em ambos os sentidos, por influências continentais e anglo-saxónicas convergentes. Uma reforma da disciplina legal sobre a fusão e a cisão não podia, por isso, ignorar as mais recentes propostas doutrinárias em sede, por exemplo, de protecção de accionistas minoritários, consagração de direitos potestativos de alienação de participações, ou flexibilização de mecanismos de «squeeze-out». No entanto, e antecipando uma conclusão, podemos adiantar que o legislador seleccionou somente as alterações enquadráveis num desígnio de «desburocratização».

## 2 · LIMITES E POSSÍVEIS ORIENTAÇÕES PARA UMA INTERVENÇÃO LEGISLATIVA NA DISCIPLINA LEGAL DA FUSÃO E DA CISÃO DE SOCIEDADES NO ORDENAMENTO NACIONAL

### 2.1 · A Terceira e a Sexta Directivas

O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, esclarece-nos que, no âmbito da regulamentação jurídica das operações de fusão e cisão, o CSC retomou e actualizou as soluções positivas então existentes no nosso ordenamento, com as adaptações exigidas pela Terceira Directiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de Outubro de 1978 relativa às fusões das sociedades anónimas<sup>5</sup>,

e pela Sexta Directiva 82/891/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1982, relativa às cisões de sociedades anónimas<sup>6 e 7</sup>.

Relembre-se, de forma muito resumida, que foi a Terceira Directiva que impôs pela primeira vez uma regulamentação mais ao menos uniforme do instituto da fusão nos Estados membros, almejando, assim, o reconhecimento definitivo do instituto como uma figura jurídica autónoma e sujeita a uma disciplina própria. Também a Sexta Directiva, a que se reconhece, essencialmente, uma função coordenadora das leis internas dos Estados membros, acabou por se revelar vital na clarificação e consagração do instituto da cisão nos ordenamentos dos Estados membros através de uma disciplina autónoma.

Aproveitando a margem atribuída aos Estados membros na transposição das mencionadas directivas, o legislador português foi, mais longe do que lhe era exigido, impondo, em alguns aspectos, um regime jurídico complexo, estranho à lógica comunitária.

Neste âmbito, concluímos que era possível maior simplificação ou ajustamento da regulamentação legal, no sentido de maior convergência com os textos comunitários<sup>8 e 9</sup>. Tal não deve, porém, resultar numa rejeição de algumas opções específicas do legislador nacional e que se revelaram acertadas, caso, por exemplo, da não distinção de regimes em função do tipo de sociedades envolvidas nas opera-

4 Cfr. Considerando 12 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro. O Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de Novembro foi o primeiro diploma nacional a regulamentar, de forma exaustiva, a fusão e a cisão de sociedades comerciais.

5 «Terceira Directiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de Outubro de 1978 baseada no artigo 54.º, parágrafo 3, letra g), do Tratado e relativa à fusão de sociedades anónimas», publicada no JOCE N.º L-295, 36-43, de 20 de Outubro de 1978. Sobre o processo de elaboração do projecto vide Van Ommeslaghe, Pierre, «La proposition de troisième directive sur l'harmonisation des fusions de sociétés anonymes», in Quo Vadis, Ius Societatum?, Liber Amicorum Pieter Sanders, Kluwer, Deventer, 1972, págs. 124-125; De Acutis, Maurizio, «La Terza direttiva CEE in materia di società per azioni», in *Rivista di Diritto Civile*, Ano XXV (1979), 300 e n. 2; Menezes Cordeiro, A., *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005, págs. 260-263; SIMONETTO, E., «Osservazioni sul progetto di direttiva sulla fusione di società per azioni», in *Rivista delle Società*, Ano 23 (1978), págs. 810 e segs. Sobre a transposição da mesma, vide: Ventura, Raúl, «Adaptação do direito português à Terceira

Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia relativa às fusões das sociedades por acções», in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 4, 1980, págs. 183 e segs.; e Menezes Cordeiro, A., *Direito Europeu das Sociedades*, cit., págs. 276 e segs.

6 «Sexta Directiva 82/891/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1982 baseada no artigo 54.º, parágrafo 3, letra g), do Tratado e relativa às cisões de sociedades anónimas», publicada no JOCE N.º L-378, 47-54, de 31 de Dezembro de 1982. Sobre a transposição da mesma, vide Menezes Cordeiro, A., cit., págs. 290 e segs.

7 Curiosamente, o considerando n.º 12 refere-se, por lapso, à transposição da Oitava Directiva, do Conselho, de 10 de Abril de 1984, relativa à aprovação de pessoas encarregadas da fiscalização legal dos documentos contabilísticos.

8 Neste sentido, Menezes Cordeiro, A., *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 282 e pág. 296.

9 A título de exemplo, e quanto à Terceira Directiva apenas, referam-se os seguintes casos: previsão de parecer sobre o projecto de fusão, por parte do órgão de fiscalização (art. 99.º, n.º 1); exigência de publicações distintas relativas à convocatória das assembleias gerais e à notícia de que foi efectuado o registo do projecto de fusão (anterior art. 100.º); limitação de votos da sociedade dominante, nos termos do art. 104.º, n.ºs 1 e 2; exigência de comunicação escrita, por carta registada com aviso de recepção aos credores conhecidos (cfr. anterior art. 107.º, n.º 3).

ções, apesar das mencionadas directivas apenas terem aplicação para as sociedades anónimas.

## 2.2 · Ventos de modernização do direito societário

Em 4 de Novembro de 2002, o grupo de peritos em matéria de direito das sociedades (*High Level Group of Company Law Experts*), designado em Setembro de 2001 pela Comissão Europeia, apresentou o relatório «Um quadro regulamentar moderno para o direito das sociedades na Europa», também conhecido por relatório «Winter», por força do apelido do respectivo presidente, Jaap Winter.

Em termos genéricos, o referido relatório veio sugerir a revisão e simplificação de diversos requisitos e procedimentos exigidos pela Terceira e pela Sexta Directivas, designadamente sempre que a sua aplicação não se afigura relevante. Em particular, o relatório propõe a simplificação das garantias de informação prévia desde que respeitado o regime específico de protecção dos credores exigido pelas directivas, e a generalização dos mecanismos de «squeeze-out» no direito societário. O relatório apontou, por fim, que a revisão das directivas tivesse início a médio prazo, entre 2003 e 2006.

Em resposta ao referido relatório, a Comissão Europeia dirigiu, em 21 de Maio de 2003, ao Conselho e ao Parlamento Europeu, a comunicação «Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia - Uma estratégia para o futuro»<sup>10</sup>, acolhendo as propostas de simplificação futura das operações de fusão ou cisão, uma vez asseguradas as salvaguardas necessárias, e o horizonte temporal proposto pelo grupo de peritos. Desconhecemos neste domínio qualquer influência concreta na iniciativa do legislador nacional, ou nas respectivas opções normativas.

## 3 · ESCOPO DA REFORMA

Distante do contexto internacional onde se jogam e decidem as futuras alterações aos institutos da fusão e da cisão, resta-nos apurar se o escopo da reforma excede, em algum aspecto de relevo, a mera política de «desburocratização».

Infelizmente, a análise e justificação das alterações no preâmbulo do Decreto-lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, mereceu pouca ou nenhuma atenção do

legislador. Já o impacto aguardado não foi omitido, como nos reza o preâmbulo: «*com as novas regras contidas neste decreto-lei, bastarão dois registos na conservatória e duas publicações num sítio na Internet, a efectuar por via electrónica para concretizar uma fusão ou cisão. Antes do XVII Governo Constitucional começar a actuar neste domínio, eram necessários três actos de registo nas conservatórias, quatro publicações em papel na 3.ª série do Diário da República, uma escritura pública a celebrar no notário e duas publicações em jornais locais para efectuar uma fusão ou cisão*».

Sugestivo, certamente. Diríamos mesmo tentador, não fosse a ausência de clarificação adicional. Sabemos, apenas, que se modifica «substancialmente o regime da fusão e cisão de sociedades, tornando-o muito mais simples e barato [sic]». Vale então a pena citar aqui MENEZES CORDEIRO: «este enunciado é eloquente: dispensa glosas. Temos, já aqui, uma reforma de enormes proporções»<sup>11</sup>.

## 4 · O «NOVO» PROCESSO DE FUSÃO/CISÃO

Antes da presente reforma, a regulamentação dos processos de fusão e cisão manteve-se inalterada desde a publicação do CSC<sup>12</sup>, em 1986, com excepção de alguns procedimentos ou passos com relevo para o processo de fusão ou cisão, que foram objecto de revisão recente. Concretamente, em matéria de publicidade verificamos que a publicação dos avisos e convocatórias em jornais locais ou na 3.ª série do Diário da República, outrora exigida pelo art. 167.º do CSC, foi recentemente dispensada e substituída por publicação em página na Internet, nos termos do decreto-lei n.º 111/2005, de 8 de Julho<sup>13</sup>.

Ja recente reforma concentra-se, em aspectos procedimentais das operações, mantendo, no essencial, a natureza, o escopo e os efeitos das operações (cfr. arts. 97.º, 112.º, e 118.º).

Optámos, assim, por maior conveniência por analisar as alterações introduzidas seguindo a ordem e estrutura do processo de fusão ou cisão, abordan-

<sup>11</sup> Menezes Cordeiro, «A grande reforma das sociedades comerciais», in *O Direito*, Ano 138, 2006, III, Almedina, pág. 447.

<sup>12</sup> Sobre as sucessivas alterações ao CSC, vide Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, Das Sociedades em Geral, cit., págs. 132 e segs.

<sup>13</sup> Vide, sobre estas alterações, Cunha, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2006, págs. 646-647.

do eventuais questões de dogmática na medida em que se afiguram relevantes para o exame de cada uma das alterações introduzidas.

Por outro lado, atendendo às afinidades teleológico-normativas das operações em causa, a reforma manteve a técnica genérica de remissão do regime da cisão para o regime jurídico da fusão (art. 120.º), sem prejuízo de regulamentação específica das operações de cisão em matérias pontuais. Procederemos, por isso, à análise das alterações respeitando essa lógica unitária, fazendo somente referências específicas à disciplina legal da cisão quanto a mesma não esteja sujeita ao procedimento comum a ambas as operações<sup>14</sup>.

#### 4.1 · O projecto de fusão de cisão

O projecto de fusão ou cisão, de elaboração conjunta por parte dos órgãos de administração das sociedades intervenientes, permanece como elemento basilar da operação. É o projecto, cujo conteúdo mínimo é fixado na lei, que conforma o desenrolar de toda a operação.

Neste contexto, notamos que foram apenas produzidas duas alterações no conteúdo obrigatório do projecto de fusão ou de cisão.

A primeira consiste na eliminação da obrigatoriedade de se fazer constar referência à data de inscrição no registo comercial das sociedades intervenientes (arts. 98.º, n.º 1, alínea b), e 119.º, alínea b)). Trata-se de uma alteração de pormenor, e que certamente visa articular as disposições do CSC com as recentes alterações no registo comercial.

A segunda alteração produziu-se já nas regras relativas aos balanços que integram o projecto de fusão / cisão, e que, antes da recente revisão, correspondiam a «balanços das sociedades intervenientes, espe-

cialmente organizados, donde conste designadamente o valor dos elementos do activo e do passivo a transferir para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade» (art. 98.º, n.º 1, alínea d), e n.º 2), e art. 119.º, alínea e).

O CSC afastava, antes, a possibilidade de utilização do último balanço de exercício sempre que as contas anuais se reportassem a exercício cujo termo não tivesse ocorrido há mais de 6 meses face à data do projecto de fusão, facultada esta autorizada pelo art. 11.º, n.º 1, al. c), da Terceira Directiva, e pelo art. 9., n.º 1, alínea c), da Sexta Directiva. A reforma, porém, entendeu aproveitar a permissão comunitária, autorizando a utilização, para efeitos de inclusão no projecto, do «balanço do último exercício, desde que tenha sido encerrado nos seis meses anteriores à data do projecto», ou, em alternativa, de «um balanço reportado a uma data que não anteceda o primeiro dia útil do terceiro mês anterior à data do projecto» (art. 98, n.º 2, alínea a), e art. 119.º, alínea e)).

Notamos que a utilização do balanço de exercício agiliza, sem dúvida, o procedimento, embora possa revelar-se uma infeliz opção, na medida em que esbate as diferenças entre o balanço de exercício e o balanço de fusão. Com efeito, e como notava SIMONETTO, não só este último deve ser elaborado numa base prudencial, na óptica da protecção dos credores das sociedades envolvidas, como excede a simples avaliação de uma entrada patrimonial, incidindo, antes, sobre as implicações da unificação de dois patrimónios a título gratuito<sup>15</sup>.

Já no que se refere à utilização de um balanço reportado a data não antecedente ao primeiro dia útil do terceiro mês anterior à data do projecto, verificamos, em primeiro lugar, que foi eliminada a referência ao requisito de «especial organização» do balanço, que neste contexto se afigurava tautológico<sup>16</sup>. Em segundo lugar, constatamos que a inclusão de uma data limite a que este balanço se pode reportar —três meses—, soluciona as anteriores

<sup>14</sup> Este tratamento unitário e a técnica utilizada no CSC de remissão geral para o regime da fusão, explica a relativa escassez de trabalhos sobre a cisão no direito português. No entanto, e para uma análise mais detalhada do instituto, remetemos para Ventura, Raul, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades: Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Almedina (1999), págs. 326 e segs.; «Adaptação do direito português à Sexta Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia relativa às cisões das sociedades por acções», in Documentação e Direito Comparado, n.º 10, 1982, págs. 7 e segs.; Cisão de Sociedades, Lisboa, 1974 (separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XXV); Vasconcelos, Joana, A Cisão de Sociedades, Universidade Católica Portuguesa (2001); Ferreira, Durval, Cisão de sociedades: no direito português e comparado, no projecto do código das sociedades, Coimbra, 1985.

<sup>15</sup> SIMONETTO, E., «Osservazioni sul progetto di direttiva sulla fusione di società per azioni», cit., págs. 813-816. Deste modo, a avaliação patrimonial em sede de processo de fusão não incide sobre uma mera mais-valia resultante das entradas, mas sobre uma doação de património cujo valor deve ser o real por contraposição ao legal.

<sup>16</sup> Requisito que, segundo Ventura, se referia à data a que os balanços se reportavam, e não aos critérios de elaboração do mesmo, que deviam ser idênticos aos utilizados na feitura do balanço anual. V. Ventura, Cisão, Transformação de Sociedades, cit., pág. 74.

dificuldades resultantes da ausência, no CSC, de qualquer limite temporal ao balanço de fusão ou de cisão<sup>17</sup>.

#### 4.2 · Relatórios

Nos termos da Terceira Directiva (arts. 9.º e 10.º) e da Sexta Directiva (arts. 7.º e 8.º), o projecto de fusão ou de cisão deve ser objecto de relatório escrito e pormenorizado do órgão de administração, «explicando e justificando do ponto de vista jurídico e económico o projecto de fusão e, em especial, a relação de troca das acções», bem como de exame e relatório escrito por parte de um ou mais peritos independentes das sociedades participantes na operação.

No que se refere ao relatório do órgão de administração, verifica-se não existir no CSC qualquer norma que exija a sua elaboração, mas somente referência à necessidade do mesmo no art. 116.º, n.º 2. Tratou-se certamente de um lapso que podia ter sido corrigido com a recente intervenção legislativa. Não o sendo, como sucedeu, resta-nos reconduzir esse relatório à identificação dos «elementos necessários ou convenientes para o perfeito conhecimento da operação visada, tanto no aspecto jurídico como no aspecto económico» que devem constar do projecto (art. 98.º, n.º 1, e art. 119.º, n.º 1).

Já no que se refere à fiscalização obrigatória do projecto por peritos independentes, o CSC optou por desdobrá-la.

Por um lado, exigiu o relatório de um revisor oficial de contas ou de uma sociedade de revisores oficiais de contas, a designar por cada uma das sociedades intervenientes, excepto quando todas as sociedades desejem a intervenção do mesmo revisor oficial de contas ou sociedade de revisores oficiais de contas, caso em que o revisor ou sociedade será designado, a solicitação conjunta, pela Câmara dos Revisores Oficiais de Contas (art. 99.º, n.ºs 2 e 3). Este relatório incide, em obediência aos arts. 10.º e 8.º da Terceira e da Sexta Directivas, sobre «a adequação e razoabilidade da relação de troca das participações sociais», e deve indicar, pelo menos: «a) *Os métodos seguidos na definição da relação de troca proposta*; b) *a justificação da aplicação ao caso concreto dos métodos utilizados pelo órgão de administração das sociedades*

*ou pelos próprios revisores, os valores encontrados através de cada um desses métodos, a importância relativa que lhes foi conferida na determinação dos valores propostos e as dificuldades especiais com que tenham deparado nas avaliações a que procederam.*»

Por outro lado, o CSC conservou a obrigatoriedade de emissão de parecer por parte do órgão de fiscalização das sociedades intervenientes (art. 99.º, n.º 1), incidindo sobre o projecto e respectivos anexos, cuja origem remonta ao Decreto-Lei n.º 598/73, de 7 de Novembro (art. 3.º). Este parecer, não previsto na norma comunitária, e que poderá ter um âmbito mais ou menos lato<sup>18</sup>, coexiste por insistência do legislador, porventura motivada na recomendação do Professor VENTURA. Notamos, porém, que o mesmo Autor já antes da transposição da Terceira Directiva havia alertado o legislador para a necessidade de, em conformidade com a mesma, se colocar o acento tónico da fiscalização do projecto no exame e relatório de peritos independentes<sup>19</sup>.

Verificamos agora, com alguma perplexidade —e em discordância, porventura, com o reforço da independência e autonomia da fiscalização das sociedades visado pela reforma<sup>20</sup>—, que o legislador aditou um novo n.º 6 ao art. 99.º, permitindo a dispensa do relatório dos revisores ou de sociedades de revisores oficiais de contas das sociedades, desde que todos os sócios de cada uma das sociedades participantes da operação estejam de acordo.

Não se compreende, efectivamente, porque insistiu o legislador num modelo de fiscalização *interna*, ignorando o modelo preconizado pelas Directivas, sendo certo que, na opção entre uma ou outra modalidade somente se admite a dispensa do parecer

<sup>18</sup> Nos termos do art. 99.º, n.º 5, os revisores podem exigir as informações e documentos que considerem necessários à realização do relatório e proceder a outros exames. Segundo Ventura, esta faculdade também deve ser estendida aos membros do órgão de fiscalização (cfr. Ventura, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades*, cit., págs. 94-95).

<sup>19</sup> Ventura, «Adaptação do direito português à Terceira Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia relativa às fusões das sociedades por acções», cit., pág. 208.

<sup>20</sup> Cfr. «Governo das Sociedades Anónimas: Propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais», cit., págs. 10-11. Com efeito, um dos objectivos da reforma passou pelo reforço da função de fiscalização nas sociedades anónimas, em especial face à revisão da Directiva n.º 84/253/CEE do Conselho, de 10 de Abril de 1984 (Oitava Directiva), na medida em que impõe maior separação entre a função de fiscalização interna e a revisão de contas.

<sup>17</sup> Perante as quais se chegou a sugerir a aplicação directa do prazo temporal constante da norma comunitária. Cfr. Ventura, *Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades*, cit., pág. 74.

do órgão de fiscalização. Acresce, ainda, que esta dispensa não é autorizada pelos diplomas comunitários senão no âmbito da fusão de sociedade por incorporação de sociedade totalmente detida, ou da fusão por incorporação de sociedade detida em 90% ou mais, mas não totalmente (cfr. arts. 24.º a 29.º da Terceira Directiva), onde se admite uma flexibilização excepcional do procedimento comum com fundamento na relativa neutralidade da operação (incorporação de sociedade totalmente dominada), ou na quase total inexistência de accionistas minoritários da sociedade incorporada (fusão por incorporação de sociedade detida em 90%)<sup>21</sup>.

Poderá, porventura, reconhecer-se neste âmbito alguma influência da *Umwandlungsgesetz* (UmwG) germânica de 1994, no âmbito da qual se admitiu a dispensa de exame do contrato de fusão ou de cisão por auditores independentes, sempre que a sociedade incorporante seja titular da totalidade das participações sociais representativas do capital social da sociedade incorporada ou cindida, e desde que essa dispensa seja declarada perante o notário (cfr §8 (3), aplicável por remissão do §9 (3)); ou a dispensa de elaboração de relatório por parte desses mesmos peritos, na situação atrás elencada, ou ainda sempre que a informação a constar do relatório possa ser omitida ou que todos os sócios da sociedade em questão consintam, expressamente, nessa dispensa, em declaração a outorgar perante o notário (cfr, §8(2) e (3), aplicáveis, por remissão do §12 (3), aplicáveis à cisão por força da remissão geral operada pelo § 125 UwgG).

No entanto, não só o art. 99.º, n.º 6, omite qualquer exigência de forma para a declaração dos sócios, como a solução do actual CSC difere substancialmente da solução preconizada pela UmwG. Com efeito, o legislador alemão distingue o exame do contrato de fusão do relatório respeitante ao mesmo exame, aceitando apenas a dispensa do relatório com fundamento na vontade dos sócios. Já no que se refere à dispensa da realização de exame, a UmwG limita-se a utilizar a faculdade de dispensa desse exame nos termos dos arts. 24.º e

26.º da Terceira Directiva, e do art. 10.º da Sexta Directiva, nos exactos termos, aliás, em que o CSC o havia feito, para os casos de domínio total (cfr. art. 116.º, n.º 2).

Por fim, notamos que a dispensa fundada na vontade dos sócios, pressupõe que o exame e o relatório dos revisores ou das sociedades de revisores oficiais e contas, visam somente a protecção daqueles. Contra esta interpretação, entendemos que referido relatório se pronuncia, não só sobre os métodos e a justificação da relação de troca, mas também sobre *os elementos nos quais esse relação se baseia*. Entendemos, mais, que o art. 99.º, n.º 2, ao referir-se ao exame do projecto por parte dos revisores, remete para o exame de outros elementos para além dos referidos no n.º 4 do mesmo art. 99<sup>22</sup>. Os relatórios dos revisores oficiais de contas não se limitam, assim, a dar mero parecer sobre a adequação e razoabilidade da relação de troca, incidindo ainda sobre a situação económica e financeira das sociedades<sup>23</sup>, pelo que a sua eventual dispensa se traduz numa diminuição das garantias de terceiros em sede de operações de fusão ou de cisão.

### 4.3 · Registo do projecto

O legislador não introduziu, nesta sede, qualquer alteração. Saliente-se, no entanto, que, por força das alterações introduzidas também pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, no Código do Registo Comercial, o registo do projecto de fusão ou de cisão, exigido pelo art. 100.º, e indispensável ao início do procedimento, passou a ser efectuado por depósito (cfr. art. 53.º, n.º 4, alínea (a), do Código de Registo Comercial), que consiste no mero arquivamento dos documentos que titulam factos sujeitos a registo.

Há, desde logo, uma vantagem evidente nesta solução: contrariamente ao que sucedia anteriormente,

<sup>21</sup> Para mais quando, mesmo no contexto de um procedimento simplificado de fusão, a dispensa do parecer dos peritos independentes e da demais informação não é necessariamente pacífica ou isenta de críticas. Perez Troya, por exemplo, sugere uma interpretação restritiva da dispensa do direito de consulta consagrado no art. 28.º da Terceira Directiva. Vide, sobre isto, Perez Troya, A., *La Tutela del Accionista en la Fusión de Sociedades*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, págs. 252 e segs., e n.º 230.

<sup>22</sup> Neste sentido, Ventura, Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades, cit., 95-96. A solução da doutrina espanhola parece ser idêntica: cfr. Del Rio, F. J. G. / Fernández, T. A. M., «Problemática que plantean la fusión y el aumento de capital en la sociedad anónima», in *Estudios sobre la sociedad anónima*: dirigido y presentado por Víctor Manuel Garrido de Palma, Madrid, Civitas, 1991, págs. 300-301.

<sup>23</sup> Até porque, havendo aumento de capital para execução da fusão, é este relatório que substitui o relatório de avaliação de entradas em espécie (sem, no entanto, se confundirem). Veja-se, a este propósito, Ventura, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit., págs. 67-68, e Vasconcelos, Joana, op. cit., pág. 162.

as sociedades intervenientes na fusão ou cisão podem agora realizar as publicações previstas no art. 100.º depois do depósito do projecto, dada a eliminação dos riscos de pendência ou recusa do mencionado registo.

Verificamos, porém, que esta modalidade de registo se mostra desfavorável aos que sustentam a existência, no nosso ordenamento, de um controlo preventivo de legalidade destas operações. Devia, pois, o legislador ter acautelado as especiais exigências de forma, impostas pelo art. 16.º, n.º 1, da Terceira Directiva (para o qual remete o art. 14.º, n.º 1, da Sexta Directiva), quando impõe, na ausência daquele controlo, que, tanto as actas das assembleias gerais das sociedades intervenientes, como o contrato de fusão, constem de documento autêntico<sup>24</sup>.

#### 4.4 · Fase de publicações e consulta

Após o registo do projecto de fusão ou de cisão, o art. 100.º, n.º 2, requer a convocação das assembleias gerais das sociedades participantes para se reunirem decorrido, pelo menos, um mês a contar da data da publicação da convocatória. Aboliu-se, pois, uma segunda publicação: a notícia relativa ao registo do projecto, cuja utilidade era diminuída dado que o respectivo conteúdo era, parcialmente, repetido nas convocatórias<sup>25</sup>.

Assim, nos termos do art. 100.º, n.º 3, as convocatórias devem mencionar as datas designadas para as assembleias gerais, que o projecto e documentação anexa podem ser consultada, na sede de cada uma das sociedades, pelos sócios e credores sociais, e que os credores podem deduzir oposição judicial à fusão ou à cisão nos termos do art. 101.º A. Constata-se que, com a antecipação da fase de oposição dos credores (aspecto que analisaremos em detalhe), e a inclusão obrigatória, na convocatória, de um aviso aos credores relativamente ao seu direito de oposição (art. 100.º, n.º 4), tanto a fixação da data limite para os créditos que servem de base ao exercício do direito de oposição judicial,

como o início da contagem do prazo de exercício, pelos credores sociais, do respectivo direito de oposição judicial, dependem agora da publicação das convocatórias.

Já no que se refere ao direito de consulta, previsto no art. 101.º, a única alteração limitou-se à substituição do termo «aviso», por «convocatória», e que resulta da alteração do art. 100.º Em tudo o mais, mantém-se o anterior regime, podendo os sócios e credores das sociedades intervenientes, a partir da publicação da convocatória das assembleias gerais, consultar, na sede das sociedades intervenientes, e obter cópia integral dos seguintes documentos: (a) o projecto de fusão ou cisão; (b) os relatórios e pareceres elaborados por órgãos da sociedade e por peritos; e (c) contas, relatórios dos órgãos de administração, relatórios e pareceres dos órgãos de fiscalização e deliberações de assembleias gerais sobre essas contas, relativamente aos três últimos exercícios.

#### 4.5 · Protecção de credores

Um dos aspectos que o legislador não deixou intocado foi o regime de protecção de credores, concretamente no que se refere ao direito de oposição judicial anteriormente regulado nos arts. 107.º e 108.º do CSC (aplicável à cisão por força do art. 120.º), e que ora tem assento nos arts. 101.º-A e 101.º-B.

Mantém-se, assim, o direito de oposição judicial dos credores como meio de protecção por excelência, dos credores evitando-se abandonar a solução do legislador de 1986 — inspirada no art. 11 do Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de Novembro —, e que concretizava as exigências impostas pelo art. 13.º, n.º 1, da Terceira Directiva, e pelo art. 12.º, n.º 1, da Sexta Directiva<sup>26</sup>. Relembramos, com efeito, que, de acordo com os textos comunitários, os Estados membros eram obrigados, na transposição dos mesmos, a consagrar sistemas adequados de

<sup>24</sup> Já antes da reforma, a questão do cumprimento desta exigência se colocava. Vide: Ventura, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit., pág. 156.

<sup>25</sup> Assim, o anúncio de que foi efectuado o registo do projecto de fusão ou de cisão devia referir que os sócios e dos credores das sociedades tinham o direito de consultar, nas respectivas sedes sociais, o projecto e a documentação anexa, e indicar as datas designadas para a realização das assembleias gerais. Já a convocatória, para além do conteúdo típico, devia reproduzir as indicações constantes do anúncio...

<sup>26</sup> Referimo-nos, apenas, ao direito de oposição judicial, e não aos mecanismos de protecção dos credores, em especial os mecanismos de protecção a posteriori, tais como a solidariedade das sociedades beneficiárias destinatárias do património objecto de destaque. Vide, sobre isto, Vasconcelos, Joana, o cit., págs. 195 e segs.; Ventura, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit., págs. 373 ss, em especial, págs. 376-380. De igual modo, não nos debruçaremos sobre os meios de protecção dos credores obrigacionistas, anteriormente previstos no art. 109.º, hoje substituído pelo art.101.º-C, pelo que remetemos para Barbosa, Nuno, Competência das Assembleias de Obrigacionistas, Almedina, 2002, págs. 161 e segs.

protecção dos interesses dos credores participantes na fusão ou cisão, relativamente a créditos anteriores à publicação do respectivo projecto, e ainda não vencidos na data de publicação.

Sucedo, no entanto, que o nosso legislador fez, então, mais do que lhe era exigido, optando por consagrar a favor de todos os credores<sup>27</sup>, um direito de oposição judicial à fusão fundado «no prejuízo que dela derive para a realização dos seus direitos»<sup>28</sup>, o qual, recorde-se, não se limitava a créditos anteriores à publicação do projecto, antes abrangia todos os créditos nascidos até à data de publicação das deliberações da assembleia geral de aprovação do projecto (então exigidas pelo art. 107.º, n.º 1). Por outro lado, no seio do processo de fusão ou cisão, tal como era configurado, o prazo de 30 dias para exercício do direito iniciava-se, precisamente, na data dessas publicações (cfr. anterior art. 107.º, n.º 2), embora o CSC contemplasse, ainda, a necessidade de se notificarem os credores cujos créditos se encontram registados nos livros ou documentos da sociedade, mediante carta registada com aviso de recepção.

Com a reforma, e desaparecendo qualquer fase posterior às deliberações das assembleias gerais das sociedades intervenientes, o direito de oposição judicial passa a poder ser exercido previamente à realização das assembleias gerais. Também o prazo é alterado —passando agora a um mês em vez dos anteriores 30 dias—, tendo início na data da publicação da referidas convocatórias (art. 101.º-A). O legislador aproveitou, portanto, o prazo que media entre a publicação das convocatórias das assembleias gerais e a data de realização das mesmas, para encaixar o prazo de oposição judicial, dado que toda a fase de publicações e de oposição posterior às deliberações sociais deixou de integrar o processo de fusão ou de cisão.

Acresce, ainda, que em resultado da supressão de quaisquer procedimentos posteriores às deliberações sociais, também o âmbito subjectivo de aplicação da norma variou, sendo agora abrangidos, apenas, créditos anteriores à publicação da convocatória das assembleias gerais.

A grande inovação, porém, diz respeito à introdução de um novo requisito para o exercício do direito. Nos termos do art. 107.º do CSC, em sede de oposição judicial exigia-se ao credor que invocasse, e provasse, a existência de prejuízo para o exercício dos respectivos direitos. Conservando o ónus dos credores, o art. 101.º-A, na sua parte final, vem agora acrescentar que o exercício do referido direito é somente permitido «desde que tenham solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada, nos 15 dias anteriores, sem que o seu pedido tenha sido atendido».

Certo é que o impulso de revisão do sistema de protecção de credores em operações de fusão e cisão, não se estendeu aos efeitos da oposição judicial. Assim, à semelhança do que prescrevia o art. 108, n.º 1, o actual art. 101.º-B, a oposição judicial impede a inscrição definitiva da fusão ou de cisão no registo comercial até que se verifique, pelo menos, um dos factos elencados na referida disposição legal, designadamente: a improcedência da oposição, por decisão transitada em julgado ou em caso de absolvição da instância sem que oposição seja novamente intentada em novo prazo de 30 dias; desistência do oponente; satisfação dos créditos do oponente ou prestação de caução fixada por acordo ou decisão judicial; o consentimento do oponente relativamente à inscrição; ou a consignação em depósito do montante em dívida.

Em termos sintéticos, descortinamos as seguintes possíveis motivações norteando as alterações introduzidas ao regime de protecção dos credores.

Em primeiro lugar, ao remeter a fase de exercício de oposição do direito de oposição judicial para momento anterior à reunião das assembleias gerais, pretendeu-se, certamente, encurtar os limites temporais do procedimento de fusão ou de cisão.

Em segundo lugar, parece-nos que o legislador privilegiou uma solução extra-judicial entre a sociedade interveniente e o credor, em detrimento da solução judicial, criando a oportunidade para, em conjunto, credor e a sociedade alcançarem um acordo relativamente à satisfação do crédito ou à prestação de garantia adequada.

Em terceiro e último lugar, a introdução de um novo requisito, atinente à necessidade de prévia interpelação da sociedade para efeitos de satisfação do crédito do credor ou prestação de garantia, só pode visar uma efectiva limitação do prazo para dedução de oposição judicial. Com efeito, embora

<sup>27</sup> Note-se que o art. 13.º, n.º 3, da Terceira 3.ª Directiva, aplicável, por remissão, à Sexta Directiva (art. 12.º, n.º 4), autorizava esquemas de protecção distintos consoante se tratasse de credores da sociedade incorporante ou da sociedade incorporada ou cindida, faculdade que o CSC não aproveitou.

<sup>28</sup> A ser apreciado por referência ao momento em que a oposição é deduzida; cfr. Ventura, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit., pág. 196.

o artigo 101.º-A se refira ao prazo de um mês, a exigência de prévia interpelação da sociedade, e a atribuição à mesma, de um prazo de 15 dias para satisfazer o crédito ou prestar garantia, equivale a vedar aos credores o exercício do direito de oposição judicial sempre que, por qualquer razão, a sociedade não tenha, ainda, sido interpelada a 15 dias do fim do referido mês, ou sempre que essa interpelação seja recebida pela sociedade a 14 dias do termo do prazo.

Analisando, criticamente, as alterações introduzidas, as mesmas afiguram-se nos desacertadas.

Em primeiro lugar, não nos parece razoável exigir aos credores que enveredem por uma solução judicial, com todos os custos inerentes, quando nada garante que o projecto venha a ser aprovado em assembleia geral.

Em segundo lugar, não nos parece razoável impor aos accionistas que deliberem sobre o projecto na pendência de uma oposição judicial, do mesmo modo que não nos parece justificável o adiamento ou a suspensão das assembleias gerais até à emissão de uma decisão judicial definitiva. A simultaneidade dos eventos que resulta, forçosamente, das alterações introduzidas ao regime de oposição dos credores, pode, pelo exposto, traduzir-se num elemento de perturbação da assembleia que acaba por ponderar elementos heterogêneos ao projecto de fusão ou de cisão em vez de se debruçar sobre o projecto em si.

Em terceiro lugar, a manutenção da anterior solução, nos termos da qual a contagem do prazo para dedução de oposição judicial à fusão ou cisão se iniciava após a realização das assembleias gerais, implicava uma publicação adicional, plenamente justificada «porque até então sócios e credores apenas tinham tido conhecimento oficial de que existia um *projecto*<sup>29</sup>, e traduzia-se, afinal, em mais uma garantia de informação dos credores. Neste âmbito, relembramos que a existência de um projecto de fusão ou de cisão somente será do conhecimento dos afortunados credores que, por sorte ou acaso, consultem a página na Internet onde é publicada a convocatória prevista no art. 100.º Acresce que, nos termos hoje previstos, não bastará aos referidos credores tomar conhecimento do texto da convocatória, sendo ainda necessário que

a ela acedam com, pelo menos, 15 dias de antecedência relativamente ao termo do prazo para o exercício do direito de oposição judicial.

Em quarto lugar, parece-nos excessiva a consagração de um requisito adicional para o exercício do direito de oposição judicial pois, para além da existência de prejuízo do credor quanto à realização dos respectivos direitos, exige-se agora que o mesmo tome a iniciativa de, junto da sociedade, procurar uma solução que acautele o seu crédito. Não querendo menosprezar a opção tendencial por uma solução extra-judicial, desconfiamos da existência de tão grande número de oposições judiciais na origem de tão relevante alteração. Mesmo existindo semelhante número, não deverá o mesmo ser visto como indício sério da esterilidade da *novel* exigência. Pois não terão essas oposições judiciais nascido, precisamente, do desacordo do credor e da sociedade devedora quanto à existência de um prejuízo para o exercício dos direitos invocados? E, assim sendo, mantendo-se o desacordo, não se mantém, também, o *leitmotiv* do credor oponente?

Acresce, ainda, em quinto e último lugar, uma efectiva redução dos créditos reclamáveis, dado que hoje são apenas admitidos como reclamáveis os créditos anteriores à publicação da convocatória prevista no art. 100.º do CSC, excluindo-se os créditos nascidos até à data da publicação das deliberações sociais.

Posto isto, resta-nos concluir que o legislador português não consagra mais um sistema adequado de protecção dos credores em sede de processo de fusão e de cisão. Por um lado, porque encurtou os prazos de actuação num duplo sentido: reduziu o período que medeia entre o início do processo de fusão ou cisão (o registo do projecto) e o início do prazo para exercício do direito de oposição judicial (a publicação da convocatória); e estreitou o próprio prazo de um mês para o exercício do direito de oposição judicial, acrescentando um requisito adicional relativo à prévia solicitação do crédito nos 15 dias anteriores à dedução da oposição judicial. Por outro, porque qualquer sistema de protecção de credores no âmbito de operações que acarretam a transmissão global de património, exige melhores, e mais adequados mecanismos de publicidade da operação, que assegurem um efectivo conhecimento da operação pelos afectados.

#### 4.6 · Aprovação e execução da fusão ou cisão

Os termos nos quais as assembleias gerais aprovam o projecto de fusão ou cisão mantiveram-se inalte-

<sup>29</sup> Vide, Ventura, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit., pág. 192.

rados. Assim, reunida a assembleia, a administração é obrigada a «*declarar expressamente se desde a elaboração do projecto houve mudança relevante nos elementos de facto em que ele se baseou e, no caso afirmativo, quais as modificações que se tornam necessárias*» (art. 102.º, n.º 1), competindo depois à assembleia decidir se prossegue na apreciação do projecto ou se o mesmo deve ser renovado (n.º 2). Mantém-se, igualmente, a exigência da identidade rigorosa entre as propostas apresentadas às assembleias gerais, considerando-se como rejeição do projecto qualquer alteração introduzida por uma das assembleias (n.º 3). Continua, também, a ser facultado aos accionistas o direito de exigirem todas as informações que se afigurem indispensáveis para a formação da respectiva posição (n.º 4).

Quanto às maiorias e requisitos de validade e eficácia das deliberações sociais propriamente ditas, mantém-se a remissão para os termos prescritos para as deliberações de alteração do contrato de sociedade, sempre que o pacto social não disponha diferentemente (art. 103.º, n.º 1), condicionando-se a eficácia das mesmas à aprovação da operação em assembleia especial de titulares de cada categoria de acções (art. 103.º, n.º 3).

No anterior regime, as deliberações sociais que aprovavam a fusão ou a cisão, depois de publicadas, marcavam o início da fase final de execução da operação: por um lado, a publicação das convocatórias marcava o início do prazo de caducidade de 30 dias para os credores deduzirem oposição judicial à fusão; por outro, uma vez aprovada a operação pelas assembleias gerais, podia-se proceder à outorga da escritura de fusão ou cisão<sup>30</sup>, sendo o registo final da fusão ou cisão efectuado com base nessa escritura, depois de esgotado o prazo de oposição dos credores sem oposição ou, tendo existindo, depois de verificada uma das situações previstas no art. 108.º, hoje revogado.

Actualmente, da actual redacção do art. 106.º, que omite a referência à outorga da escritura pública de

fusão, e da modificação do n.º 2 do art. 103.º, na parte em que antes se referia à execução da deliberação social (e que ora refere, apenas, o registo da fusão), pode concluir-se, apressadamente, que não existe hoje a obrigatoriedade de outorgar um acto de execução da fusão ou cisão.

Vejamos, atentamente, as alterações introduzidas.

A anterior redacção do art. 106.º, n.º 1, sob a epígrafe «*escritura de fusão*», referia que, uma vez aprovada a fusão ou cisão pelas assembleias gerais das sociedades participantes, cabia à administração das mesmas outorgar a respectiva escritura pública, e o n.º 2 da mesma disposição exigia a observância das disposições relativas à constituição de sociedades sempre que a modalidade de fusão ou cisão adoptada implicasse essa constituição.

Hoje, a mesma disposição, tem a epígrafe «*formas e disposições aplicáveis*», e reproduz no seu n.º 1, o conteúdo do anterior n.º 2. O novo n.º 2, por seu turno, esclarece apenas que: *se a fusão se realizar mediante a transferência global do património de uma ou mais sociedades para outra, o acto de fusão deve revestir a forma exigida para a transmissão dos bens da sociedade incorporada*.

Temos assim uma misteriosa referência a um acto de fusão, em substituição da anterior referência à escritura pública, e que sugere uma possível cumulidade com o *atto di fusione* do direito italiano. Com efeito, nos termos do *Codice Civile*, subsequentemente à aprovação da fusão em assembleia geral (art. 2502), e da inscrição das deliberações sociais no registo comercial (art. 2502-bis), corre um prazo de dois meses para os credores moverem oposição à fusão (art. 2503), findo o qual pode ser outorgado um *atto de fusione* (art. 2504), dando-se a fusão por concluída com o registo do mesmo no registo comercial (art. 2504-bis §2). Trata-se, no entanto, de uma figura que, conceptual e terminologicamente, não tem qualquer história no nosso ordenamento.

A dúvida instala-se, para mais quando se constata que o legislador deixou intocado o art. 117.º, n.º 1, mantendo a *falta* de escritura pública como causa de nulidade da operação, ou o art. 113.º, que se refere expressamente ao contrato de fusão.

Posto isto, entendemos serem possíveis três interpretações diferentes.

Uma interpretação considerará que esta norma se refere não ao *acto de fusão ou cisão* mas à forma da execução da fusão, o que em si, não resolve nada,

<sup>30</sup> Saliente-se que a escritura pública de fusão podia, ao abrigo do anterior regime, ser outorgada antes de decorrido o prazo para oposição dos credores e independentemente de ter sido deduzida oposição, uma vez que esta a oposição apenas impedia o registo inscrição definitiva da fusão no registo comercial e não a execução da escritura V. Ventura, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit., pág. 159; e, em análise ao art. 10.º do Decreto-Lei n.º 598/73, de 7 de Novembro, Pinto Furtado, J., Código Comercial Anotado, vol. I, 1975, pág. 419.

dado que é necessário definir, previamente, o que se deve entender por *acto de execução*. Como não parece existir qualquer acto a titular a fusão ou a cisão para efeitos de registo, para além das deliberações que aprovam a operação<sup>31</sup>, parece poder concluir-se pela coincidência entre essa deliberação e o acto de execução. Neste caso, é a própria deliberação social que, nos termos do art. 106.º, n.º 2, deve respeitar a forma exigida para a transmissão dos bens da sociedade.

Outro entendimento possível, partindo do pressuposto de que não existe outro acto de fusão ou de cisão que não as deliberações sociais, considerará que o art. 106.º, n.º 2, a título excepcional, prevê a intervenção da administração das sociedades envolvidas, sempre que esteja em causa a transmissão de bens por escritura pública. Neste caso, o legislador comete um erro tremendo, ao confundir a forma do acto (escritura pública), com o próprio acto.

Por fim, um terceiro entendimento passa por considerar que o legislador, no mesmo art. 106.º, n.º 2, não prescindiu de um acto de fusão, necessariamente distinto das deliberações das assembleias gerais, o qual deve respeitar a forma exigida para a transmissão dos bens da sociedade incorporada ou cindida para a sociedade incorporante. Nesta perspectiva, o art. 106.º limita-se a clarificar os casos em que o acto de fusão pode ser celebrado por escritura pública ou por documento particular.

Face a estes diferentes entendimentos, e para responder à questão do que se entende por *acto de fusão*, bem como, ao papel que as deliberações sociais assumem no seio do processo de fusão ou de cisão, teremos que analisar, previamente, a natureza das operações e actos em questão.

#### 4.7 · A natureza das operações

Atendendo à uniformidade de regimes no CSC, tanto para a fusão como para a cisão, analisaremos sobretudo, e por conveniência, as diferentes conclusões da doutrina quanto à natureza da fusão, uma vez que as conclusões admitidas se estendem, com poucas adaptações, à cisão-fusão<sup>32</sup>.

Em traços gerais e sintéticos, podemos referir-nos a duas teses principais.

Uma primeira tese, de origem predominantemente italiana<sup>33</sup>, associa a fusão à transformação ou à modificação de estatutos. Nesta perspectiva, a fusão resulta da integração recíproca dos pactos constitutivos, tendo em vista a continuação da relação social dos sócios da sociedade incorporada no seio da sociedade incorporante, e a continuidade da empresa social na titularidade da sociedade incorporante.

Com efeito, impressionada pelo facto da empresa social da sociedade incorporada não ser objecto de desconstrução, visto que a fusão opera como uma dissolução sem liquidação, são diversos os autores que rejeitam a ideia de extinção formal, e de sucessão universal de património. Afinal, sendo intenção dos sócios alterar o acto constitutivo das respectivas sociedades com o propósito de unificarem os substratos pessoais e patrimoniais das sociedades envolvidas, a fusão não pode pretender, nunca, a morte da sociedade incorporada, devendo antes ser vista como um *negócio de vida*<sup>34</sup>, visando *potenciar a empresa societária*. Não raramente, esta doutrina sustenta, inclusivamente, o prolongamento da personalidade moral da sociedade incorporada no seio da sociedade incorporante ou da nova sociedade.

A segunda tese, denominada contratualista<sup>35</sup>, sustenta, por seu turno, que a fusão é um contrato entre duas sociedades, cujos efeitos típicos são a extinção da sociedade incorporada e a transmissão global do património, em termos análogos à sucessão universal por morte, no âmbito do qual os sócios da sociedade incorporada adquirem a qualidade de sócios da sociedade incorporante. Não há, deste modo, qualquer permanência da personalidade moral da sociedade incorporada ou do acto constitutivo da mesma, que só por ficção se invoca<sup>36</sup>, mas sim um fenómeno-

Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit., pág. 368 e segs.; Menezes Leitão, Luís Manuel Teles de, «Fusão, cisão de Sociedades e figuras Afins», in *Fisco*, Lisboa, 5, n. 57, (Setembro 1993), pág. 23.; Vasconcelos, Joana, op. cit., pág. 261.

33 A expressão é de Cottino, Gastote, *Diritto Commerciale*, vol. I, tomo II – *Le società e le altre associazioni economiche*, 2.ª ed. (1987), pág. 633.

34 Tradicional e ultrapassada segundo Menezes Cordeiro... (Menezes Cordeiro, António, *Manual de Direito das Sociedades*, cit., pág. 787).

35 V. Scardulla, Francesco, «La trasformazione e la fusione delle società», in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXX, tomo 2, 2.ª ed., Milano, Giuffrè Editore, pág. 321. e n. 58.

36 Ventura, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit., pág. 234. No mesmo sentido, e noutros ordenamentos, vide Scardulla, op. cit., págs. 322-324; Sequeira Martin, Adolfo, «El

31 É também, para já, esta a interpretação de Paulo Olavo Cunha (Cunha, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2006, pág. 638), sufragada pela Direcção Geral de Registos e Notariado, a pag. 167 do manual *Minutas de Actos Sujeitos a Registo Comercial*.

32 Deixaremos de lado, neste contexto, a questão da natureza da cisão simples e da cisão dissolução, operações em que apenas intervém a administração da sociedade cindida. Assim, Ventura,

no translativo, com troca de participações sociais, proposto e executado pelas administrações das sociedades envolvidas, embora sujeito ao consentimento dos sócios das respectivas sociedades na medida em que se produzem alterações nas estruturas sociais.

Deste modo, só pode a tese contratualista insistir em denunciar qualquer esforço de definição da natureza da operação de fusão à luz do procedimento interno e outros actos desprovidos de eficácia externa. Com efeito, a deliberação não tem poderes para provocar a compenetração de organismos sociais, ou nas palavras de VENTURA, «uma modificação do acto constitutivo de cada uma das sociedades não é logicamente susceptível de criar um efeito que exceda a esfera dessa sociedade.»<sup>37</sup>. Nesta perspectiva, portanto, é o projecto ou o contrato de fusão que estruturam um negócio entre duas sociedades, ou como defendia GARRIGUES, o negócio jurídico primordial é sempre um contrato que se repercute sobre a estrutura da sociedade<sup>38</sup>.

#### 4.8 · Posição adoptada: em busca do acto de fusão perdido

A Terceira Directiva refere-se expressamente, a propósito de exigências de forma aplicáveis sempre que os Estados membros não assegurem um controlo preventivo da legalidade ou de todos os actos que constituem o processo de fusão, a actas das deliberações sociais e, *sendo caso disso*, ao contrato de fusão (cfr. art. 16.º)<sup>39</sup>.

Neste âmbito, VAN OMMESLAGHE, reconhecendo que a fusão supõe, necessariamente, o acordo das administrações das sociedades intervenientes<sup>40</sup>, considera que a Terceira Directiva dá cobertura aos Estados-membros na adopção de uma de três diferentes soluções no que se refere à forma e celebração do acto de fusão<sup>41</sup>: omissão, *tout court*, de qual-

quer formalismo, considerando-se as deliberações sociais como elemento suficiente para execução da fusão; exigência de um contrato de fusão; execução de um acto de fusão, enquanto acto executivo de meramente executivo das deliberações sociais.

Como bem notou VENTURA, não só a alternativa entre contrato de fusão e acto de fusão, é uma falsa alternativa na medida em que se trata de dois subtipos da mesma realidade, como não se vislumbra onde sustentar uma aparente neutralidade da Directiva nesse aspecto, a partir do momento em que a mesma faz referência expressa àquele contrato. Assim, e nas palavras do Autor: «pode dizer-se que se o acto não existisse e não tivesse a natureza de contrato, *nenhuma referência* a «contrato de fusão «podia aparecer na directiva»<sup>42</sup>.

Aproveitando, assim, os ventos de inspiração contratualista, o nosso legislador parece inclinar-se por uma concepção translativa de fusão —reconhecendo o elemento extintivo da fusão como efeito necessário e constitutivo da figura— (cfr. art. 112.º, alíneas a) e b)). Deste modo, a fusão será um negócio celebrado entre duas sociedades distintas, apto a produzir efeitos típicos, entre eles a extinção da sociedade incorporada e a transmissão global do respectivo património. Neste sentido parece inclinar-se importante doutrina nacional<sup>43</sup>, embora dela se afastem MENEZES CORDEIRO, PINTO FURTADO ou PUPO CORREIA, entre outros<sup>44</sup>.

projecto de fusion como condicionante del ambito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusion», in *RDS*, n.º 12, 1999, pág. 198.

<sup>37</sup> Neste sentido, vide, por exemplo, Garrigues, J., «Tratado de Derecho Mercantil», tomo I, vol. III, in *RDM*, Madrid, 1949, pág. 1274.

<sup>38</sup> O art. 14.º da Sexta Directiva limita-se a remeter para o art. 16.º da Terceira Directiva.

<sup>39</sup> Van Ommeslaghe, «La proposition de troisième directive sur l'harmonisation des fusions de sociétés anonymes», cit., pág. 130.

<sup>40</sup> Van Ommeslaghe, idem, págs. 130-131, e Rapport introductif sur les fusions internes, cit. por Ventura, «Adaptação do direito português à Terceira Directiva», cit., pág. 221.

<sup>41</sup> Ventura, «Adaptação do direito português à Terceira Directiva...», cit., págs. 221-222.

<sup>42</sup> Entre outros, Ventura, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit., pág. 228 e segs.; Mesquita, Henrique, «Anotação ao Ac. Rel. Coimbra de 24.06.1997», in *RLJ*, Ano 131, n.º 3890, pág. 152 e segs., em especial págs. 154 e 160; Pessoa Jorge, F., «Transmissão do arrendamento comercial por efeito da incorporação da sociedade locatária», in *O Direito*, ano 122, 1990, pág. 465; Engrácia Antunes, José A., Os Grupos de Sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária, 2.ª ed., Almedina (2002) pág. 85, n. 129. Recentemente, aderindo à tese da transmissão universal, contraposta ao *trespasse*, vide ainda Morais, Fernando de Gravato, Alienação e Oneração de Estabelecimento Comercial, Almedina, 2005, págs. 127-128.

<sup>43</sup> Menezes Cordeiro, Manual de Direito das Sociedades, vol. I, Das Sociedades em Geral, Almedina, 2004, págs. 787-790; Pinto Furtado, J, Curso de Direito das Sociedades, 5.ª Ed, Almedina (2004), págs. 554-555, e Código das Sociedades Comerciais, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1989, pág. 106; Pupo Correia, Miguel J.A., Direito Comercial, 7.ª Ed., 2001, Ediforum, Lisboa, pág. 604. Entre anterior doutrina favorável à tese do prolongamento da existência da sociedade incorporada, por contraposição a teses extintivas, refiram-se, ainda, Tavares, José, Sociedades e empresas comerciais, 2.ª ed., 1924, págs. 614-615, e Pinto Coelho, J.G., Lições de Direito Comercial, 2.ª ed. (1966), II, pág. 119.

<sup>44</sup> Neste sentido, Pinto Furtado, Código Comercial Anotado, loc. cit., Ventura, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit, pág. 160; Menezes Leitão, «Fusão, cisão de Sociedades e

Em face disto, não vemos como evitar a celebração de um acto de fusão entre as sociedades intervenientes, que titule o negócio celebrado, formado progressivamente nos termos legais a partir dos termos e condições acordados pelas administrações das sociedades. De igual modo, não vemos como recusar a esse acto a qualificação de verdadeiro contrato<sup>45</sup>, para mais quando, não obstante a revogação da quase totalidade de referências a escritura pública na disciplina legal da fusão e da cisão, continua a ser feita referência à mesma no art. 117.º, n.º 1, o art. 106.º, n.º 2, refere-se despreocupadamente um acto de fusão, e o art. 113.º refere-se mesmo *ao* contrato.

A adesão à tese contratualista não impede, porém, que o processo de fusão possa ser construído como um negócio jurídico, de formação complexa, entre duas sociedades<sup>46</sup>, no seio do qual coexistem contrato de fusão, actos de cariz não negocial (por exemplo, as publicações) ou actos de carácter negocial que não produzem efeitos entre as sociedades (as deliberações sociais). Nestes termos, podemos, propor, com SCOGNAMIGLIO, a decomposição do processo de fusão num momento deliberativo e num momento contratual. Assim, o processo de fusão terá sempre uma fase interna, de aprovações e deliberações, sem as quais não é produzir modificações na organização social e nas relações sociais, e uma fase externa, representada por um acordo intersubjectivo, destinado à produção dos efeitos do negócio de fusão entre as partes, e sem o qual não se verifica transmissão de património.

Ora, assente a necessidade de celebração, pelas administrações das sociedades envolvidas na ope-

ração, de um contrato de fusão, e constatada a insuficiência de actos internos (*maxime* deliberações sociais) para a produção de efeitos externos, restanos voltar a questionar as motivações, e a intenção do legislador, ao optar por tão drástica revisão do art. 106.º, e tão fugaz remissão para um acto de fusão.

O art. 111.º é esclarecedor: onde antes se condicionava a apresentação a registo da fusão à prévia outorga da escritura pública, consta, agora, que o registo pode ser efectuado após as deliberações sociais. De igual modo, o art. 103.º, n.º 2, vê agora o consentimento dos sócios prejudicados deixar de ser requisito de *execução da fusão*, para passar a ser condição do respectivo registo. A tudo isto acresce o facto de ter sido eliminada a quase totalidade de referências a escritura pública (sem prejuízo de um ou outro lapso), sem que, em seu lugar, fosse feita referência ao contrato ou acto de fusão.

Pelo exposto, resta-nos concluir que o legislador pretendeu concluir o processo de fusão ou cisão com as deliberações sociais que aprovam respectivos projectos, prescindindo de qualquer acto de execução posterior.

As motivações do legislador permanecem ocultas, para mais dado o silêncio do preâmbulo. É provável, no entanto, que a revisão do art. 106.º visasse, fundamentalmente, uma aceleração e simplificação do processo de fusão ou cisão, mais do que ser um reflexo de teorias corporativas ou modificativas.

Certo é que o nosso direito societário fez, neste âmbito, uma relevante aproximação às soluções da Lei das Sociedades Comerciais francesa<sup>47</sup> (e respectivo decreto de execução<sup>48</sup>), nos termos do qual, uma vez deliberada a fusão, será suficiente, para concluir a operação, o depósito das deliberações no registo competente (*tribunal de commerce*), e uma publicação de uma notícia em jornal local.

A confirmar-se a inspiração no sistema francês —que, *per si*, parece-nos ser má solução<sup>49</sup>—, quando exis-

figuras Afins», cit., págs. 20 e 23; Coutinho de Abreu, Jorge, Curso de direito Comercial, vol. II, Das Sociedades, Almedina (2003), pág. 92.

45 Ventura, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit, pág. 161; Menezes Leitão, «Fusão, cisão de Sociedades e figuras Afins», cit., pág. 19. Para idêntica conclusão no âmbito da cisão, Vasconcelos, Joana, op. cit., pág. 260.

46 Scognamiglio, Giuliana, «Sulla inesistenza giuridica del negozio del fusione», in *Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, 90, n. 11-12 (Novembro - Dezembro 1992), pág. 1045. Em idêntico sentido, referia-se Schmidt, antes da aprovação da nova UmwG, a um negócio associativo, constituído pelo contrato e pela deliberação social (Schmidt, K., «Fehlerhafte Verschmelzung und allgemeines Verbandrecht – Eine Analyse nach geltendem und kommandem Recht», in *ZGR*, 1991, págs. 373-380). Vide, ainda, Menezes Leitão, «Fusão, cisão de Sociedades e figuras Afins», cit., pág. 29, para quem as «deliberações das assembleias não podem ser vistas como condições jurídicas, uma vez que integram a própria vontade negocial».

47 Referimo-nos à Lei n.º 66-537, de 24 de Julho de 1966 (Loi sur les sociétés commerciales), sucessivamente aditada e alterada pela Lei n.º 88-17, de 5 de Janeiro de 1988 (loi relative aux fusions et aux scissions de sociétés commerciales), pela Lei n.º 78-741, de 13 de Julh de 1978, e pela Lei n.º 94-126, de 11 de Fevereiro de 1994 (loi relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, também conhecida por loi Madelin).

48 Decreto n.º 67-236, de 23 de Março de 1967, alterado pelo Decreto n.º 88-418, de 22 de Abril de 1998.

49 Atendendo às habituais dificuldades da doutrina na qualificação do projecto de fusão ou cisão, não obstante o contexto

tem diversas outras opções, de inspiração recente, que em nada prejudicavam a celeridade e a simplificação pretendidas. Em particular, salientamos o exemplo da UmwG alemã, no seio da qual o projecto de fusão pode, desde logo, ser qualificado como um contrato de fusão (§4 (1) (*Verschmelzungsvertrag*), cuja eficácia fica suspensa até aprovação do mesmo pela assembleia geral (cfr. UmwG §13)<sup>50</sup>. Trata-se de uma solução pouco utilizada pelos Estados membros, mas que tem assento na ampla liberdade que a Terceira Directiva atribui aos Estados membros na configuração da natureza e efeitos do projecto de fusão<sup>51</sup>.

Não nos competindo, nesta sede, apurar a extensão e as consequências concretas desta viragem no direito societário, que, para já, sugere um corte não só com a doutrina nacional relativamente estabilizada, mas com a própria orientação dominante europeia, limitamo-nos a citar KIRCHMANN: «bibliotecas jurídicas inteiras podem converter-se instantaneamente em papel inútil apenas pelo poder de «três palavras do legislador»<sup>52</sup>...

#### 4.9 · Registo definitivo da fusão

Como concluímos atrás, com a recente alteração do art. 111.º, o registo da fusão ou cisão pode agora

efectuar-se logo após as deliberações sociais, uma vez verificados os requisitos dos arts. 103.º, n.º 2, e 101.º-B: consentimento prévio de todos os sócios prejudicados pela operação, e cessação da eventual suspensão do procedimento em resultado da dedução de oposição judicial pelos credores sociais.

A nova redacção do art. 111.º apresenta ainda, uma alteração subtil, no que se refere ao dever de apresentação a registo da fusão ou cisão. Com efeito, a anterior redacção exigia que a apresentação a registo fosse efectuada pela «administração de qualquer das sociedades participantes», enquanto hoje qualquer dos administradores das sociedades pode proceder ao registo definitivo da operação. Clarificam-se, deste modo, quaisquer dúvidas quanto à capacidade e aos poderes dos administradores, afastando-se as regras gerais de representação e vinculação.

Em tudo o mais, e obedecendo escrupulosamente às directivas comunitárias, mantém-se o anterior regime, designadamente no domínio dos efeitos típicos da operação: extinção das sociedades incorporadas; transmissão global de património; e aquisição, pelos sócios das sociedades incorporadas, da qualidade de sócios da sociedade incorporante (art. 112.º, alíneas a) e b)).

## 5 · O PROCEDIMENTO SIMPLIFICADO DE FUSÃO

### 5.1 · A fusão por incorporação de sociedade totalmente detida

Mantendo-se, na generalidade, o regime simplificado de fusão constante do art. 116.º, que autoriza a dispensa de diversos actos ou procedimentos que integram o processo comum de fusão, no caso de incorporação de sociedade totalmente detida na sociedade que detém a totalidade do capital social da sociedade incorporada, constatam-se, ainda assim, alterações de relevo.

Em primeiro lugar, a dispensa das disposições relativas aos órgãos sociais e dos peritos independentes, consagrada no n.º 2 do art. 116.º, passa também a estender-se aos relatórios dos órgãos sociais e peritos da sociedade incorporante, aproveitando-se, finalmente, e integralmente, a permissão constante dos arts. 24.º e 26.º, da Terceira Directiva.

Em segundo lugar, alterou-se profundamente o n.º 3, visando harmonizar estas disposições com as restantes alterações introduzidas.

de acentuada inclinação contratualista. Van Ommeslaghe e Ventura, afirmam mesmo que o papel do projecto é obscuro (cfr. Van Ommeslaghe, «La proposition de troisième directive sur l'harmonisation des fusions de sociétés anonymes», cit., pág. 131; Ventura, Raul, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit., pág. 151).

Parece-nos paradigmática, neste aspecto, a posição de Chaminade, que, reconhecendo, por um lado, que o projecto não passa disso mesmo, acaba por definir a fusão como um contrato, cuja conclusão é efectuada com as deliberações sociais. Cfr. Chaminade, Y., «Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes», in Rev. trim. droit comm., 1970, págs. 26-27. Verifica-se, aliás, ser habitual em alguma doutrina francesa designar o projecto como «traité», ou «convention», por contraposição a contrato. Vide, entre outros, Routier, Richard, Les fusions de sociétés commerciales: Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, Paris, LGDJ (1994), págs. 39-40.

<sup>50</sup> Vide, sobre os §§4 e 13 da UmwG, Lutter, Martin, Umwandlungsgesetz Kommentar, Verlag, Dr. Otto Schmidt, Köln, (1996), págs. 90 e segs., e págs. 210 e segs.

<sup>51</sup> Vide, a este propósito, De Acutis, Maurizio, La Terza direttiva CEE in materia di società per azioni, Riv. Dir. Civ., 1979, cit., pág. 305; LARGO GIL, Rita, La fusion de sociedades mercantiles (Fase preliminar, proyecto de fusion y informes), Madrid, Civitas, 1992, págs. 179 e segs.; MARTIN, Adolfo Sequeira, «El proyecto de fusion como condicionante del ambito de los acuerdos a adoptar por las sociedades participantes en una fusion», cit., pág. 199.

<sup>52</sup> Cit. por Engrácia Antunes, José, Direito das Sociedades Comerciais, Perspectivas do seu Ensino, Almedina, 2000, pág. 81.

No corpo deste número, esclarece-se que a fusão pode ser registada sem prévia deliberação da assembleia geral, desaparecendo qualquer referência à outorga da escritura de fusão.

Na alínea a), por seu turno, eliminou-se a obrigatoriedade do projecto indicar que a escritura de fusão seria outorgada sem prévia deliberação das assembleias gerais. A redacção actual limita-se a exigir que o projecto indique que não haverá deliberação das assembleias gerais desde que as mesmas não sejam convocadas nos termos constantes do art. 116.º, n.º 3, alínea d).

Alterou-se, de igual modo, a alínea b), exigindo-se, para o registo da fusão sem prévias deliberações sociais que a publicação prevista no art. 100.º, seja efectuada, pelo menos, com um mês de antecedência face à data do registo da fusão<sup>53</sup>. Assim, para além de se modificar o momento de referência para contagem do prazo de publicidade —deixou de ser um prazo anterior à data da escritura de fusão, para passar a ser um prazo posterior à realização da publicação—, o próprio prazo de publicidade prévia passou de dois para um mês, corrigindo-se o excesso de zelo do legislador na transposição da Terceira Directiva.

Por fim, verifica-se ter sido ainda alterada a alínea d), no sentido da contagem do prazo de 15 dias, para efeitos de convocação da assembleia geral por parte de sócios detentores de 5%, ou mais, do capital social, se iniciar com a publicação do projecto de fusão, e não terminar, como antes se previa, a 15 dias da data de outorga da escritura pública. Trata-se, em nosso entender, de uma intervenção oportuna, dada a difícil exequibilidade da anterior solução, que sempre exigiria, numa interpretação estrita, que o projecto de fusão fixasse, com grande antecedência, a data de outorga da escritura pública.

A título final, notamos que a eliminação do art. 107.º, resolve uma aparente lacuna do regime anterior. Com efeito, o anterior prazo para dedução de oposição judicial pelos credores pressupunha a existência e a publicação das deliberações que aprovavam a operação. Ora, a partir do momento em que o art. 116.º, n.º 3, admite, verificados determinados requisitos, a dispensa da realização da assembleia

geral das sociedades envolvidas<sup>54</sup>, o art. 107.º era totalmente inútil, não se descortinando em que data se iniciava o prazo de oposição dos credores, ou mesmo se essa oposição devia ter lugar no procedimento simplificado consagrado no art. 116.º<sup>55</sup>. Com a supressão da publicação das deliberações sociais, e consequente «transporte» da fase de oposição dos credores para o período de um mês posterior à publicação das convocatórias, clarificam-se as duas questões, assegurando-se, inquestionavelmente, aquele direito de oposição nos termos comuns.

Note-se, por fim, que estas alterações têm também efeitos na disciplina legal da cisão, uma vez que o art. 116.º opera, também por força da remissão geral operada pelo art. 120.º, no domínio das operações de cisão<sup>56</sup>.

## 5.2 · A fusão por incorporação de sociedade possuída em 90% ou mais (mas não na totalidade)

Para além da modalidade de fusão simplificada prevista no art. 116.º, a Terceira Directiva autoriza, também, a consagração, pelos Estados membros, de uma modalidade de fusão por incorporação de sociedade cujo capital social é possuído em 90% ou mais, mas não na totalidade, pela sociedade dominante (art. 27.º). Esta modalidade permite, entre outros aspectos, dispensar a reunião da assembleia geral da sociedade incorporante (art. 27.º, alínea a)). Noutra variante, os Estados-membros são ainda autorizados a dispensar os relatórios dos órgãos de administração e dos peritos independente, e o direito de consulta de diversa documentação relativa à fusão (arts. 9.º, 10.º e 11.º, aplicáveis *ex vi*, art. 28.º), desde que aos accionistas minoritários seja atribuído um direito potestati-

<sup>54</sup> A assembleia geral da sociedade incorporada está naturalmente dispensada, dado que o respectivo capital social é totalmente detido pela sociedade incorporante...

<sup>55</sup> Com efeito, podia-se invocar, dada a situação de domínio total prévia à fusão, que o legislador entendeu não ser necessário conferir aos credores das sociedades intervenientes um direito de oposição. Para mais quando, segundo alguns, a operação em causa pode ser vista como uma simples modificação contabilística, em que a cifra inscrita no balanço da sociedade incorporante e correspondente ao valor das participações da sociedade incorporada é anulada, sendo, em compensação, integrado no referido balanço o património desta última (Vide, sobre isto, Perez Troya, A., La tutela del accionista en la fusion de sociedades, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pág. 238, referindo-se, porém, à ausência de consequências para os sócios, sem analisar a posição dos credores).

<sup>56</sup> Ventura, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit, págs. 362 e 365-366.

<sup>53</sup> No caso do procedimento simplificado com dispensa de reunião de assembleias gerais, esta publicação converte-se em aviso dirigido aos credores, através do qual aqueles tomam conhecimento do registo do projecto e do seu direito de oposição (cfr. art. 100, n.º 3, e art. 116.º, n.º 3, alínea b), do CSC).

vo de alienação das suas participações a favor da sociedade incorporante, mediante o pagamento do respectivo valor (art. 28.º, alíneas a) a c)).

O legislador português não tem, no entanto, mostrado grande favor por esta modalidade de fusão<sup>57</sup>, apesar da mesma representar, no nosso entendimento, uma «inevitabilidade» do direito das sociedades. Perdeu-se, neste sentido, uma importante oportunidade para introduzir no nosso ordenamento esta modalidade de fusão simplificada, de tramitação célere (relembre-se o desígnio da reforma...), contrariamente, por exemplo, ao que sucedeu em Itália, por ocasião da recente reforma do *Codice Civile*<sup>58</sup>, onde nasceu no novo art. 2505-bis, a «incorporazione di società possedute al novanta per cento».

## 6 · A NULIDADE DA FUSÃO

No âmbito do apertado regime da nulidade da fusão (art. 117.º), aplicável à cisão por força da remissão operada pelo art. 120.º, não foi introduzida nenhuma alteração.

O projecto de decreto-lei que viria a dar origem ao Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, previa, no entanto, a alteração do n.º 1 do art. 117.º para a seguinte redacção: «a nulidade da fusão só pode ser declarada por decisão judicial, com fundamento na falta de observância da forma legalmente exigida, na ausência de deliberação das assembleias gerais das sociedades participantes, quando esta seja obrigatória, ou na prévia declaração de nulidade ou anulação de alguma destas deliberações».

<sup>57</sup> Como aliás o atesta a insistência pela solução do art. 104.º, n.º 1, inédito na generalidade dos ordenamentos europeus, e que determina, para efeitos de cálculo da maioria necessária para a aprovação do projecto, que, sempre que «alguma das sociedades possuir participação no capital de outra, não pode dispor de número de votos superior à soma dos que competem a todos os outros sócios». Esta norma, que não tem qualquer correspondência na Terceira Directiva, resulta do aperfeiçoamento do art. 7.º do Decreto-Lei n.º 598/73, de 7 de Novembro, e visa, nas palavras do Prof. Raul Ventura, «impedir que, pelo seu poder de voto na assembleia de uma sociedade interveniente de uma fusão, outra sociedade, também interveniente, venha a dominar todo o processo de fusão» (Ventura, Raul, Fusão, Cisão, Transformação de Sociedades, cit. pág. 124).

<sup>58</sup> Trata-se da reforma introduzida pelo Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 6, também designada por Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, e que visou, entre outras coisas, «simplificar e precisar o procedimento, em obediência, no que se refere às sociedades de capital, pela [3.ª] directiva comunitária». Sobre a reforma em si, vide Bergamo, Elio / Tiburzi, Pierluigi, Le nuove trasformazioni. Fusioni. Scissioni, Giuffrè (2005), págs. 220 e segs.

Ao recuar nesta proposta, o legislador manteve a falta da escritura pública no elenco das causas de nulidade, o que, numa interpretação literal rigorosa, equivale a sancionar como tal todas as operações de fusão ou cisão executadas sem outorga de escritura pública... Por outro lado, adiou-se também uma solução expressa para a inexistência de deliberações sociais, seja porque a fusão ou cisão se processa nos termos comuns, seja porque o procedimento simplificado previsto no art. 116.º foi incorrectamente utilizado, ou ainda porque no âmbito do procedimento simplificado, a sociedade não atendeu ao requerimento dos sócios apresentado nos termos da alínea d) do n.º 3 do art. 116.º<sup>59</sup>.

Disto tinha o legislador conhecimento, visto que a proposta de alargamento do elenco de causas de nulidade da fusão à «ausência de deliberação das assembleias gerais das sociedades participantes, quando esta seja obrigatória», era sua. Porque recuou, ignoramos.

## 7 · CONCLUSÃO

Servindo indubitavelmente de estímulo, abalando e repensando soluções jurídicas com duas décadas de vigência, a recente reforma de disciplina legal das operações de fusão e de cisão fica aquém do que lhe seria, sempre, exigido. Por um lado porque, tratando-se de uma reforma de cariz predominantemente procedimental, vem afinal impor ao intérprete, de forma algo precipitada, uma reconstrução de conceitos não visados pelo legislador. Por outro porque, tendo por objecto um dos fenómenos jurídicos mais ricos e complexos coberto pelo direito societário, sempre se exigia que o legislador tivesse em conta a experiência de outros ordenamentos e as mais recentes orientações e conclusões internacionais neste matéria. É provável, portanto, que a esta reforma se siga nova revisão, de natureza tópica. E assim sendo, o presente artigo poderia, muito bem, designar-se «Prolegómenos de uma reforma».

<sup>59</sup> Aparentemente, resta-nos, neste âmbito, entender que a eficácia sanadora do registo da fusão não opera quanto à fusão inexistente. Segundo Scognamiglio, G., «Sulla inesistenza giuridica del negozio di fusione», cit., págs. 1027 e segs., que aborda a questão no direito italiano, a operação de fusão que omite a fase deliberativa, não preenche o *facti species* da fusão, pelo que não pode ser objecto da disciplina jurídica da fusão ou produzir quaisquer efeitos. Com efeito, sendo a fusão um negócio que pressupõe uma deliberação social e um contrato, não podendo o órgão de administração celebrar este em nome e representação dos sócios sem que os mesmos tenham, previamente, e em assembleia geral, aprovado a operação, o registo não têm eficácia sanadora; este efeito só opera quanto a negócios existentes que, padecendo de determinados vícios, sofrem de nulidade ou anulabilidade.