CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO
apresentadas em 30 de Janeiro de 1991 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. No presente processo, o Tribunal de Justiça é chamado a interpretar algumas disposições da Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.° do Tratado, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade.[1] (a seguir «segunda directiva»).

2. Resumirei sumariamente o enquadramento legal nacional e os antecedentes dos processos principais.

A Lei helénica n.° 1386/1983, de 5 de Agosto de 1983[2], criou a «Organismos Oikonomikis Anasygkrotiseos Epichirisseon» (Organização para a Reestruturação das Empresas, a seguir «OAE»), sociedade anónima de capitais inteiramente públicos e cujo objectivo é contribuir para o desenvolvimento económico e social do país. Para esse fim, a OAE pode, nomeadamente, assumir a administração e a gestão corrente das empresas submetidas a operações de saneamento financeiro ou nacionalizadas. Nos termos do artigo 8.°, n.° 8, da lei, durante o período de administração provisória, a OAE pode, nomeadamente, decidir aumentar o capital social da empresa em causa, em derrogação às normas legais em vigor para as sociedades anónimas relativas à competência exclusiva da assembleia geral nesta matéria. Os antigos accionistas conservam, no entanto, um direito de preferência, que deverá ser exercido dentro de um certo prazo.

A Lei n.° 1386/1983 foi objecto da Decisão 86/167/CEE da Comissão, de 7 de Outubro de 1987[3], adoptada no âmbito do processo previsto pelo artigo 93.° do Tratado CEE. Nessa decisão, o executivo comunitário declarava não ter objecções a apresentar quanto à aplicação da lei desde que, entre outros aspectos, o Governo helénico alterasse as normas relativas ao aumento de capital para as tornar compatíveis com o disposto nos artigos 25.°, 26.°, 29.° e 30.° da segunda directiva. A 7 de Março de 1989, a Comissão deu início ao processo previsto no artigo 169.° do Tratado CEE, com fundamento na violação, por parte da República Helénica, das obrigações para ela decorrentes da segunda directiva. A 10 de Março de 1990, o Parlamento helénico votou finalmente a Lei n.° 1882/1990[4], que altera o diploma precedente precisamente quanto à questão controvertida e no sentido pretendido pela Comissão.

* Língua original: italiano.

1 — JO 1977, L 26, p. 1; EE 17 F1 p. 44.

2 — *Jornal do Governo* n.° 107 de 8.8.1983, p. 1926.

3 — JO L 76, p. 18.

4 — *Diário do Governo* n.° 43/A de 23.3.1990.

3. Os recorrentes no processo principal são accionistas da Klostiria Velka AE, sociedade submetida ao regime da Lei n.° 1386/1983 por decisão de 14 de Dezembro de 1983[5] do secretário de Estado da Indústria, Energia e Tecnologia. A 28 de Maio de 1986, a OAE, que tinha assumido a gestão da sociedade, decidiu, com base no citado artigo 8.°, n.° 8, aumentar o capital social, que era de cerca de 200 milhões de DR, em cerca de 400 milhões. A decisão foi ratificada pelas autoridades helénicas pelo Despacho n.° 162 de 6 de Junho de 1986[6].

O Conselho de Estado, ao qual os recorrentes se dirigiram para requerer a anulação da decisão de ratificação do aumento do capital social, por considerarem que esta violava a Constituição helénica e a segunda directiva, julgou improcedentes, por infundadas, as alegações relativas à inconstitucionalidade, mas decidiu, simultaneamente, suspender o processo para submeter ao Tribunal de Justiça três questões prejudiciais relativas à interpretação da regulamentação comunitária em causa.

4. Na primeira questão, o juiz *a quo*, referindo-se implicitamente à jurisprudência constante do Tribunal de Justiça em matéria de efeito directo das directivas, pergunta se as disposições conjugadas dos artigos 25.° e 41.°, n.° 1, e do artigo 42.° da segunda directiva não estão sujeitas a condições deixadas à apreciação dos Estados-membros e são suficientemente precisas, por forma a que um particular as possa invocar contra a administração, perante um tribunal nacional, alegando a incompatibilidade da disciplina decorrente de um determinado diploma legal com aquelas normas.

Deixo, por agora, de lado, a questão do eventual efeito directo do artigo 42.°, reservando-me a possibilidade de voltar ao assunto na parte final das minhas conclusões. Todavia, no que concerne ao artigo 25.° da segunda directiva, deve observar-se que este estabelece, em termos extremamente claros e precisos, um princípio de carácter geral relativamente aos aumentos de capital das sociedades anónimas, ao dispor no seu n.° 1, que «os aumentos de capital são deliberados pela assembleia geral». Esta norma não é contrariada pelo preceituado no número seguinte, que dispõe que os estatutos, o acto constitutivo ou a própria assembleia geral podem autorizar o aumento de capital subscrito até um certo montante, que eles próprios fixam, sem prejuízo da observância do montante máximo eventualmente fixado na lei. O n.° 2 prevê, de facto, uma derrogação pontual e claramente delimitada ao princípio da atribuição à assembleia geral de competência exclusiva para as deliberações de aumento de capital, excluindo, por isso mesmo, a possibilidade de derrogação desse princípio pelo legislador nacional, fora dos casos expressamente previstos. A derrogação constante do n.° 2 não é, pois, susceptível de impedir o efeito directo do n.° 1 do artigo 25.°

5. As mesmas razões valem para o artigo 41.° da segunda directiva, nos termos do qual os Estados-membros podem derrogar o artigo 25.°, se tal for necessário para a adopção ou aplicação de medidas que visem favorecer a participação dos trabalhadores ou de outras categorias de pessoas determinadas pela lei nacional, no capital das empresas. Se é verdade que esta disposição confere às autoridades nacionais o poder

5 — *Diário do Governo* n.° 725 de 14.12.1983.
6 — *Diário do Governo* n.° 374 de 10.6.1986.

discricionário de derrogar o princípio estabelecido no artigo 25.°, não é menos verdade que essa possibilidade está taxativamente limitada àquela previsão, ou seja, aos casos em que se pretende favorecer a participação popular no capital das empresas, facilitando a aquisição de acções por algumas categorias de pessoas, especialmente pelos trabalhadores.

O fim visado pela norma resulta também, para além da referência expressa aos trabalhadores, do facto de ela permitir igualmente que seja derrogado o artigo 9.°, n.° 1 e o artigo 26.°, nos termos dos quais as acções emitidas como contrapartidas de entradas em capital devem ser liberadas em proporção não inferior a 25 % do seu valor nominal. Por esta via pretende-se, de facto, facilitar a aquisição de acções nomeadamente por sectores sociais que, normalmente, não dispõem de somas significativas.

O artigo 41.° não autoriza, pois, os Estados-membros a limitarem *ad nutum* o alcance do princípio expresso no artigo 25.°, antes se limita a estabelecer uma faculdade de derrogação precisa, com um objectivo determinado de política social. A própria referência a «outras categorias de pessoas» deve, assim, ser entendida como respeitando a associações de trabalhadores ou outras pessoas jurídicas que, de algum modo, se proponham favorecer a aquisição de acções pela pequena poupança e não, evidentemente, a institutos de crédito ou quaisquer outras pessoas colectivas de direito público ou privado, independentemente do fim por estas prosseguido. O alcance do artigo 41.° não pode constituir obstáculo ao efeito directo do artigo 25.°, fora dos casos expressamente previstos.

6. Com a segunda questão, o tribunal de reenvio pretende saber se fica abrangida no âmbito de aplicação do artigo 25.° da segunda directiva e, em caso de resposta positiva, em que medida é conciliável com as disposições conjugadas do referido artigo 25.° e do artigo 41.°, n.° 1, uma norma legal que não regule, como regime jurídico fundamental, a matéria dos aumentos de capital das sociedades anónimas, mas que vise fazer face à situação excepcional em que se encontram, por causa de um excessivo endividamento, certas empresas de particular importância para a colectividade, do ponto de vista económico e social, prevendo igualmente, com o objectivo de garantir a sua sobrevivência e a continuação da sua actividade, a possibilidade de decidir, por acto administrativo, o aumento do capital social, ficando, no entanto, garantido o direito de preferência dos antigos accionistas aquando da emissão de novas acções.

A primeira parte da questão diz respeito ao âmbito de aplicação do artigo 25.° da segunda directiva. Efectivamente, como decorre da decisão de reenvio, o Conselho de Estado helénico está inclinado a considerar que não cabe no âmbito de aplicação daquela norma uma lei nacional que não discipline especificamente os casos de aumento do capital das sociedades, mas que constitui uma lei-medida destinada a fazer face a situações excepcionais em que se encontram algumas empresas, por causa do seu excessivo endividamento.

Direi, desde já, que não posso concordar com este ponto de vista. A segunda directiva tem de facto o objectivo específico de assegurar um mínimo de equivalência na protecção que é garantida aos accionistas. Ora, admitir que um Estado possa, através de uma legislação especial ou excepcional, derrogar as disposições estabelecidas com aquele objectivo por uma fonte comunitária significaria atentar seriamente contra o sis-

tema de garantia que a norma teve como objectivo assegurar, comprometendo a uniformidade do nível mínimo de protecção dos accionistas.

Nenhum elemento textual ou lógico leva a admitir que o legislador comunitário tenha pretendido limitar o alcance do artigo 25.° às empresas isentas de dificuldades, deixando aos Estados-membros a liberdade de adoptarem disposições especiais e derrogatórias relativamente a situações de crise. Pelo contrário, a segunda directiva contempla expressamente tal hipótese, mas sem mencionar a eventual possibilidade de derrogação de outras normas da directiva e limitando-se a prescrever que, em caso de diminuição grave do capital subscrito, a assembleia geral seja convocada, no prazo previsto pela legislação nacional, para avaliar da necessidade de dissolver a sociedade ou de tomar outras medidas.

7. Por outro lado, no próprio Tratado CEE, sempre que se quis autorizar os Estados-membros a adoptarem medidas especiais, com o objectivo de salvaguardarem interesses vitais, tal possibilidade foi expressamente prevista e, em geral, foram definidos mecanismos adequados de controlo destinados a evitar abusos[7].

É de facto evidente que, se considerássemos cada norma do direito comunitário sujeita a uma reserva geral relativamente a acontecimentos excepcionais, nos arriscávamos a comprometer a força vinculativa e a aplicação uniforme do próprio direito comunitário[8].

Para confirmar o entendimento normativo segundo o qual eventuais faculdades de derrogação são expressamente formuladas, lembrarei que a Directiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de Outubro de 1978, relativa à fusão das sociedades anónimas[9] autoriza, através de uma disposição expressa, os Estados-membros a não aplicarem as normas da directiva, quando, relativamente a uma ou mais sociedades em vias de incorporação ou extinção, estejam em curso processos de falência, de concordata ou qualquer outro processo análogo (artigo 1.°, n.° 3).

A ausência de previsões similares na segunda directiva deve induzir a considerar que o legislador comunitário teve como objectivo conferir o mais amplo alcance à norma que reserva à assembleia geral a competência para decidir aumentos de capital, precisamente em consideração dos sérios efeitos que uma tal alteração poderia ter na própria estrutura das sociedades.

8. Quanto à possibilidade de a lei nacional em causa poder enquadrar-se nos casos de derrogação expressamente previstos no artigo 41.° da segunda directiva, deve dizer-se que, da análise do texto da Lei n.° 1386/1983, decorre que a transferência de acções, em especial para os trabalhadores ou para as suas organizações representativas, para as autarquias locais ou para outras pessoas colectivas de direito público, para instituições de beneficência, para organizações sociais ou para particulares (artigo 2.°, n.° 3) representa apenas uma das possibilidades e uma das acções possíveis da OAE e não o objectivo principal da sua actividade. Esta disposição não é, pois, susceptível de

7 — Ver, em especial, os artigos 36.°, 48.°, n.os 3 e 4, 73.°, n.° 2, 92.°, n.° 3, 100.°-A, n.° 4, 108.°, 109.°, 223.°, 224.° e 226.°

8 — Ver, neste sentido, o acórdão de 15 de Maio de 1986, Johnston, n.° 26 (222/84, Colect., p. 1651).

9 — JO L 295, p. 36; EE 17 F1 p. 76.

pôr a legislação em causa em conformidade com as normas da segunda directiva.

E, o facto de o Governo helénico ter modificado a referida legislação, precisamente quanto ao aspecto que nos ocupa constitui, se se quiser, uma confirmação posterior, ainda que por si só não decisiva, das considerações que temos vindo a expor.

9. As conclusões a que cheguei acerca da interpretação das normas em causa dispensam-me de analisar a questão relativa ao efeito directo do artigo 42.° da segunda directiva, tal como a terceira questão respeitante à interpretação da mesma norma [10].

10. Antes de concluir, deter-me-ei brevemente sobre o pedido, apresentado em especial pelo Governo helénico, de limitar eventualmente o alcance temporal da decisão do Tribunal.

A este respeito quero, em primeiro lugar, lembrar que, segundo a jurisprudência do Tribunal, «a interpretação de uma norma de direito comunitário, no exercício da competência atribuída pelo artigo 177.° do Tratado, esclarece e precisa, quando tal se revelar necessário, o significado e o alcance da norma, tal como deve ou devia ter sido entendida e aplicada desde a sua entrada em vigor. Daí resulta que a norma interpretada pode e deve ser aplicada pelos tribunais mesmo a relações jurídicas nascidas e constituídas antes do acórdão interpretativo se, quanto ao resto, estiverem reunidas as condições que permitam submeter ao tribunal competente um litígio relativo à aplicação da norma em causa» [11].

Só por via de excepção poderia o Tribunal de Justiça ser levado, com base num princípio geral de certeza do direito, inerente ao ordenamento jurídico comunitário, e tendo em conta os graves inconvenientes que o seu acórdão poderia provocar retroactivamente nas relações jurídicas estabelecidas de boa-fé, a limitar a possibilidade de os interessados fazerem valer a disposição assim interpretada para porem em causa tais relações jurídicas [12].

O Tribunal de Justiça fez uso dessa faculdade em casos bem precisos, ou seja, em casos de risco de graves repercussões económicas devidas, em particular, ao elevado número de relações jurídicas constituídas de boa-fé com base na regulamentação considerada como estando validamente em vigor, bem como na consideração de que os particulares e as autoridades nacionais poderiam ter sido induzidos a um comportamento não conforme com a regulamentação comunitária em virtude de uma incerteza objectiva e relevante quanto ao alcance das disposições comunitárias, incerteza para a qual poderia

10 — Pela terceira questão prejudicial, o Conselho de Estado pretendia saber se uma regulamentação como a da Lei n.° 1386/1983, que não dispõe que o preço de emissão das novas acções seja fixado pela administração com base no património líquido de empresa, objectivamente determinado, e no valor real das antigas acções, mas que, pelo contrário, deixa à administração o cuidado de fixar esse preço para, deste modo, tornar possível a necessária e imediata afluência de capitais à sociedade que, devido à sua difícil situação, perdeu a confiança do público, garantindo no entanto o direito de preferência dos antigos accionistas aquando da emissão de novas acções, é compatível com o artigo 42.° da segunda directiva, que impõe aos Estados-membros que assegurem a igualdade de tratamento dos accionistas que se encontrem em situações idênticas.

11 — Acórdão de 27 de Março de 1980, Denkavit italiana, n.° 16 (61/79, Recueil p. 1205); acórdão de 27 de Março de 1980, Salumi, n.° 9 (66/79, 127/79 e 128/79, Recueil, p. 1237).

12 — Acórdãos Denkavit italiana (Já citado nota 11), n.° 17; Salumi (já citado nota 11), n.° 10.

eventualmente ter contribuído o comportamento de outros Estados-membros ou da Comissão [13].

Por outro lado, mesmo nesse caso, o Tribunal ressalvou sempre os direitos dos particulares que, antes da publicação do acórdão, tinham intentado uma acção judicial ou apresentado uma reclamação semelhante.

No caso em apreço, não vejo que haja qualquer elemento, nem no plano da interpretação da norma nem relativamente ao número de pessoas afectadas, capaz de justificar uma derrogação ao princípio da retroactividade dos acórdãos interpretativos. Sugiro, portanto, ao Tribunal que se atenha aos rigorosos critérios que inspiraram a sua precedente jurisprudência nesta matéria e que não limite no tempo o alcance da sua decisão.

11. À luz das considerações desenvolvidas, proponho que se responda às questões postas pelo Conselho de Estado helénico da forma seguinte:

«1) As disposições conjugadas do artigo 25.° e do artigo 41.°, n.° 1, da Directiva 77/91/CEE do Conselho são incondicionais e suficientemente precisas, por forma a que um particular possa invocá-las contra a administração, perante um tribunal nacional, alegando que a disciplina que resulta de uma norma legal nacional é incompatível com aquelas.

2) As disposições conjugadas do artigo 25.° e do artigo 41.°, n.° 1, da Directiva 77/91/CEE do Conselho devem ser interpretadas no sentido de que obstam à aplicação de uma lei que, destinada a disciplinar a gestão de empresas em crise, permite que o aumento do capital social seja decidido por acto administrativo, sem deliberação da assembleia geral, embora mantendo o direito de preferência dos antigos accionistas.»

13 — Acórdão de 17 de Maio de 1990, Barber, n.os 40 a 45 (262/88, Colect., p. I-1889); acórdão, de 2 de Fevereiro de 1988, Blaizot, n.os 25 a 35 (24/86, Colect; , p. 379); acórdão de 8 de Abril de 1976, Defrenne, n.os 69 a 75 (43/75, Recueil, p. 455).