CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 4 Fevereiro de 1998 *

1. Nas duas questões prejudiciais objecto do presente processo, submetidas pelo Efeteio — Athina, o Tribunal de Justiça é chamado a pronunciar-se sobre a possibilidade de invocar o abuso de direito relativamente a uma posição jurídica subjectiva atribuída pelo direito comunitário. Mais precisamente, o tribunal *a quo* pergunta se o princípio do abuso de direito, tal como configurado num determinado sistema nacional, pode aplicar-se também nas hipóteses em que o direito invocado é atribuído por disposições comunitárias; e ainda, em caso de resposta negativa, se no caso em apreço existem as condições (comunitárias) que permitem estabelecer que o direito em causa foi exercido de forma abusiva.

O litígio no processo principal, é bom esclarecê-lo de imediato, enquadra-se no contencioso surgido na Grécia a propósito da interpretação e da aplicação, relativamente a situações de facto relativas a empresas em crise, do artigo 25.° da segunda 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 social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade [1] (a seguir «segunda directiva»).

Tal contencioso é bem conhecido deste Tribunal, que já teve ocasião de se pronunciar várias vezes e com extrema clareza no sentido de que o artigo 25.° da segunda directiva se aplica também às empresas em crise submetidas a regime especial [2]. No presente processo, o Tribunal de Justiça é, portanto, chamado essencialmente a estabelecer se a interpretação por ele dada ao artigo 25.° da segunda directiva pode ser desatendida — e em que condições — quando ocorram os pressupostos estabelecidos pelo direito interno para poder invocar utilmente o abuso de direito. Quanto a tal questão, aliás, o Tribunal de Justiça teve já ocasião de pronunciar-se, ainda que a título incidental, no acórdão Pafitis e o. [3].

O enquadramento normativo e jurisprudencial

— *A regulamentação comunitária*

2. Basta recordar que o artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva prevê que «Qualquer

* Língua original: italiano.

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

2 — V. acórdãos de 30 de Maio de 1991, Karella e Karellas (C-19/90 e C-20/90, Colect., p. I-2691); de 24 de Março de 1992, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e o. (C-381/89, Colect., p. I-2111); de 12 de Novembro de 1992, Kerafina-Keramische und Finanz-Holding e Vioktimatiki (C-134/91 e C-135/91, Colect., p. I-5699), e de 12 de Março de 1996, Pafitis e o. (C-441/93, Colect., p. I-1347).

3 — Citado na nota precedente, n.^{os} 67 a 70.

aumento do capital deve ser deliberado pela assembleia geral. Esta deliberação, bem como a realização do aumento do capital subscrito, devem ser objecto de publicidade, a efectuar segundo os modos previstos pela legislação de cada Estado-Membro, nos termos do artigo 3.° da Directiva n.° 68/151/CEE».

— *A regulamentação nacional*

3. Com a Lei n.° 1386, de 5 de Agosto de 1983 [4], foi instituído na Grécia o Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Ephiriseon AE (organismo para a reestruturação das empresas, a seguir «OAE»), uma sociedade por acções cujo capital é subscrito inteiramente pelo Estado e cujo escopo é contribuir para o desenvolvimento económico e social do país (artigo 2.°, n.° 2). Para tal efeito, o OAE pode, entre outras coisas, assumir a administração e a gestão corrente de empresas em vias de saneamento ou nacionalizadas, adquirir participações no capital de empresas, conceder empréstimos, emitir obrigações e transferir acções para entidades públicas e privadas (artigo 2.°, n.° 3).

Segundo o artigo 8.°, n.° 8, dessa lei, durante a administração provisória o OAE pode também decidir aumentar o capital da sociedade em causa; em derrogação da regulamentação geral sobre sociedades anónimas, que prevê a competência exclusiva da assembleia. Os antigos accionistas conservam todavia o direito de preferência na aquisição das novas acções, direito que deve ser exercido dentro do prazo fixado na decisão ministerial que autoriza o aumento de capital.

4. Particular importância assume, além disso, para os efeitos que interessam o artigo 281.° do Código Civil grego, segundo o qual «o exercício de um direito é proibido se exceder manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pela finalidade social ou económica desse direito». De facto, é precisamente prevalecendo-se dessa norma que o Estado helénico põe em questão a possibilidade de invocar o artigo 25.° da segunda directiva no caso em apreço.

— *A jurisprudência na matéria*

5. O Tribunal de Justiça, como já foi referido, teve ocasião de esclarecer o alcance e os efeitos do artigo 25.° da segunda directiva justamente em relação à regulamentação helénica já referida. Solicitado a intervir a título prejudicial no âmbito de diversos processos instaurados por accionistas das sociedades a seguir a aumentos de capitais realizados por via administrativa, o Tribunal de Justiça declarou, na verdade, que a competência para as modificações de capital social

4 — *Jornal Oficial da República Helénica* n.° 107, de 8 de Agosto de 1983, p. 14. As disposições da Lei n.° 1386/1983 foram mais tarde alteradas pela Lei n.° 1882/1990 (*Jornal Oficial da República Helénica* n.° A 43, de 23 de Março de 1990), com vista a dar cumprimento às normas da segunda directiva, em particular aos artigos 25.° e 29.° A situação de facto que aqui nos ocupa — limitamo-nos a recordá-lo — é regulada pelas disposições helénicas em vigor antes das alterações introduzidas pela Lei n.° 1882/1990.

cabe de forma exclusiva à assembleia dos accionistas. Mais particularmente, o Tribunal de Justiça afirmou, por um lado, que o artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva tem efeito directo [5] e, por outro, que essa norma se opõe à aplicação de uma regulamentação nacional que, com a finalidade de garantir o saneamento de sociedades em crise, estabelece que o aumento de capital social possa ser decidido por acto adminsitrativo e sem deliberação da assembleia geral [6], mesmo quando seja reconhecido aos accionistas um direito de preferência na subscrição das acções a emitir [7]. O objectivo de garantir um nível mínimo de protecção dos accionistas em todos os Estados-Membros, objectivo principal da segunda directiva, ficaria, de facto, «gravemente comprometido se os Estados-Membros pudessem derrogar o disposto na directiva, mantendo em vigor normas legais, mesmo qualificadas de especiais ou de excepcionais, que permitissem decidir, por via administrativa e independentemente de qualquer deliberação da assembleia geral dos accionistas, aumentos de capital social que obrigassem os antigos accionistas quer a aumentar as suas entradas, quer a aceitar a entrada na sociedade de novos accionistas, reduzindo assim a sua participação no poder de decisão da sociedade» [8].

Por outras palavras, como já tive ocasião de observar nas conclusões relativas ao processo Pafitis e o. [9], o Tribunal de Justiça esclareceu que, nem sequer com base numa regulamentação especial que vise o saneamento das sociedades em crise, a assembleia geral dos accionistas pode ser privada do poder mais «íntimo» e irrenunciável: o de alterar a consistência do capital, isto é, do património da sociedade e ao mesmo tempo dos próprios accionistas.

6. No acórdão Pafitis e o., por outro lado, o Tribunal de Justiça especificou também, que, mesmo na ausência de uma questão específica a este respeito, «haveria atentado contra a aplicação uniforme do direito comunitário... se um accionista que se prevalece do artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva fosse reputado abusar do seu direito pelo simples motivo de que é um accionista minoritário de uma sociedade sujeita a um regime de saneamento ou que teria beneficiado do saneamento da sociedade. Com efeito, dado que o artigo 25.°, n.° 1, se aplica indistintamente a todos os accionistas e independentemente do resultado de um eventual processo de saneamento, o facto de qualificar uma acção baseada no artigo 25.°, n.° 1, de abusiva por semelhantes motivos equivaleria a modificar o alcance desta disposição» [10].

Tal esclarecimento torna-se necessário na medida em que, como emergia do próprio despacho de reenvio, a decisão do tribunal comunitário, e a interpretação do artigo 25.° que nela foi feito, teria ficado inaplicada se o

5 — Acórdãos Karella e Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e o. e Kerafina-Keramische und Finanz-Holding e Vioktimatiki (citados na nota 2), respectivamente n.os 23, 38 e 18.

6 — Acórdãos Karella e Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e o. e Kerafina-Keramische und Finanz-Holding e Vioktimatiki (citados na nota 2), respectivamente n.os 36, 37 e 18.

7 — Acórdãos Karella e Karellas e Kerafina-Keramische (citados na nota 2), respectivamente n.os 36 e 18.

8 — Acórdãos Karella e Karellas, Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e o. e Pafitis e o. (citados na nota 2), respectivamente n.os 26, 33 e 39.

9 — Conclusões apresentadas em 9 de Novembro de 1995 (Colect. 1996, p. I-1349, n.° 13).

10 — Acórdão Pafitis e o. (citado na nota 2), n.° 70.

tribunal nacional chegasse à conclusão de que, no caso em apreço, existiam as condições previstas pelo direito nacional para decidir no sentido de que o direito conferido pelo artigo 25.° fora exercido de maneira abusiva. Ainda antes de excluir que tal se verificasse no caso em apreço, o Tribunal de Justiça sublinhou do mesmo modo expressamente que não era necessário «pronunciar-se sobre se é permitido, no âmbito da ordem jurídica comunitária, aplicar uma norma nacional a fim de apreciar se um direito conferido pelas disposições comunitárias em causa é exercido de maneira abusiva»; com a advertência, todavia, de que «a execução de tal norma não pode atentar contra o pleno efeito e a aplicação uniforme das disposições comunitárias nos Estados-Membros» [11].

Os factos e as questões prejudiciais

7. O processo *a quo* surge da iniciativa de alguns accionistas cujo objectivo é obter a anulação, na medida em que foram adoptadas em violação do artigo 25.° da segunda directiva, as medidas ministeriais que decidiram o aumento do capital social. Trata-se, desta vez, dos accionistas da sociedade anónima Athinaïki Chartopoïïa AE, sociedade submetida, a partir de 30 de Março de 1984, ao regime da Lei n.° 1386/1983. Em 28 de Maio de 1986, o OAE, que assumiu a sua gestão, decidiu — no quadro da administração provisória e em aplicação do disposto no artigo 8.°, n.° 8, da lei — aumentar o capital social em 940 000 000 DR. Pela decisão n.° 153, de 6 de Junho de 1986, o ministro da Indústria, da Investigação e da Tecnologia aprovou o aumento de capital e definiu as suas modalidades, prevendo, em particular, o direito de preferência na aquisição das novas acções a favor dos accionistas, direito a ser exercido dentro de um mês após a publicação da decisão no Jornal Oficial.

Os recorrentes não usaram o direito em questão. Consideraram, na verdade, que o aumento de capital, decidido nas modalidades acabadas de recordar, era contrário ao disposto no artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva. Intentaram, portanto, em 10 de Novembro de 1987, uma acção perante o Polymeles Protodikeio Athinion (tribunal de grande instância de Atenas) para obter a declaração de nulidade do aumento do capital social. Tal acção foi julgada improcedente pelo acórdão n.° 5136 de 1988.

8. Os accionistas em causa interpuseram recurso desse acórdão, em 28 de Junho de 1989, para o Efeteio — Athina. Este último, pela decisão n.° 5943 de 1994, revogou a decisão do tribunal de primeira instância, porque estava manifestamente em contradição com a jurisprudência comunitária na matéria [12]. Pela mesma decisão, e antes de se

11 — Acórdão Pafitis e o. (citado na nota 2), n.° 68.

12 — Baseando-se em tal jurisprudência, o próprio tribunal *a quo* sublinhou, de facto, no despacho de reenvio, que o artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva proíbe um aumento de capital tal como o decidido na sociedade Athinaïki Chartopoïïa AE. Mais precisamente, esse tribunal salientou que resulta da jurisprudência comunitária na matéria que a norma em questão «está redigida em termos claros e exactos e estabelece, sem condições, uma regra que define o princípio geral de que a competência para decidir de um aumento de capital incumbe à assembleia geral de accionistas e não a terceiros estranhos à assembleia, como é o caso do ministro, cujas decisões são inválidas e não criam, em princípio, obrigações na esfera de pessoas singulares ou colectivas abrangidas por essa regulamentação».

pronunciar definitivamente, o Efeteio impôs além disso ao Estado helénico, que havia suscitado a questão do abuso de direito, o ónus da prova do exercício abusivo da acção de nulidade pelos accionistas, ao abrigo do artigo 25.° da segunda directiva. Na opinião do tribunal nacional, portanto, a norma geral consagrada no artigo 281.° do Código Civil grego, que sanciona o exercício abusivo de um direito, seria susceptível de ser aplicada também nas hipóteses em que a norma invocada em tribunal seja de origem comunitária.

9. Uma vez resumida a causa, o Efeteio procedeu à apreciação das provas fornecidas pelo Estado helénico em relação ao pretenso exercício abusivo do direito conferido aos accionistas pelo artigo 25.° da segunda directiva e chegou, com base nelas, à conclusão de que as condições previstas no artigo 281.° do Código Civil estavam, no caso em apreço, preenchidas. O tribunal *a quo* considerou, de facto, que o exercício do direito por parte dos accionistas recorrentes era abusivo, porque em evidente contradição com os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pela finalidade socioeconómica do direito em questão.

Na opinião do tribunal, isto estava demonstrado por uma série de elementos, alguns de carácter objectivo e outros de carácter subjectivo, extremamente indiciadores. Em particular, o tribunal nacional faz referência à catastrófica situação económica em que se encontrava a sociedade, seguramente destinada à falência [13]; às evidentes vantagens que os próprios recorrentes obtiveram graças à intervenção governamental de saneamento [14]; e ainda à circunstância de tais recorrentes não terem usado o direito de preferência na subscrição das acções emitidas subsequentemente ao saneamento.

10. O mesmo tribunal interroga-se, todavia, sobre a questão de saber se tal colocação do problema pode ser considerada correcta do ponto de vista do direito comunitário. Em seu entender, as indicações fornecidas pelo Tribunal de Justiça a este propósito no acórdão Pafitis e o. deixam a questão em aberto, no sentido de que não ficou claro a quem (tribunal nacional ou tribunal comunitário), e com base em normas e/ou princípios de que ordenamento (interno ou comunitário), cabe a competência para apreciar se o titular de um direito atribuído por uma disposição comunitária o exerceu de maneira abusiva.

13 — Quanto a este ponto, no despacho de reenvio lê-se que «a Athinaiki Chartopoïia AE na altura em que foi submetida ao regime especial da Lei n.° 1386/1983... tinha dívidas já vencidas aos bancos e a vários outros credores num montante global de cerca de 17 203 894 160 DR, fazia face a um problema agudo de liquidez devido ao elevado grau de endividamento, carecia de capitais próprios e o seu activo não era suficiente para fazer face às suas obrigações. A diferença em relação ao património existente era da ordem de 3500 milhões de DR pelo menos. Por conseguinte, mesmo que se liquidasse esse património pelos melhores preços possíveis do mercado, as dívidas no montante acima referido continuariam a não ser pagas».

14 — Em particular, o tribunal nacional salienta no despacho de reenvio que «o valor das acções nessa altura era, objectivamente, negativo, ao passo que o aumento de capital em 940 000 000 DR por parte do OAE e a consequente transformação em acções das dívidas permitia a melhoria dos negócios, podendo a empresa ser vendida a terceiros em condições interessantes que permitiriam o pagamento das dívidas e a salvaguarda de um valor económico aos antigos accionistas, correspondente ao número de acções que continuavam a possuir».

Seguindo tal perspectiva, o referido tribunal considerou, portanto, necessário, para efeitos da solução da causa perante ele pendente, pedir ao Tribunal de Justiça que esclareça se, em que medida e em que condições, é possível fazer aplicação da noção de abuso de direito também em hipóteses em que a posição jurídica invocada seja atribuída pelo direito comunitário. Mais precisamente, submeteu ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais assim formuladas:

«1) O órgão jurisdicional nacional tem a faculdade de aplicar uma disposição de direito interno (no presente caso, o artigo 281.° do Código Civil) para apreciar se um direito conferido pelas disposições comunitárias em discussão é exercido abusivamente pelo beneficiário desse direito, ou existem outros princípios institucionalizados ou reconhecidamente aceites em direito comunitário — e quais são eles — em que o órgão jurisdicional nacional se possa basear?

2) Se assim não for, se o Tribunal de Justiça reservar para si essa competência, por razões, por exemplo, de uniformização da aplicação das normas comunitárias, os factos, tal como foram descritos pelo Estado demandado na sua alegação da excepção e que foram julgados provados na Decisão n.° 5943/1994 deste tribunal, resumidamente indicados no parágrafo anterior da presente decisão, ou alguns desses factos — e, nesse caso, quais — são susceptíveis de obstar ao sucesso do pedido baseado em violação do artigo 25.°, n.° 1, da segunda Directiva 77/91/CEE do Conselho?»

Quanto à primeira questão

11. O tribunal de reenvio pede, portanto, ao Tribunal de Justiça, com a primeira questão, que esclareça se o eventual exercício abusivo de um direito atribuído por uma disposição comunitária pode ser por ele apreciado à luz das normas relevantes do próprio ordenamento interno ou se tal apreciação deve ocorrer, precisamente porque a posição jurídica invocada em tribunal tem origem comunitária, com base nos princípios gerais acolhidos pelo próprio ordenamento comunitário.

Evidentemente, a questão do abuso de direito é posta pelo tribunal nacional em termos gerais, independentemente da disposição comunitária invocada no caso em apreço e da norma nacional que regula, no ordenamento interno em causa, o abuso de direito. O que se pergunta, de facto, é se a competência para se pronunciar sobre a existência de abuso de direito cabe ao tribunal nacional e se este último pode, para tal efeito, aplicar as normas do próprio ordenamento ou se, pelo contrário, é obrigado a basear-se em princípios gerais do ordenamento comunitário eventualmente relevantes na matéria e cuja definição cabe ao Tribunal de Justiça.

12. Um primeiro esclarecimento se impõe. É pacífico, tratando-se de um processo prejudicial, que a competência para decidir se, no caso em apreço, existe ou não abuso de direito cabe sempre ao tribunal nacional: e isto quer a apreciação em causa tenha por base normas nacionais, quer seja feita à luz dos parâmetros comunitários. Basta acrescentar, pois, que, num caso como no outro, subsiste a competência interpretativa do Tribunal de Justiça, ainda que sob aspectos diversos, com a finalidade de garantir que a disposição comunitária invocada em tribunal é correctamente interpretada e aplicada.

A questão em causa deve, portanto, entender-se correctamente no sentido de que se trata de estabelecer com base nas normas de que ordenamento, nacional ou comunitário, deve apreciar-se a existência de abuso de direito. Para tal efeito, é, todavia, necessário verificar, a título preliminar, se o ordenamento jurídico comunitário permite que a aplicação das suas disposições seja condicionada, e eventualmente paralisada, em nome do abuso de direito.

13. Esclarecido isto, o ponto de partida de tal análise não pode deixar de ser o acórdão Pafitis e o. [15], no qual o Tribunal teve ocasião de tomar posição sobre uma situação de facto perfeitamente análoga à que aqui nos ocupa. Nessa ocasião, com o esclarecimento de que a aplicação de uma norma nacional sobre abuso de direito não pode de qualquer forma levar a prejudicar o pleno efeito e a aplicação uniforme do direito comunitário, o Tribunal de Justiça limitou-se, de facto, a verificar se, no caso em apreço, existiam as condições para considerar que o direito conferido pelo artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva tinha sido exercido de maneira abusiva. Baseando-se na interpretação da disposição comunitária em causa, o Tribunal de Justiça resolveu tal questão em sentido negativo.

Na mesma ocasião, o Tribunal de Justiça, como já foi recordado, sublinhou expressamente não considerar necessário averiguar se o ordenamento jurídico comunitário permite ou não aplicar uma norma nacional com a finalidade de apreciar se um direito atribuído pelas disposições comunitárias foi exercido de maneira abusiva. Em boa verdade, portanto, mas deixando aberta a questão de princípio, o Tribunal de Justiça excluiu que a acção dos accionistas, tendente a obter a anulação do aumento de capital deliberado em violação do artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva, pudesse ser qualificada como abusiva; e isto baseando-se na observação de que a aplicação de tal norma nacional, mesmo se permitida, prejudicava a plena eficácia e a aplicação uniforme do direito comunitário.

14. Aplicando tal solução ao caso que nos ocupa, é evidente que a resposta não poderá deixar de ser a mesma, no sentido de que, agora como então, deverá excluir-se que o direito consagrado no artigo 25.°, n.° 1, da

15 — Recordo, além disso, que no acórdão Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e o. (citado na nota 2), o Tribunal de Justiça não apreciou a questão devido ao facto de a mesma, ainda que suscitada perante o Tribunal de Justiça pelas partes na causa principal, não ter sido objecto de qualquer questão prejudicial (n.° 18). A este propósito, v. também as conclusões por mim apresentadas nesse processo (Colect. 1992, p I-2126, n.° 8).

segunda directiva tenha sido exercido de maneira abusiva pelos accionistas recorrentes. Tal resposta, incontestavelmente suficiente para solução do caso em apreço, poderá todavia mostrar-se redutora, atendendo a que o tribunal de reenvio pede ao Tribunal de Justiça que esclareça o ponto deixado em aberto no acórdão Pafitis e o., ou seja, que especifique se o ordenamento jurídico comunitário permite ou não a aplicação de uma norma nacional relativa ao abuso de direito, bem entendido quando estiverem em jogo direitos conferidos pelas disposições comunitárias, ou se o exercício abusivo de um direito só pode ser apreciado com base em parâmetros comunitários.

15. Dito isto, saliento, antes de mais, que admitir que uma norma nacional, no caso em apreço relativa ao abuso de direito, possa ter como consequência a consolidação de uma violação do direito comunitário, no caso em apreço da norma que reserva à assembleia as decisões relativas ao aumento de capital, equivaleria a ignorar o princípio fundamental do primado do direito comunitário sobre o direito interno [16]. É evidente, de facto, que se tornaria desse modo inoperante a disposição comunitária em causa, em virtude de um princípio nacional de direito material que se lhe opusesse, o que prejudicaria inevitavelmente a plena eficácia e a aplicação uniforme do direito comunitário. Um conflito de tal tipo, porque de conflito se trata, deveria, portanto, resolver-se com base no princípio do primado do direito comunitário.

16. Tal conclusão encontra confirmação na posição assumida pelo Tribunal de Justiça num caso em que o tribunal nacional pretendia poder fazer aplicação do «princípio de iniquidade objectiva», o que implicaria não aplicar uma norma comunitária. O Tribunal de Justiça, de facto, não deixou de sublinhar que estaria em contradição com a repartição das competências entre a Comunidade e os Estados-Membros admitir «que uma autoridade nacional tenha o direito ou mesmo o dever de não aplicar uma disposição comunitária quando considerasse que tal aplicação levaria a um resultado que o legislador comunitário teria manifestamente procurado evitar se tivesse encarado tal possibilidade no momento da adopção da norma em causa. O acolhimento de tal princípio geral poderia impedir que as disposições comunitárias produzissem os seus plenos efeitos nos Estados-Membros e prejudicaria o princípio fundamental da aplicação uniforme do direito comunitário no conjunto da Comunidade» [17].

No mesmo sentido, aliás, o Tribunal de Justiça já se tinha manifestado num acórdão precedente em que, chamado a decidir se era possível conceder a isenção de imposições devidas por força do direito comunitário por razões de equidade, tinha sublinhado, por um lado, que a aplicação de uma norma de equidade prevista por uma legislação nacional pode eventualmente ser justificada sob a

16 — Quanto a este ponto, v. também o que observei nas conclusões relativas ao processo Pafitis e o. (Colect. 1996, p. I-1349, n.° 27).

17 — Acórdão de 14 de Novembro de 1985, Neumann (299/84, Recueil, p. 3663, n.° 25). No mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça acrescentou todavia que «o direito comunitário oferece aos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros uma solução perfeitamente conforme com a repartição das competências entre a Comunidade e os Estados-Membros. Com efeito, tal órgão jurisdicional... pode dirigir-se ao Tribunal de Justiça, em conformidade com o disposto no artigo 177.° do Tratado, para obter a interpretação da norma comunitária, ou, eventualmente, a declaração da sua invalidade que permita evitar a iniquidade que considere ter detectado» (n.° 26).

perspectiva das formalidades relativas à cobrança de uma imposição instituída pelo direito comunitário; por outro lado, que «a tomada em consideração de uma tal norma é, pelo contrário, excluída, sempre que tenha por efeito alterar o alcance das disposições do direito comunitário relativas à matéria colectável, aos pressupostos de tributação ou ao montante duma imposição estabelecida por este» [18].

17. A jurisprudência já referida evidencia, portanto, que uma norma nacional não pode encontrar aplicação quando modifique o alcance da disposição comunitária em causa, isto é, quando prejudique a sua plena eficácia e a sua aplicação uniforme: em suma, quando seja tal que possa frustar o primado do direito comunitário.

Vendo bem, foi nesta mesma lógica que o Tribunal de Justiça se colocou também no acórdão Pafitis e o. Afirmando que o artigo 25.°, n.° 1, se aplica indistintamente a todos os accionistas e independentemente do êxito de um eventual processo de saneamento e que, portanto, «o facto de qualificar uma acção baseada no artigo 25.°, n.° 1, de abusiva por semelhantes motivos equivaleria a modificar o alcance desta disposição» [19], o Tribunal de Justiça pôs, de facto, em evidência, mais uma vez, que a aplicação de uma norma ou de um princípio de direito nacional não pode de qualquer forma conduzir o ordenamento jurídico comunitário a «dar a bênção» a uma violação das suas próprias disposições.

18. Dadas as considerações que precedem, é possível, portanto, chegar a uma primeira conclusão: o direito comunitário não permite ao tribunal nacional fazer aplicação de uma norma nacional quando tal norma implique uma solução não conforme com o direito comunitário. É o que se verifica seguramente no caso em apreço, atendendo a que — como resulta de jurisprudência constante e como foi reconhecido pelo próprio tribunal nacional no despacho de reenvio — a regulamentação nacional que através da norma sobre o abuso de direito se pretende salvaguardar está em aberta contradição com o disposto no artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva, norma invocada em tribunal pelos accionistas recorrentes com a finalidade precisa de reagir à violação em questão.

Tal conclusão não constitui, todavia, uma resposta exaustiva à questão submetida pelo tribunal *a quo*, atendendo a que este último se interroga também quanto à existência de princípios comunitários idóneos para sancionar hipóteses de abuso de direito. Certamente, é difícil mesmo apenas conjecturar a existência de um princípio geral de direito comunitário que implique a negação de um direito conferido por uma disposição comunitária, além do mais, num sector harmonizado como o das sociedades aqui em discussão, face a uma regulamentação nacional que violou aquele direito. Considero, todavia, necessário, tendo em conta os termos e o

18 — Acórdão de 28 de Junho de 1977, Balkan-Import-Exort (118/76, Colect., p. 423, n.° 5).

19 — Acórdão Pafitis e o. (citado na nota 2), n.° 70.

alcance da questão em apreço, desenvolver algumas reflexões a este respeito.

19. Começo por recordar que na prática comunitária a elaboração e a aplicação de princípios não escritos têm assumido muita importância; e isto não obstante a ausência de uma disposição normativa expressa nesse sentido. Sendo critérios interpretativos, trata-se de princípios essencialmente utilizados para efeito de determinar os limites ao exercício de poderes por parte da administração face aos administrados e, mais em geral, para determinar a legalidade de um acto ou de um comportamento de uma instituição comunitária ou de um Estado-Membro.

Tais princípios, é bom especificá-lo, são o resultado de uma mera dedução do tribunal, como acontece em qualquer experiência nacional, e constituem portanto princípios próprios do direito comunitário, no sentido de que não são inteiramente tomados de empréstimo, caso a caso, de outros sistemas jurídicos. Em boa verdade, portanto, na dedução e determinação dos princípios gerais, o Tribunal de Justiça inspira-se sim nas experiências jurídicas nacionais, mas adaptando sempre o princípio específico em causa às exigências, ao funcionamento e aos objectivos da Comunidade.

20. A este propósito, não é, pois, supérfluo acrescentar que a circunstância de a única norma comunitária que remete para os «princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros», isto é, o artigo 215.° do Tratado, ter um alcance circunscrito à matéria da responsabilidade extracontratual da Comunidade e à definição da subsequente obrigação de ressarcimento, não deve certamente entender-se no sentido de que ao Tribunal de Justiça estaria vedada a possibilidade de fazer referência às experiências jurídicas nacionais ao proceder à dedução e à aplicação, no ordenamento comunitário, de princípios não escritos. Na verdade, a referência aos princípios geralmente acolhidos constitui uma constante da jurisprudência comunitária em que é possível encontrar-se a afirmação de princípios gerais não escritos. O próprio Tribunal de Justiça, aliás, não deixou de sublinhar expressamente que lhe incumbe «no exercício da missão que o artigo 164.° do Tratado lhe confere, responder... de acordo com os métodos de interpretação geralmente aceites, recorrendo designadamente aos princípios fundamentais do sistema jurídico comunitário e, eventualmente, a princípios gerais comuns aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros» [20].

Tal afirmação, em minha opinião, não deve, todavia, entender-se no sentido de que existem duas categorias de princípios gerais, isto é, os próprios do ordenamento comunitário e os deduzidos das experiências jurídicas nacionais. É verdade que alguns princípios encontram fundamento nas próprias normas do Tratado ou, de qualquer forma, se reconduzem a elas (refiro-me, por exemplo, ao

20 — Acórdão de 5 de Março de 1996, Brasserie du pêcheur e Factortame e o. (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029, n.° 27). V., além disso, o n.° 41 do mesmo acórdão, em que o Tribunal de Justiça afirmou que se inspira, na falta de regras escritas, nos princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros também noutros domínios do direito comunitário que não o da responsabilidade extracontratual.

princípio de proporcionalidade), enquanto outros foram deduzidos e determinados com referência às experiências jurídicas nacionais (refiro-me, por exemplo, ao princípio da confiança legítima). Resta, todavia, que, em ambos os casos, se trata de princípios recebidos pelo ordenamento comunitário, isto é, de princípios que, uma vez esclarecidos, constituem parte integrante dele.

21. É à luz destas observações de carácter geral, portanto, que deve agora perguntar-se se existem as condições, do ponto de vista do direito comunitário, para construir e/ou delimitar um princípio geral de direito relativo ao abuso de direito. Um resultado desse género foi recentemente prognosticado também na doutrina [21].

Ora, nas conclusões relativas ao processo Pafitis e o., embora observando que o exercício abusivo de um direito por parte do seu titular pode ser censurado, mesmo se com modalidades e em circunstâncias por vezes diferentes, na quase totalidade dos Estados-Membros, acrescentei de imediato que um regime comunitário de tal instituto não era na altura reconhecível [22]. Não mudei de ideias, no sentido de que não considero que tenham entretanto amadurecido as condições para «consagrar», no ordenamento comunitário, um princípio geral com base no qual possa ser negado, por ser abusivo, o exercício de um direito conferido por uma disposição comunitária.

22. As razões que me induzem a tal conclusão são várias. Antes de mais, considero que não existem condições para chegar a uma definição comum da categoria do abuso de direito, definição que se inspira das experiências jurídicas nacionais. Um reconhecimento, ainda que aproximativo, do modo de ser e funcionar de tal instituto nos diversos Estados-Membros não faz mais que confirmá-lo.

Se é verdade, de facto, que a maior parte dos Estados-Membros conhece a noção de abuso de direito [23], é também verdade que em alguns deles tal categoria jurídica, longe de assumir o valor de um princípio geral do ordenamento jurídico, se limita a regular hipóteses específicas e pontuais previstas pela

21 — V. Neville Brown, L.: «Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law»?, in *Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry G. Schermers*, volume II, Dordrecht/ /Boston/Londres, 1994, pp. 511 e segs.

22 — Foi precisamente por essa razão que cheguei à conclusão de que é com base no seu próprio ordenamento jurídico que o tribunal nacional pode, em princípio, apreciar a existência de um exercício abusivo de um direito conferido por uma disposição comunitária (v. as conclusões relativas ao processo Pafitis e o., citadas na nota 16, ponto 28). Uma tal apreciação, como foi esclarecido nas mesmas conclusões, não pode todavia, em nenhum caso, conduzir a ignorar a finalidade da disposição em causa, e, por conseguinte, a sua aplicação uniforme em todos os Estados-Membros: resultado que manifestamente se terá verificado no caso em apreço (v. n.os 30 a 33).

23 — Deve todavia esclarecer-se que tal categoria jurídica não está de modo nenhum presente, enquanto tal, no direito do Reino Unido, da Irlanda e da Dinamarca.

lei [24]. A isto acresce que variam sensivelmente de um Estado para outro o próprio conteúdo e as modalidades de aplicação de tal «princípio» [25].

23. Certamente, não escondo que tal estado de coisas não é inteiramente decisivo. A este propósito, basta, de facto, recordar, além de quanto já se disse, que a dedução de um princípio geral a nível comunitário não requer necessariamente que o princípio em causa esteja presente em todos os ordenamentos jurídicos nacionais e satisfaça as mesmas condições e modalidades de aplicação. Trata-se, de facto, de princípios que são inseridos no sistema comunitário e que, portanto, adquirem uma autonomia própria em função da estrutura e dos objectivos de tal sistema.

A impossibilidade de chegar a uma definição comum e, ao mesmo tempo, pontual e detalhada do abuso de direito através de uma remissão para os princípios gerais comuns aos Estados-Membros, o que tem de qualquer modo a sua importância, não é, todavia, o único motivo que me induz a negar a possibilidade de imaginar um tal princípio no ordenamento comunitário. Considero, de facto, que as mesmas características e a razão de ser de um princípio relativo ao abuso de direito evidenciam que se trata de uma categoria jurídica que tem um seguro, ou, pelo menos, fundado direito de cidadania em ordenamentos jurídicos consolidados, mas muito menos num sistema como o comunitário, em que o processo de evolução para a integração está longe de poder ser considerado completo. Mais geralmente, considero que o risco de encontrar uma lacuna no sistema — a que, em suma, o princípio do abuso pretende obviar, do mesmo modo que todas as normas que contêm previsões residuais — é muito menor ou totalmente ausente num sistema jurídico tal como o comunitário, em que a obra interpretativa do julgador e a prática em geral conseguem com muita facilidade e imediatamente adequar o sistema às exigências do corpo social.

24. Dito isto, é, porém, verdade que qualquer ordenamento que aspire a um mínimo de exaustão deve conter medidas, por assim dizer, de autotutela, a fim de evitar que os direitos por ele conferidos sejam exercidos de maneira abusiva, excessiva ou destorcida. Tal exigência não é inteiramente estranha ao direito comunitário, pois é verdade que encontrou reconhecimento em várias ocasiões na jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Refiro-me, antes de mais, àquela corrente jurisprudencial consolidada segundo a qual «as facilidades criadas pelo Tratado não

24 — É este o caso, por exemplo, do ordenamento jurídico italiano, em que a noção de abuso de direito diz respeito unicamente ao direito de propriedade (artigo 833.° do Código Civil). De forma semelhante, mesmo querendo reconduzir conceitualmente à noção de abuso de direito as hipóteses em que os ordenamentos jurídicos do Reino Unido, da Irlanda e da Dinamarca sancionam determinados comportamentos, resta que se trata de hipóteses circunscritas a determinadas matérias.

25 — A este propósito, deve salientar-se, com o esclarecimento de que se trata, de qualquer forma, de uma simplificação, que, em alguns ordenamentos, o abuso de direito qualifica um comportamento que vai para lá dos limites do exercício do direito em causa (Bélgica, Espanha, Luxemburgo e Portugal), enquanto em outros se refere a um comportamento contrário à boa fé e aos bons costumes (Alemanha, Grécia, Portugal). Além disso, enquanto em alguns ordenamentos a caracterização do exercício abusivo de um direito é baseada em elementos apenas objectivos (Alemanha, Bélgica, Luxemburgo, Países Baixos, Grécia, Espanha e Portugal), em outros requere-se a presença de elementos subjectivos, em particular a intenção de lesar outros sujeitos (Itália e, segundo uma parte da doutrina, a França).

podem ter por efeito permitir às pessoas que delas beneficiam subtrair-se abusivamente às legislações nacionais e proibir os Estados-Membros de tomarem as medidas necessárias para impedir tais abusos» [26]. Da mesma forma, o Tribunal de Justiça teve ocasião de esclarecer que aos ordenamentos jurídicos nacionais é permitido recusarem a possibilidade de invocar o direito comunitário no caso em que esteja demonstrado que um comportamento do sujeito que invoca uma posição jurídica atribuída por uma disposição comunitária pretende defraudar a lei [27].

25. Mais geralmente, é útil invocar a afirmação do Tribunal de Justiça segundo a qual, mesmo se os «órgãos jurisdicionais podem, assim, baseando-se em elementos objectivos, tomar em consideração o comportamento abusivo ou fraudulento do interessado para lhe recusarem, se for caso disso, o benefício previsto pelas disposições de direito comunitário invocadas, devem, no entanto, ao apreciar esse comportamento, tomar em consideração as finalidades prosseguidas pelas normas em causa» [28].

Em boa verdade, portanto, o Tribunal de Justiça reconhece ao tribunal nacional a possibilidade de sancionar um uso destorcido ou excessivo do direito comunitário unicamente quando não resultem prejudicadas as finalidades prosseguidas por tal norma, em particular nas hipóteses em que a norma invocada só «aparentemente» é a que regula a situação de facto ou quando a situação em que se encontra o titular do direito invocado em justiça só «aparentemente» está em conformidade com o que é previsto pela norma em questão. Isto significa, vendo bem, que o Tribunal de Justiça se reserva para si mesmo, como é justo que assim seja, a definição do âmbito material do direito comunitário controvertido, isto é, dos limites intrínsecos da posição jurídica subjectiva em causa. A possibilidade de negar a sua invocabilidade é, portanto, admitida apenas quando se demonstre que aqueles limites foram ultrapassados. Em tal perspectiva, a questão do abuso de direito eventualmente alegada com base nas normas do ordenamento nacional

26 — Acórdão de 7 de Julho de 1992, Singh (C-370/90, Colect., p. 4265, n.º 24). No mesmo sentido, v., entre outros, acórdãos de 3 de Dezembro de 1974, Van Binsbergen (33/74, Colect., p. 543, n.º 13); de 7 de Fevereiro de 1979, Knoors (115/78, Recueil, p. 399); de 4 de Dezembro de 1986, Comissão/Alemanha (205/84, Colect., p. 3755, n.º 22); de 3 de Fevereiro de 1993, Veronica Omroep Organisatie (C-148/91, Colect., p. I-487, n.º 12); e ainda, por último, o acórdão de 5 de Outubro de 1994, TV10 (C-23/93, Colect., p. I-4795, n.º 21).

27 — É este o caso do acórdão de 3 de Março de 1993, General Milk Products (C-8/92, Colect., p. I-779), em que o Tribunal de Justiça salientou que «só poderia ser de outro modo se se comprovasse que a importação e a reexportação destes queijos não foram realizadas no âmbito de transacções comerciais normais, mas tão-somente para *beneficiar abusivamente* da concessão de MCM. As apreciações de facto necessárias à verificação da realidade dessas transacções são da competência do órgão jurisdicional de reenvio» (n.º 21; o sublinhado é meu). É este também o caso do acórdão de 27 de Setembro de 1989, Van de Bijl (130/88, Colect., p. 3039, n.º 26), em que o Tribunal de Justiça reconheceu que o Estado-Membro de acolhimento não está vinculado por um certificado que ateste que a pessoa que o apresenta cumpriu um período de actividade profissional no Estado-Membro de proveniência, «se se verifica que, nesse mesmo período, esta pessoa exerceu actividades profissionais no território do Estado-Membro de acolhimento» (n.º 27). Na mesma óptica, deve, além disso, considerar-se o acórdão de 2 de Maio de 1996, Paletta II (C-206/94, Colect., p. I-2357), em que o Tribunal de Justiça afirmou que a disposição comunitária invocada, no caso em apreço, «não impede, porém, que a entidade patronal apresente provas que habilitem o órgão jurisdicional nacional, se tal for o caso, a declarar verificado um *comportamento abusivo ou fraudulento* resultante do facto de o trabalhador, não obstante a sua alegação de incapacidade certificada nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 574/72, não ter estado doente» (n.º 27, o sublinhado é meu).

28 — Acórdão Paletta II (citado na nota precedente), n.º 25. Foi assim que, em relação ao caso em apreço, o Tribunal de Justiça afirmou que a presumida existência de um comportamento abusivo por parte do titular da posição jurídica atribuída pelo direito comunitário não podia de qualquer forma ser tal que conduzisse a exigir ao trabalhador a prova, através de meios suplementares e diversos dos requeridos pela disposição comunitária aplicável no caso em apreço, da efectividade da doença. E isto precisamente porque, dessa forma, se teria acabado por esvaziar de conteúdo a finalidade de tal norma, que consiste justamente em permitir ao trabalhador que adoece em outro Estado-Membro limitar-se a apresentar um certificado médico redigido pela autoridade competente de tal Estado. Vendo bem, portanto, o que se configurava na situação de facto não era um abuso do direito no sentido correcto da expressão, mas antes uma burla.

acaba por resolver-se, quando está em jogo uma situação jurídica atribuída pelo direito comunitário, numa questão de interpretação da norma comunitária em causa.

26. Tal leitura da jurisprudência acabada de invocar encontra confirmação, em minha opinião, num recente acórdão em que o Tribunal de Justiça se pronunciou expressamente sobre a existência de um exercício abusivo de direito. Nessa caso, um trabalhador turco pretendia prolongar a sua estada na Alemanha não obstante ter expressamente declarado regressar à Turquia depois de um período de formação profissional no primeiro Estado e ter obtido uma autorização de residência temporária das autoridades competentes na sequência e em função de tal declaração; e invocava para tal efeito a disposição pertinente «comunitária» [29]. A resposta do Tribunal de Justiça foi clara e precisa no sentido de que «o facto de um trabalhador turco pretender prolongar a sua permanência no Estado-Membro de acolhimento, quando anteriormente tinha aceite de forma expressa a limitação, não constitui um abuso». Acrescentou depois que a circunstância de tal trabalhador ter manifestado a intenção de regressar à Turquia depois de ter exercido no Estado-Membro de acolhimento uma actividade assalariada com o objectivo de aperfeiçoar as suas qualificações profissionais só é susceptível de privar o interessado do benefício dos direitos resultantes do artigo 6, n.° 1, da Decisão n.° 1/80 do Conselho de Associação CEE-Turquia, de 19 de Setembro de 1980, «se o órgão jurisdicional de reenvio apurar que esta declaração foi feita *com o único objectivo de beneficiar indevidamente* das autorizações de trabalho e de residência no Estado-Membro de acolhimento» [30].

Mais uma vez, portanto, o Tribunal de Justiça procedeu preliminarmente à definição do escopo da norma em questão e à determinação dos seus limites intrínsecos, para depois deixar ao tribunal nacional a possibilidade de excluir a sua invocação apenas no caso de esses limites terem sido ultrapassados, no caso em apreço, se fosse demonstrado o comportamento fraudulento do trabalhador.

27. Em boa verdade, portanto, o Tribunal de Justiça até agora admitiu que cada ordenamento nacional pode perfeitamente utilizar as próprias normas de direito comum (trate-se de normas que sancionam a «fraude à lei», a «simulação» e, porque não, o próprio «abuso de direito») para negar a possibilidade de invocar normas comunitárias em casos bem circunscritos, em que, em última análise, tais normas não têm vocação para serem aplicadas e, portanto, não pode derivar qualquer incidência negativa sobre a uniformidade da aplicação do direito comunitário. Em tais casos, repito, pode, de qualquer forma, revelar-se necessária a intervenção interpretativa do Tribunal de Justiça, com a finalidade de definir os objectivos e os limites da norma em causa e evitar assim que sejam ignoradas as exigências que o direito

29 — Acórdão de 30 de Setembro de 1997, Günaydin (C-36/96, Colect., p. I-5143). Mais precisamente, ao Tribunal de Justiça perguntava-se se «Pode invocar-se a excepção do abuso de direito contra uma pretensão baseada no artigo 6.°, n.° 1, da Decisão n.° 1/80, no caso de o trabalhador turco ter expressamente declarado a sua intenção de regressar à Turquia após a conclusão da sua formação e de o serviço de estrangeiros só ter autorizado a sua estada temporária na Alemanha atendendo a essa declaração?»

30 — *Idem*, n.° 61; o sublinhado é meu.

comunitário pretende salvaguardar, exigências que, no caso que nos ocupa, são reconduzidas ao processo de harmonização no sector das sociedades.

Em suma, considero que um princípio geral de direito comunitário que sancione o exercício abusivo de uma situação jurídica atribuída pelo direito comunitário não é, de momento, susceptível de deduzir-se do ordenamento comunitário e que, ainda que se verificasse a sua existência, não poderia, de qualquer forma, ser utilizado de modo a que tivesse como resultado «avalizar» uma violação de uma norma comunitária, o que, de outra forma, se verificaria no caso em apreço. Tendo em conta a formulação da questão submetida, acrescento, enfim, que também não é possível fazer referência, no caso em apreço, a princípios consolidados do direito comunitário, tais como o da proporcionalidade, da segurança jurídica e da confiança legítima. Na verdade, não me parece também possível considerar que tais princípios possam ser utilizados para tornar inoperante a protecção garantida aos particulares pelo direito comunitário, e muito menos para «dar a bênção» e consolidar uma violação comprovada do artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva.

Quanto à segunda questão

28. Recordo que, pela segunda questão, o tribunal de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça — para o caso de a competência para apreciar a existência de um abuso de direito lhe estar vedada com base nas normas do seu próprio ordenamento, o que implicaria que o abuso de direito poderia ser sancionado exclusivamente no âmbito do ordenamento comunitário e pelo tribunal comunitário — se, no caso em apreço, existem ou não os pressupostos para considerar que o direito atribuído aos accionistas pelo artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva foi exercido de maneira abusiva.

Tendo em conta a conclusão a que cheguei relativamente à primeira questão, não me parece que haja que pronunciar-se sobre esta questão. Aliás, o problema relativo à aplicação da norma grega sobre o abuso de direito para efeito de impedir a invocação em juízo da norma consagrada no artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva foi já abordado e resolvido pelo Tribunal de Justiça no acórdão Pafitis e o. [31]. Limitar-me-ei, portanto, a algumas breves considerações.

29. Segundo o tribunal grego, recordo-o, a tentativa dos accionistas de se oporem a um aumento de capital social constituiria um abuso de direito na medida em que, em primeiro lugar, os próprios accionistas disso teriam tirado evidentes vantagens em termos económicos, e, em segundo lugar, na medida em que os recorrentes não teriam exercido um direito de preferência relativamente às novas acções emitidas na sequência do aumento de capital.

31 — Acórdão citado na nota 2, n.° 70.

30. Ora, na medida em que o abuso de direito se reporta à situação de derrocada financeira em que se encontrava a sociedade, parece-me que o objectivo dos recorridos na causa principal não é tanto contestarem o exercício do direito por parte dos accionistas mas principalmente a norma da própria directiva, que, como foi confirmado muitas vezes pelo Tribunal de Justiça, não permite um aumento do capital social que não seja decidido pela assembleia, mesmo quando se trate de empresas em crise submetidas a regime especial. Evidentemente, as provas produzidas pelo Governo helénico, todas respeitantes à situação de crise em que se encontrava a sociedade, não podem ser consideradas idóneas para qualificar dum modo em vez de outro o comportamento dos accionistas a quem foi imposto o aumento de capital.

Além disso, para confirmação suplementar desta conclusão, não deve subestimar-se a circunstância de o resultado da intervenção de saneamento não ser previsível *a priori* e, portanto, ser arbitrário apreciar *ex post* a intenção dos accionistas, em particular, à luz de resultados positivos obtidos graças à intervenção governamental. De qualquer forma, pois, seria singular apoiar o carácter abusivo do exercício do direito na circunstância de a intervenção no capital ter conduzido a uma melhoria da situação patrimonial da sociedade, isto é, precisamente à realização do objectivo principal prosseguido através do aumento do capital social.

31. Nem me parece que aos recorrentes possa ser imputado o exercício abusivo do direito atribuído pela norma comunitária pelo facto de não terem exercido o direito de preferência sobre acções da nova emissão por ocasião do aumento de capital em litígio.

Quanto a este ponto, considero suficiente limitar-me a observar que o exercício do direito de preferência sobre as novas acções teria implicado, por parte dos accionistas, um aval à decisão de aumentar o capital sem o consentimento da assembleia, decisão que os mesmos accionistas, todavia, contestaram, precisamente porque viola o artigo 25.°, n.° 1, da segunda directiva. Em tais condições, seria, portanto, singular, mesmo paradoxal, qualificar como abusivo o exercício do direito conferido aos accionistas por tal disposição, quando os mesmos pretenderam reagir à violação de tal direito, violação realizada através do aumento de capital social por via administrativa, portanto sem o seu consentimento. De outra forma, de facto, viria a ser modificado o alcance da disposição comunitária em causa: chegar-se-ia, portanto, a um resultado não conforme com o pretendido pelo direito comunitário através da harmonização das normas em questão relativas às sociedades.

Conclusão

32. À luz das considerações que precedem, proponho, portanto, ao Tribunal de Justiça que responda como segue às questões submetidas pelo Efeteio — Atenas:

«1) O direito comunitário impede a aplicação de uma norma interna que permita ao tribunal nacional verificar se um direito conferido por uma disposição comunitária foi exercido pelo titular de maneira abusiva, sempre que seja dessa forma comprometida a plena eficácia e a aplicação uniforme dessa disposição. Para efeitos de tal verificação, o mesmo tribunal não pode também basear-se em princípios gerais de direito comunitário.

2) O exercício do direito conferido aos accionistas pelo artigo 25.°, n.° 1, da segunda Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, tendente a coordenar as garantias que, para a 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, por força do qual o aumento do capital social deve ser decidido exclusivamente pela assembleia geral, não pode ser qualificado de abusivo pelo simples facto de os próprios accionistas terem tirado vantagens do aumento de capital, decidido em violação de tal disposição, ou não terem exercido o direito de preferência na aquisição das novas acções.»