CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL ANTONIO SAGGIO

apresentadas em 28 de Outubro de 1999 *

1. Por despacho de 24 de Junho de 1997, o tribunal de Atenas submeteu ao Tribunal de Justiça duas questões prejudiciais a respeito da interpretação 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 «directiva»), e sobre o exercício abusivo de um direito atribuído por uma disposição comunitária. O tribunal nacional pergunta, em particular, se, tendo em conta as circunstâncias da causa no processo principal, uma disposição nacional que sanciona o exercício abusivo de um direito pode ser validamente invocada para contestar uma acção de declaração de invalidade de actos sociais intentada por um accionista por violação de um direito conferido pela directiva.

2. O presente processo insere-se, pois, no vasto contencioso surgido na Grécia a propósito da interpretação e aplicação do artigo 25.° da directiva a casos de empresas em crise. Este contencioso foi provocado, diga-se desde já, pelo atraso com que este Estado-Membro procedeu à correcta transposição da directiva. O Tribunal de Justiça já teve por várias vezes que se pronunciar sobre esse contencioso [2], afirmando muito claramente, perante previsões normativas internas não conformes com a directiva, que a norma comunitária acima referida tem como objectivo «garantir aos accionistas que uma decisão de aumento do capital social e, por conseguinte, susceptível de afectar as proporções das participações dos accionistas, não seja tomada sem a sua participação no exercício do poder decisório da sociedade» [3].

As normas comunitárias

3. A directiva visa coordenar, a fim de as tornar equivalentes, as garantias que são exigidas nos Estados-Membros às sociedades na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.° do Tratado CE (actual arti-

* Língua original: italiano.

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

2 — V. os 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-Karamische- und Finanz--Holding e Vioktimatiki (C-134/91 e C-135/91, Colect., p. I-5699); de 12 de Março de 1996, Pafitis e o. (C-441/93, Colect., p. I-1347); de 12 de Maio de 1998, Kefalas e o. (C-367/96, Colect., p. I-2843).

3 — Acórdão Kefalas e o., já referido, n.° 28.

go 48.°, segundo parágrafo, CE), para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social.

O n.° 1 do artigo 25.° da directiva estabelece: «Qualquer 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 68/151/CEE». No n.° 2 do mesmo artigo precisa-se: «Todavia, os estatutos, o acto constitutivo ou a assembleia geral, cuja deliberação deve ser objecto de publicidade nos termos do n.° 1, podem autorizar o aumento do capital subscrito até um montante máximo por eles fixado, com observância do montante máximo eventualmente previsto na lei. O órgão da sociedade designado competente para esse efeito decidirá, se for caso disso, aumentar o capital subscrito, dentro dos limites do montante fixado. Este poder do órgão tem um prazo máximo de exercício de cinco anos, e pode ser renovado uma ou mais vezes pela assembleia geral, por um período que, para cada renovação, não pode ultrapassar cinco anos.»

O artigo 29.°, n.° 1, da directiva dispõe: «Em todos os aumentos do capital subscrito por entradas em dinheiro, as acções devem ser oferecidas com preferência aos accionistas proporcionalmente à parte do capital representada pelas suas acções». O n.° 4 do mesmo artigo acrescenta que o direito de preferência não pode ser limitado nem suprimido pelos estatutos ou pelo acto constitutivo. A limitação ou supressão deste direito pode, todavia, ser decidida pela assembleia geral, desde que o órgão de direcção ou de administração lhe apresente um relatório escrito que indique os motivos para limitar ou suprimir o direito de preferência e que justifique o preço de emissão proposto.

4. Finalmente, o artigo 41.°, n.° 1, concede aos Estados-Membros a faculdade de derrogarem o disposto no artigo 25.° da directiva, se tal for necessário para a adopção ou para a aplicação de disposições que visem favorecer a participação dos trabalhadores ou de outras categorias de pessoas, determinadas pela lei nacional, no capital das empresas.

5. A directiva fixava aos Estados-Membros um prazo de dois anos para a sua aplicação na ordem jurídica nacional. No caso da Grécia, esse prazo expirou em 1 de Janeiro de 1981, nos termos do disposto no acto de adesão.

A legislação nacional

6. A Lei n.° 1386/1983, de 5 de Agosto de 1983 (a seguir «lei»)[4], instituiu na Grécia o «Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE» (a seguir

4 — *FEK* A' 107/8.8.1983, p. 14.

«OAE»), sociedade por acções cujo capital está integralmente subscrito pelo Estado e que tem por objecto contribuir para o desenvolvimento económico e social do país através do saneamento financeiro das empresas, a importação e aplicação de tecnologias estrangeiras, o desenvolvimento do património tecnológico nacional, bem como a criação e gestão de empresas nacionalizadas ou de economia mista (artigo 2.°, n.° 2, da lei).

Para a realização destes objectivos, o OAE pode assumir a administração e a gestão corrente de empresas em vias de saneamento ou nacionalizadas, adquirir participações no capital de empresas, conceder empréstimos e emitir ou contrair certos empréstimos, adquirir obrigações bem como transferir acções, nomeadamente para os trabalhadores ou para as suas organizações representativas, para as colectividades locais ou para outras pessoas colectivas de direito público, para as instituições de beneficência, para as organizações sociais ou para os particulares (artigo 2.°, n.° 3, da lei).

7. Segundo o artigo 5.°, n.° 1, da lei, o ministro da Economia Nacional pode decidir submeter ao regime desta lei as empresas que conhecem dificuldades financeiras graves. O artigo 7.° prevê que o ministro competente pode decidir transferir para o OAE a administração da empresa, reorganizar as suas dívidas de modo a assegurar a sua viabilidade ou proceder à sua liquidação.

O artigo 8.°, n.° 1, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.° 1472/1984 [5], estabelece que a publicação da decisão ministerial de sujeição da empresa a este regime põe termo aos poderes dos órgãos de administração da sociedade e que a assembleia geral, embora se mantenha, não pode destituir os membros da administração nomeados pelo OAE. O n.° 8 deste mesmo artigo dispõe que este organismo pode decidir designadamente, durante a administração provisória da sociedade sujeita a este regime, aumentar o capital social em derrogação das disposições em vigor em matéria de sociedades anónimas que dão competência exclusiva para tal à assembleia geral dos accionistas. O aumento deve depois ser aprovado pelo ministro competente. A lei prevê que os antigos accionistas conservam um direito de preferência na aquisição de novas acções, que podem exercer num prazo fixado na correspondente decisão de aprovação ministerial.

8. Recorde-se, a seguir, que a Lei n.° 1386/1983 foi objecto da Decisão 88/167/CEE da Comissão, de 7 de Outubro de 1987, adoptada no quadro de um processo nos termos do artigo 93.° do Tratado CE (actual artigo 88.° CE) [6]. Nesta decisão, a Comissão declarou que não levantava qualquer objecção à aplicação da lei em causa, desde que o Governo helénico alterasse, até 31 de Dezembro de 1987, as normas respeitantes a aumentos de capital por forma a torná-las compatíveis com o disposto nos artigos 25.°, 26.° 29.° e 30.° da directiva. Em 7 de

5 — *FEK* A' 112/6.8.1984, p. 1273.

6 — Decisão relativa à Lei n.° 1386/1983 pela qual o Governo helénico concedeu um auxílio à indústria grega (JO 1988, L 76, p. 18).

Março de 1989, a Comissão abriu novo procedimento ao abrigo do artigo 169.° do Tratado CE (actual artigo 226.°) por incumprimento, pela República Helénica, das obrigações para ela decorrentes da directiva. Em 10 de Março de 1990, o Parlamento helénico adoptou a Lei n.° 1882/1990 [7], alterando a legislação anterior no ponto controvertido e no sentido pretendido pela Comissão. Foi só, portanto, a partir desta data que o Estado Helénico cumpriu a obrigação de tornar a directiva actuante em direito interno.

9. O artigo 281.° do código civil grego prevê que «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».

Matéria de facto e questões prejudiciais

10. Resulta do despacho de reenvio que D. Diamantis, demandante no processo principal, é accionista minoritário da sociedade por acções Plastika Kavalas AE. No início dos anos 80, esta sociedade encontrava-se perante sérias dificuldades financeiras. Por isso, em 24 de Agosto de 1983, a maioria dos accionistas, entre os quais, segundo o juiz *a quo*, figurava o próprio D. Diamantis, requereu a sujeição da sociedade ao regime previsto pela lei. O pedido foi reiterado em 20 de Dezembro do mesmo ano.

11. Na sequência do requerimento da sociedade, foi consultada a comissão ministerial criada nos termos do artigo 11.° da lei. Tendo em consideração as condições financeiras precárias da sociedade, esta comissão propôs a sujeição da sociedade ao regime de liquidação especial previsto nos artigos 7.°, n.° 3, e 9.° da lei, o que teria tido por consequência a liquidação imediata dos activos e o pagamento das dívidas da sociedade. O parecer da comissão não foi, porém, seguido pelo ministro, que, pelo despacho n.° 212, de 3 de Fevereiro de 1984 [8], decidiu submeter a sociedade a um regime diferente, embora previsto no artigo 7.° n.° 1, da mesma lei, mais exactamente ao regime de administração provisória pelo OAE.

12. Em 28 de Maio de 1986, o OAE decidiu aumentar o capital da sociedade em 177 000 000 GDR, elevando assim o capital social de 87 200 000 GDR a 264 200 000 GDR. Esta decisão foi aprovada pelo ministro. Foi dada a oportunidade, nos termos legais, aos antigos accionistas de exercerem o seu direito de preferência na aquisição de novas acções, no prazo previsto de 45 dias a contar da publicação do referido despacho ministerial (11 de Junho de 1986). Não tendo esta oferta encontrado acolhimento junto dos accionistas, as novas acções foram colocadas à disposição do OAE, que ficou assim a deter cerca de 67% do capital social da

7 — *FEK* A' 43/23.3.1990.

8 — *FEK* B' 60/8.2.1984.

Plastika Kavalas. Em 11 de Dezembro de 1986, a assembleia geral de accionistas, na qual o OAE tinha passado a dispor da maioria, decidiu reduzir o capital social ao mínimo legalmente autorizado de 5 000 000 GDR.

Em 9 de Janeiro de 1987, pela decisão n.° 14 do ministro adjunto da Indústria, da Energia e da Tecnologia, o capital social foi de novo aumentado, nos termos do artigo 10.° da lei, até atingir um montante final de 1 267 200 000 GDR, repartido por 1 267 200 acções. A partir desta data, a sociedade retomou o seu funcionamento normal. Em aplicação do mesmo despacho ministerial, foi posto termo à administração provisória do OAE. Em 1991, a maioria das acções da sociedade foram cedidas à sociedade Plastika Makedonias AE. Posteriormente, em Fevereiro de 1994, a sociedade Plastika Kavalas foi integrada no grupo Petzetakis.

Tramitação processual

13. Em 22 de Fevereiro de 1991, D. Diamantis, accionista da sociedade, intentou no Polymeles Protodikeio Athinon uma acção pedindo que fossem declaradas nulas as modificações do capital social (dois aumentos e uma redução) da sociedade Plastika Kavalas efectuadas nos termos da lei. Alegou que as decisões da assembleia geral contrariavam o artigo 25.°, n.° 1, da directiva, porque os aumentos em causa tinham reduzido a sua quota-parte no total das acções.

14. Os demandados, isto é, o Estado helénico e o OAE, contra-alegaram que o demandante tinha feito um exercício abusivo do direito que lhe conferia o artigo 25.°, n.° 1, da directiva, na acepção do artigo 281.° do código civil helénico, e pediram, portanto, que o pedido fosse rejeitado. Segundo os demandados, os elementos integradores do abuso de direito residiriam nas seguintes circunstâncias: a) tinha sido o próprio demandante quem, em conjunto com 31 outros accionistas, tinha requerido a sujeição da sociedade ao regime previsto na lei; b) dadas as dificuldades económicas da sociedade, o demandante não tinha querido qualquer aumento do capital social, e de facto não tinha exercido o direito de preferência de que beneficiara desde o primeiro aumento; c) só depois do saneamento da sociedade, de que o próprio demandante tinha acabado por beneficiar, mas que tinha produzido consequências substanciais irreversíveis na repartição do capital e das acções, é que o demandante tinha decidido invocar o seu direito; a acção judicial, com efeito, só foi intentada 5 e 4 anos depois do primeiro e do segundo aumento do capital, respectivamente.

15. O órgão jurisdicional de reenvio julgou que o pedido de D. Diamantis era juridicamente fundado, mas considerou igualmente procedente a excepção invocada pelos demandados. Chegou a essa conclusão após a instrução, na qual ficou provado que o demandante no tribunal *a quo*, por

um lado, tinha participado no requerimento de sujeição da sociedade à lei e, por outro, que, devido à má situação económica da sociedade, não tinha querido o aumento de capital, razão por que não tinha exercido o direito de preferência que a legislação nacional lhe reconhecia. Tendo em conta estes factos, o tribunal nacional entende que, dado o tempo transcorrido desde os aumentos e da redução temporária do capital social, o exercício do direito por parte do demandante e a eventual reversão de situações jurídicas já consolidadas ultrapassaria os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pela finalidade socioeconómica do próprio direito.

Considerando, no entanto, útil que o Tribunal de Justiça se pronunciasse sobre a aplicação ao caso do princípio do abuso de direito — entendido, à luz da jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça, como um «princípio geral dos direitos dos Estados-Membros» —, o órgão jurisdicional nacional submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Nas condições de facto dadas, expostas na fundamentação da presente decisão, justifica-se a aplicação, tanto formal como substancial, do artigo 281.° do código civil (helénico) sobre o uso abusivo de um direito, por parte do demandante, em relação com os artigos 25.°, n.° 1, e 29.°, n.° 1, da Segunda Directiva?

2) Caso o Tribunal de Justiça considere verificada, do ponto de vista formal e substancial, esta excepção, qual é a consequência desse entendimento quanto à validade das decisões ministeriais sobre o aumento e redução do capital da sociedade em causa, da qual o demandante é accionista, e, por extensão, as disposições dos artigos 8.°, n.° 8, e 10.°, n.° 1, da Lei 1386/1983 são conformes ao direito comunitário, tendo em consideração que, sem referência ao disposto no artigo 281.° do código civil, foram declaradas contrárias ao disposto na Directiva 77/91/CEE pelo Tribunal de Justiça?»

16. Em 20 de Novembro de 1997, o Tribunal decidiu suspender a instância até à prolação do acórdão Kefalas e o., já referido. Proferido o acórdão, este foi transmitido ao tribunal *a quo*, para que este se pronunciasse sobre a manutenção ou não das questões prejudiciais. O tribunal helénico respondeu que lhe estava vedado o reexame a título oficioso da sua decisão e que, de qualquer modo, os factos da causa Kefalas e o. não eram, do seu ponto de vista, de modo nenhum idênticos aos do processo perante ele pendente.

Sobre as questões prejudiciais

17. Antes de proceder à análise de mérito das questões submetidas pelo tribunal helénico, parece-me útil recordar sucintamente as conclusões a que o Tribunal de Justiça já

chegou nos seus acórdãos anteriores, já referidos, a respeito da interpretação do artigo 25.º da directiva e da compatibilidade da legislação helénica a respeito da recuperação de empresas em crise, objecto do presente processo, com a regra constante desse artigo.

18. Solicitado a pronunciar-se a título prejudicial no quadro de vários processos instaurados por accionistas de sociedades sujeitas a modificações do seu capital por via administrativa, o Tribunal começou por precisar que, nos termos do artigo 25.º, n.º 1, da directiva, a competência para modificar o capital social cabe exclusivamente à assembleia geral dos accionistas. Depois de esclarecer que a disposição invocada tem eficácia directa [9], o Tribunal de Justiça afirmou que este artigo obsta à aplicação de legislação nacional que, com o objectivo de assegurar o saneamento financeiro de uma empresa em crise, estabelece que pode ser decidido por acto administrativo aumentar o respectivo capital social, mesmo que seja reconhecido aos accionistas um direito de preferência na emissão sobre as acções que venham a ser emitidas. O Tribunal de Justiça precisou efectivamente que o objectivo principal da directiva, ou seja, o de garantir um nível mínimo de protecção dos accionistas em todos os Estados-Membros, «ficaria 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» [10]. O Tribunal entendeu, portanto, que, nem sequer com base numa regulamentação especial que vise o saneamento da sociedade, a assembleia geral pode ser privada do seu 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 [11].

19. No acórdão Pafitis e o., já referido, o Tribunal, apesar de não ter sido formulada qualquer questão específica a este respeito, tomou pela primeira vez em consideração a eventual aplicação da norma nacional sobre abuso de direito em acções judiciais propostas por accionistas de sociedades sujeitas à lei helénica. Embora não se pronunciando sobre a possibilidade de invocar uma norma nacional para apreciar se um direito conferido por uma disposição comunitária foi exercido abusivamente, o Tribunal precisou, porém, que «não é menos verdade que, de qualquer forma, a execução de tal norma não pode atentar contra o pleno efeito e a aplicação uniforme das disposições comunitárias nos Estados-Membros». Relativamente às circunstâncias de facto do caso, o Tribunal não acolheu as posições do Governo helénico, concluindo que «haveria atentado contra a aplicação uniforme do direito

9 — Acórdãos já referidos Karella e Karellas, n.º 23; Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e o., n.º 43; Kerafina, n.º 18.

10 — Acórdãos Karella e Karellas, n.º 26; Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekklisias e o., n.º 33, e Kerafina - -Keramische und Finanz-Holding e Vioktimatiki, n.º 26.

11 — V. as conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo Pafitis e o., já referido, n.º 13.

comunitário e contra o seu pleno efeito se um accionista que se prevalece do artigo 25.°, n.° 1, da 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 abusivo por semelhantes motivos equivaleria a modificar o alcance desta disposição».

20. A atenção do Tribunal para a defesa por excepção baseada em abuso de direito por invocação em juízo, perante os órgãos jurisdicionais helénicos, do direito conferido pelo artigo 25.°, n.° 1, da directiva foi novamente solicitada no recente processo Kefalas e o., já referido. Neste processo, o Tribunal foi expressamente solicitado a pronunciar-se sobre a questão de saber se era reconhecida aos tribunais helénicos a faculdade de aplicarem o artigo 281.° do código civil grego para apreciar se um direito conferido por uma fonte comunitária tinha sido exercido pelo seu titular de modo abusivo, ou se essa apreciação era possível à luz de um princípio geral de direito comunitário. O Tribunal concluiu no sentido de que o tribunal nacional pode aplicar uma norma nacional para apreciar se um direito derivado de uma norma comunitária foi exercido abusivamente. Tomando como premissa que, nos termos da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, os interessados não podem prevalecer-se abusiva ou fraudulentamente do direito comunitário, o Tribunal acrescentou: «Por conseguinte, não poderá considerar-se contrário à ordem jurídica comunitária que os órgãos jurisdicionais nacionais apliquem uma norma nacional, tal como o artigo 281.° do código civil grego, para apreciar se um direito decorrente de uma disposição comunitária é exercido de forma abusiva» [12]. O Tribunal reiterou, portanto, que, como já tinha esclarecido no acórdão Pafitis e o., já referido, «a aplicação de [uma] norma nacional não pode atentar contra o pleno efeito e a aplicação uniforme das disposições comunitárias nos Estados-Membros». Por conseguinte, «os órgãos jurisdicionais nacionais não podem, na apreciação do exercício de um direito decorrente de uma disposição comunitária, alterar o alcance dessa disposição nem comprometer os objectivos que a mesma prossegue» [13].

21. Ao apreciar a questão de fundo, o Tribunal precisou que se atentaria contra a aplicação uniforme do direito comunitário e contra a sua plena eficácia se se entendesse que um accionista que se prevalece do artigo 25.°, n.° 1, da directiva abusou do direito decorrente dessa disposição devido ao facto de não ter feito uso do seu direito de preferência, previsto no artigo 29.°, n.° 1, da directiva, sobre as novas acções emitidas por ocasião do aumento de capital controvertido [14]. Com efeito, segundo afirmou o Tribunal, «o exercício do direito de preferência teria significado que o accionista pretendia dar a sua colaboração à concretização da decisão de aumentar o capital à revelia da aprovação da assembleia geral, decisão que ele contesta precisamente com base no artigo 25.°, n.° 1, da

12 — Acórdão Kefalas e o., já referido, n.° 21.
13 — Acórdão Kefalas e o., n.° 22.
14 — Acórdão Kefalas e o., n.° 26.

directiva. Por conseguinte, pedir a um accionista que participe num aumento de capital adoptado sem a aprovação da assembleia geral para que possa invocar essa disposição alteraria o alcance desta última» [15].

22. Deduz-se deste último acórdão que o Tribunal admitiu que o órgão jurisdicional nacional pode aplicar uma norma interna para decidir se um direito conferido por uma disposição comunitária foi exercido de modo abusivo. Porém, tal tem como condição que o recurso a essa norma não comprometa a plena eficácia e a aplicação uniforme do direito comunitário e, em especial, que não implique uma modificação do conteúdo da disposição comunitária nem comprometa os objectivos por esta prosseguidos.

Trata-se, assim, bem vistas as coisas, de uma concessão mais aparente que real às ordens jurídicas nacionais. Se é verdade que o Tribunal preferiu admitir que essa apreciação seja efectuada em aplicação de uma norma nacional em vez de o ser por aplicação de um princípio geral de direito comunitário, não é menos verdade que o Tribunal teve o cuidado de precisar imediatamente a seguir os limites que o direito comunitário impõe a essa aplicação; isto vale especialmente — se é que é preciso dizê-lo — quando a aplicação da norma interna leve, como no caso que ora nos ocupa, à consolidação de uma situação jurídica contrária ao direito comunitário.

15 — Acórdão Kefalas e o., n.º 27.

23. Parece claro, portanto, que o Tribunal, embora, por um lado, indique como norma aplicável para efeitos de apreciação de um comportamento abusivo a norma nacional, por outro, fornece parâmetros precisos, recondutíveis em última análise ao princípio do primado do direito comunitário sobre o direito interno, que delimitam dentro de fronteiras bem definidas a aplicação de uma norma nacional que, longe de poder ser qualificada como «processual», implica uma apreciação sobre o âmbito material de aplicação das disposições de direito comunitário que se destinam a atribuir direitos. Proíbe-se deste modo expressamente aos órgãos jurisdicionais nacionais que apliquem a norma nacional sobre abuso de direito em todos os casos em que essa aplicação implique uma modificação do conteúdo da norma comunitária ou comprometa os objectivos por esta prosseguidos.

24. O reenvio para o sistema nacional efectuado pelo Tribunal deve ser assim correctamente entendido como a indicação de um instrumento ao dispor do órgão jurisdicional nacional, destinado a garantir a correcta aplicação do direito comunitário e, portanto, a evitar que um direito, embora atribuído por uma disposição comunitária, seja exercido de tal modo que essa disposição só «aparentemente» seja a que rege o caso ou que a situação do titular do direito invocado em juízo só «aparentemente» seja conforme à previsão normativa [16]. Dito de outro modo, trata-se de uma apreciação que abrange o próprio âmbito de aplicação da norma, os seus limites intrínsecos. Nesta óptica, deixar ao órgão jurisdicional nacional a possibilidade

16 — V. as conclusões do advogado-geral G. Tesauro no processo Kefalas e o., n.ºs 24 a 27 e os acórdãos do Tribunal de Justiça aí referidos.

de aplicar a norma interna que sanciona um uso abusivo do direito equivale a sancionar a invocação do direito comunitário em casos em que esses limites foram excedidos: isto é, quando a norma comunitária não se destinava a ser aplicada.

25. Dito isto, não se pode deixar de daí deduzir que a apreciação dos limites intrínsecos de uma disposição comunitária que atribui direitos é uma operação de interpretação do direito comunitário que compete, em última análise, ao Tribunal de Justiça. E, efectivamente, no acórdão Kefalas e o., já referido, o Tribunal teve a preocupação de fornecer ao juiz nacional os esclarecimentos necessários quanto ao objectivo prosseguido pelo artigo 25.°, n.° 1, da directiva. Objectivo este que consiste, no entendimento do Tribunal, em «garantir aos accionistas que uma decisão de aumentar o capital social e, por conseguinte, afectar as proporções das participações dos accionistas não seja tomada sem a sua participação no exercício do poder decisório da sociedade» [17]. Se o tribunal nacional puder verificar que os destinatários do direito atribuído pela norma comunitária — no caso que ora nos ocupa, os accionistas titulares do direito de se oporem a que a decisão de aumento do capital seja tomada sem a sua participação — intentaram a acção de anulação do aumento do capital com o único objectivo de obter, em detrimento da sociedade, vantagens ilícitas e manifestamente estranhas ao objectivo do artigo 25.°, n.° 1, da directiva, poderá recorrer à norma interna sobre abuso de direito para julgar improcedente a acção.

26. Esclarecido o significado que, a meu ver, deve ser atribuído ao reenvio efectuado pelo Tribunal para a norma interna sobre abuso de direito e chegando assim ao caso concreto em causa no processo principal, deve observar-se, antes de mais, que as apreciações propostas pelo Tribunal no acórdão Kefalas e o. são úteis para a solução das questões que nos ocupam, dado que o caso então apreciado é parcialmente coincidente como o que foi submetido ao juiz *a quo*. Com efeito, também na causa ora pendente no tribunal nacional, este entende que está perante um exercício abusivo do direito de se opor a modificações do capital social decididas por via administrativa, pelo facto de o accionista demandante não ter exercido o direito de preferência de que gozava, no entanto, em virtude do primeiro aumento de capital. Já foi indicado acima que o Tribunal já esclareceu, no acórdão Kefalas e o. [18], que considerar abusivo o exercício do direito com esse fundamento implicaria uma modificação da disposição comunitária, posto que tal significaria, paradoxalmente, exigir a um accionista que tomasse parte num aumento de capital deliberado sem a aprovação da assembleia geral para poder depois contestar esse aumento em juízo por ter sido efectuado em violação do artigo 25.°, n.° 1, da directiva. O mesmo se deve dizer em relação ao facto, referido pelo tribunal *a quo*, de que, graças à intervenção pública, a sociedade foi saneada financeiramente, para satisfação dos credores e dos próprios accionistas. O Tribunal sublinhou repetidamente que a competência decisória da assembleia geral permanece, mesmo nos casos em que a sociedade se encontre em situação financeira grave [19]. Aliás, é claro que o aumento de capital tem, por definição, como fim melhorar a situação patrimonial da socie-

17 — Acórdão já referido na nota 2, n.° 28.

18 — Acórdão já referido, n.os 26 e 27.

19 — V., em último lugar, o acórdão Kefalas e o., já referido, n.° 24.

dade, pelo que julgar abusiva uma acção judicial com base no artigo 25.°, n.° 1, da directiva com esse fundamento implicaria sancionar o simples exercício do direito atribuído pela norma, modificando desse modo o seu alcance.

27. Resta, assim, apreciar um outro facto que, segundo o tribunal de reenvio, permite qualificar como «abusivo», no presente caso, o exercício do direito de acção pelo demandante. Trata-se do facto de o demandante ter ele próprio, em conjunto com outros 32 accionistas, que constituíam a maioria da sociedade, requerido a sujeição desta ao regime especial da lei. Muitos anos depois do aumento do capital em discussão, o exercício do direito por parte do accionista e a reversão de situações jurídicas já consolidadas, e — presumo — irreversíveis segundo o direito helénico, extravasaria, segundo o juiz *a quo*, os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pela finalidade socioeconómica do direito.

28. Diga-se desde já que não estou de acordo com esta conclusão. Aceitar o ponto de vista proposto pelo tribunal helénico implicaria, com efeito, interpretar o artigo 25.°, n.° 1, da directiva de modo a excluir do seu âmbito de aplicação os accionistas que, por assim dizer, tivessem aquiescido à violação dos seus direitos de decisão sobre o capital social, confiando a gestão da sociedade a um órgão distinto da assembleia geral. Por outras palavras, sancionar-se-ia, através do princípio geral de abuso de direito, o comportamento contraditório do accionista que, num primeiro momento, teria aceite ser espoliado de um direito, apesar de este lhe ser garantido pelas normas comunitárias, e que teria contestado depois, num segundo momento, as decisões que mais não são do que a aplicação concreta do regime, embora contrário à directiva, que ele próprio tinha desejado.

29. Não penso que se deva necessariamente atribuir ao comportamento do accionista o significado que o tribunal nacional — e com ele o Governo helénico — entende atribuir-lhe. Requerer a aplicação da lei não significa necessariamente, para o accionista, aceitar que a competência para tomar decisões sobre aumento de capital seja transferida para um órgão diferente da assembleia geral. A sujeição da sociedade ao regime previsto na lei deixa aberta com efeito uma vasta gama de soluções quanto ao futuro da sociedade, pelo que seria, no mínimo, forçado atribuir um determinado significado ao comportamento do accionista. E isto por maioria de razão quando, como o próprio tribunal nacional tem o cuidado de precisar, o accionista demandante nunca quis um aumento de capital e não exerceu, por esse motivo, o direito de preferência de que beneficiava. Pode presumir-se assim que, através da sua participação no requerimento de sujeição da sociedade à lei especial, o accionista pretendia chegar a um resultado distinto, como por exemplo a liquidação da sociedade com os benefícios que essa mesma lei previa. Esta hipótese parece totalmente plausível tanto mais quanto a situação financeira da sociedade estava, no momento do requerimento, de tal modo comprometida que a própria comissão

consultiva prevista na lei sugeriu que se procedesse à sua liquidação, com as vantagens, em termos de satisfação dos credores, a que se referem os artigos 7.° e 9.° da lei.

30. Finalmente, se é certo que, com o requerimento de sujeição da sociedade à disciplina prevista na lei, os accionistas não podiam automaticamente excluir que, se o requerimento fosse deferido, daí poderia advir como consequência a atribuição a um órgão externo do poder de decisão sobre a modificação do capital social, parece-me que o nexo entre a vontade dos accionistas e a decisão dos órgãos administrativos é demasiado vago e indirecto para se sustentar que, com a acção judicial para anulação das deliberações tomadas em violação da directiva, os accionistas teriam procurado obter, em detrimento da sociedade, vantagens ilícitas e manifestamente estranhas ao objectivo visado pela norma.

31. Mas vejamos mais longe. Recorde-se que o argumento principal — que, na verdade, à luz do acórdão Kefalas e o., já referido, passou a ser o único — aduzido pelos demandados no processo principal para qualificar como «abusivo» o exercício do direito por parte do accionista se prende com o atraso com que este intentou a acção judicial para obter a declaração de invalidade das deliberações da assembleia geral assumidas em violação da directiva. Por outras palavras, o accionista teria excedido os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes e pela finalidade socioeconómica do direito, ao exercê-lo anos depois das operações, quando, num primeiro momento, ao requerer a aplicação do regime previsto na lei especial, tinha manifestado tácita e prévia aquiescência à violação do seu direito. Isto, no final de contas, demonstraria que o verdadeiro objectivo do accionista, com a acção proposta no tribunal nacional, seria o de obter vantagens ilícitas — aliás não especificadas nem pelos demandados nem pelo juiz *a quo* — em detrimento da sociedade.

32. Tal argumento não merece acolhimento. Para fundamentar esta conclusão bastará ter em devida conta que o direito que se censura o accionista por ter exercido «com atraso» é uma posição jurídica atribuída por uma directiva comunitária não transposta, dentro do prazo, pelo Estado helénico. Com efeito, a directiva cuja violação está em causa devia ter sido transposta na Grécia na data indicada no acto de adesão (1 de Janeiro de 1981). Ora isso, como sabemos, não aconteceu; dois anos depois da data ora indicada, este Estado-Membro adoptou legislação interna que prevê uma disciplina de aumento do capital das sociedades em sentido oposto ao preconizado pelo artigo 25.° da directiva.

33. Ora, numa situação deste género, que se caracteriza por um manifesto e continuado desrespeito das obrigações comuni-

tárias por parte do Estado-Membro, parece-me que não se pode deduzir nenhuma consequência negativa, contra um particular, por não ter feito uso atempado [20] de um direito atribuído por uma directiva não transposta ou por ter tido comportamentos aparentemente contraditórios ou negligentes relativamente às possibilidades abertas pela directiva. Parece muito pelo contrário justificado considerar que esse particular não estava em condições de conhecer o seu direito antes da transposição da directiva em direito nacional. Trata-se, recorde-se, de um acto exclusivamente dirigido aos Estados-Membros; até às alterações introduzidas pelo Tratado de Maastricht, as directivas entravam em vigor apenas depois da notificação aos Estados destinatários. Além disso, a directiva ora em causa foi publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, série L, na parte cuja publicação não é condição da sua aplicabilidade; não podia assim, a meu ver, ser deduzida da publicação, efectuada com fins meramente informativos, uma presunção *erga omnes* de conhecimento por parte dos administrados.

34. Lembre-se a seguir que o artigo 189.° do Tratado CE (actual artigo 249.° CE), conjugado com o princípio geral da boa fé a que se refere o artigo 5.° do Tratado CE (actual artigo 10.° CE) e com a disposição geral constante do texto da directiva [21], obriga os Estados-Membros a adoptarem as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias à transposição da directiva e a revogarem as disposições do seu direito interno com ela incompatíveis. Quando isso não é feito, como no presente caso, o Estado-Membro fica numa situação de incumprimento e não pode invocar contra um particular, titular de direitos ao abrigo da directiva, falta de reacção atempada deste a uma violação desses mesmos direitos. O mesmo se diga em relação ao pretenso consentimento antecipado à violação da directiva pelo facto de ter sido requerida a sujeição da sociedade ao regime da lei sobre saneamento das empresas. Com efeito, não se pode excluir que o comportamento do particular tenha sido ditado pela circunstância de, a seus olhos, o regime especial previsto pela lei não apresentar qualquer incompatibilidade aparente com o direito comunitário. E essa convicção, embora errónea, teria sido exclusivamente provocada pelo comportamento ilegal do Estado helénico que, no momento em que o pedido foi apresentado, ainda não tinha efectuado a transposição da directiva no seu direito interno e, portanto, ainda não tinha criado as condições para que os seus administrados conhecessem plenamente os direitos que lhe eram atribuídos por essa mesma directiva.

35. Nestas condições, julgo que seria errado onerar o particular com um dever de conhecimento do seu direito sob pena de vir a ser qualificado como «abusivo» o exercício do direito baseado na directiva não transposta, sempre que o seu comportamento tivesse sido de algum modo incoerente com o teor dessa mesma directiva. Dito de outro modo, conferir-se-ia ao Estado, responsável pelo incumprimento e, portanto, responsável directo das dificul-

20 — Não é inútil precisar que, ao que parece, a acção foi intentada pelo accionista em tempo útil para evitar o decurso do prazo de prescrição.

21 — O artigo 43.° da directiva impõe aos Estados-Membros que procedam à sua transposição no prazo de dois anos a contar da notificação. Como já foi acima recordado, no caso da República Helénica, nos termos do artigo 143.° do acto de adesão, o prazo terminava em 1 de Janeiro de 1981.

dades do particular em conhecer o seu direito, a possibilidade de beneficiar com o seu próprio incumprimento invocando a norma sobre abuso de direito e provocando assim a improcedência da acção judicial intentada pelo accionista. Impor-se-ia igualmente assim ao particular uma indagação, com resultados mais do que inseguros, sobre a verificação dos requisitos de clareza e precisão necessários para que as disposições de uma directiva não transposta possam ser invocadas em juízo contra o Estado responsável pelo incumprimento.

36. As circunstâncias concretas que estão na origem do caso que ora nos ocupa confortam-nos nesta conclusão. Resulta do despacho de reenvio e das alegações escritas das partes que o demandante no processo principal interpôs a acção em Fevereiro de 1991, isto é, alguns anos depois de terem sido tomadas as medidas que estão na origem do litígio (embora observando os prazos de prescrição e caducidade), mas logo a seguir à leitura das conclusões do advogado-geral no processo Karella e Karellas [22]. O advogado do demandante esclareceu efectivamente na audiência no Tribunal de Justiça que só após a leitura destas conclusões, posteriormente seguidas pelo Tribunal, foi possível fazer-se luz, na Grécia, sobre a situação jurídica dos accionistas, quanto ao efeito directo da directiva e ao direito de acção para fazer valer o direito para eles decorrente desta directiva, havia pouco transposta na ordem jurídica interna, sem carácter retroactivo. Foi, pois, só a partir desse momento que o accionista pôde ter conhecimento do seu direito de se opor a um aumento de capital da sua sociedade efectuado por via administrativa. Até então, o comportamento da administração e dos órgãos jurisdicionais ia, com efeito, no sentido de entender como inteiramente legítima a aplicação de uma lei interna que autorizava um aumento desse tipo. Pretender qualificar como abusivo o exercício de um direito de acção fundado na directiva pelo simples facto de, antes de esta ter sido transposta pelo Estado-Membro e, portanto, numa situação de incumprimento por parte deste, o particular ter tido comportamentos totalmente legítimos à luz da lei interna, embora não conformes com a directiva, equivaleria a impor ao particular um ónus de conhecimento dos direitos conferidos por uma directiva comunitária, porquanto a falta de exercício desses direitos ou um comportamento com estes não conforme acarretaria consequências desfavoráveis para ele. Seria assim enfraquecido, em primeiro lugar, o princípio segundo o qual o efeito «vertical» das directivas é um meio à disposição dos particulares para reagir às violações do direito comunitário por parte do Estado-Membro e, em segundo lugar, o efeito dissuasório desse meio em relação à obrigação de dar cumprimento atempado e correcto às directivas. Do meu ponto de vista, ao contrário, a ignorância, por um particular, do direito atribuído por uma directiva não transposta é totalmente isenta de culpa, porquanto mais não é do que a consequência inevitável do comporta-

22 — Conclusões apresentadas em 30 de Janeiro de 1991 (Colect., p. I-2704). Nessa altura, o advogado-geral G. Tesauro propôs, pela primeira vez, ao Tribunal que respondesse aos pedidos prejudiciais apresentados pelo Conselho de Estado helénico: 1) que o artigo 25.º da directiva é incondicional e suficientemente preciso, de forma que um particular pode invocá-lo contra a administração perante um tribunal nacional, alegando a incompatibilidade deste com a disciplina que resulta de uma norma legal nacional; 2) que esta disposição deve ser interpretada no sentido de que obsta 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 um direito de preferência a favor dos antigos accionistas.

mento — este sim, culposo — do Estado-Membro responsável pelo incumprimento. Por outras palavras, considerando as circunstâncias da publicação, o facto de a directiva ter como destinatários os Estados-Membros, a obrigação que sobre estes impende de a transpor nas suas ordens jurídicas nacionais, a exigência de dar execução integral e uniforme às directivas nos Estados-Membros e, em última análise, a aplicação do princípio geral da boa fé a que se refere o artigo 5.° do Tratado, não pode considerar-se que exista, na fase actual do direito comunitário, uma presunção de conhecimento dos direitos atribuídos por uma directiva não transposta. Por conseguinte, um comportamento de um particular que só aparentemente é incoerente — como parece ser o do caso que ora nos ocupa — não pode, em nenhum caso, ser sancionado pela aplicação do princípio geral que veda o exercício abusivo de um direito [23].

37. Entendo, assim, que se deve responder à primeira questão do tribunal *a quo* no sentido de que a plena eficácia e a aplicação uniforme do artigo 25.° da directiva ficariam prejudicadas se o tribunal nacional pudesse qualificar como abusivo o exercício do direito de um accionista pelo facto de este não ter exercido o seu direito de preferência sobre as acções emitidas na sequência de um aumento de capital realizado sob uma forma incompatível com o artigo 25.° da directiva, ou de ter requerido que a sua sociedade fosse sujeita à aplicação de uma lei interna incompatível com a directiva num momento em que, devido ao incumprimento do Estado-Membro que invoca o exercício abusivo do direito, o accionista podia legitimamente não ter conhecimento do direito que lhe conferia a directiva não transposta.

38. Com a segunda questão, o órgão jurisdicional nacional pretende saber quais podem ser as consequências a retirar quanto à validade das decisões ministeriais de modificação do capital social, no caso de se considerar fundada a defesa por excepção baseada em abuso de direito. Tendo presente a resposta dada à primeira questão, não me parece necessário responder à segunda. Porém, se o Tribunal vier a considerar que as circunstâncias de facto descritas pelo tribunal nacional justificam a aplicação da excepção de abuso de direito e, na falta de outros esclarecimentos do tribunal nacional, julgo que o Tribunal deverá limitar-se a responder que compete a este decidir se, apesar da improcedência da acção intentada pelo accionista, as deliberações da assembleia sobre as modificações do capital, tomadas em violação da directiva, se mantêm em vigor ou se devem ser desaplicadas por serem incompatíveis com o direito comunitário.

23 — Ou, poder-se-ia acrescentar, pela aplicação de prazos de prescrição e caducidade em relação a uma acção fundada num direito atribuído por uma directiva não transposta, sob pena de permitir ao Estado-Membro autor do incumprimento beneficiar desse mesmo incumprimento. Estou, por isso, de acordo com a posição assumida pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 25 de Julho de 1991, Emmott (C-208/90, Colect., p. I-4269), quando declarou que, «enquanto a directiva não estiver correctamente transposta, o Estado-Membro não pode invocar a extemporaneidade de um pedido apresentado por um particular com vista à protecção dos direitos que lhe são reconhecidos pelas disposições da directiva e que um prazo processual nacional só pode começar a correr a partir desse momento» (n.° 23), e tenho algumas dúvidas quanto à solução adoptada em acórdãos posteriores, segundo a qual o âmbito de aplicação do princípio referido é de facto reduzido aos casos em que a aplicação de prazos de caducidade priva totalmente os demandantes nos processos principais da possibilidade de fazerem valer os seus direitos perante o tribunal nacional (v., por todos, o acórdão de 15 de Setembro de 1998, Spac, C-260/96, Colect., p. I-4997, n.os 28 a 31).

Conclusão

39. À luz de quanto precede, proponho que o Tribunal responda do seguinte modo às questões submetidas pelo Polymeles Protodikeio Athinon:

«O 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, deve ser interpretado no sentido de que um órgão jurisdicional nacional não pode qualificar como abusivo o comportamento de um accionista que pede que seja declarado ilegal um aumento de capital efectuado por uma forma proibida pela directiva, pelo facto de esse accionista não ter exercido o seu direito de preferência sobre as acções emitidas na sequência do aumento de capital ou pelo facto de a sua sociedade ter sido sujeita à aplicação de uma lei interna incompatível com a directiva num momento em que, devido ao incumprimento do Estado-Membro que invoca o exercício abusivo do direito, o accionista podia não ter conhecimento do direito que lhe conferia a directiva não transposta.»