

DIREITO DAS SOCIEDADES *em Revista*

DOCTRINA

Empresa individual de responsabilidade limitada (Lei n.º 12.441/2011): Anotações
Erasmio Valladão A. e N. França, Marcelo Vieira von Adamek

Vinculação das sociedades comerciais
Pedro Pais de Vasconcelos

Diálogos com a jurisprudência, IV – Vinculação de sociedades
J. M. Coutinho de Abreu

A redução de capital social «para libertação de excesso»
Rui Pinto Duarte

Societas Unius Personæ (SUP) – Um Golem na União Europeia?
Catarina Serra

À procura da simplificação. Notas comparativas entre as recentes alterações da disciplina das SQ portuguesas e SRL italianas
Alessio Bartolacelli

Atuação em concertação entre acionistas – O modelo português de supervisão
Juliano Ferreira

A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade
Francisco Pinto da Silva

ÍNDICE

5 Abreviaturas

DOCTRINA

- 13 Empresa individual de responsabilidade limitada (Lei n.º 12.441/2011): Anotações
Erasmu Valladão A. e N. França, Marcelo Vieira von Adamek
- 55 Vinculação das sociedades comerciais
Pedro Pais de Vasconcelos
- 95 Diálogos com a jurisprudência, IV – Vinculação de sociedades
J. M. Coutinho de Abreu
- 107 A redução de capital social «para libertação de excesso»
Rui Pinto Duarte
- 127 *Societas Unius Personæ* (SUP) – Um *Golem* na União Europeia?
Catarina Serra
- 153 À procura da simplificação. Notas comparativas entre as recentes alterações da disciplina das SQ portuguesas e SRL italianas
Alessio Bartolacelli
- 197 Atuação em concertação entre acionistas – O modelo português de supervisão
Juliano Ferreira
- 231 A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade
Francisco Pinto da Silva

ABREVIATURAS

AAVV/VVAA	Autores Vários/Vários Autores
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ac./acs.	acórdão/acórdãos
ACE	Agrupamento(s) Complementar(es) de Empresas
AEIE	Agrupamento(s) Europeu(s) de Interesse Económico
AG	Die Aktiengesellschaft
AG	Assembleia geral
AktG	Lei alemã sobre as sociedades anónimas e em comandita por acções, de 6 de Setembro de 1965
al.	alínea
ALR	American Law Review
AnnDrComm	Annales de Droit Commercial
AnwBl	Anwaltsblatt
BankLJ	Banking Law Journal
BB	Betriebs-Berater
BBTC	Banca, Borsa e Titoli di Credito
BFD	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BulJS	Bulletin Joly des Sociétés
CA 2006	Companies Act, de 2006 (Inglaterra)
CadMVM	Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários
CadOD	Cadernos O Direito
CC	Código Civil
CCit	Código civil italiano, de 16 de Março de 1942
CCom	Código Comercial
CComf	Novo código de comércio francês (aprovado pela Ordonnance,

	de 18 de Setembro de 2000)
CEE	Comunidade Económica Europeia
CeImp	Contratto e Impresa
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CES	Cooperativismo e Economia Social
cfr.	confronte
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
cit.	citado
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CJ-STJ	Colectânea de Jurisprudência Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça
CLR	Columbia Law Review
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPen	Código Penal
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência
CMLRev.	Common Market Law Review
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CódMVM	Código do Mercado de Valores Mobiliários
CorLR	Cornell Law Review
CRCom	Código do Registo Comercial
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT/CTrab	Código do Trabalho
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DB	Der Betrieb
DFiscB	Droit Fiscalité Belge
DJ	Revista Direito e Justiça
DJCL	Delaware Journal of Corporate Law
Dec.-Lei/DL	Decreto-Lei
DLJ	Duke Law Journal
DG	Diário do Governo
DGCL	Delaware General Corporation Law
DR	Diário da República
DSR	Direito das Sociedades em Revista
ed.	edição
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review

ECJ	European Competition Journal
EURL	Estabelecimento(s) Individual(ais) de Responsabilidade Limitada
EUA	Estados Unidos da América
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ForI	Forum Iustitiae
ForLR	Fordham Law Review
Giur.Comm.	Giurisprudenza Commerciale
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Alemanha)
GmbHG	Lei alemã sobre as sociedades de responsabilidade limitada, de 20 de Abril de 1892
GmbHRR	GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
HarvLR	Harvard Law Review
id.	<i>idem</i>
IDET	Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho
InsO	Insolvenzordnung (lei alemã da insolvência)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JOCE	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
L.	Lei
LGT	Lei Geral Tributária
LMK	Lindenmaier-Möhring — Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LOFTJ	Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais
LS	Le Società
LSC	Ley de sociedades de capital (espanhola)
LSGPS	Lei das Sociedades Gestoras de Participações Sociais
LSQ	Lei das Sociedades por Quotas
MBCA	Model Business Corporation Act
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (Alemanha)
NCRF	Norma contabilística e de relato financeiro
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NYBCL	New York Business Corporation Law
n./nn.	nota/notas
n.º	número
OPA	Oferta(s) Pública(s) de Aquisição
OPV	Oferta(s) Pública(s) de Venda
p./pp.	página/páginas
p. ex.	por exemplo
PCG	Principles of Corporate Governance

PMAG	Presidente da mesa da assembleia geral
POC	Plano Oficial de Contabilidade
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB	Revista da Banca
RCEJ	Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas
RCR	Revista de Concorrência e Regulação
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDE	Revista de Direito e Economia
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RDS	Revista de Direito das Sociedades
RC	Tribunal da Relação de Coimbra
RE	Tribunal da Relação de Évora
reimp.	reimpressão
RevDBB	Revue de Droit Bancaire et de la Bourse
RevE	Revisores e Empresas
RevF	Revista Fisco
RevOD/O Direito	Revista O Direito
RevTOC	Revista dos Técnicos Oficiais de Contas
RG	Tribunal da Relação de Guimarães
RGIT	Regime Geral das Infracções Tributárias
RivDCom	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni
RJOIC	Regime Jurídico dos Organismos de Investimento Colectivo
RJUPort	Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique
RL	Tribunal da Relação de Lisboa
RMBCA	Revised Model Business Corporation Act (EUA)
RP	Tribunal da Relação do Porto
reimp.	reimpressão
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RIDBFDUL	Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJC	Regime Jurídico da Concorrência
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RNPC	Registo Nacional de Pessoas Colectivas

ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ROC	Revisor Oficial de Contas
RS	Rivista delle Società
s./ss.	seguinte/seguintes
SA	Sociedade(s) Anónima(s)
SARL	Sociedade de Responsabilidade Limitada (França)
SQ	Sociedade(s) por Quotas
SCE	Sociedade(s) Cooperativa(s) Europeia(s)
SE	Sociedade(s) Europeia(s)
SENC	Sociedade em nome coletivo
SGPS	Sociedade(s) Gestora(s) de Participações Sociais
SNC	Sistema de Normalização Contabilística
SPE	Sociedade(s) Privada(s) Europeia(s)
SRL	Sociedade de Responsabilidade Limitada (Itália)
SROC	Sociedade(s) de Revisores Oficiais de Contas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
tb.	também
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
Themis	Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRLISA	Lei espanhola sobre as sociedades anónimas (texto refundido aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Dezembro)
TUF	Testo Unico della Finanza
UCP	Universidade Católica Portuguesa
v.	<i>vide</i>
VJud	Vida Judiciária
vol./vols.	volume/volumes
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

 **DOCTRINA**

RESUMO: O presente artigo analisa detidamente a Lei n. 12.441/2001, que introduziu no direito brasileiro, através da inserção de um novo art. 980-A no Código Civil brasileiro, a “empresa individual de responsabilidade limitada”. Trata-se, em realidade, de autêntica sociedade limitada unipessoal, que infelizmente recebeu tratamento legislativo inadequado nos vários pontos destacados no estudo. **Palavras-chave:** Sociedade limitada unipessoal; Direito brasileiro; Eireli.

ABSTRACT: The paper analyzes carefully Brazilian Law N. 12.441/2001, which introduced the “limited liability single enterprise” in the Brazilian Civil Code a new Article 980-A. It is a genuine one-man limited liability partnership, which received inadequate legal regulation in many aspects highlighted in the paper.

Keywords: One-man limited liability partnership; Brazilian Law; Eireli.

ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA*
MARCELO VIEIRA VON ADAMEK**

Empresa individual de responsabilidade limitada (Lei n.º 12.441/2011): Anotações

1. Introdução¹

A ideia de limitar a responsabilidade de indivíduos para, com isso, fomentar o exercício de atividades econômicas que, de outro modo, possivelmente nem viriam a ser exploradas, pode até ser considerada recente, se considerando o desenvolvimento histórico do direito comercial, mas seguramente também não se pode dizer nova. A doutrina já a vinha discutido pelo menos desde o final do Séc. XIX². E, no plano legislativo, a primeira iniciativa a respeito foi dada em 10.04.1926 por Liechtenstein,

* Professor Associado do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. Livre Docente, Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Advogado em São Paulo
** Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP. Pós-graduado pelo IBRE/EASP-FGV. Advogado em São Paulo

¹ Ainda no período de *vacatio legis* da Lei n.º 12.441/2011, participamos nos dias 28-29.09.2011 de seminário promovido pela “Associação dos Advogados de São Paulo” – AASP, destinado a discutir os aspectos jurídicos do novo instituto; já naquela ocasião, posicionamo-nos diante das várias questões ainda hoje controvertidas (conferência disponível na videoteca da entidade; http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph_brs.exe?u=/netahtml/fitafita2.asp&p=1&r=2&f=G&d=FITA&s1=empresa+individual+responsabilidade&s4=&s3=&s5=&l=20). O presente artigo é versão atualizada e ampliada do texto de apoio, do qual nos utilizamos naquela ocasião.

² Com os estudos do inglês JESSEL (1873), do suíço SPEIZER (1890), do alemão WIELAND (1892) e do austríaco PISKO (1910) – este último a influenciar diretamente a pioneira disciplina legal do Principado de Liechtenstein (revogada em 1984).

com a criação da “Anstalt” (estabelecimento) – que, curiosamente, de imediato não empolgou a legislação de outros países³ –, sendo que os subsequentes passos só vieram quase meio século depois⁴, culminando com a sua consagração na 12.^a Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias de 21.12.1989, “em matéria de direito das sociedades relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio”. Referida diretiva adotou a solução societária de limitação de responsabilidade (a sociedade unipessoal), com grande sucesso⁵, mas facultou em seu art. 7.º a adoção pela legislação interna dos Estados-membros da alternativa não-societária (o estabelecimento ou empresário individual de responsabilidade limitada)⁶.

³ Talvez por conta de certa desconfiança com que se recebeu o novo instituto de um paraíso fiscal: “a fama de paraíso fiscal”, frisa CALIXTO SALOMÃO FILHO, “contribuía para criar uma forte sensação de fraude quando se falava de sociedade unipessoal de responsabilidade limitada” (*A sociedade unipessoal*, SP: Malheiros, 1995, p. 9).

⁴ Cronologicamente, reconheceram a figura da sociedade unipessoal: (i) a Dinamarca, através da Lei n.º 371, de 13.06.1976; (ii) a Alemanha, por intermédio da “GmbH Novelle” de 1980; (iii) a França, pela Lei 85-697, de 11.07.1985 (criando primeiramente a “entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée” ou E.U.R.L., sociedade unipessoal, e, mais recentemente, através da Lei n.º 2010-658, de 15.06.2010, instituindo o “entrepreneur individuel à responsabilité limitée”); (iv) a Holanda, em 16.05.1986; e (v) a Bélgica, através da lei de 14.7.1987. Ao invés da sociedade unipessoal, Portugal optou primeiramente por criar o “estabelecimento individual de responsabilidade limitada” (ou Eirl), através do DL n.º 246/86, de 25.08.1986, mas o mesmo, na prática, teve pouca aceitação: seja porque a sua não personificação dificulta a transferência, *inter vivos* ou *mortis causa*, retirando a liquidez da própria empresa; seja porque, conquanto mantivesse a “coerência sistemática” de não se admitir sociedade com um sócio, aquela figura jurídica “não se adaptava a certos dados culturais, mais propensos para valorizar as sociedades” segundo explica ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (*Direito europeu das sociedades*, Coimbra: Almedina, 2005, § 32, n.º 136, p. 486). Daí porque, mais recentemente, o legislador lusitano, mesmo não obrigado pela legislação comunitária europeia a fazê-lo, rendeu-se à solução societária, admitindo, pelo DL n.º 257/96, de 31.12.96, a sociedade limitada unipessoal (CSC, arts. 270.º-A a 270.º-G). Sobre o desenvolvimento histórico e as críticas às soluções societárias ou não, e a sua refutação, vide, com grande proveito, o excelente trabalho de CALIXTO SALOMÃO FILHO (*A sociedade unipessoal*, cit., pp. 9-44).

⁵ Na Alemanha, por exemplo, uma em cada quatro sociedades limitadas tem apenas um sócio.

⁶ Eis o teor do preceito: “Artigo 7.º (Empresa individual de responsabilidade limitada). Um Estado-membro pode decidir não permitir a existência de sociedades unipessoais no caso de a sua legislação prever a possibilidade de o empresário individual constituir uma empresa de responsabilidade limitada com um patrimônio afeto a uma determinada atividade, desde que, no que se refere a essas empresas, se prevejam garantias equivalentes às impostas pela presente diretiva bem como pelas outras disposições comunitárias aplicáveis às sociedades referidas no artigo 1.º”.

No Brasil, essa mesma discussão colocou-se entre nós há algum tempo⁷. As primeiras manifestações favoráveis à ideia foram no sentido de limitar-se a responsabilidade do próprio comerciante individual, portanto através de estruturas não-societárias⁸, e foi nesse sentido o primeiro projeto de lei de que entre nós se tem notícia, apresentado em 21.05.1947 pelo deputado Freitas e Castro, mas que não vingou. Em realidade, foi só com o advento da atual Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6.404/1976) que, objetivamente, de um lado, foi prevista a primeira espécie de sociedade unipessoal, a subsidiária integral (LSA, art. 251)⁹, companhia tendo como única acionista sociedade brasileira, e, de outro, foi regulada e admitida a unipessoalidade temporária de companhias (LSA, art. 206, I, *d*) – que a jurisprudência acabou na sequência por alastrar para a sociedade limitada, em nome da preservação da empresa¹⁰. Ao depois, indo um pouco além, o vigente Código Civil (Lei n.º 10.406/2012) introduziu, em caráter absolutamente excepcional e de baixíssima incidência prática, a figura do empresário individual de responsabilidade limitada incapaz (CC, art. 974, § 2.º) e, para além disso, generalizou a unipessoalidade temporária das sociedades por até 180 (cento e oitenta) dias (CC, art. 1.033, IV)¹¹ – mas

⁷ No direito brasileiro, as obras clássicas sobre o assunto são a de SYLVIO MARCONDES, intitulada *Limitação da responsabilidade do comerciante individual* (SP: Max Limonad, 1956) e, mais recentemente, e com igual brilho, a de CALIXTO SALOMÃO FILHO, com a laureada tese *A sociedade unipessoal* (SP: Malheiros, 1995), com a qual obteve o título de Doutor em Direito Comercial pela Universidade de Roma. Há, é certo, outros livros e artigos de doutrina valiosos. Um estudo mais recente deste último autor, intitulado *Formas societárias e não societárias de responsabilidade do comerciante individual*, pode ser encontrado em *O novo direito societário*, 4.ª ed. SP: Malheiros, 2011, pp. 202-232.

⁸ Além da já citada obra de SYLVIO MARCONDES, vide ainda, por exemplo: WALDEMAR FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, 2.º vol.: *O estatuto do comerciante*, SP: Saraiva, 1960, n.º 290, pp. 261-270; e J. M. OTHON SIDOU, *A atividade negocial no anteprojeto de Código Civil*, RT 465/11-14, no qual alude ao Anteprojeto de Código Civil de 1963 de ORLANDO GOMES, que previa a figura do patrimônio separado: “Art. 348 (Patrimônio Separado). Do patrimônio de uma pessoa pode ser separado um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, seja por mandamento legal, seja por destinação do titular”.

⁹ A empresa pública é também uma modalidade de sociedade unipessoal, pois nela o poder público aparece como único sócio, mas não é, como tal e por definição, passível de constituição por particulares; logo, era muito mais a exceção que confirmava a regra de pluripessoalidade.

¹⁰ Antes mesmo da Lei das S/A, já havia decisões judiciais que, na prática, toleravam situações de unipessoalidade temporária, admitindo a recomposição do quadro societário sem prejuízo para a atividade social.

¹¹ Em realidade, a citada regra do CC não se reporta à unipessoalidade, mas à falta de pluralidade de sócios – acolhendo, pois, em caráter temporário, até mesmo a persistência da sociedade sem sócios, a pitoresca *Keinmannengesellschaft*. Sobre esse interessante tema,

ainda aqui sem consagrar a possibilidade de constituição (originária) ou persistência (temporalmente ilimitada¹²) de sociedades unipessoais¹³.

Era esse o quadro legislativo no direito brasileiro até que, de forma absolutamente inesperada – causando por isso surpresa para a comunidade jurídica (que ignorava por completo a iniciativa legislativa¹⁴ e, assim, se manteve alheia à sua tramitação, o que também deve ser imputado à

vale sempre conferir a saborosa passagem da magistral obra de FÁBIO KONDER COMPARATO (*Aspectos jurídicos da macro-empresa*, SP: RT, 1970, n.ºs 11-13, pp. 23-30) e o instigante estudo de CALIXTO SALOMÃO FILHO (*Sociedade sem sócio, 'in' O novo direito societário*, 2.ª ed. SP: Malheiros, 1998, pp. 127-132).

¹² Antes de consagrar a sociedade limitada e a anônima unipessoais no texto da lei, inclusive já no ato de sua constituição, o direito alemão de há muito aceitava a unipessoalidade superveniente, admitida já na jurisprudência do Tribunal do Reich (RGZ 22, 116; 23, 202): “Das Reichsgericht ist mit Selbstverständlichkeit davon ausgegangen, dass die Vereinigung aller Anteile an einer Kapitalgesellschaft in einer Hand zulässig sei und den Bestand der juristischen Person unberührt lasse”. Em tradução livre: “O Tribunal do Reich partiu deste ponto, com naturalidade, [entendendo] que a unificação de todas as participações de uma sociedade de capitais em uma só mão é permitida e a existência da pessoa jurídica restava intocada” (WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1^{er} Band – 2^{er} Teil: *Die juristische Person*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer-Verlag, 1983, § 4 III, p. 116). Esse entendimento remontava a antigas fontes do direito romano e alemão. Assim, o Dígesto: “sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis”. Em tradução livre: “Mas se a corporação (universalidade) se reduz a um só, é o mais admitido que possa este demandar e ser demandado, embora o direito de todos tenha recaído em um só e subsista o nome da corporação” (D 3, 4, 7, 2). E, ainda, a Lei Geral dos Estados Prussianos (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*), de 1794: “Corporationen und Comunen dauern fort, wenn auch noch Ein Mitglied vorhanden ist”. Em tradução livre: “Corporações e comunas persistem, embora apenas um membro exista” (ALR II, 6, § 177).

¹³ Em 1999, o Ministério da Justiça nomeou, através da Portaria n.º 145, de 30 de março de 1.999, uma comissão de juristas encarregada de elaborar anteprojeto de lei destinado a regular as sociedades por quotas de responsabilidade limitada. A comissão foi constituída por ARNOLDO WALD, presidente, JORGE LOBO, relator, e, ainda como membros, ALFREDO LAMY FILHO, CÉSAR ASFOR ROCHA, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e WALDIRIO BULGARELLI. A comissão concluiu os seus trabalhos e apresentou anteprojeto, contendo inclusive a disciplina da sociedade limitada unipessoal. Ao depois, abandonou-se a empreitada e todo o belo trabalho daquela comissão restou desperdiçado e solenemente desprezado, inclusive por aqueles que hoje advogam a assombrosa ideia da plena recodificação do direito comercial...

¹⁴ A Lei n.º 12.441/2011 é resultante do PLC n.º 4.605/2009, de autoria do deputado federal Marcos Montes Cordeiro (do DEM-MG). O seu projeto inicial sugeria a criação do empresário individual de responsabilidade limitada – não obstante o conhecido ou cognoscível fracasso dessa solução em Portugal e na França – e, ao final, depois de bastante alterado durante o processo legislativo, trouxe para o direito pátrio a figura da “empresa individual de responsabilidade limitada”. Sobre o processo legislativo, vale conferir as explicações apresentadas por PAULO LEONARDO VILELA CARDOSO (*O empresário de responsabilidade limitada*, SP: Saraiva, 2012, n.º 6.2, pp. 69-82).

sua própria incúria) e contrariando as expectativas do empresariado (que imaginava pudesse a experiência estrangeira servir de guia para a edição de uma moderna lei brasileira sobre o tema) –, sobreveio a deficiente Lei n.º 12.441, de 11 de julho de 2.011, que introduziu no direito brasileiro a “empresa individual de responsabilidade limitada” (ou, simplesmente, Eireli¹⁵).

Foi assim que, depois de algumas tentativas legislativas frustradas e com aproximadamente 30 (trinta) anos de atraso em comparação à realidade de diversos países da família romano-germânica, só com o advento da Lei n.º 12.441, de 11 de julho de 2011, o direito pátrio finalmente concebeu a sua própria e singular estrutura jurídica para limitar a responsabilidade de entes unipessoais exercentes de atividades econômicas.

Seja como for – e até mesmo louvando no plano puramente pessoal a iniciativa daqueles que a patrocinaram (por terem tido o mérito de, ao menos, procurar agir) –, é preciso reconhecer, apesar disso, que a disciplina legal pátria resultante revela-se bastante imperfeita, suscitando difíceis controvérsias interpretativas, como procuraremos doravante demonstrar, e que muito ainda tardarão até serem definitivamente dirimidas.

2. Natureza jurídica

De partida, vem à baila a discussão sobre a natureza jurídica da Eireli e essa discussão, no caso, não é desprovida de interesse prático nem é meramente acadêmica; antes, cuida-se de importante questão prévia, de *qualificação jurídica*, bastante útil para a subsequente *definição do regime jurídico aplicável*. Estamos, afinal, a tratar do empresário individual de responsabilidade limitada, de sociedade unipessoal ou de nova espécie de pessoa jurídica? A depender da resposta que se dê a essa indagação prévia, será possível na sequência transpor e justificar a aplicação de todo o arca-

¹⁵ Duas questões vernáculas podem aqui ser destacadas. Em primeiro lugar, siglas e acrônimos com quatro letras ou mais usualmente têm apenas a inicial maiúscula quando são pronunciáveis, mas no caso o próprio legislador as grafou todas em maiúsculo no texto da lei (CC, art. 980-A, § 1.º) – donde ambas as formas, a nosso ver, serem admissíveis. Em segundo lugar, a sigla Eireli, como explica ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, “deve ser pronunciada com o acento tônico na última sílaba, pois, apesar de ser uma sigla, não sendo soletrada, será inexoravelmente, por terminar em ‘i’, uma palavra oxítone” (*Direito de empresa*, 4.ª ed. SP: RT, 2012, n.º 51-B, p. 124). Ou, como desde o primeiro momento tem o arguto jurista observado, de forma divertida: “assim como não é Ros(é)li, mas Rosel(i), também não é Eir(é)li, mas Eirel(i)”!

bouço legislativo, doutrinário e jurisprudencial existente em torno de cada uma dessas instituições jurídicas para a Eireli.

Ora, de que a Eireli não constitui forma de limitação de responsabilidade do empresário individual, dúvida alguma pode haver¹⁶. A Eireli foi arrolada, no art. 44, VI, do CC como espécie de pessoa jurídica, o que inequivocamente sinaliza que não se está diante de uma hipótese de patrimônio separado, como seria o do empresário individual de responsabilidade limitada, mas de um *patrimônio autônomo*: o titular do patrimônio afetado ao exercício da atividade não é o sócio único, ou titular da Eireli, e sim é a própria Eireli; não há dois patrimônios titulados por um mesmo indivíduo. Logo, é claro, não se está diante da figura do empresário individual de responsabilidade limitada.

Em realidade, a dúvida mais consistente que pode existir é se a Eireli constitui sociedade unipessoal ou nova espécie de pessoa jurídica e, quanto a isso, a nosso ver, a análise sistemática do art. 980-A do CC – que (i) se refere a “firma ou denominação *social*” (§ 1.º) e a “capital *social*” da Eireli (*caput*)¹⁷; (ii) dispõe que a mesma poderá “resultar da concentração das quotas de *outra modalidade societária* num único sócio” (§ 3.º); e (iii) prevê a sua regência supletiva pelas “regras previstas para a sociedade limitada” (§ 6.º) – revela assim tratar-se inequivocamente de sociedade unipessoal; mais especificamente, cuida-se de um subtipo societário – a sociedade limitada unipessoal.

¹⁶ O direito brasileiro reconhece a figura do empresário individual de responsabilidade limitada, como antes já mencionado, mas apenas em caráter excepcional: o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido e com prévia autorização judicial, poderá continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor da herança; nesse caso, os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, não ficam sujeitos ao resultado da empresa, desde que estranhos ao acervo desta, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização (CC, art. 974, *caput* e §§ 1.º e 2.º). O empresário individual incapaz, assim, tem dois patrimônios: o especial, afetado à atividade empresarial (patrimônio separado), e o geral, composto pelos elementos estranhos à empresa.

¹⁷ Ao invés de procurar extrair conclusões compatíveis com as *verba legis*, na “V Jornada de Direito Civil” do CEJ-CJF aprovou-se enunciado que simplesmente reprovou o texto da lei: “472: É inadequada a utilização da expressão ‘social’ para as empresas individuais de responsabilidade limitada”. Inadequada por quê? O vício incorrido na construção do enunciado é de evidente paralogismo: por supor-se de antemão que a Eireli não é sociedade, concluiu-se que a expressão “social” seria inadequada. Antes, o que logicamente se impunha é, a partir do texto (dado normativo concreto), inferir se é adequada ou não a premissa de que a Eireli não constitui mesmo sociedade

A tese segundo a qual a Eireli constitui nova espécie de pessoa jurídica – conquanto defendida por respeitáveis estudiosos¹⁸ e consagrada em enunciados de encontros acadêmicos (aprovados por maioria)¹⁹ – dá excessivo relevo à literal circunstância de que, no rol das pessoas jurídicas de direito privado, o legislador inseriu a Eireli em inciso distinto das sociedades (CC, art. 44, II e VI)²⁰. Ocorre que, se essa alocação topográfica tivesse algum relevo, ter-se-ia que concluir, de forma harmonicamente absurda, que também as organizações religiosas e os partidos políticos deixaram de ser associações no direito brasileiro, apenas porque a Lei n.º 10.825/2003 os arrolou em distintos incisos do mesmo art. 44, conclusão essa que, ao que consta, ninguém defende. O que releva considerar, muito mais do que a alocação topográfica do instituto, é em realidade a sua essência jurídica: a leitura do art. 980-A do CC indica tratar-se a Eireli de uma organização finalística privada, exercente de atividade econômica, com substrato pessoal e finalidade lucrativa. Nessas condições, o substrato pessoal exclui a sua possível qualificação como fundação (CC, art. 62) e a finalidade lucrativa afasta a sua configuração como associação (CC, art. 53), revelando, pela coincidência de elementos estruturais, que se cuida, sim, de vera sociedade (CC, art. 981). O nosso fértil legislador pátrio pode

¹⁸ Cf.: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., n.º 51-A, p. 123, e, ainda do mesmo autor, *Empresa individual é avanço da legislação brasileira*, publicado no portal eletrônico “Conjur” em 16.07.2011 (disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jul-16/empresa-individual-responsabilidade-de-limitada-avanco-legislacao>); ANA CLAUDIA PASTORE e ADALBERTO SIMÃO FILHO, *Aplicabilidade da convenção arbitral no âmbito da empresa individual de responsabilidade limitada – Eireli*, ‘in’ *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto, SP: MP Editora, 2012, p. 32; CARLOS HENRIQUE ABRÃO, *Empresa individual*, SP: Atlas, 2012, n.º 1.1, p. 1, n.º 1.2, p. 4, n.º 2.5, p. 27, e n.º 3.4, p. 37; CHARLES WILLIAM McNAUGHTON, *Titular estrangeiro na Eireli*, ‘in’ *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva), cit., p. 58; e MÁRCIO TADEU GUIMARÃES NUNES, *Considerações sobre a constitucionalidade do aporte mínimo de capital exigido pelo art. 980-A do Código Civil com a redação da Lei n. 12.441/11*, ‘in’ *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva), cit., p. 193; dentre outros.

¹⁹ Cf.: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli não é sociedade unipessoal, mas novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária” (Enunciado n.º 3 da “Jornada de Direito Comercial” do CEJ-CJF). “A empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado” (Enunciado n.º 469 da “V Jornada de Direito Civil” do CEJ-CJF).

²⁰ CC: “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I – as associações; II – as sociedades; III – as fundações; IV – as organizações religiosas; (incluído pela Lei n.º 10.825/2003) V – os partidos políticos. (incluído pela Lei n.º 10.825/2003) VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada (incluído pela Lei n.º 12.441/2011)”.

já ter criado muitas coisas, mas seguramente não conseguiu engendrar uma nova modalidade de organização finalística privada, o sempre conveniente *tertium genus*...

Se assim é, por qual razão o nosso legislador não afirmou claramente tratar-se de sociedade unipessoal? Possivelmente, não o fez por conta de conhecido e ultrapassado constrangimento ou prurido jurídico em consagrar que, mesmo sendo a sociedade legalmente qualificada como contrato e resultar da reunião de pessoas (CC, art. 981), pode haver sociedade com um só sócio – questão essa, de resto, de há muito resolvida, e muito bem resolvida, no direito europeu continental através da 12.^a Diretiva da CEE sobre Direito das Sociedades de 30.12.1989: a sua constituição pode se dar por ato unilateral e a sua arrumação dogmática é hoje dada pelas teoria do contrato plurilateral associativo²¹, através do qual se constitui e se rege a organização²². Ademais, sob os prismas do ordenamento *patrimonial* e do ordenamento *da empresa*, a sociedade unipessoal em nada difere da pluripessoal; apenas no plano societário é que a união de pessoas permanece latente, mas pode, por efeito da cessão de uma participação, voltar a existir²³.

²¹ Por todos, vide, sobre contrato plurilateral, o clássico estudo de TULLIO ASCARELLI (*O contrato plurilateral, 'in' Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, SP: Saraiva, 1945, pp. 271-332) e, sobre o contrato associativo, a bela monografia de PAOLO FERRO-LUZZI (*I contratti associativi*, 3.^a ed. Milano: Giuffrè, 2001).

²² Além de atribuir direitos subjetivos e obrigações (*v.g.*, o direito aos lucros, e a obrigação de integralizar as quotas), o contrato de sociedade cria uma organização (quando o contrato diz, *v.g.*, que o administrador tem competência para convocar a assembleia, não está atribuindo um direito subjetivo a A, B ou C, mas um poder a quem for administrador na ocasião; quando diz que a assembleia tem poderes para modificar o contrato, não está atribuindo direitos aos sócios A, B ou C, mas a quem for sócio e estiver presente no conclave na ocasião).

²³ Cf.: HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*, München: C. H. Beck, 1980, §§ 1 I 1, p. 6 – para quem “die Zulässigkeit der Einmanngesellschaft kann rechtstheoretisch wie rechtsehtisch begründet werden. Wenn alle Gesellschaftsanteile einer Kapitalgesellschaft einem einzigen Mitglied gehören, gibt es zwar keine Personenvereinigung mehr, die bestehende Vermögens- und Unternehmensorganisation bleibt aber von dem Mitgliederwechsel unberührt. Auch der Gesellschaftsverband ist lediglich stillgelegt; latent bleibt die Vereinigung existent, da die einzelnen Gesellschaftsanteile nicht verschmolzen werden. Durch Übertragung einer Aktie oder eines GmbH-Anteile lässt sich die Gesellschaft jederzeit wiederbeleben”. Em tradução livre: “a admissibilidade da sociedade unipessoal pode ser fundamentada tanto jus-teorética como jus-éticamente. Quando todas as participações societárias de uma sociedade de capitais pertencem a um só membro, não há mais, na verdade, uma reunião de pessoas, [mas] a organização do patrimônio e da empresa permanece intocada com a alteração do sócio. Mesmo a organização societária está apenas inoperante; permanece latente a associação existente, uma

Em suma, a Eireli é sociedade limitada unipessoal²⁴ e, por isso, a ela se aplicam, no que couberem, as regras gerais do regime jurídico societário (p. ex., elementos da organização societária, regras sobre grupos de sociedades, desconsideração da personalidade jurídica, operações societárias ou impedimentos à participação de indivíduos em determinadas sociedades) e, inclusive, regras de regimes jurídicos extravagantes (p. ex., sobre recuperação e falência de sociedades empresárias, regimes jurídicos tributários favorecidos²⁵, disciplina sobre contratos públicos e concessão, etc.), ainda quando eventualmente só se refram, em sua literalidade, a sociedades. As consequências práticas dessa conclusão são riquíssimas e

vez que as singulares participações societárias não são fundidas [unificadas]. Por meio da transferência de uma ação ou uma quota de uma sociedade limitada a sociedade deixa-se reviver”.

²⁴ É o que também defendem, sempre com propriedade, PAULO CEZAR ARAGÃO e GISELA SAMPAIO DA CRUZ (*Empresa individual de responsabilidade limitada: o “moderno Prometheus” do direito societário*, ‘in’ *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva), cit., pp. 220-231). No mesmo sentido, ainda: FÁBIO ULHOA COELHO, *A sociedade unipessoal no direito brasileiro*, ‘in’ *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil* (obra coletiva) – coords. Fábio Ulhoa Coelho e Maria de Fátima Ribeiro, Coimbra: Almedina, 2012, p. 353; GERALDO SOBRAL FERREIRA, *Empresa, sociedade, estabelecimento: reflexões sobre o tema, em face da Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011*, ‘in’ *Temas essenciais de direito empresarial – Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa* (obra coletiva) – coord. Luiz Fernando Martins Kuyven, SP: Saraiva, 2012, pp. 622-623; JOSÉ MARIA CHAPINA ALCAZAR, *Importância na economia – a criação da Eireli*, ‘in’ *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva), cit., p. 117; e NILTON SERSON, *Eireli e a subsidiária integral*, RAASP 116/146-150.

²⁵ A Eireli, como pessoa jurídica que é, deve ser tributada como toda e qualquer outra pessoa jurídica (sobre o tema, vide: ANTONIO CARLOS GARCIA DE SOUZA e RUBEM PERLINGEIRO, *Tributação das empresas individuais de responsabilidade limitada que desenvolvem atividades de natureza intelectual*, ‘in’ *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva), cit., pp. 44-50; IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Lei n. 12.441 de 11/07/2011*, ‘in’ *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva), cit., pp. 110-114; e JOSÉ MARIA CHAPINA ALCAZAR, *Importância na economia – a criação da Eireli*, cit., pp. 123-125). Eventualmente, e sujeito à disciplina tributária específica, poderá enquadrar-se no lucro presumido ou fazer jus a tratamento tributário diferenciado como microempresa ou empresa de pequeno porte (cf. itens 1.2.15.1 e 1.2.26 da IN-DNRC n.º 117). Talvez aqui esteja a grande potencialidade da Eireli, sobretudo para o exercício de atividades não-empresárias, para as quais falta um regime tributário favorecido para empreendedores individuais. Admitir essa última hipótese não é absurdo algum (o direito francês, por exemplo, a regula expressamente) e em nada, absolutamente nada, influirá na questão da responsabilidade pessoal de certos profissionais liberais pela prática de atos privativos da sua profissão – essa responsabilidade, que não se confunde com a responsabilidade inerente à condição de sócio, é ditada por lei especial e, da mesma forma como se faz presente em sociedades pluripessoais (p. ex., de médicos), continuará presente diante de uma Eireli.

evitam muitas outras questões que poderiam se colocar, caso se a considerasse simplesmente “um novo ente jurídico personificado”.

Por ser pessoa jurídica distinta do seu titular, ou sócio único, a Eireli mantém com ele múltiplas relações jurídicas²⁶ – não abalando essa assertiva o fato de eventualmente (mas não necessariamente) ele ser também administrador da Eireli. O que ocorre em tais circunstâncias, é apenas a necessidade de acautelar, especialmente em benefício de terceiros, a prática de negócios jurídicos em dupla representação, com ofensa às regras de vinculação patrimonial. Isso, contudo, não impede, em definitivo, que entre ambas as partes existam relações jurídicas as mais diversas.

3. Regência

A Eireli é diretamente regulada pelos arts. 44, VI, 980-A e 1.033, par. ún., do Código Civil e, no que couber, pelas regras previstas para as sociedades limitadas. No plano infra legal, encontra regulamentação pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio – DNRC através das Instruções Normativas n.º 117, que aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, e n.º 118, que dispõe sobre o processo de transformação de registro de empresário individual em sociedade empresária, contratual, ou em empresa individual de responsabilidade limitada e vice-versa, e dá outras providências, ambas de 22 de novembro de 2.011.

Precisamente por ser a Eireli regulada também, no que couber, pelas regras previstas para as sociedades limitadas (CC, art. 980-A, § 6.º), é possível que o seu ato constitutivo – o “contrato social” – preveja, em terceiro

²⁶ Cf.: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, 16.ª ed. München: C. H. Beck, 1996, § 1, n.º 55, p. 30. Diversamente, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO afirma haver “impossibilidade material de que a Eireli participe de relações jurídicas com o próprio titular do seu capital, sabendo-se que a vontade de ambos é uma só. Ou seja, não pode a Eireli ser sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica da qual participe em polo oposto a pessoa do seu criador, eis que é este quem manifesta sua vontade pessoal e a vontade da pessoa jurídica da empresa” (*Direito de empresa*, cit., n.º 51-D, n.º 51-D, p. 127). A nosso ver, exemplos marcantes dessas relações jurídicas são as que surgem, por exemplo, em razão do aumento de capital, da distribuição de resultados e da prática de negócios jurídicos diversos (p. ex., mútuo, locação ou empréstimo) entre titular, sócio único, e a Eireli – o problema aí não reside na possibilidade da prática de tais negócios, mas, muito mais, nas condições sob as quais são praticados.

grau, a regência supletiva da Eireli pelas normas da sociedade anônima (CC, art. 1.053, par. ún.)²⁷.

Além disso, e desde que preencha os requisitos constitutivos do art. 3.º da Lei n.º 11.638/2007, a Eireli poderá também ser reputada sociedade de grande porte e, como tal, sujeitar-se concorrentemente às suas regras²⁸, tendo assim a obrigação de proceder à escrituração e à elaboração das demonstrações financeiras de acordo com as regras da Lei n.º 6.404/1976, submetendo-se à auditoria por auditor independente registrado na Comissão de Valores Mobiliários. Essa situação, aliás, poderá ocorrer com muito maior frequência do que se supõe, na medida em que os pressupostos constitutivos da sociedade de grande porte são aferidos globalmente, no caso de sociedades submetidas a controle comum.

4. Titular (sócio único)

Titular ou sócio único da Eireli deve ser uma pessoa – um ente personificado e com capacidade de direito (mas não necessariamente capacidade de exercício) plena. Afasta-se assim a possibilidade de que sujeitos de direito não personificados²⁹, tais como o condomínio edilício e as sociedades não personificadas, venham a constituí-la³⁰.

²⁷ Em sentido contrário, porém, vide a opinião de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO (*Direito de empresa*, cit., n.º 51-N, p. 137). A questão, evidentemente, tem implicações substanciais, pois, a depender da resposta que se lhe dê, será possível aplicar subsidiariamente as regras das sociedades anônimas e, por efeito, transpor alguns de seus institutos para a Eireli. Para os que entendem ser a Eireli sociedade limitada unipessoal, a aplicação supletiva da lei acionária se afigura de mais fácil aceitação; para os que defendem tratar-se de novo ente jurídico personificado, tal construção é mais delicada.

²⁸ Sobre as sociedades de grande porte no direito brasileiro, vide: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA e MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Sociedades de grande porte (Lei n.º 11.638/2007, art. 3.º)*, 'in' *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A (Lei n.º 11.638/07)* (obra coletiva) – coord. Sérgio André Rocha, SP: Quartier Latin, 2008, pp. 75-101, e RDM 148/27-44.

²⁹ Sobre a categoria dos sujeitos de direito não personificados, vide, com grande proveito, as sempre precisas observações de ALCIDES TOMASETTI JÚNIOR (*A parte contratual*, 'in' *Temas de direitos societário e empresarial contemporâneos* (obra coletiva) – coord. Marcelo Vieira von Adamek, SP: Malheiros, 2011, pp. 757-758) e as igualmente consistentes lições de MARCOS BERNARDES DE MELLO (*Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*, 6.ª ed., SP: Saraiva, 2010, pp. 145-147).

³⁰ Em alguns países, admite-se que sociedades de pessoas – não-personificadas – constituam sociedades unipessoais.

4.1. Pessoa jurídica

A lei de regência dispõe apenas que a Eireli “será constituída por uma pessoa” (CC, art. 980-A, *caput*) e, como não a qualificou, é seguramente porque pretendeu franqueá-la não só às pessoas naturais³¹ senão também às jurídicas³². Essa inferência é robustecida pela exegese sistemática do art. 980-A do CC – onde, quando desejou se reportar a uma espécie determinada de pessoa, assim o fez o legislador de forma expressa, como se verifica do seu § 2.º – e também é reforçada pela exegese sistemática do próprio Código Civil: nos casos em que quis distinguir, o legislador foi expresso³³; quando não distinguiu, é porque pretendeu abranger indistintamente as duas espécies de pessoas. De igual modo, o dado histórico, conquanto de menor valia, também sugere essa mesma conclusão: na redação original do PLC n.º 4.605/2009, a cabeça do preceito que se converteu no art. 980-A do Código Civil referia-se textualmente à pessoa natural (“A Eireli será constituída por um único sócio, *pessoa natural*, que é titular do capital social”), mas foi alterado, com a eliminação da referência à espécie, justamente para assim permitir – a exemplo do que se verifica na Alemanha, em Portugal, na Espanha, na França e na própria Diretiva da CEE – a sua constituição também por pessoa jurídica. Que mal há nisso? Ou – ainda melhor – que mal há nisso que seja diferente do mal, da fraude, do embuste, do engodo que pode se instalar em qualquer sociedade pluripessoal? Realmente, não dá para compreender a nossa diplopia legislativa³⁴.

³¹ A pessoa natural apenas poderá participar de uma Eireli (CC, art. 980-A, § 2.º): trata-se de outra regra tola, pois nada impede que uma pessoa natural seja controladora absoluta de várias sociedades pluripessoais; antes, nada impede que a pessoa natural constitua uma Eireli e, na sequência, crie mais uma centena de sociedades, todas elas tendo a Eireli como sua sócia e sem a exigência de capital mínimo...

³² Cf.: CHARLES WILLIAM McNAUGHTON, *Titular estrangeiro na Eireli*, cit., p. 59; FÁBIO ULHOA COELHO, *A sociedade unipessoal no direito brasileiro*, cit., p. 357; JORGE LOBO, *Pessoa jurídica e a empresa individual*, Valor Econômico, de 13.02.2012 (disponível em: <http://www.valor.com.br/imprimir/noticia/2527452/brasil/2527452/pessoa-juridica-e-empresa-individual>); MANOEL IGNÁCIO TORRES MONTEIRO e GLAUCIA MACEDO DE SOUZA, *Empresa individual de responsabilidade limitada – aspectos gerais, ‘in’ Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva), cit., pp. 155-156; NILTON SERSON, *Eireli e a subsidiária integral*, RAASP 116/146-150; e PAULO CÉZAR ARAGÃO e GISELA SAMPAIO DA CRUZ, *Empresa individual de responsabilidade limitada: o “moderno Prometheus” do direito societário*, cit., pp. 235-237.

³³ V.g.: arts. 980-A, § 2.º, 997, VI, 1.039, 1.045, 1.057 c/c 53, todos do Código Civil.

³⁴ PAULO DE TARSO DOMINGUES foi preciso a respeito: “É, desde logo, falacioso pretender que os terceiros e credores ficarão mais acutelados numa sociedade pluripessoal, na medida em que os sócios exercerão reciprocamente funções de controle e fiscalização. Na verdade, uma sociedade, ainda que pluripessoal, poderá ser totalmente dominada por um único

Parte da doutrina, no entanto, diverge dessa nossa interpretação e, amparada em respeitabilíssima lição, defende que apenas as pessoas naturais poderiam ser titulares de Eireli³⁵, sob o argumento de que não haveria razão plausível para admitir-se que uma pessoa jurídica, de per si uma ficção, possa ter interesse em se valer de uma estrutura de limitação de responsabilidade: “soa absurdo imaginar que uma pessoa jurídica possa utilizar-se de um mecanismo surgido para limitar a responsabilidade de quem tem um lado humano a preservar, se ela não o tem”³⁶. Essa interpretação restritiva, por sua vez, foi consagrada em enunciado de encontro acadêmico³⁷ e, ao depois, foi também adotada pelo “Departamento Nacional do Registro do Comércio” – DNRC, que a positivou no item 1.2.11 da Instrução Normativa n.º 117, de 22.11.2011: “Não pode ser titular da Eireli a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial”³⁸.

De nossa parte, e em que pese a respeitabilidade dos que pensam diversamente, não vemos nenhuma justificativa convincente para afirmar-se essa proibição: a lei não a veicula (CF, art. 5.º, II) e, não fosse isso de per si suficiente, a exegese sistemática da disciplina societária do Código Civil, como antes explicado, reforça o entendimento de que, se o legislador se referiu simplesmente a “pessoa” (= gênero), é seguramente porque não quis circunscrever o instituto às pessoas naturais (= espécie), sobretudo porque, para tanto, não haveria discrimen válido a legitimar o tratamento diferenciado. As mesmíssimas razões que abstratamente justificam a possibilidade de a pessoa jurídica constituir subsidiária integral (LSA, art. 251) são também as que prevalecem para a constituição de Eireli: desde sempre, funcionar como “aceiro” para isolar os riscos de determinada atividade, evitando que os mesmos possam se propagar e comprometer

sócio, não tendo os demais qualquer intervenção na gestão ou controle da mesma (os quais poderão ser até meros testas de ferro)” (*A ‘surpreendente’ EIRELI (breves notas em torno da responsabilidade pessoal empresarial)*, ‘in’ *Temas essenciais de direito empresarial – Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa* (obra coletiva), cit., nota 11, p. 964).

³⁵ Cf.: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., n.º 51-E, pp. 128-130; e CARLOS HENRIQUE ABRÃO, *Empresa individual*, cit., n.º 1.4, p. 10.

³⁶ ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *A empresa de responsabilidade limitada e um de seus problemas* (publicado na “Gazeta do Povo” – Caderno Justiça & Direito, de 13.04.2012).

³⁷ Cf.: “A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural” (Enunciado n.º 468 da “V Jornada de Direito Civil” do CEJ-CJF).

³⁸ Esta proibição vem sendo desafiada em juízo e há notícias de que juízes têm corretamente concedido a ordem em mandados de segurança, afastando a incidência da norma administrativa (p.ex.: MS n.º 0054566-71.2012.8.19.001, em trâmite perante a 9.ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro-RJ).

outros negócios desenvolvidos por sociedades agrupadas³⁹; assegurar, por esse modo, o desenvolvimento de novos negócios que, de outro modo, talvez nem viessem a ser explorados⁴⁰; organizar, em suma, o grupo de sociedades. Não há nisso absurdo algum – e, em última análise, também a disciplina dos grupos de sociedades mira, ao fim dessa “ficção”, tutelar a pessoa natural, promovendo a distribuição coordenada de poderes e responsabilidades. Ainda que a Eireli tenha sido idealmente concebida para estruturar pequenos negócios (algo que, pela exigência de capital social mínimo elevado, perdeu-se nas boas intenções do legislador), nada obsta a que também venha a ser utilizada para os mais diversos fins⁴¹, inclu-

³⁹ Confira-se, a esse respeito, o curioso – e saboroso – estudo de FÁBIO KONDER COMPARTO, intitulado *Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Medici de Florença* (‘in’ *Direito empresarial: estudos e pareceres*, 1.ª ed. – 2.ª tir. SP: Saraiva, 1995, pp. 261-269), no qual o emérito jurista narra a história do Banco Medici de Florença (1397-1494) e a respectiva estruturação de grupo de sociedades em várias localidades, todas sob o controle direto ou indireto da família Medici, com o propósito de isolar os riscos de insolvibilidade local em relação à empresa familiar, funcionando essa “fragmentação societária” como verdadeiro “aceiro” a impedir “a propagação do incêndio, de uma praça a outra”.

⁴⁰ A limitação da responsabilidade, em última análise, *serve ao homem*. “A limitação da responsabilidade é efetivamente – não se deve olvidá-lo – uma conquista civilizacional que contribuiu e contribui decisivamente para o desenvolvimento da economia. Pense-se simplesmente no número de pessoas que não estariam dispostas a arriscar o exercício de uma atividade econômica, caso não beneficiassem da responsabilidade limitada que resulta do regime legal aplicável às sociedades de capitais” (PAULO DE TARSO DOMINGUES *A ‘surpreendente’ EIRELI (breves notas em torno da responsabilidade pessoal empresarial)*, cit., p. 964). Não é mero privilégio; é meio para que as atividades econômicas possam se desenvolver a benefício de todos. Homens.

⁴¹ A Eireli não é legalmente preordenada a cumprir uma finalidade específica e as suas vantagens não se cingem exclusivamente ao benefício da limitação de responsabilidade do titular, ou sócio único. Ela abre igualmente a possibilidade de hetero-administração (administração por terceiros), facilita a sucessão em caso de falecimento do titular da empresa ou de sua alienação a terceiros (a transmissão individual do patrimônio empresarial, tecnicamente complicada e custosa e juridicamente complexa, em virtude de problemas de sucessão tributária, substitui-se pelo procedimento muito mais simples de venda das participações societárias). E pode servir, muito bem, para juridicamente autonomizar linhas ou unidades de negócio, isolando os riscos e resultados, e estruturar o grupo de sociedades. Sobre o tema, vide: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 1, n.º 51, p. 29; FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de sociedades* – trad. Michèle Klein, 5.ª ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2001, p. 505; e UWE HÜFFER, *Gesellschaftsrecht*, 7.ª ed. München: C. H. Beck, 2007, § 35, n.º 15, p. 337.

sive por médias e grandes empresas⁴². Exatamente da mesma forma como ocorre no exterior⁴³.

4.2. Incapaz

A pessoa natural absoluta ou relativamente incapaz para o exercício de atos da vida civil (CC, arts. 3.º e 4.º) pode, ainda assim, ser titular, ou sócia única, de Eireli⁴⁴ – da mesma forma como pode ser sócio de sociedade limitada (CC, art. 974, § 3.º), desde que observadas as mesmas restrições imposta a essa participação, a saber, (i) o capital social deve estar, no ato do ingresso, e manter-se, em futuros aumentos, *totalmente* integralizado, (ii) enquanto o incapaz for titular, não poderá existir, e não poderá ter havido, nos 5 (cinco) anos anteriores ao seu ingresso, integralização do capital social com bens (CC, art. 1.055, § 1.º); (iii) o incapaz não poderá exercer a função de titular de órgão; e (iv) o relativamente incapaz deverá estar assistido e o absolutamente incapaz representado pelos seus representantes legais⁴⁵. Essa aplicação do art. 974, § 3.º, do CC à Eireli parece indisputável, mesmo para os que não a consideram sociedade limitada unipessoal, pela simples e boa circunstância de que à Eireli se aplicam “no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas” (CC, art. 980-A, § 6.º); para além disso, não teria sentido o legislador admitir o empresário individual incapaz (CC, art. 974, *caput* e §§ 1.º e 2.º) e, contraditoriamente, vedar a participação de incapaz em Eireli. Em realidade, a única dificuldade que poderia surgir em relação à participação de incapaz em Eireli é saber se, para a sua constituição originária (ou direta), será necessária ou não a obtenção de autorização judicial, problema esse que, essencialmente, não difere daquele relacionado à participação de menores na constituição de sociedades em geral; já no caso de constituição deri-

⁴² É de resto altamente discutível a suposição de que a disciplina da Eireli teve mesmo em mira apenas as pessoas naturais. Aliás, fosse esse o caso, o mais lógico teria sido o legislador impor a utilização de *firma* pela Eireli, sem conceder a opção de emprego de *denominação* (CC, art. 980-A, § 1.º), o que antes sugere que se pretendeu também franqueá-la às pessoas jurídicas.

⁴³ No direito alemão, a *Einpersonengesellschaft* é bastante utilizada para compor grupos de sociedades e lá se admite até que uma “GmbH & Co. KG” possa ter, como sócio comanditado, a sociedade unipessoal e, como sócio comanditário, o sócio único daquela.

⁴⁴ A IN-DNRC n.º 117 não se reporta a essa hipótese; só alude à participação de capazes (item 1.2.10), inclusive emancipados (item 1.2.10.1).

⁴⁵ Sobre a participação de incapazes em sociedades no direito brasileiro, vide: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA e MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *O sócio incapaz* (CC, art. 974, § 3.º), RDM 159-160/112-126.

vada, a transmissão da quota a sucessor, capaz ou não, “dar-se-á por alvará judicial ou na partilha, por sentença judicial ou escritura pública” (IN-DNRC n.º 117, item 3.2.9) e não suscita dificuldades adicionais.

4.3. Sócio estrangeiro

A Eireli poderá ser constituída por pessoa física residente no exterior⁴⁶, e quanto a isso não há qualquer contestação. Admitida, porém, a constituição de Eireli também por pessoas jurídicas (cf. item 4.1), nada obsta a que uma sociedade estrangeira possa ser titular de Eireli, independentemente de autorização do Poder Executivo, da mesma forma como pode participar de sociedade limitada brasileira⁴⁷: o art. 1.134 do CC⁴⁸ não admite interpretação a *contrario sensu* para dele extrair regra proibitiva⁴⁹. Também aqui é preciso afastar o preconceito de imaginar que essa participação seja perniciosa à economia nacional ou periclitante para as instituições – ignorando-se por esse modo a realidade de que, já hoje e desde sempre, os grupos multinacionais invariavelmente estruturam os seus investimentos diretos no País através da constituição de sociedades limitadas brasileiras, que têm como únicos sócios a sociedade controladora estrangeira e uma outra sociedade do grupo – aumentando com isso apenas a burocracia na estruturação desses investimentos, sem nenhuma real vantagem para os credores da sociedade brasileira ou para a economia nacional.

5. Nome empresarial

A Eireli possui regra própria de formação de nome empresarial: poderá ter firma ou denominação social, ao qual deve acrescentar a partícula

⁴⁶ Vide itens 1.2.6 e 1.2.16.7 da IN-DNRC n.º 117. Ver também IN-DNRC n.º 76/1998.

⁴⁷ Cf.: “A sociedade estrangeira pode, independentemente de autorização do Poder Executivo, ser sócia em sociedade de outros tipos além das anônimas (Enunciado n.º 486 da V Jornada de Direito Civil).

⁴⁸ CC: “Art. 1.134. A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira”.

⁴⁹ É o que, com maior desenvolvimento, defendemos noutro estudo (ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA e MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, *Da livre participação, como regra, de sociedade estrangeira em sociedade brasileira de qualquer tipo (Código Civil, art. 1.134, 2.ª parte)*, RDM 147/55-62). Sobre a participação de estrangeiro em Eireli, vide também: CHARLES WILLIAM MCNAUGHTON, *Titular estrangeiro na Eireli*, cit., pp. 51-63.

“Eireli” necessariamente na parte final (CC, art. 980-A, § 1.º)⁵⁰. Sendo a Eireli sociedade limitada unipessoal e havendo previsão de aplicação das regras da sociedade limitada (CC, art. 980-A, § 6.º), deve a denominação, caso se a adote, designar o objeto social (CC, art. 1.158, § 2.º)⁵¹⁻⁵². A omissão da sigla “Eireli” determina a responsabilidade solidária e ilimitada do administrador que assim empregar a firma ou denominação social (CC, art. 1.158, § 3.º)⁵³.

6. Capital social

A Eireli deve ter “capital social⁵⁴, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País”

⁵⁰ Ao dispor que “o nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão ‘EIRELI’ após a firma ou denominação social (...)” (CC, art. 980-A, § 1.º), exclui-se que a expressão indicativa do tipo societário possa vir na parte final ou no meio do nome. Em sentido contrário, porém, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO sustenta que “na falta de outro detalhamento, a inserção da expressão ‘EIRELI’ pode anteceder às demais expressões que irão identificar o nome, como também ser intercalada nas palavras que o compõem ou, ainda, ser a elas justaposta” (*Direito de empresa*, cit., n.º 670-A, p. 671). A nosso ver, o detalhamento está expresso: “após a firma ou denominação social”. A IN-DNRC n.º 117 também dispõe, em seu item 1.2.14, que “o nome empresarial deverá conter a expressão ‘EIRELI’ após a firma ou a denominação da empresa individual de responsabilidade limitada.

⁵¹ CC: “Art. 1.158. Pode a sociedade limitada adotar firma ou denominação, integradas pela palavra final ‘imitada’ ou a sua abreviatura. § ??????? Cc ne limitada pluripessoal (CC, art. 1.158, e limitada (CC, art. 980-A, 34 do Cc n1.º. A firma será composta com o nome de um ou mais sócios, desde que pessoas físicas, de modo indicativo da relação social. § 2.º. A denominação deve designar o objeto da sociedade, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios. § 3.º. A omissão da palavra ‘limitada’ determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade”.

⁵² Cf.: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., n.º 51-H, p. 132. No mesmo sentido, o item 1.2.14 da IN-DNRC n.º 117 prevê que “a denominação deve designar o objeto da empresa, de modo específico, não se admitindo expressões genéricas isoladas, como: comércio, indústria, serviços. Havendo mais de uma atividade, poderão ser escolhidas uma ou mais dentre elas”.

⁵³ Cf.: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., n.º 51-F, p. 131; e CARLOS HENRIQUE ABRÃO, *Empresa individual*, cit., n.º 3.2, p. 32. A responsabilidade em causa, note-se, é apenas e tão-somente de quem seja o administrador da Eireli – que poderá ou não ser o próprio titular, ou sócio único.

⁵⁴ “Capital social” porque sociedade é. Fosse empresário individual, a lei utilizaria apenas a expressão “capital” (CC, art. 968, III).

(CC, art. 980-A, *caput*). Apesar de aparentemente singela, essa regra suscita diversos questionamentos. Vejamos, pois, os principais.

6.1. Capital social mínimo

De forma absolutamente desconcertante e na contramão da evolução verificada recentemente no direito europeu continental⁵⁵, o legislador pátrio – que até o advento da Lei n.º 12.441/2.011 não exigia capital social mínimo em função do tipo societário adotado⁵⁶ – requereu da Eireli capital social mínimo de 100 (cem) salários-mínimos, cifra essa que chega a igualar (ou superar, conforme o câmbio) o capital mínimo existente na Europa para formas societárias de responsabilidade limitada.

Essa inédita exigência suscita algumas reflexões.

A primeira delas resulta do elevado valor fixado para o capital social mínimo, contrariando a própria lógica que animou o surgimento do instituto: se por meio da Eireli o legislador realmente pretendia fomentar o exercício de atividades econômicas por empreendedores individuais e

⁵⁵ Sobre o ponto, vale conferir as precisas observações de PAULO DE TARSO DOMINGUES (A 'surpreendente' EIRELI (breves notas em torno da responsabilidade pessoal empresarial), cit., p. 967), destacando que a disciplina de capital mínimo da Eireli é "uma solução claramente em contraciclo com o que têm sido os desenvolvimentos mais recentes em direito comparado e que é tanto mais surpreendente quanto é verdade que o ordenamento jurídico brasileiro tradicionalmente não contém exigência paralela para a constituição de qualquer tipo de sociedade" e, mais, que "essa opção legislativa, para além de surpreendente, nos parece criticável, pois (...) a exigência de um qualquer capital mínimo não se justifica, uma vez que tal exigência não se justifica, uma vez que tal exigência não cumpre, ao menos de forma eficiente, qualquer função relevante. Mais importante seria, de fato, que a legislação estabelecesse mecanismos que pudessem combater e prevenir abusos por parte do sócio único, nomeadamente no que se respeita ao chamado 'autocontrato', i.e., aos negócios celebrados entre o sócio único e a sociedade". E arremata: "esse regime (de capital mínimo) fará, assim nos parece, com que essa nova figura se apresente como muito pouco atrativa para os agentes econômicos, até porque exigência semelhante não é efetuada para a constituição doutras sociedades comerciais (nomeadamente para as sociedades limitadas), o que poderá conduzir ao insucesso da mesma na *praxis* mercantil brasileira" (*op. cit.*, pp. 973-974). Ou, diríamos nós, talvez se torne um sucesso à custa da generalizada simulação de capital...

⁵⁶ Até o advento da Eireli, a exigência de capital social mínimo no direito brasileiro não estava atrelada à *forma* societária adotada, ao tipo societário, mas, eventualmente, à *atividade* exercida – frente à qual a lei ou o órgão regulador eventualmente demanda cifra mínima, seja para a concessão de autorização para funcionamento, seja para o deferimento de licenças especiais de operação. E é também por isso que, no direito pátrio, a função de garantia do capital social sempre se apresentou bastante esmaecida.

tirar da informalidade negócios de menor porte, a exigência de um capital mínimo tão elevado só contribuiu para inviabilizar ambos os propósitos⁵⁷. De fato, se para a sociedade limitada pluripessoal não há essa exigência, não há razão alguma para que ela só venha a ser estabelecida para a sociedade limitada unipessoal, por esse modo, ademais, induzindo a persistência de sociedades pluripessoais simuladas. Mais do que isso, a previsão de capital social mínimo para a Eireli lamentavelmente acaba por colocar sob grave suspeita todas as sociedades limitadas pluripessoais que eventualmente não tenham capital social de 100 (cem) salários-mínimos, suscitando desconfiças em cada caso sobre se se trata de efetiva sociedade pluripessoal ou de sociedade unipessoal dissimulada, criada para burlar a regra de capital mínimo... Ou seja, longe de reforçar a regra de limitação de responsabilidade, a Eireli, tal como estruturada, contribuiu ainda mais para o descrédito da regra de limitação de responsabilidade das sociedades em geral.

A segunda reflexão refere-se à estabilidade do capital social mínimo. O que acontecerá se, reajustado o valor do salário-mínimo (como rotineiramente sucede), o capital social em função disso restar abaixo do piso: terá que haver aumento compulsório do capital, sob pena de a Eireli tornar-se irregular ou se dissolver? A nosso juízo (e *diante do direito posto*), a resposta negativa se impõe. O capital social mínimo é pressuposto de constituição da Eireli e, por isso, o que interessa apenas é que, naquele momento inicial, o valor atinja ou exceda o mínimo exigido⁵⁸; por isso, se depois de constituída a Eireli, houver mudanças no valor do salário-mínimo (variável por definição; não é uma cifra estática), isso pouco importará⁵⁹. O titular não poderá ser compelido a realizar aportes adicionais, na medida em que isso implicaria exigência de prestação suplementar e, portanto, ofensa

⁵⁷ Há quem vislumbre na exigência de capital social mínimo o propósito de evitar fraudes, o que, com todas as vênias, é uma visão assaz ingênua, pois não será ela que de per si conterá a fraude ou obstará a simulação de capital. Até porque, para isso, continua aberta a porta da sociedade pluripessoal simulada, para a qual nem sequer existe a exigência de capital mínimo.

⁵⁸ De acordo com o item 1.2.4 da IN-DNRC n.º 117, a verificação do preenchimento do capital social mínimo dar-se-á “na data do protocolo do registro” – o que equivale dizer que será considerado o valor do salário-mínimo vigente nesta ocasião.

⁵⁹ Cf.: “Uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital da empresa individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma influência decorrente de ulteriores alterações no salário mínimo” (Enunciado n.º 4 da “Jornada de Direito Comercial” do CEJ-CJF). No mesmo sentido: MÁRCIO TADEU GUIMARÃES NUNES, *Considerações sobre a constitucionalidade do aporte mínimo de capital exigido pelo art. 980-A do Código Civil com a redação da Lei n. 12.441/11*, cit., p. 185. Em sentido contrário, porém: IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Lei n. 12.441 de 11/07/2011*, cit., p. 109.

à regra de limitação de responsabilidade do sócio único ao valor do capital subscrito e integralizado (CC, arts. 980-A, § 6.º, e 1.052).

A terceira reflexão suscitada pela exigência de capital social mínimo diz respeito à sua própria constitucionalidade. Isto porque contra essa exigência foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal ação direta de inconstitucionalidade (STF, ADIn n.º 4.637-DF), ainda pendente de julgamento, na qual o partido político requerente aponta a ocorrência de dupla ofensa à Constituição Federal: ofensa a princípios reitores da ordem econômica (CF, art. 170) e ofensa à regra da não-vinculação do salário-mínimo a qualquer outro fim (CF, art. 7.º, IV)⁶⁰. De nossa parte, embora admitamos que a eliminação da exigência de capital mínimo talvez pudesse contribuir para a melhoria geral da disciplina da Eireli, extirpando um de seus entraves, não vislumbramos nenhum dos vícios apontados⁶¹. Em primeiro lugar porque a *ratio legis* da vedação prevista no art. 7.º, IV, da CF é evitar a indexação da economia pelo salário-mínimo, de tal modo que a fixação do seu valor, pelos reflexos daí resultantes, passe a ser influenciada e determinada por interesses outros⁶². Essa é a teleologia da regra consti-

⁶⁰ CF: “Art. 7.º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...)”.

⁶¹ Na mesma linha e com extensa argumentação, vide: MÁRCIO TADEU GUIMARÃES NUNES, *Considerações sobre a constitucionalidade do aporte mínimo de capital exigido pelo art. 980-A do Código Civil com a redação da Lei n. 12.441/11*, cit., pp. 170-199.

⁶² É como já decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A vedação da vinculação do salário-mínimo contida na parte final do artigo 7.º, IV, da Constituição não tem sentido absoluto, mas deve ser entendida como vinculação de natureza econômica, para impedir que, com essa vinculação, se impossibilite ou se dificulte o cumprimento da norma na fixação do salário-mínimo compatível com as necessidades aludidas nesse dispositivo, bem como na concessão dos reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo. A vinculação do valor da alçada ao salário-mínimo, para estabelecer quais são as causas de pequeno valor e que, portanto, devem ser decididas com a presteza de rito simplificado e com decisão de única instância ordinária, não se enquadra na finalidade a que visa a Constituição com a vedação por ela prevista, razão por que não é proibida constitucionalmente. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, RE 201.297-DF, 1.ª Turma, Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.u., j. 01.10.1996, DJE 05.09.1997, p. 41.898). “Salário mínimo. Vinculação proibida. Previdência. Contribuição. A razão de ser da parte final do inciso IV do art. 7.º da Carta Federal – ‘(...) vedada a vinculação para qualquer fim;’ – é evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado.” (RE 197.072, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 25-11-1998, Plenário, DJ de 8-6-2001). O Tribunal Superior do Trabalho tem seguido a mesma linha: “A jurisprudência desta Eg. Corte vem-se orientando no sentido de que

tucional, a ser entendida e observada. Segue-se daí que, inexistindo o risco de que tal vinculação de interesses prejudiciais ao salário-mínimo possa ocorrer, não há inconstitucionalidade na sua utilização como simples piso ou referencial; do contrário, fosse a vedação constitucional absoluta e dissociada de seus efeitos, ter-se-ia que, de igual forma, pronunciar a insubsistência de diversas outras regras de fixação de pisos ou tetos pelo valor do salário-mínimo, como as do Código de Processo Civil (art. 275, I), da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (art. 94, I), da Lei do Juizados Especiais Cíveis (art. 3.º, I) e dos Juizados Especiais Federais (art. 3.º), para aqui ficar em alguns poucos exemplos. Para além disso, também não se nos afigura razoável entender que a previsão de capital mínimo seria de molde a ofender, de per si, qualquer princípio reitor da ordem econômica (CF, art. 170); do contrário, também aqui ter-se-ia que concluir que, até o advento da Eireli, teria havido situação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2.º). A regra de capital social mínimo pode ser ilógica e ruim, mas não é, por isso e em função disso, inconstitucional⁶³.

6.2. Regras de formação do capital

Ao dispor sobre o capital social da Eireli, o legislador fixou o valor “mínimo, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salários-mínimos” (CC, art. 980-A, *caput*). A dúvida daí decorrente é se todo o capital social deverá necessariamente estar integralizado no ato de constituição, pouco importando a sua cifra total, ou se apenas o equivalente ao mínimo legal deverá estar, podendo o restante que exceder a cifra mínima ficar para ulterior integralização, na forma e

o escopo da proibição contida no referido preceito constitucional reside na proteção da economia do País contra os reflexos nefastos no fato inflacionário do atrelamento ao salário mínimo nos contratos sem conteúdo salarial” (TST, RR 137.408/94, 5.ª Turma, Rel. Min. ARMANDO DE BRITO, v.u., DJ 21.02.1997).

⁶³ Lucidamente já se afirmou que “o juiz não examina a sabedoria da lei ou sua tacanhice; se ela não for inconstitucional, pode não ser a melhor das leis, mas enquanto não revogada há de ser cumprida. Antigo Presidente da Corte Suprema americana, STONE, disse certa vez que uma lei pode ser perfeitamente constitucional e perfeitamente idiota. Se a lei é constitucional, pode perfeitamente não ser modelo de sabedoria, pode mesmo ser «idiota», para repetir o famoso ‘Chief-Justice’, mas o Juiz não pode desprezá-la, sob pena de converter-se em legislador. Penso que não há maior lesão à ordem que o descumprimento da lei. Se esta não for boa, revogue-se a lei, mas enquanto lei há de ser respeitada e tem de ser cumprida. Aliás, convém lembrar que certas questões se resolvem nas urnas e não nos pretórios” (excerto da decisão do Ministro PAULO BROSSARD, ‘in’ STF, SS 682-RS-AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, v.u., j. 18.08.1994, RTJ 157/456).

prazo previstos. Ou seja, o que precisará estar integralizado no momento da constituição: todo o capital ou o capital mínimo? Em relação a isso, a IN-DNRC n.º 117 dispõe, pura e simplesmente, que o capital da Eireli deve estar “inteiramente integralizado” (item 1.2.16.2) e arrola, como cláusula obrigatória do ato constitutivo, “a declaração de integralização de *todo o capital*” (item 1.2.7, c). Pensamos diversamente. A nosso ver, de regra⁶⁴ nada impede que se constitua a Eireli com parcela do capital a integralizar, desde que, no ato de constituição, o valor mínimo tenha sido comprovadamente aportado⁶⁵. O que o legislador instituiu (e a regra de direito brasileira é diversa da existente em alguns países europeus), supostamente em benefício dos credores sociais, é a exigência de um *capital social mínimo devidamente integralizado*; mas não obrigou que todo o capital, mesmo sendo superior àquele mínimo, deva necessariamente sê-lo. É dizer, se o capital mínimo foi integralizado, a garantia legal instituída em benefício de terceiros foi atendida, e não há razão para que o titular, ou sócio único, não possa aportar a parte excedente ulteriormente, respondendo nesse caso, porém, como em qualquer sociedade limitada, pelo que faltar para a efetiva integralização (CC, art. 1.052). Por essa mesma razão, e a despeito da vedação criada pela disciplina infra-legal, tem-se que, uma vez realizada a parcela do capital social mínimo e não havendo saldo em aberto (CC, art. 1.081, *caput*), o capital social da Eireli poderá ser aumentado através da subscrição de capital para integralização futura⁶⁶.

O capital social da Eireli, ainda por aplicação subsidiária das regras da sociedade limitada (CC, art. 980-A, § 6.º), poderá ser integralizado com dinheiro ou bens economicamente avaliáveis, desde que estes tenham pertinência com a atividade a ser desenvolvida e sejam alienáveis⁶⁷; se integralizar com bens, o titular responderá necessariamente pela evicção e por vícios ocultos; se o fizer com créditos, responderá não só pela existência

⁶⁴ Sendo o titular incapaz, essa alternativa está terminantemente afastada: “o capital social deve ser totalmente integralizado” (CC, art. 974, § 3.º, II). O mesmo deverá ser observado nos aumentos de capital.

⁶⁵ Esta também parece ser a doutra opinião de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, ao destacar que, se no ato de constituição for integralizada parcela de capital social equivalente a 100 (cem) salários mínimos, o restante poderia ser conferido em momento posterior: “Logicamente, se o capital for superior a esse piso, o excedente pode ser realizado no futuro” (*Direito de empresa*, cit., n.º 51-J, p. 134).

⁶⁶ Inversamente, o capital da Eireli também poderá ser reduzido, por efeito de casos de redução obrigatória ou facultativa (CC, arts. 1.082 a 1.084). No entanto, se por efeito dessas operações restar abaixo do mínimo, será imprescindível o seu coevo aumento até o mínimo de 100 (cem) salários-mínimos.

⁶⁷ De acordo com o Enunciado n.º 473 da “V Jornada de Direito Civil” do CEJ-CJF, “a imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para integralização do capital da Eireli”.

do crédito como também pela solvência (CC, art. 1.005). Não cabe, ademais, a contribuição que consista apenas em prestação de serviços (CC, art. 1.055, § 2.º)⁶⁸. Além disso, o titular responde pela exata estimação dos bens com que entrar para o capital social, pelo prazo de cinco anos (CC, art. 1.055, § 1.º), limitada essa responsabilidade em dinheiro à diferença entre o valor atribuído ao bem conferido e a parcela do capital atribuída ao titular, não sendo assim necessária a apresentação de laudo de avaliação⁶⁹.

6.3. Quota ou quotas do capital

O capital social da Eireli, também por aplicação das regras da sociedade limitada, poderá ser constituído por uma quota, de valor equivalente ao capital social, ou por diversas quotas do valor unitário que for estabelecido. A IN-DNRC n.º 117 não proíbe essa segunda alternativa; apenas dispõe, em seu item 1.2.16.1 que “por ser detido por apenas um titular, o capital da Eireli não precisa ser dividido em quotas”. Não precisa, mas poderá sê-lo. E eventualmente essa divisão se afigurará assaz importante para a constituição sobre elas de direitos reais limitados, de garantia ou fruição⁷⁰.

O credor particular do titular, ou sócio único, pode, na insuficiência de outros bens do devedor, fazer recair a execução sobre o que a este couber nos lucros da Eireli, ou na parte que lhe tocar em liquidação (vale dizer, em caso de dissolução da Eireli, será ainda assim necessária a designação de liquidante; o credor particular do sócio não poderá, simplesmente, adjudicar bens da Eireli). Inexistindo lucros disponíveis e não estando a Eireli dissolvida, o credor particular do sócio único ainda poderá então penhorar e requerer a liquidação das quotas do titular⁷¹, até o montante necessário ao pagamento do seu crédito (CC, art. 1.026). Se, liquidadas as quotas, o capital social restar abaixo do mínimo, terá o titular que aumentá-lo ou liquidar a Eireli.

⁶⁸ É o que também se destaca no item 1.2.16.5 da IN-DNRC n.º 117: “É vedada a contribuição ao capital que consista em prestação de serviços”.

⁶⁹ Cf. item 1.2.16.3 da IN-DNRC n.º 117.

⁷⁰ Em sentido contrário: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., n.º 51-N, p. 137.

⁷¹ Em sentido contrário, vide: CARLOS HENRIQUE ABRÃO, *Empresa individual*, cit., n.º 3.3, p. 35 – entendendo que a Eireli não tem quota e seria inviável a constrição sobre a participação.

7. Objeto social

Outra questão ainda em aberto refere-se ao objeto social, isto é, à atividade que poderá ser exercida pela Eireli: seriam apenas atividades empresárias (CC, art. 966)?

O questionamento tem razão de ser, pois o legislador não prescreveu que a Eireli apenas poderá exercer atividade empresária; pelo contrário, disse expressamente que quaisquer prestações de serviços podem servir para isso (CC, art. 980, § 5.º). Por isso, a Eireli poderá ter por objeto o exercício de atividade empresária e, neste caso, estará sujeita a registro na Junta Comercial e a todas as consequências, ônus e bônus, do regime jurídico empresarial. Por outro lado, poderá ainda a Eireli ter por objeto o exercício de atividades não-empresárias⁷², de atividades intelectuais (de natureza artística, científica ou literária) ou atividade rural⁷³ e, nesses casos, será simples (ou não-empresária) e deverá registrar os seus atos constitutivos no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas. O registro do ato constitutivo em registro incompetente tem como consequência a não personificação da Eireli, a ausência de autonomia patrimonial e, portanto, a inoperância da regra de limitação de responsabilidade – porquanto todos esses efeitos positivamente só se verificam com o registro dos atos constitutivos no registro competente (CC, arts. 45 e 985)⁷⁴.

⁷² Neste sentido, vale conferir as precisas observações de PAULO CEZAR ARAGÃO e GISELA SAMPAIO DA CRUZ (*Empresa individual de responsabilidade limitada: o “moderno Prometheus” do direito societário*, cit., nota 26, pp. 228-229). No mesmo sentido, ainda: FÁBIO ULHOA COELHO, *A sociedade unipessoal no direito brasileiro*, cit., p. 361; e MÁRCIO TADEU GUIMARÃES NUNES, *Considerações sobre a constitucionalidade do aporte mínimo de capital exigido pelo art. 980-A do Código Civil com a redação da Lei n. 12.441/11*, cit., p. 169. Em sentido contrário, porém, entendendo que a Eireli não pode exercer atividades não-empresárias, vide: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., n.º 51-B, p. 125, n.º 51-I, p. 133; e CHARLES WILLIAM McNAUGHTON, *Titular estrangeiro na Eireli*, cit., p. 59.

⁷³ O empresário rural pode, por ato de sujeição voluntária, registrar os seus atos na Junta Comercial, passando a submeter-se ao regime jurídico empresarial geral (CC, art. 984); mas pode optar por não fazê-lo e ser tratado como não-empresário, nesse caso arquivando os atos no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

⁷⁴ Cf.: “Os atos constitutivos da Eireli devem ser arquivados no registro competente, para fins de aquisição de personalidade jurídica. A falta de arquivamento ou de registro de alterações dos atos constitutivos configura irregularidade superveniente” (Enunciado n.º 471 da “V Jornada de Direito Civil” do CEJ-CJF). A conclusão final desse enunciado nos parece absolutamente inaceitável. A personalidade jurídica se adquire com o registro. Eventuais alterações posteriores do ato constitutivo, que não venham a ser registradas, não têm o condão de extinguir a pessoa jurídica, que só ocorre com o cancelamento do registro (CC, art. 51, § 3.º).

Contra o entendimento de que a Eireli pode se dedicar à exploração de atividade não-empresária, objeta-se com o *nomen iuris* do instituto (“empresa”) e a circunstância de o art. 980-A encontrar-se no Título I-A (o Título I denomina-se “Do Empresário”) do Livro II – “Do Direito de Empresa” do Código Civil. Mas isso, a nosso ver, é absolutamente irrelevante. Além de a designação dos capítulos e títulos de uma lei não serem decisivos para sua interpretação⁷⁵, o próprio Livro II do Código Civil dissipa qualquer dúvida: ele tem a designação de “Do Direito de Empresa”, mas isso não impediu que, nesse mesmo Livro, o legislador tratasse da sociedade simples que, por definição, é sociedade não-empresária⁷⁶. Além disso, o Livro II do Código Civil foi originalmente batizado (e muito bem batizado) de “Da Atividade Negocial”, justamente porque dentro dele são tratados temas que não são exclusivamente empresariais – a tônica da disciplina contida nesta parte do código é justamente a *atividade*, empresarial ou não. De igual forma, o art. 980-A do CC compõe um novo título, de tal modo que a disciplina da Eireli não é parte da disciplina sobre empresário individual. De mais disso, é bastante conhecida e difundida entre nós a lição de Asquini, segundo a qual a palavra empresa tem várias acepções ou perfis⁷⁷: o perfil subjetivo (a empresa como empresário ou sociedade

⁷⁵ Como bem lembra o inexcusável CARLOS MAXIMILIANO: “Os títulos, as epígrafes e as rubricas da lei em conjunto, ou de capítulo ou parágrafo, não fazem parte, propriamente, da norma escrita, não foram discutidos nem votados, não contêm uma regra explícita. Entretanto, foram presentes aos legisladores e aceitos como acessórios da lei, destinados a indicar a ordem e a correlação entre as suas partes. Deve-se presumir ser a epígrafe oportuna, expressiva, regular; na falta de argumento sólido em contrário, admite-se que apenas compreende o objeto exato da norma, e, portanto, serve para deduzir o sentido e o alcance desta. Entretanto, a lei não se equipara a um manual teórico; a disposição de suas matérias não é feita com o rigor escolar. Muitas vezes o título figurou no Projeto e é mantido apesar de o Congresso haver dilatado, ou restringido os termos das disposições primitivas; daí resulta a necessidade de atribuir ao texto um alcance mais amplo, ou mais estreito, do que a epígrafe parece indicar. Pelas razões expostas, o título ajuda a deduzir os *motivos* e o objeto da norma; presta, em alguns casos, relevante serviço à exegese; auxilia muito a memória, é fácil de reter, e por ele se chega à lembrança das regras a que se refere; **porém, oferece um critério inseguro; o argumento a rubrica é de ordem subsidiária; vale menos do que os outros elementos de Hermenêutica, os quais se aplicam diretamente ao texto em sua íntegra**” (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19.^a ed., RJ: Forense, 2009, p. 217; itálicos do autor, demais destaques nossos).

⁷⁶ Cf. o art. 982 do CC: “Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais”.

⁷⁷ *Profili dell'impresa* (Perfis da empresa), publicado na *Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, v. 41, I; tradução de Fábio Konder Comparato, na RDM 104/109.

empresária), o objetivo ou patrimonial (a empresa como patrimônio azindal e como estabelecimento), o funcional (a empresa como atividade) e o corporativo (a empresa como instituição). A palavra empresa não tem, pois, sentido unívoco, mas plurívoco, e no caso da Eireli parece que o nosso legislador acabou por criar-lhe uma quinta e inédita acepção: a empresa como sinônimo de sociedade unipessoal (com personalidade jurídica), empresária ou *simples*... Empresa que não é empresa... De resto, ainda que se pudesse entender que a Eireli é forma empresária, a verdade é que o Código Civil expressamente admitiu que não-empresários adotem formas empresárias (CC, art. 983)⁷⁸. Na Capital do Estado de São Paulo, por isso, na prática tem-se admitido a constituição de Eireli não-empresária, para a qual a Receita Federal do Brasil tem concedido inscrição no CNPJ/MF.

8. Constituição e dissolução

A Eireli comporta constituição *originária* (direta) ou *derivada* (indireta).

A constituição *originária* é a que resulta da subscrição do ato constitutivo pelo titular, ou sócio único⁷⁹ – ato esse que, portanto, juridicamente se qualifica como ato jurídico unilateral⁸⁰ – ou, ainda, de cisão desproporcional de sociedade pluripessoal com versão de parcela do patrimônio da cindida na Eireli a ser constituída no ato. Em ambas as modalidades,

⁷⁸ CC: “Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias”.

⁷⁹ É necessário o visto de advogado no ato constitutivo de Eireli (cf.: Lei n.º 8.906/1994, art. 1.º, § 2.º, e item 1.2.26 da IN-DNRC n.º 117).

⁸⁰ Cf.: UWE HÜFFER, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 35, n.º 18, p. 338. Ou seja, em casos que tais, “o «contrato social» é então em realidade uma declaração unilateral. Essa declaração tem, efetivamente, caráter estatutário, é desse modo «contrato social» no sentido da lei alemã de sociedades limitadas” (KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed. Köln: Carl Heymanns, 2002, § 40 II, p. 1.247; no original: “Der «Gesellschaftsvertrag» ist dann in Wahrheit eine einseitige Willenserklärung. Diese Erklärung hat allerdings Satzungscharakter, ist also «Gesellschaftsvertrag» i.S. des GmbH-Gesetzes”).

não há uma pessoa jurídica preexistente⁸¹ e a maior preocupação que isso suscita é com a correta formação do seu capital⁸².

A constituição derivada, por outro lado, é a que resulta da concentração em uma só pessoa das quotas de uma sociedade antes pluripessoal, seja por aquisição, *inter vivos* ou *mortis causa*, das quotas dos demais ou, então, por efeito da sua liquidação (CC, art. 1.031). Em casos que tais, se a sociedade pluripessoal reduzida à unipessoalidade for uma limitada, existiria uma transformação propriamente dita? O art. 1.033, par. ún., do CC, com a redação dada pela Lei n.º 12.441/2.011, manda aplicar, a essas situações, “no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115” do código (que cuidam da transformação), mas, a nosso ver, na medida em que a Eireli é subtipo da sociedade limitada, tecnicamente não há mudança do tipo

⁸¹ E isso coloca uma delicada controvérsia jurídica, com implicações substanciais, em torno da natureza jurídica da sociedade unipessoal em formação (i.e., no período que vai da assinatura do ato constitutivo até o seu registro no registro competente): seria possível cogitar aí da figura da sociedade em comum unipessoal (CC, art. 986)? Essa indagação não é desprovida de relevância prática; é importantíssima para saber, por exemplo, se a Eireli que venha a depois disso surgir como pessoa jurídica é ou não responsável pelos atos de organização e pelas responsabilidades surgidas no entretanto (CC, arts. 989 e 1.001). A doutrina alemã, mesmo admitindo que no período de formação da sociedade unipessoal não existe uma massa patrimonial em mancomunhão (CC, art. 988), reconhece aí a ocorrência de afetação patrimonial, analogamente à sociedade pluripessoal em formação, e, por isso, refere-se à figura da sociedade unipessoal em formação, a “Einperson-Vor-GmbH” (sobre o tema, vide: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 11, n.º 37, p. 160; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed. Köln: Carl Heymanns, 2002, § 11 IV, pp. 304-307; MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, 14.ª ed. Köln: Otto Schmidt, 1995, § 11, n.º 24, p. 144; e WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1.º Band – 2.º Teil: *Die juristische Person*, cit., § 5 IV, pp. 172-176), inferência essa igualmente válida entre nós: a Eireli pode ser responsabilizada pelos atos praticados no período de formação, sem prejuízo da responsabilidade do próprio titular (CC, art. 990). Ressalve-se, apenas, que a expressão “sociedade em formação” contém uma elipse; o que está em formação é a pessoa jurídica e não a sociedade, que já se formou e daquela é pressuposto; logo, de modo completo a expressão é “sociedade (personificada) em formação”.

⁸² Com efeito, de forma semelhante ao que se verifica na constituição por meio de conferência de bens, a constituição originária de sociedade unipessoal aumenta o perigo de que, em prejuízo dos credores sociais, o capital social não seja devidamente conferido. Tal se dá aqui pela ausência do controle bilateral que os próprios sócios exercem em sociedades pluripessoais, aumentando os riscos de que a separação entre os patrimônios social e pessoal se desbotem, e tornando ineficaz as regras sobre sócio remisso (sobre o ponto: THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 4.ª ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2006, § 26, n.º 84, p. 401). Não é de se estranhar, por isso, que a sociedade unipessoal coloque à consideração problemas delicados de adequada valoração e aplicabilidade das regras de desconsideração da personalidade jurídica e também a indagação sobre se a falta de sócios minoritários torna mesmo supérflua a existência de regras de proteção da sociedade contra a *influência dominante* do sócio único controlador.

societário e, portanto, não há propriamente transformação *de sociedade*⁸³. Diversamente, nos casos em que houver concentração das participações de outro tipo societário⁸⁴ (p. ex., quota de sociedade em nome coletivo ou simples, ou até ações de companhia⁸⁵) em mãos de uma só pessoa e esta desejar prosseguir com o exercício da atividade social para além do período de unipessoalidade transitória (CC, art. 1.033, VI; e LSA, art. 206, I, *d*), poderá fazê-lo sob a forma de Eireli e, nesse caso, a operação será de transformação de tipo societário (CC, art. 1.113): o ente deixará um tipo societário e transformar-se-á em limitada unipessoal. O legislador, pouco importando a roupagem jurídica pretérita, designa essas operações de “transformação de registro” (CC, art. 1.033, par. ún.; IN-DNRC n.º 117, item 3.2.14, e IN-DNC n.º 118, art. 2.º⁸⁶). Em todo caso, se o capital social (e não o patrimônio líquido⁸⁷) da sociedade for inferior a 100 (cem) salários mínimos, para a transformação – da sociedade ou do registro – será de rigor o seu aumento para cumprir com a exigência de capital mínimo (CC,

⁸³ O inverso também é verdadeiro: a admissão de sócio na Eireli (p. ex., através de aumento de capital) importa apenas na alteração do registro, passando a ser tratada como sociedade limitada pluripessoal; não há também aqui uma transformação societária propriamente dita – visão essa coerente com o entendimento de que a Eireli é sociedade limitada, embora unipessoal.

⁸⁴ O § 3.º do art. 980-A fala em “concentração das quotas de *outra modalidade societária* em um único sócio (sinalizando, mais uma vez, a nosso ver, que a Eireli é, pois, modalidade societária). No plano infra-legal, o DNRC regulou a transformação de sociedade simples, ou não-empresária em Eireli (IN-DNRC n.º 117, item 3.2.14.1).

⁸⁵ De acordo com o Enunciado n.º 483 da “V Jornada de Direito Civil” do CEJ-CJF, “admite-se a transformação do registro da sociedade anônima, na hipótese do art. 206, I, *d*, da Lei n. 6.404/1976, em empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada”.

⁸⁶ IN-DNRC n.º 118: “Art. 2.º. Transformação de registro é a operação pela qual a sociedade, a empresa individual de responsabilidade limitada ou o empresário individual altera o tipo jurídico, sem sofrer dissolução ou liquidação, obedecidas as normas reguladoras da constituição e do registro da nova forma a ser adotada”.

⁸⁷ Por entender que a Eireli não é sociedade, mas “novo ente jurídico personificado”, ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO sustenta que, na transformação de sociedade unipessoal para a Eireli, ter-se-ia que considerar o *valor do patrimônio líquido da sociedade*: “Se sua constituição ocorre a partir de uma sociedade unipessoal, é preciso que esta possua patrimônio líquido mínimo de igual valor. O fato de o capital social dessa sociedade já atingir os 100 salários-mínimos não é suficiente, uma vez que na sua origem o capital da empresa individual há de corresponder ao patrimônio que a ela é afetado para a realização do seu objeto” (*Direito de empresa*, cit., n.º 51-C, p. 126), posição essa, repita-se, coerente com a visão deste douto comercialista sobre o instituto, mas que talvez não bem se amolde à afirmação, que ele próprio faz, de que não há aqui o fenômeno da sucessão, da dissolução e da preservação da personalidade da sociedade transformada. Como se vê, a discussão sobre a natureza jurídica da Eireli não é meramente acadêmica.

art. 980-A, *caput*)⁸⁸. Ainda assim, a personalidade jurídica da sociedade transformada continuará intacta – aliás, como intacta sempre permanece em operações de transformação em geral (CC, art. 1.113; e LSA, art. 220) – e não haverá dissolução nem liquidação; não haverá sequer sucessão, na medida em que o ente continuará a ser o mesmo, ainda que sob outra roupagem jurídica. Ademais, poderá essa transformação ser requerida ainda depois de decorrido o termo final do período de unipessoalidade provisória: se até mesmo o processo de liquidação voluntária de sociedade pode ser revertido (CC, art. 1.071, VI), não haveria motivo para *in casu* obstar a prática desse ato.

Por outro lado, não é ato de constituição derivada nem de transformação – embora designada imprecisamente na lei como hipótese de “transformação de registro” – a constituição de Eireli por meio da conferência ao capital social de bens, inclusive o estabelecimento inteiro, do empresário individual; da mesma forma e inversamente, não há transformação (de sociedade) na conversão de Eireli para empresário individual – operação essa também designada pelo DNRC como “transformação de registro” (IN n.º 117, item 3.2.16, e IN n.º 118). O que existe aí é constituição (originária) da Eireli, por meio da conferência de bens (CC, art. 1.005), no primeiro caso, e dissolução por distrato, no segundo (CC, art. 1.033, II).

No que se refere à dissolução, aplicam-se à Eireli, no que couberem, as regras sobre dissolução e liquidação de sociedade limitada pluripessoal (CC, arts. 1.033, 1.034 e 1.044 e segs.). Assim, dissolver-se-á a Eireli: (i) pelo vencimento do prazo de duração, salvo se não entrar em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado; (ii) pela vontade do seu titular; (iii) pela extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar; (iv) pela invalidação do ato de constituição; (v) se exaurido o fim, ou verificada a sua inexecutibilidade; e (vi) pela insolvência ou falência.

A Eireli poderá tomar parte em quaisquer operações societárias⁸⁹ (incorporação, fusão e cisão – devendo-se observar, no caso de cisão com a constituição de novas sociedades, a ingênua proibição de a pessoa física não titular mais de uma Eireli).

⁸⁸ Cf.: LESLIE AMENDOLARA, *Transformação de tipos societários em empresa individual de responsabilidade limitada*, ‘in’ *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva), cit., p. 136.

⁸⁹ As regras sobre aumento e redução do capital de sociedade limitada pluripessoal são aplicáveis, no que couberem à Eireli (CC, arts. 1.081 a 1.084).

9. Deliberações

O art. 980-A do CC não disciplinou o processo jurídico de formação da vontade atribuível à Eireli; não disciplinou de que forma tomar-se-ão as deliberações sociais – o que, escusado nos seja dizer o óbvio, não significa que elas sejam prescindíveis. Pelo contrário.

A circunstância de todas as participações de uma sociedade estarem concentradas em uma só mão não a dispensa do cumprimento de regras imperativas previstas para ela, não só as dirigidas à proteção de terceiros, em especial dos credores e do tráfego negocial (p. ex., vinculação patrimonial, formação e conservação do capital, contabilidade e publicidade), senão também as que regulam a organização interna⁹⁰, é dizer, a ordem interna de competências estabelecidas para regular o processo decisório. O que pode ocorrer, notadamente quando a sociedade unipessoal for administrada pelo seu próprio titular, é apenas que algumas formalidades podem eventualmente (mas não necessariamente) ser simplificadas: a necessidade de convocação e fixação da ordem do dia pode ser superada (CC, art. 1.072, § 2.º); ao invés de deliberação (*Beschluss*), tecnicamente se toma decisão ou resolução (*Entschluss*) escrita, etc.

Inexistindo regra própria a disciplinar o processo de formação das decisões imputáveis à Eireli, por isso, aplicam-se a ela, no que couberem, as regras da sociedade limitada (CC, art. 980-A, § 6.º). No mais das vezes, as deliberações serão substituídas por decisões escritas do titular (CC, art. 1.072, § 3.º); eventualmente, tal alternativa pode não se revelar faticamente possível e, neste caso, será necessária a realização de assembleia ou reunião de sócio (CC, art. 1.072), o que não constitui nenhuma heresia: é perfeitamente possível, e nada incomum, a existência de assembleias com um só sócio. É o que ocorre, por exemplo, na subsidiária integral⁹¹; é o que

⁹⁰ Ou seja, “l’organizzazione interna della società unipersonale è esattamente la stessa della società a responsabilità limitata” (GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, vol. 1.º - tomo 2.º: *Le società*, 4.ª ed. Padova: CEDAM, 1997, n.º 179, p. 610). Em tradução livre: “a organização interna da sociedade unipessoal é exatamente a mesma da sociedade limitada”.

⁹¹ A subsidiária integral é, ninguém duvida, sociedade unipessoal e, apesar disso, não prescinde da realização de assembleias gerais, como explica ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA: “Observa, a propósito, BULGARELLI, que ‘no seio da organização das companhias, pode-se ver translucidamente que a Assembleia Geral, considerada na perspectiva organicista, exprime a vontade da pessoa jurídica e, por isso mesmo, certamente exerce uma função necessária e até indispensável ao funcionamento do ente; daí sua sobrevivência mesmo nas companhias unipessoais como, por exemplo, a subsidiária integral’ (*Regime Jurídico do Conselho...cit.*, pp. 179/180, destaques nossos). Anota o eminente mestre, outrossim, que a Junta Comercial do Estado de São Paulo ‘não concordou com a dis-

amiúde também se verifica mesmo em sociedades pluripessoais, quando em segunda convocação o conclave se instala com qualquer número de sócios, um que seja (CC, art. 1.074; e LSA, art. 125). De um modo ou de outro, a regular tomada de decisões formais – por meio de decisões escritas, assembleia ou reunião – é imprescindível, por exemplo, para fixar a remuneração de administrador não-sócio e aprovar as suas contas e as demonstrações financeiras da Eireli (CC, arts. 1.078 e ss.), até para com isso – e só assim – exonerá-lo de responsabilidades perante a pessoa jurídica (CC, art. 1.078, § 3.º)⁹².

Na realidade, a maior falha nas regras sobre Eireli talvez esteja justamente em não ter o legislador se preocupado em regular e dar publicidade obrigatória aos negócios jurídicos que envolvam a pessoa jurídica e o sócio único – negócios esses que podem ser gravemente prejudiciais ao regime de vinculação patrimonial e, portanto, manifestamente prejudiciais aos credores sociais, que têm no patrimônio da pessoa jurídica a garantia geral dos seus créditos (CC, art. 391; e CPC, art. 591). A preocupação em dar publicidade a tais atos é marcante nas legislações estrangeiras.

pensa da Assembleia Geral para a escolha dos administradores de subsidiária integral, conforme parecer de sua Procuradoria Jurídica (n. 313/84)’ (op. cit, p. 180, nota 331). CALIXTO SALOMÃO FILHO, em notável monografia sobre a sociedade unipessoal, afirma que, dentre os órgãos da subsidiária integral, é justamente a assembleia o que suscita maiores perplexidades. Conclui igualmente ele, entretanto, pela sua obrigatoriedade, de acordo com a seguinte argumentação: ‘Na legislação brasileira, inexistente qualquer regra específica para a Assembleia Geral da sociedade unipessoal. A interpretação sistemática da lei fornece argumentos para sustentar sua obrigatoriedade. Diferentemente do disposto no dec-lei n. 2.627, que definia a Assembleia Geral como a ‘reunião dos acionistas’ (art. 86), a lei atual define a Assembleia Geral apenas pelo seu objeto (arts. 121-122). A passagem de uma definição do tipo *subjetiva* e baseada na pluralidade de sujeitos a uma definição *objetiva* facilita o reconhecimento de sua obrigatoriedade mesmo na sociedade unipessoal’ (cf. *Sociedade Unipessoal*, pp. 223/224, destaques nossos). Ressalta o ilustre monografista, outrossim, a advertência de TEIXEIRA e GUERREIRO, no sentido de que, tendo em vista a afirmação contida na própria Exposição de Motivos, segundo a qual procurou-se manter sempre que possível a redação original do Dec-lei 2.627/40, deve-se presumir que as alterações introduzidas na Lei 6.404/76 foram intencionais (p. 224, nota 118)” (*Invalidade das deliberações de assembleia das S/A*, SP: Malheiros, 1999, nota 10, p. 30).⁹² Se o sócio único for administrador poderá votar nas suas próprias contas: em semelhante hipótese não há razão para o impedimento de voto (cf.: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 47, n.º 62, p. 865; e MARCUS LITTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, cit., § 47, n.º 13, p. 582) e, não fosse assim, a deliberação seria inviável. Se todos estão impedidos ninguém está.

10. Administração e fiscalização

Por aplicação supletiva das regras da sociedade limitada (CC, art. 980-A, § 6), a Eireli poderá ser administrada pelo próprio titular⁹³ ou por terceira pessoa (CC, arts. 980-A, § 6.º, e 1.061)⁹⁴, desde que esta não incorra em nenhum impedimento legal (CC, art. 1.011, § 1.º) e, de acordo com o entendimento do DNRC, não seja uma pessoa jurídica⁹⁵. O terceiro administrador poderá ser designado no ato constitutivo ou em instrumento separado. Da mesma forma, admitida que seja a instituição de Conselho de Administração em sociedade limitada pluripessoal⁹⁶, também a Eireli poderá tê-lo⁹⁷ – a hipótese pode ser rara, mas não é vedada e pode eventualmente se revelar até mesmo necessária.

Ainda por aplicação supletiva das regras da sociedade limitada (CC, art. 980-A) é perfeitamente possível que a Eireli tenha Conselho Fiscal (CC, arts. 1.066 a 1.070). Não nos convence o argumento contrário, no sentido de que haveria “absoluta falta de causa para sua implementação na estrutura de uma Eireli, na medida em que as funções desse Conselho são internas para proporcionar aos sócios, nela inexistentes, melhor conhecimento da situação econômico-financeira” e, para isso, “o titular da Eireli prescinde de qualquer órgão que controle seus atos”⁹⁸. É que, como visto, o titular, ou sócio único da Eireli, poderá ser uma pessoa natural capaz, mas eventualmente também poderá ser um incapaz ou outra sociedade, hipóteses em que a administração estará confiada a terceira pessoa; além disso, pode haver na Eireli o interesse de titulares de direitos reais limitados, frente aos quais o sócio único tenha assumido o compromisso de instituir órgão de fiscalização. Conquanto cerebrinas, são hipóteses viá-

⁹³ Aliás, sendo o sócio único também administrador, a sua responsabilidade não se colocará a partir da regra do art. 1.013, § 2.º do CC – pois, à evidência, o administrador-sócio estará sempre agindo de acordo com o interesse do sócio-administrador. Mas isso não exclui que negócios realizados em dupla representação (CC, art. 117) não possam ser ulteriormente questionados nem afasta a eventual desconsideração da personalidade jurídica, se demonstrada a confusão patrimonial (CC, art. 50).

⁹⁴ Cf. item 1.2.23.2 e 3.12 da IN-DNRC n.º 117.

⁹⁵ Cf. item 1.2.23.4 da IN-DNRC n.º 117.

⁹⁶ Sobre o tema, ainda controvertido, vide, por todos: PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *As sociedades limitadas podem ter Conselho de Administração?*, ‘in’ *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais* (obra coletiva) – coords. Rodrigo R. Monteiro de Castro e Luís André N. de Moura Azevedo, SP: Quartier Latin, 2010, pp. 358-373.

⁹⁷ Em sentido contrário: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., n.º 51-N, p. 137.

⁹⁸ ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., n.º 51-N, p. 137.

veis e frente às quais não se pode excluir a criação daquele órgão: a providência pode até ser tola, mas não é vedada.

11. Responsabilidades do titular

A Eireli, curiosamente, não possui regra própria de limitação de responsabilidade. Nada se diz no art. 980-A do CC sobre a responsabilidade do seu titular, embora a limitação esteja implícita na própria denominação do instituto. Em realidade, é só no capítulo da sociedade limitada, supletivamente aplicável, que se extrai a regra de limitação (CC, art. 1.052) e outras que disciplinam as responsabilidades do sócio único (CC, arts. 1.032, 1.055, § 1.º, e 1.059)⁹⁹.

Por essa senda, a autonomia patrimonial da Eireli é absoluta¹⁰⁰⁻¹⁰¹ e vige em ambos os sentidos: a favor, mas também contra o sócio único. A Eireli não responde por dívidas do sócio único; o sócio único não responde por dívidas da Eireli¹⁰² – ressalvada, em qualquer caso e ambos os sentidos, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, se presentes os seus pressupostos (CC, art. 50): também aqui a aplicação do instituto não pode operar sem limites ou arbitrariamente, como na prática tem ocorrido. Os credores da Eireli podem penhorar os bens da Eireli e,

⁹⁹ É diferente, como adiante se verá, a situação em outros países, em que houve a preocupação de restringir aquela regra geral, criando-se exceções à limitação de responsabilidade.

¹⁰⁰ A autonomia patrimonial completa, absoluta ou perfeita, está presente “quando uma determinada massa de bens está exclusivamente afetada ao cumprimento de certas dívidas; isto, no duplo sentido de que tal massa de bens só responde por essas dívidas (e não pelos outros débitos do titular do patrimônio) e de que por essas dívidas só ela responde (e não os outros bens de seu titular)” (MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 8.ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, n.º 72, p. 778).

¹⁰¹ Não se deve, porém, subestimar a realidade. Segundo lucidamente observa ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, “a ideia de que um cidadão limita a sua responsabilidade através de uma sociedade unipessoal é naïf: para qualquer operação, o mais benevolente banqueiro exige a garantia pessoal do sócio-único. De resto: o mesmo sucede, hoje em dia, com as pequenas e médias empresas, constituídas sob a forma de sociedade comum. As vantagens são, pois, meramente contabilísticas e organizativas: nada que o comerciante individual não pudesse obter. Tudo se queda, pois, no plano psicológico da normalização. Já no domínio dos grupos, a unipessoalidade permite às sociedades de grande porte autonomizar e personalizar estabelecimentos” (*Direito europeu das sociedades*, cit., § 32, n.º 138, p. 490).

¹⁰² Cf.: “O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica” (Enunciado n.º 470 da “V Jornada de Direito Civil” do CEJ-CJF).

eventualmente, o seu estabelecimento, mas não podem penhorar a própria Eireli, que é sujeito, e não objeto de direitos¹⁰³. De igual modo, créditos da Eireli contra terceiros não são compensáveis com créditos que estes possam ter contra o sócio único¹⁰⁴.

Os princípios rigorosos de formação de capital e de manutenção de capital das sociedades limitadas vigem na Eireli e valem por inteiro também para o seu sócio único ou titular¹⁰⁵. Em especial, deve este observar as regras de escrituração contábil (CC, arts. 1.179 e segs.), de apuração e distribuição de resultados (CC, art. 1.078, I) e de restituição de lucros ilícitos ou fictícios (CC, art. 1.059). De igual modo, os empréstimos que porventura faça à sociedade unipessoal são tratados pela lei concursal como créditos subordinados (LRF, art. 83, VIII, b).

A limitação de responsabilidade pressupõe, em qualquer caso, que a Eireli tenha sido regularmente constituída e, portanto, tenha se personificado – com o arquivamento do ato constitutivo no registro público competente (CC, arts. 45 e 985).

Nestas condições, observado o capital social mínimo – que deverá estar integralizado já no ato de constituição –, o titular ou sócio único responde pela integralização até o limite do valor do capital social subscrito (CC, art. 1.052), e assim é tanto no caso de haver no ato de constituição parcela excedente ao mínimo não-integralizada, como em futuros aumentos de capital. Evidentemente, a simples declaração no ato societário de que o capital está totalmente integralizado não exonera o sócio, se não corresponder à realidade¹⁰⁶. Por isso, em caso de falência, se comprovada a falta de integralização, o administrador judicial poderá exigir o valor faltante do sócio único (LRF, art. 82).

Também já se mencionou anteriormente que o sócio único responde pela exata estimação dos bens com que entrar para o capital social, pelo prazo de cinco anos (CC, art. 1.055, § 1.º), mas essa responsabilidade objetiva, resultante de garantia legal e a ser satisfeita em dinheiro, é limitada à diferença entre o valor incorretamente dado ao bem conferido e a parcela do capital atribuída ao titular, salvo se, adicional e concorrentemente, se compuserem os pressupostos para a desconsideração da perso-

¹⁰³ Cf.: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., n.º 51-D, p. 128.

¹⁰⁴ Cf.: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 1, n.º 55, p. 30.

¹⁰⁵ Cf.: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 40 III p. 1.252.

¹⁰⁶ Tem razão CARLOS HENRIQUE ABRÃO ao afirmar que “não há órgão de controle ou fiscalização que possa, no momento da constituição da empresa individual, constatar, de maneira sólida e concreta, a existência do capital mínimo” (*Empresa individual*, cit., n.º 1.2, p. 3).

nalidade jurídica ou a caracterização de eventual responsabilidade civil (subjativa) por ato ilícito.

Mas – indo-se além – cabe agora indagar: seriam essas responsabilidades (pela integralização do capital e pela exata estimação dos bens) limitadas ao valor da parcela subscrita e não integralizada ou, o que no caso dá no mesmo, limitadas pela diferença entre o valor real do bem e aquele pelo qual entrou para a formação do capital social, também naqueles casos em que concretamente nem sequer houve a cobertura inicial do valor do capital social mínimo e, portanto, no ato de constituição um dos requisitos, ou pressupostos da Eireli não fora sequer atendido? Por outras palavras, pergunta-se, a responsabilidade seria limitada à parcela faltante ou, diante da desobediência a formalidade essencial de constituição da própria Eireli como pessoa jurídica, essa responsabilidade do titular seria ilimitada? A dúvida é importante.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto sustenta que, em casos tais, a responsabilidade seria ilimitada, porque não atendido o pressuposto essencial à personificação da Eireli e, portanto, à limitação da responsabilidade do titular. Segundo o emérito comercialista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, “para que o titular do capital da empresa individual de responsabilidade limitada não responda pelas obrigações que ela venha a assumir é preciso que sejam atendidas as regras estabelecidas para a sua regular constituição e que seu capital esteja totalmente integralizado no momento em que o ato constitutivo for levado a registro perante a Junta Comercial. Por realização integral do capital deve-se entender que os aportes em dinheiro e em bens efetivamente totalizam a expressão monetária desse capital. Assim, se houver realização parcial do capital com promessa de integralização futura representada por título de crédito, cujo devedor seja o próprio titular, não se caracteriza a integralização; se a integralização se der com um bem de valor real inferior ao do que for estimado pelo titular, também não é cumprida a determinação legal. Penso ser equiparável a essa situação o aporte de bens que não tenham qualquer serventia para os propósitos da empresa, o que deve ser analisado diante da circunstâncias de cada caso concreto. Em qualquer dessas hipóteses, tem-se uma empresa individual de responsabilidade limitada irregularmente constituída e, por isso, inábil à produção dos efeitos de limitação da responsabilidade do seu criador”¹⁰⁷.

De nossa parte, pensamos diversamente. É certo que a personalidade jurídica se adquire pelo registro, no registro próprio (CC, arts. 45 e 985); da mesma forma, é igualmente admissível conceber o capital mínimo

¹⁰⁷ ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Direito de empresa*, cit., n.º 51-E, p. 130.

integralizado como sendo um *requisito de constituição* da Eireli, de modo que, enquanto tal, deve anteceder ao registro. Por essa linha, então, poder-se-ia considerar que, se o capital mínimo não foi efetivamente integralizado – por razões as mais diversas, desde simulação dolosa do capital, passando por perdas verificadas no processo de constituição ou simples erro na avaliação dos bens conferidos, pouco importa – o ato de constituição é inválido, conforme o caso, por ter sido preterida formalidade essencial, fraude à lei, simulação ou outro motivo qualquer. Ocorre que, em linha com o sistema especial de invalidades do direito societário e em obséquio aos interesses de terceiro e da tutela do tráfego negocial, a invalidação do ato constitutivo da Eireli, ainda que por efeito da pronúncia de nulidade, não acarreta a restituição ao *statu quo ante*, mas sim a sua dissolução total (CC, arts. 980-A, § 6.º, e 1.034, I). Dita consequência, à evidência, não discrepa da aplicável às sociedades pluripessoais: se um contrato social é subscrito por dois incapazes, sem estarem estes devidamente representados, mas ainda assim é registrado, para ser obtida fraudulentamente a limitação de responsabilidade e a personalidade jurídica, a invalidade do contrato não acarreta ela própria a ineficácia da personalidade jurídica, mas só a dissolução total (com a personalidade continuando até o fim da liquidação). Tanto neste caso como no de objeto ilícito ou impossível etc., e mesmo de outros reputados “requisitos necessários para a vida da sociedade”, a consequência jurídica do decreto de invalidade é a dissolução da sociedade¹⁰⁸. Ora, sendo a Eireli uma sociedade limitada e não tendo ela regra própria a disciplinar a responsabilidade do sócio único, segue-se

¹⁰⁸ Analisando o art. 155 do DL. n.º 2.627/1940, que corresponde ao art. 285 da LSA, o excepcional jurista TULLIO ASCARELLI bem salientou: “O art. 155 fala, genericamente, em vícios e defeitos de constituição. Creio que pretende indicar os vícios da constituição; não os requisitos necessários para a vida da sociedade e que são, simultaneamente, exigidos quer na constituição, quer durante a vida da sociedade, constituindo sempre a sua falta – que pode decorrer seja da constituição da sociedade, seja, em geral, de um fato posterior – *causa de liquidação*. Tal o caso quanto à ilicitude do objeto social; quanto à impossibilidade do fim social; quanto à falta de número mínimo de sete subscritores; quanto à falta, no estatuto, de indicações essenciais para a vida da sociedade; quanto à falta de subscrição integral do capital social indicado no estatuto. Trata-se, nesses casos, não apenas de vícios de constituição, mas da falta dos requisitos necessários para a vida da sociedade. A falta destes requisitos poderá sempre ser arguida, independentemente de prazos de prescrição, enquanto não forem sanados. *Acarretarão eles a liquidação judicial da sociedade, não havendo, por isso, nem nestes casos, eficácia retroativa, embora o vício subsista desde a constituição da sociedade*” (*Os vícios de constituição das sociedades anônimas e a prescrição*, ‘in’ *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, cit., pp. 387-389). Ainda sobre o ponto, vide: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidade das deliberações de assembléia das S/A*, cit., pp. 11-27.

que mesmo na liquidação o credor fica garantido indiretamente única e exclusivamente pela integralização do capital social (CC, art. 1.052); ele não pode contar com uma responsabilidade ilimitada do sócio¹⁰⁹, salvo – note-se, salvo – excepcionalmente por efeito de regras de responsabilidade civil por ato ilícito (desde que nesse ultimo caso se componham todos os pressupostos do dever de indenizar) ou, ainda, nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica (CC, art. 50), esta sim aplicável aos casos de utilização abusiva da pessoa jurídica, como porventura a que se caracterizaria pelo só fato de o sócio único tê-la conseguido mediante informações falsas.

13. Conclusão

As convergentes reivindicações – dos estudiosos e do empresariado em geral – pela introdução em nosso direito de estruturas jurídicas aptas a limitar a responsabilidade dos indivíduos que sozinhos exercem atividades econômicas não eram recentes; e eram fundadas e justificadas. Nessa quadra, a todos era dado esperar, sobretudo depois de longa e vitoriosa experimentação no direito europeu continental, ao qual o nosso direito se filia mais de perto, que, se e quando aqueles reclamos fossem atendidos, o fossem ao amparo de disciplina moderna e adequada, notadamente por intermédio da sociedade limitada unipessoal. Em realidade,

¹⁰⁹ A questão é tratada diferentemente em outros sistemas jurídicos, onde, para além da aplicação supletiva da regra da sociedade limitada, se prevê expressamente a responsabilidade do sócio único, caso o capital social não esteja totalmente integralizado – *mas*, note-se muito bem, tal se dá não por força da regra geral da limitada e, sim, *por efeito de expressa regra legal a respeito*. É, por exemplo, o que ocorre no direito italiano: “in caso di costituzione della società con atto unilaterale il conferimento in denaro deve essere interamente versato (...)” (CC it., art. 2476); “in caso di insolvenza della società, per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le quote sono appartenute a un solo socio, questo risponde illimitatamente (...) b) quando i conferimenti non siano stati effettuati secondo quanto previsto dall’art. 2476, secondo e terzo comma; c) fino a quando no sia stata attuata la pubblicità prescritta dall’art. 2475-bis” (CC it., art. 2497). Em tradução livre: “em caso de constituição da sociedade com ato unilateral, a integralização em dinheiro deve ser totalmente realizada (...)” (CC it., art. 2.476) “em caso de insolvência da sociedade, pelas obrigações sociais surgidas no período em que as quotas pertenceram a um só sócio, este responde ilimitadamente (...) b) quando as integralizações não tenham sido efetuadas segundo o previsto no art. 2.476, segundo e terceiro parágrafos; c) até que não tenha sido efetivada a publicidade prescrita pelo art. 2.475-bis” (CC it., art. 2.497). Ou seja, a responsabilidade do sócio único é afastada porque a lei assim expressamente determina; não se trata de uma solução extraída da regra geral aplicável às limitadas pluripessoais.

teria sido muito melhor e muito mais fácil se, ao invés da disciplina da Lei n.º 12.441, 11 de julho de 2.011, tivesse o legislador simplesmente (i) alterado o conceito de sociedade limitada, para reconhecer que a mesma pode ser constituída por um ou mais sócios (CC, art. 1.052); (ii) conformado a regra de limitação de responsabilidade para a sociedade unipessoal; e, ao mesmo tempo, (iii) positivado regras de proteção efetiva aos credores, especialmente em face de abusos do sócio único e negócios entre este e a sociedade unipessoal¹¹⁰. Não foi isso, infelizmente, o que nos legou o legislador através da Eireli e de suas deficientes regras. Por isso, se e enquanto não sobrevierem alterações legislativas, caberá à doutrina e à jurisprudência a relevante tarefa de tentar dar respostas às várias indagações e dificuldades hoje existentes, e das quais o que veio exposto neste trabalho é uma pequena amostra do muito de discussão que ainda nos aguarda e, em boa medida, explica o motivo pelo qual o novo instituto ainda não tem sido utilizado com a intensidade que se esperava.

13. Bibliografia

- ABRÃO, Carlos Henrique. *Empresa individual*. SP: Atlas, 2012.
- ALCAZAR, José Maria Chapina. *Importância na economia – a criação da Eireli, ‘in’ Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 8.ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- AMENDOLARA, Leslie. *Transformação de tipos societários em empresa individual de responsabilidade limitada, ‘in’ Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- ARAGÃO, Paulo Cezar; e CRUZ, Gisela Sampaio da. *Empresa individual de responsabilidade limitada: o “moderno Prometheus” do direito societário, ‘in’ Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva)

¹¹⁰ Preocupações essas expressas nos arts. 4.º e 5.º da 12.ª Diretiva da CEE sobre Direito das Sociedades de 30.12.1989: “Artigo 4.º (Decisões do sócio único). 1. O sócio único exerce os poderes atribuídos à assembleia geral de sócios. 2. As decisões adotadas pelo sócio único no domínio a que se refere o n.º 1 devem ser lavradas em ata ou assumir a forma escrita”. “Artigo 5.º (Contratos entre o sócio único e a sociedade). 1. Os contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade por ele representada devem ser lavrados em ata ou assumir a forma escrita. 2. Os Estados-membros podem decidir não aplicar o disposto no número anterior às operações correntes celebradas em condições normais”.

- coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- ASCARELLI, Tullio. *O contrato plurilateral, 'in' Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. SP: Saraiva, 1945.
- . *Os vícios de constituição das sociedades anônimas e a prescrição, 'in' Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. SP: Saraiva, 1945.
- ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa* - tradução de Fábio Konder Comparato. SP : Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 104/109-126.
- BAUMBACH, Adolf; e HUECK, Alfred. *GmbH-Gesetz*. 16.^a ed. München: C. H. Beck, 1996.
- BULGARELLI, Waldirio. *Regime jurídico do Conselho Fiscal das S/A*. RJ : Renovar, 1998.
- CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. *O empresário de responsabilidade limitada*. SP: Saraiva, 2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *A sociedade unipessoal no direito brasileiro, 'in' Questões de direito societário em Portugal e no Brasil* (obra coletiva) – coords. Fábio Ulhoa Coelho e Maria de Fátima Ribeiro. Coimbra: Almedina, 2012.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Aspectos jurídicos da macro-empresa*. SP: RT, 1970.
- . *Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Medici de Florença, 'in' Direito empresarial: estudos e pareceres*. 1.^a ed. – 2.^a tir. SP: Saraiva, 1995.
- COTTINO, Gastone. *Diritto commerciale*, vol. 1.^o - tomo 2.^o: *Le società*. 4.^a ed. Padova: CEDAM, 1997.
- CRUZ, Gisela Sampaio da; e ARAGÃO, Paulo Cezar. *Empresa individual de responsabilidade limitada: o "moderno Prometheus" do direito societário, 'in' Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- DOMINGUES, Paulo de Tarso. *A 'surpreendente' EIRELI (breves notas em torno da responsabilidade pessoal empresarial), 'in' Temas essenciais de direito empresarial – Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa* (obra coletiva) – coord. Luiz Fernando Martins Kuyven. SP: Saraiva, 2012.
- FERREIRA, Geraldo Sobral. *Empresa, sociedade, estabelecimento: reflexões sobre o tema, em face da Lei n. 12.441, de 11 de julho de 2011, 'in' Temas essenciais de direito empresarial – Estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa* (obra coletiva) – coord. Luiz Fernando Martins Kuyven. SP: Saraiva, 2012.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Tratado de direito comercial*, 2.^o vol.: *O estatuto do comerciante*. SP: Saraiva, 1960.
- FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*. 3.^a ed. Milano: Giuffrè, 2001.
- FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1^{er} Band – 2^{er} Teil: *Die juristische Person*. Berlin/Heidelberg/New York: Springer-Verlag, 1983.
- FRANCA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das deliberações de assembléia das S/A*. SP: Malheiros, 1999.

- ___; e VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Da livre participação, como regra, de sociedade estrangeira em sociedade brasileira de qualquer tipo (Código Civil, art. 1.134, 2.ª parte)*. SP: Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 147/55-62.
- ___; e ___. *O sócio incapaz (CC, art. 974, § 3.º)*. SP: Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 159-160/112-126.
- ___; e ___. *Sociedades de (Lei n.º 11.638/2007, art. 3.º)*, ‘in’ *Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A (Lei n.º 11.638/07)* (obra coletiva) – coord. Sérgio André Rocha. SP: Quartier Latin, 2008, pp. 75-101; publicado também na Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 148/27-44.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *A empresa de responsabilidade limitada e um de seus problemas*. PR: Gazeta do Povo – Caderno Justiça & Direito, em 13.04.2012.
- ___ *A empresa individual de responsabilidade limitada*. SP: Revista dos Tribunais – RT (RT) 915/153-180.
- ___ *Direito de empresa*. 4.ª ed. SP: RT, 2012.
- ___ *Empresa individual é avanço da legislação brasileira*. Disponível a partir de 16.07.2011 em <http://www.conjur.com.br/2011-jul-16/empresa-individual-responsabilidade-limitada-avanco-legislacao>.
- HUECK, Alfred; e BAUMBACH, Adolf. *GmbH-Gesetz*. 16.ª ed. München: C. H. Beck, 1996.
- HÜFFER, Uwe. *Gesellschaftsrecht*. 7.ª ed. München: C. H. Beck, 2007.
- KÜBLER, Friedrich. *Derecho de sociedades* – trad. Michèle Klein. 5.ª ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2001.
- LOBO, Jorge. *Pessoa jurídica e a empresa individual*. SP: Valor Econômico, em 13.02.2012 (disponível em: <http://www.valor.com.br/imprimir/noticia/2527452/brasil/2527452/pessoa-juridica-e-empresa-individual>).
- MARCONDES MACHADO, Sylvio. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. SP: Max Limonad, 1956.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Lei n. 12.441 de 11/07/2011, ‘in’ Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19.ª ed. RJ: Forense, 2009.
- MCNAUGHTON, Charles William. *Titular estrangeiro na Eireli, ‘in’ Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 6.ª ed., SP: Saraiva, 2010.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Direito europeu das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2005.
- MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres; e SOUZA, Gláucia Macedo de. *Empresa individual de responsabilidade limitada – aspectos gerais, ‘in’ Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.

- bilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Considerações sobre a constitucionalidade do aporte mínimo de capital exigido pelo art. 980-A do Código Civil com a redação da Lei n. 12.441/11*, 'in' *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- PASTORE, Ana Claudia; e SIMÃO FILHO, Adalberto. *Aplicabilidade da convenção arbitral no âmbito da empresa individual de responsabilidade limitada – Eireli*, 'in' *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- PERLINGEIRO, Rubem; e SOUZA, Antonio Carlos Garcia de. *Tributação das empresas individuais de responsabilidade limitada que desenvolvem atividades de natureza intelectual*, 'in' *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- RAISER, Thomas; e VEIL, Rüdiger. *Recht der Kapitalgesellschaften*. 4.^a ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2006.
- RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Sociedades unipessoais – perspectivas da experiência portuguesa*, 'in' *Questões de direito societário em Portugal e no Brasil* (obra coletiva) – coords. Fábio Ulhoa Coelho e Maria de Fátima Ribeiro. Coimbra: Almedina, 2012.
- SALOMÃO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. SP: Malheiros, 1995.
- . *Sociedade sem sócio*, 'in' *O novo direito societário*. 2.^a ed. SP: Malheiros, 1998.
- . *Formas societárias e não societárias de responsabilidade do comerciante individual*, 'in' *O novo direito societário*, 4.^a ed. SP: Malheiros, 2011
- SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*. 4.^a ed. Köln: Carl Heymanns, 2002.
- SERSON, Nilton. *Eireli e a subsidiária integral*. SP: Revista do Advogado – RAASP (AASP) 116/146-150.
- SIDOU, J. M. Othon. *A atividade negocial no anteprojeto de Código Civil*. SP: Revista dos Tribunais – RT (RT) 465/11-17.
- SIMÃO FILHO, Adalberto; e PASTORE, Ana Claudia. *Aplicabilidade da convenção arbitral no âmbito da empresa individual de responsabilidade limitada – Eireli*, 'in' *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- SOUZA, Antonio Carlos Garcia de; e PERLINGEIRO, Rubem. *Tributação das empresas individuais de responsabilidade limitada que desenvolvem atividades de natureza intelectual*, 'in' *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos*

- econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- SOLIZA, Gláucia Macedo de; e MONTEIRO, Manoel Ignácio Torres. *Empresa individual de responsabilidade limitada – aspectos gerais, ‘in’ Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI: aspectos econômicos e legais* (obra coletiva) – coords. Pedro Anan Júnior e Marcelo Magalhães Peixoto. SP: MP Editora, 2012.
- TOMASETTI JR., Alcides. *A parte contratual, ‘in’ Temas de direitos societário e empresarial contemporâneos* (obra coletiva) – coord. Marcelo Vieira von Adamek. SP: Malheiros, 2011.
- VEIL, Rüdiger; e RAISER, Thomas. *Recht der Kapitalgesellschaften*. 4.^a ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2006.
- VON ADAMEK, Marcelo Vieira; e FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Da livre participação, como regra, de sociedade estrangeira em sociedade brasileira de qualquer tipo (Código Civil, art. 1.134, 2.^a parte)*. SP: Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 147/55-62.
- ___; e ___. *O sócio incapaz (CC, art. 974, § 3.^o)*. SP: Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 159-160/112-126.
- ___; e ___. *Sociedades de (Lei n.º 11.638/2007, art. 3.^o), ‘in’ Direito Tributário, Societário e a Reforma da Lei das S/A (Lei n.º 11.638/07)* (obra coletiva) – coord. Sérgio André Rocha. SP: Quartier Latin, 2008, pp. 75-101; publicado também na Revista de Direito Mercantil – RDM (Malheiros) 148/27-44.
- WIEDEMANN, Herbert. *Gesellschaftsrecht*, Band I: *Grundlagen*. München: C. H. Beck, 1980.

RESUMO: Neste texto tomo posição quanto à vinculação das sociedades comerciais perante terceiros, face ao princípio da especialidade, aos limites do objeto social, à existência e formalização em ata de prévia deliberação e à intervenção de certo número de gerentes ou administradores.

Palavras-chave: capacidade, objeto social, *ultra vires*, representação, vinculação.

ABSTRACT: In this paper I state my position in relation to problems concerning companies with regard to its capacity, *ultra vires* doctrine, objects clause, board decisions and minutes, binding and enforceability of company acts and contracts facing counter parties or third parties.

Keywords: company's capacity, objects clause, *ultra vires*, agency, powers to bind the company.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS*

Vinculação das sociedades comerciais

1. O problema

O problema, que me proponho tratar neste texto centra-se na questão de saber se a sociedade fica vinculada por atos praticados em nome dela sem que tenha sido cumprido o estatuído na lei e o estipulado nos estatutos.

Daqui resulta, desde logo uma primeira dicotomia, entre a prática de atos com violação das regras legais ou das estipulações estatutárias. No segundo termo da dicotomia, quer dizer, de entre os casos em que a violação incide sobre as regras estatutárias, cabe ainda subdividir os casos em que o vício se refere aos poderes da sociedade e aqueles em que é relativo aos poderes do órgão e ainda os casos em que está em questão a representação orgânica da sociedade perante terceiros. Daqui decorrem quatro polos problemáticos: o primeiro é o da prática de atos com violação das regras legais sobre o âmbito material de atuação da sociedade; o segundo, a sua prática com desrespeito das estipulações estatutárias que limitam os poderes dos gestores; o terceiro, a sua prática com excesso em relação aos limites do objeto social; e o quarto, o da atuação externa da sociedade através de um número de gestores inferior à sua maioria ou ao mínimo estipulado nos estatutos.

Na doutrina inglesa, que muito e bem tem tratado estes problemas são usualmente designados como de «*capacity*», de atos «*ultra vires the company*» e de atos «*ultra vires the directors*». Tenho enfrentado na vida jurídica corrente das sociedades comerciais ainda um quarto polo problemático correspondente à prática externa de atos por gestores da sociedade, expressa ou tacitamente, em seu nome sem que conste dos livros da socie-

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

dade a correspondente deliberação do seu órgão de gestão ou mesmo o seu reflexo nas contas aprovadas pela sua assembleia geral.

O problema é antigo, e prende-se com a conceção e o entendimento da personalidade coletiva (*legal entity*) e até da limitação da responsabilidade. A autonomização da pessoa coletiva como pessoa no mundo do Direito, surgiu no direito público e no direito privado, com sentidos, práticas e problemas muito diferentes. As pessoas coletivas de direito público prosseguem fins públicos, interesses da comunidade, de Ordem Pública. Diversamente, as pessoas coletivas de direito privado, prosseguem interesses privados que não colidem, não perturbam e não interferem com a Ordem Pública. As primeiras situam-se na área da heteronomia, as segundas na da autonomia. A doutrina tradicional abordava a questão numa perspetiva unitária, com apoio do preceito do artigo 160.º do Código Civil, que aplicava indistintamente a todo o tipo de pessoas coletivas, incluindo sociedades civis (para quem lhes reconhecer personalidade) e comerciais.

A entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais, com o seu artigo 6.º, *transposto* da primeira diretiva das sociedades veio interromper o consenso. A doutrina dividiu-se. Primeiro foi OLIVEIRA ASCENSÃO¹ que fez do artigo 160.º do Código Civil uma leitura diferente, recusou que a questão fosse de capacidade de gozo, como era entendimento tradicional, e no seu ensino defendeu que a questão nada tem a ver com a capacidade de gozo, e que a prática de atos fora do fim social não tem como consequência a nulidade. Foi seguido pelos seus discípulos, entre eles eu mesmo.² Não obstante, a doutrina tradicional manteve-se fiel à doutrina do *princípio da especialidade* na perspetiva da (in)capacidade de gozo, com fundamento no artigo 160.º do Código Civil.

A questão tem um interesse inegável, tanto teórico como prático.³

2. A doutrina *ultra vires*

A doutrina *ultra vires*⁴ que regeu esta matéria no direito inglês assentou no entendimento da *legal entity* com uma construção artificial que o

¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, págs. 231 e segs.

² PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª, ed., Almedina, Coimbra, 2012, págs. 134 e segs.

³ Sobre esta matéria, JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por Quotas e Anónimas – Vinculação: Objeto Social e Representação Plural*, Almedina, Coimbra, 2000.

⁴ A doutrina *ultra vires* foi estabelecida por Lord Cairns no caso *Ashbury Railway Carriage and Iron Coy Riche* (1875).

Direito admitia tão só e apenas para a prossecução de certos fins específicos e bem determinados. Fora desse âmbito material e jurídico de atuação, a *legal entity* deixa de se justificar, pelo que os atos praticados *ultra vires* são nulos (*void*).

O seu fundamento prático foi a proteção da *company*, mais concretamente dos seus sócios e dos respetivos investimentos, contra desvios de atuação na gestão que os deixassem sujeitos a perigos empresariais com os quais não contassem e para os quais não teriam possivelmente procedido aos seus investimentos.

A doutrina inglesa trabalha conjuntamente o princípio *ultra vires* e o princípio do *constructive knowledge*. É característico do princípio *ultra vires* que o terceiro só seja protegido quando não conheça a limitação. O princípio do *constructive knowledge* dispensa a prova do conhecimento efetivo quando, embora não se prove o conhecimento efetivo, as circunstâncias sejam tais que seja lícito concluir que, se não sabia devia saber, estava em condições de saber e o seu desconhecimento seja injustificado. As pessoas que negociam e contratam com uma sociedade são supostas saber quais são as limitações, legais ou estatutárias, de atuação dessa sociedade.

A doutrina *ultra vires* nunca foi de aplicação pacífica e foi sempre muito discutida e contrariada, quer no campo teórico, quer no da aplicação prática. Na sua aplicação, o pragmatismo antidogmático inglês nem sempre deixou de misturar as questões de *capacity*, de *ultra vires the company* e de *ultra vires the directors*. Teoricamente e pragmaticamente, uma corrente proposta pelo *Cohen Committee* e que se tornou dominante na *Commonwealth* admitiu conferir às *legal entities* uma capacidade genérica, como a das pessoas singulares (*natural persons*), para proteção dos terceiros que contratam com a sociedade, entendendo o limite do objeto social como de natureza meramente contratual restrita à relação entre os sócios e os gestores, e não podendo ser oposto aos terceiros, nem mesmo aos que conhecessem efetivamente essas limitações, o que afastou a doutrina *ultra vires* nesses espaços de vigência da *Common Law*.⁵ Em termos práticos, a doutrina *ultra vires* foi sempre acusada, com maior ou menor vigor, de introduzir insegurança no tráfego jurídico e algumas injustiças manifestas, sendo por vezes mesmo desaplicada em casos judiciais concretos.

⁵ Por exemplo, na *Canada Business Corporation Act 1975*, s 7, *Australian Companies Act 1983*, s 15(A) e *New Zealand Companies Act 1955*.

Foi profundamente estudada no Reino Unido pelo *Jenkins Committee*, e acabou por ser substituída pela transposição do artigo 9.º da 1.ª Diretiva comunitária sobre as sociedades quando estava já muito enfraquecida.⁶

3. O princípio da especialidade

O princípio da especialidade parte duma construção semelhante ao *ultra vires*. A personalidade coletiva, numa perspetiva funcional, existe para a prossecução de fins específicos e não se justifica fora deles.

A doutrina do princípio da especialidade interpreta o artigo 160.º do Código Civil como estabelecendo limites materiais à capacidade de gozo da pessoa coletiva. Assim, fora desses limites não há capacidade de gozo, o que quer dizer que os atos *ultra vires* no direito português, para a doutrina do princípio da especialidade, são nulos.⁷

⁶ No direito inglês das sociedades (*companies*), o afastamento do princípio *ultra vires* conduziu, desde a lei de 2006, à não obrigatoriedade da estipulação do objeto social (*objects clause*) nos estatutos, caso em que a sociedade passa a beneficiar de capacidade irrestrita. Assim, pode ler-se em Gower and Davies, *Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, 8th ed., 2008, pág. 154:

The 1989 reform had the merit, as far as third parties were concerned, of containing the clear statement that "the validity of an act done by a company shall not be called into question on the ground of lack of capacity by reason of anything in the company's memorandum. However, if the "external" effect of the ultra vires doctrine was thus abolished, it continued to have effect "internally" i. e. as between directors and the company or between shareholders and the company. The 2006 act, largely following the recommendations of the CLR which in turn picked up some of the unimplemented reforms proposed by Professor Prentice, takes a more radical approach by removing the doctrinal underpinnings of the the ultra vires rule. It is no longer necessary for a company to set out its objects. Unless it chooses otherwise, its objects will be unrestricted, i. e., it will have unlimited capacity.

No mesmo sentido, Ben Pettet, *Company Law*, Pearson, 2001, pág. 137 e Alan Dignam & John Lowry, *Company Law*, Oxford University Press, 2009, págs. 249-251.

⁷ Esta interpretação é tradicional na Doutrina portuguesa. Vem de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 3.ª reimpr., Coimbra, 1972, págs. 123-124 e mantém-se em CARLOS MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., págs. 318 e segs., CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Universidade Católica Editora, 3.ª ed., Lisboa, 2001, págs. 592 e segs., PAULO DE TARSO DOMINGUES, *A vinculação das sociedades por quotas no Código das Sociedades Comerciais*, RFDUP, I, 2004, págs. 302, F. CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 312-313, nt. 518, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2011 págs. 187 e segs. e *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, I, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 110 e segs., em anotação ao artigo 6.º, PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2000, pág 268 e segs.

O artigo 160.º, nesta interpretação, contém alguma margem de maleabilidade quando fala em «*todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins*». Mas excetua «*os direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular*».

O n.º 2 corresponde à construção da *capacity* do direito inglês. Há matérias que, por natureza, estão fora da capacidade de gozo das pessoas coletivas e das sociedades comerciais. Desde logo, matérias do âmbito familiar (casamento, filiação, adoção, etc.) e sucessório (capacidade sucessória ativa), também os direitos políticos (nas sociedades comerciais e civis). Assim como as pessoas coletivas têm a sua capacidade de gozo limitada às matérias que são da sua natureza, o mesmo sucede com as pessoas singulares que, contrariamente ao que frequentemente se diz,⁸ também não têm uma capacidade de gozo genérica, estando-lhes vedadas matérias que são próprias das sociedades comerciais, como fusões, cisões, transformações, dissoluções... Os atos assim praticados – por exemplo, a celebração dum testamento pela sociedade ou a perfilhação, bem assim como uma candidatura da sociedade ao Parlamento – e outros congéneres – são juridicamente nulos por falta de capacidade de gozo.

O n.º 1 levanta problemas quanto à concretização da fórmula «*todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins*». A interpretação deste preceito, na Doutrina tradicional, limita a capacidade de gozo das pessoas coletivas ou sociedades à prossecução do fim. Mas a concretização do que seja esse fim é problemática.

3.1. O fim lucrativo como limite de capacidade

Num primeiro nível de concretização, o fim surge como o fim lucrativo. No que respeita às sociedades comerciais (e é delas que este estudo trata) o que distingue as sociedades (incluindo as sociedades civis) das demais associações é o fim lucrativo. Numa lógica conceptual-subsumtiva, parte da definição do artigo 980.º do Código Civil, da qual, como é tradicional, extrai o conceito geral-abstrato de sociedade. Uma das principais notas definitórias desse conceito é a prossecução do fim lucrativo. Nesta linha de pensamento, a sociedade careceria de capacidade de gozo para todos os atos que não pudessem ser subsumidos à *necessidade ou conveniência* para a prossecução do fim lucrativo. Há atos que são tidos como

⁸ Por todos, CARLOS MOTA PINTO/ANTÓNIO PINTO MONTEIRO/PAULO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 318 e segs.

centrais na prossecução do lucro e também há atos que só periféricamente desempenham esse objetivo, acessoriamente. Esta distinção entre o *necessário* e o *conveniente* é frequentemente problemática.

Começando pelo *necessário*. Na maior parte dos casos é intuitivo que certo ato, atividade e que a titularidade de certos direitos ou posições ativas, assim como certas obrigações ou vinculações são necessárias. Há aqueles que o são *sine quibus non*, quer, dizer, sem os quais o fim lucrativo é inalcançável. Esses estão no domínio do imprescindível. Tem obviamente de haver capacidade para eles.

Outros são tão só ancilares. Contribuem para a prossecução do lucro, melhoram-na, mas a sua falta não a impede. São, no entanto, muitíssimo importantes porque aumentam a produtividade e a eficiência. São de amplo espectro, desde a publicidade, ao *branding*, à investigação e muitos outros.

Também os pode haver gratuitos.⁹ Há um velho preconceito doutrinário contra a prática de atos gratuitos por parte de sociedades comerciais, com a acusação de serem anti ou apenas não lucrativos. É uma visão estreita, anacrónica e já ultrapassada. Além das *liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e da própria sociedade* (artigo 6.º, n.º 2), também as práticas de mecenato artístico ou cultural, de patrocínio de universidades ou da investigação e até de subsídio de outras atividades de carácter social contribuem indiretamente para a prossecução do fim lucrativo. E note-se que, no comércio, nem todas as atribuições patrimoniais gratuitas são donatórias ou desinteressadas.

Importa porém não deixar no limbo do esquecimento os atos prejudiciais perniciosos para a prossecução do fim lucrativo. Se a capacidade de gozo se limita à titularidade de posições jurídicas e prática de atos¹⁰ *necessários ou convenientes*, serão, nesta perspetiva tradicional, de considerar nulos os atos nocivos? Importa distinguir os atos intencional e pré-ordenadamente nocivos e aqueles que, sem o serem, acabem por se revelar perniciosos ou por resultar em prejuízo para a sociedade.

Os atos acidentalmente prejudiciais são inevitáveis na atividade mercantil. O lucro é a contrapartida do risco, não é o correspondente do investi-

⁹ PEDRO CAETANO NUNES, *Atos Gratuitos, Capacidade Jurídica e Vinculação das Sociedades Comerciais*, III Congresso de Direito das Sociedades em Revista, págs. 505 e segs. sustenta abertamente a validade da prática de atos gratuitos por sociedades comerciais.

¹⁰ Não vou tratar aqui duma questão que é de *teoria geral*, a de limitar a capacidade de gozo à propriamente dita titularidade de posições jurídicas, ativas ou passivas, ou incluir também a prática de atos. Na minha perspetiva, a capacidade de gozo, não obstante o sentido literal da expressão, não se limita à titularidade (estática) e abrange igualmente o exercício jurídico (dinâmica).

mento. Não há mercado nem mercância sem risco, salvo em economias não de mercado, ou em setores especial ou excepcionalmente controlados de economias de mercado. O risco implica a possibilidade de lucro e a possibilidade de prejuízo, de perda. Uma gestão que recuse todo o risco, no mercado, é uma má gestão, é anómala. Ter como nulos os atos da sociedade, assim como as suas posições jurídicas ativas e passivas, dos quais resultassem perdas teria como consequência que nunca as sociedades perderiam dinheiro ou, no limite, entrariam em insolvência, porque todos os seus maus negócios seriam declarados nulos por incapacidade de gozo, por colisão com o n.º 1 do artigo 160.º do Código Civil. Seria insensato.

Muito diferente é o caso da titularidade de posições jurídicas, ativas ou passivas, e bem assim da prática de atos ou omissões intencionalmente, pré-determinadamente, perniciosas, danosas, prejudiciais à sociedade. Casos como estes são muito problemáticos porque nem sempre será claro, frequentemente será controverso, o carácter intencionalmente danoso. Não obstante, a minha experiência jurídica tem-me confrontado com casos mesmo dolosamente intencionais, com dolo direto e específico (para usar terminologia do direito penal), em que a gestão ou os gestores assumem para a sociedade posições jurídicas ou praticam ou omitem atos com a intenção e o resultado de prejudicar a sociedade e de lhe causar perdas. Haverá aqui violação do princípio da especialidade com consequente nulidade por falta de capacidade de gozo?

O artigo 503.º do Código das Sociedades Comerciais permite que a sociedade subordinada (também a sociedade dominada) tenha de aceitar, obedecer e executar instruções desvantajosas. Neste caso, porém, dá-se uma fusão do interesse e do fim social lucrativo das sociedades agrupadas num fim complexo numa macro-empresa plurissocietária. Neste caso, é também a própria lei que torna lícitos os atos prejudiciais praticados pela gestão da sociedade dominada por instruções da dominante.

Outros casos em que o órgão de gestão ou os gestores da sociedade intencionalmente invistam a sociedade em posições jurídicas ou pratiquem atos (ou omissões) com a intenção de a prejudicar, há ilicitude. Esta ilicitude, porém, não me parece que possa decorrer propriamente de falta de capacidade de gozo, mas antes do princípio geral da ilicitude dos atos praticados contra a lei, contra os bons costumes e contra o fim económico e social, quer dizer, contra as coordenadas axiológicas do sistema. A investidura da sociedade em posições jurídicas, ativas ou passivas, implica necessariamente atos ou omissões, que contrariam o interesse social e que colidem com artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais. Também, em termos mais gerais, o artigo 280.º do Código Civil aponta a mesma

solução e o artigo 281.º quando a ilicitude seja só do fim e seja comum às partes do negócio. É claro que se pode sempre dizer, sem desacerto, que ninguém tem capacidade de gozo para a ilicitude mas, em bom rigor, em vez de haver excesso dos limites da capacidade de gozo o que ocorre, em casos como estes, é o excesso em relação aos limites da autonomia privada.

Os atos e omissões intencionalmente danosos são ilícitos, constituem quem os praticar em responsabilidade civil perante a sociedade e dificilmente não terão consequências criminais.

3.2. O objeto social como limite da capacidade

A doutrina do princípio da especialidade, na sua versão corrente, limita a capacidade de gozo da sociedade também ao seu fim conforme estabelecido no seu objeto social. Não é que a sociedade tenha dois fins diferentes, o fim lucrativo e o objeto social, mas o objeto social delimita o campo de atuação no âmbito do qual a sociedade deve prosseguir o seu fim. Assim, por exemplo, uma sociedade pode procurar obter lucro na construção e outra na hotelaria. Será que o princípio da especialidade a priva de capacidade gozo para a titularidade de posições jurídicas e a prática de atos fora dos setores da construção e da hotelaria?

Imagine-se que uma sociedade hoteleira e uma sociedade construtora, tendo como objeto social exclusivamente aquelas atividades, contratam entre si a construção dum hotel. A sociedade hoteleira insolve, liquida e a construtora fica com o hotel, acaba a sua construção, entra na sua exploração e, para melhorar a rentabilidade dessa atividade, adjudica na insolvência outros hotéis da insolvente e dedica-se à sua exploração; ou inversamente, que é a construtora que insolve, e a hoteleira conclui a construção em administração direta e, para aproveitar a experiência adquirida, constrói mais dois hotéis, um para explorar diretamente e outro para vender. Haverá aqui ilicitude e invalidade por causa do princípio da especialidade em virtude de excesso dos limites do objeto social?

E se, em vez de pessoas coletivas privadas, sociedades comerciais, se tratar de pessoas coletivas públicas, por exemplo um município ou um instituto público?

Em matéria de limites do objeto social ou de atribuições e competências, é imprescindível ter em consideração a natureza pública ou privada.

Nas sociedades comerciais que são de natureza puramente privada, a atuação *intra* ou *extra* objeto social é apenas problema dos sócios. Os sócios, que constituíram uma sociedade e nela investiram os seus capitais para lucrarem na hotelaria, podem não querer assumir o risco empresarial

na construção, ou vice-versa. Na sua relação com a gestão e os gestores, o desvio do fim envolve uma quebra do mandato gestório. Os sócios podem não querer, podem desentender-se sobre o desvio e até entrarem em conflito; mas podem também não se importar e até podem gostar. Não vem daí mal ao mundo. É uma questão puramente interprivada entre os sócios e entre estes e a gestão. A assembleia geral é o foro próprio para tratar deste assunto.

Já não é assim se se tratar de pessoas coletivas públicas. Estas desempenham funções do Estado que são descentralizadas e atribuídas a específicas pessoas coletivas constituídas *ad hoc* ou instituídas na Lei. O desvio do fim, no que lhes toca, já não tem nada de interprivado. O limite do fim das pessoas coletivas públicas é de Ordem Pública. Assim, por exemplo, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que tem personalidade jurídica, ou a própria Universidade de Lisboa, que também a tem, não devem e não podem agir fora dos limites do seu fim nem ser titulares de posições jurídicas incompatíveis. Não podem, por exemplo, explorar um bingo, ou o negócio de agência de viagens, comprar imóveis para revender com lucro ou jogar na Bolsa; assim como também não podem exercer a atividade própria de partidos políticos, de sindicatos, de tribunais, de estabelecimentos prisionais, de polícia ou de defesa nacional.

Entre as pessoas coletivas privadas e públicas não há, porém, uma dicotomia perfeita. Há pessoas coletivas estruturalmente privadas que são funcionalmente públicas e pessoas coletivas privadas que exercem atividades sujeitas a autorização e controlo públicos. Há empresas públicas¹¹ estruturadas como sociedades anónimas, há sociedades privadas concessionárias de bens e de serviços públicos e há também, principalmente no mercado financeiro, os Bancos e as Companhias de Seguros (por exemplo) que não podem ser instituídos nem exercer a sua atividade sem autorização pública prévia e controlo público permanente. Também estas pessoas coletivas, embora estruturalmente privadas, estão sujeitas a limites materiais de âmbito de atuação que são de Ordem Pública. As próprias fundações têm o seu fim social previamente controlado pelo Estado e não podem sair dele porque é de Ordem Pública. Não devem agir fora dos limites – de

¹¹ Refiro aqui as empresas públicas como o conjunto das unidades produtivas do Estado, organizadas e geridas de forma empresarial, integrando as empresas públicas (aquelas em que o Estado ou outras entidades públicas estatais possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma direta ou indireta, uma influência dominante decorrente da titularidade da maioria do capital ou do poder de voto, ou do poder de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização) e as empresas participadas (aquelas em que, não se encontrando reunidos os requisitos para serem consideradas empresas públicas, existe uma participação permanente do Estado).

Ordem Pública – do seu objeto social e não podem modificar o seu objeto social cujo âmbito material está sob controlo público.

Esta diferença é fácil de apreender considerando o regime jurídico da modificação do objeto social. Uma sociedade comercial puramente privada, por exemplo, que exerça o comércio de retosaria, pode mudar o seu objeto social para barbearia sem ter de obter qualquer prévia autorização, mediante simples alteração estatutária. Se mudar a sua atividade de retosaria para barbearia sem modificar o objeto social nos estatutos, na correspondente sua cláusula estatutária, nada de mal lhe sucederá, salvo talvez, no que respeita ao regime jurídico da firma e à classificação da sua atividade económica, mas estes são problemas diferentes. O artigo 11.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais manda que constem do objeto social as atividades que os sócios propõem que a sociedade venha a exercer o que implica que haja correspondência entre o objeto e a atividade social efetiva, mas em sociedades comerciais puramente privadas a não correspondência entre um e a outra é um assunto privado dos sócios e entre os sócios e os gestores.

3.4. O artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais

Na redação do Código das Sociedades Comerciais, o legislador incorporou (transpôs) o regime do artigo 9.º da 1.ª Diretiva europeia sobre as sociedades. Hoje está em vigor uma nova versão que se contém no artigo 10.º da Diretiva 2009/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Setembro.¹² Ambos os artigos 9.º e 10.º têm igual o seguinte teor:

1. A sociedade vincula-se perante terceiros pelos atos realizados pelos seus órgãos, mesmo se tais atos forem alheios ao seu objeto social, a não ser que esses atos excedam os poderes que a lei atribui ou permite atribuir a esses órgãos.

Todavia, os Estados-membros podem prever que a sociedade não fica vinculada, quando aqueles atos ultrapassem os limites do objeto social, se ela provar que o terceiro

¹² Diretiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade. Hoje substituída pela Diretiva 2009/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 48.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade.

sabia, ou não o podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias, que o ato ultrapassava esse objeto; a simples publicação dos estatutos não constitui, para este efeito, prova bastante.

2. As limitações aos poderes dos órgãos da sociedade que resultem dos estatutos ou de uma resolução dos órgãos competentes, são sempre inoponíveis a terceiros, mesmo que tenham sido publicadas.

3. Quando a legislação nacional preveja que o poder de representar a sociedade é atribuído por cláusula estatutária, derogatória da norma legal sobre a matéria, a uma só pessoa ou a várias pessoas agindo conjuntamente, essa legislação pode prever a oponibilidade de tal cláusula a terceiros, desde que ela seja referente ao poder geral de representação; a oponibilidade a terceiros de uma tal disposição estatutária é regulada pelas disposições do artigo 3.º.

Este preceito não é de modo algum alheio ao debate inglês sobre as doutrinas *ultra vires* e *constructive knowledge*. Embora tenha sido acusada de fazer entrar *through the back door* a doutrina *ultra vires*,¹³ o artigo 9.º da 1.ª Diretiva¹⁴ (e mais tarde o art.10.º acima referido) foi minutado com a preocupação patente de encontrar um ponto de equilíbrio entre a liberdade de ação da sociedade e a proteção de terceiros.

Afastou a equiparação das sociedades às pessoas singulares na ilimitação da capacidade. Distinguiu, porém, as limitações decorrentes do objeto social que tornou inoponíveis a terceiros pela sociedade, afastando aqui o regime *ultra vires*, mas excecionou expressamente os atos que *excedam os poderes que a lei atribui ou permite atribuir a esses órgãos*. Neste aspeto, seguiu a doutrina do *Cohen Committee*, contratualizou o limite do objeto social, mas respeitou a Ordem Pública que informa as limitações legais aos poderes que a lei permite atribuir a esses órgãos.

No segundo parágrafo do n.º 1 do artigo 9.º, a 1.ª Diretiva fez uma concessão importante à doutrina *ultra vires* temperada pelo *constructive knowledge*, ao permitir que os Estados-membros, na transposição para o seu direito interno, imponham na sua lei que a sociedade não fica vinculada pelos atos que contrariem o limite do objeto social *se ela provar que o terceiro sabia, ou não o podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias, que o ato ultrapassava esse objeto*, sendo que a simples publicação dos estatutos não constitui, para este efeito, prova bastante. Permitiu assim a sobrevivência da doutrina *ultra vires* no seu entendimento correto que dispensa os terceiros que contratam com a sociedade do ónus de consultarem os meios de

¹³ JILL POOLE, *Abolition of the ultra vires doctrine and agency*, Comp. Law. 1991, 12(3), 43-49).

¹⁴ Não obstante ter sido substituído pelo atual artigo 10.º continuarei a referir-me ao artigo 9.º da 1.ª Diretiva, cujo texto é igual.

publicidade legal (no direito português, o registo comercial e as publicações legais) para obterem o conhecimento dos limites do objeto social, o que constituiria, sem dúvida, um grave entrave à fluidez do comércio.

No n.º 2 do artigo 9.º da 1.ª Diretiva, afasta-se resolutamente da doutrina *ultra vires* ao estabelecer, sem limite, a inoponibilidade a terceiros das limitações estatutárias (não das legais, note-se) e daquelas que decorram de deliberações sociais, *mesmo que tenham sido publicadas*. A proposta do *Cohen Committee* de inoponibilidade ficou aqui claramente estabelecida. Merece atenção a distinção que é feita entre dois tipos de limitações estatutárias, as decorrentes do objeto social, as estabelecidas noutros preceitos estatutários e ainda as impostas em deliberações sociais.

Daqui me permito classificar tetratomicamente:

- Limitações estabelecidas por lei injuntiva, de Ordem Pública, aos poderes dos órgãos da sociedade. São sempre oponíveis a terceiros.
- Limitações estabelecidas pelo objeto social. São em princípio inoponíveis, mas os Estados-membros podem, na transposição da Diretiva, optar por um regime de oponibilidade aos terceiros, desde que a sociedade prove que estes conheciam ou não deviam desconhecer aquelas limitações, sem que a sua publicidade oficial seja tida como conhecimento.
- Limitações aos poderes dos órgãos da sociedade estabelecidas nos seus estatutos, sem ser no objeto social. São inoponíveis, *mesmo que publicadas*.
- Limitações estabelecidas, não na lei nem nos estatutos, mas em deliberações de órgãos da sociedade. São também inoponíveis, *mesmo que publicadas*.

O n.º 3 do artigo 9.º da 1.ª Diretiva rege uma matéria de natureza diferente, de representação. Por isso é aqui autonomizada.

Aí se prevê o caso em que o direito interno do Estado-membro permita que os estatutos estabeleçam um regime especial de representação da sociedade por um ou mais membros do órgão social, diverso do sistema legal geral. Estabelece que esse regime estatutário específico pode ser, pela lei nacional, tornado oponível a terceiros, desde que seja *referente ao poder geral de representação*. Isto significa que não se aplica à representação voluntária propriamente dita conferida para fins limitados e determinados, nem também à representação orgânica para fins determinados.

Este n.º 3 remete expressamente para o artigo 3.º da 1.ª Diretiva, cujos n.ºs 5 a 7 contêm regras sobre a oponibilidade a terceiros dos factos e atos da sociedade sujeitos a registo e publicação. Nos seus termos, a oponibili-

dade depende em princípio da publicação, salvo se a sociedade provar que os terceiros tinham conhecimento deles. A oponibilidade pode ser afastada, *relativamente às operações efetuadas antes do décimo sexto dia seguinte ao da publicação*, relativamente a *terceiros que provem terem estado impossibilitados de ter conhecimento deles*. No caso de divergência entre a publicação e o ato ou facto registados, a divergência não é oponível a terceiros, salvo se a sociedade provar que *tiveram conhecimento do texto arquivado no processo ou transcrito no registo*. Ao contrário, os terceiros podem sempre opor à sociedade os atos e factos desta que não tenham sido registados ou publicados quando o devam ser, *salvo se a falta de publicidade os privar de efeitos*.

4.5. A transposição do artigo 9.º da 1.ª Diretiva para o Código das Sociedades Comerciais

Em geral

O artigo 9.º da 1.ª Diretiva foi transposto para o Código das Sociedades Comerciais, nos artigos 6.º, 192.º, 260.º, 408.º e 409.º. É importante apreciá-los cada um de *per si*.

O artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais tem uma redação que importa recordar: sob a epígrafe «*capacidade*», tem cinco números:

1. *A capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, excetuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular.*

Esta redação, além do cumprimento da diretiva comunitária, segue *pari passu* a redação do artigo 160.º do Código Civil. Este, sob a mesma epígrafe «*capacidade*» estatui que (1) *a capacidade das pessoas coletivas abrange todos os direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução dos seus fins* e que (2) *excetua-se os direitos e obrigações vedados por lei ou que sejam inseparáveis da personalidade singular*. Nada muda, além da reunião num número só dos dois números do Código Civil, e da substituição do verbo “*abranger*” pelo “*compreender*”. Não há diferença substancial.

2. *As liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade, não são havidas como contrárias ao fim desta.*

Este preceito, que não constava do artigo 160.º do Código Civil, nem resulta do artigo 9.º da 1.ª Diretiva, corresponde à solução que havia já

sido dada pelo Supremo Tribunal de Justiça à questão da capacidade da sociedade para a prática de liberalidades.¹⁵ O preceito tem uma redação deficiente que tem suscitado dificuldades na sua concretização. A referência ao caráter usual da liberalidade *segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade*, vem da tradição antiga de presentear em épocas festivas, como o Natal, certas pessoas ou clientes, que foi também adotada espontaneamente pelas sociedades comerciais fazendo-lhes ofertas alusivas e de valor irrelevante. Porém, como é frequente, confundir na prática jurídica portuguesa, doações com doações e atribuições patrimoniais gratuitas com liberalidades, ficou a referência a liberalidades que tem sido interpretada como abrangendo todas as atribuições patrimoniais sem contrapartida direta, sem distinguir devidamente o que são atribuições promocionais, doações (não doações) remuneratórias e outros tipos de atribuições que não são propriamente donatórias. Ao que ficou escrito parece só poder subsumir as pequenas prendas de Natal, Páscoa ou de aniversário.

Mas melhor fórmula foi adotada no citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em que se diz com acerto que o critério correto é do relacionamento *com os interesses legítimos do seu estatuto*. Assim colocada, a questão é notoriamente de *legitimidade* e não de *capacidade*, o que ressalta do uso do critério da relação com o interesse da sociedade.

Mas a fórmula expressa no preceito do n.º 2 do artigo 6.º é excessivamente restrita e deixa de fora, na sua letra, os patrocínios de caráter desportivo, social e cultural, principalmente o mecenato. As sociedades comerciais, principalmente aquelas com elevada relevância económica e social são hoje pacificamente tidas como *cidadãos coletivos* a quem cabe contribuir, para além do domínio fiscal e para-fiscal, para as coletividades em que estão inseridas (*stakeholders*). Este preceito do n.º 2 deve, pois, ser interpretado mais neste sentido, sob o filtro do critério do interesse social, isto é, da legitimidade.

Em minha opinião, se este n.º 2 não tivesse sido inserido no artigo 6.º, não se daria pela falta dele, porque o n.ºs 1, 4 e 5, regeriam e resolveriam melhor as questões que estão na sua previsão. É redundante e pernicioso.

3. *Considera-se contrária ao fim da sociedade a prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades, salvo se existir justificado interesse próprio da sociedade garante ou se se tratar de sociedade em relação de domínio ou de grupo.*

¹⁵ A título de exemplo e anos antes do Código das Sociedades Comerciais, o STJ 25.VII.78 decidiu que (IV) *O que é decisivo para legitimar as doações das sociedades comerciais é que o ato esteja relacionado com os interesses legítimos do seu estatuto.*

Também este preceito não tem ligação com o artigo 160.º do Código Civil nem com o artigo 9.º da 1.ª Diretiva e tenta encontrar uma resposta para um problema tradicional no ambiente jurídico português.

A prestação de fianças ou outras garantias, pessoais ou reais, não constitui usualmente o cerne do objeto social de sociedades que exercem o comércio no mercado. Mas a sua prestação por sociedades comerciais, mesmo que não expressamente prevista no objeto social, pode ser necessária ou conveniente à sua prossecução, tal como previsto no n.º 1 do artigo 6.º.

Este critério seria mais do que suficiente e, em bom rigor, dispensaria o próprio n.º 3 do mesmo artigo, com todas as incertezas e dificuldades a que tem dado lugar. Tal como no n.º 2, se este n.º 3 não tivesse sido inserido no artigo 6.º, também não se daria pela falta dele, porque os n.ºs 1, 4 e 5, regeriam e resolveriam melhor as questões que estão na sua previsão.

Parece já duvidosa a redação da última parte do n.º 3 do artigo 6.º, quando considera conforme com o fim social a prestação de garantias em sociedades agrupadas, sem qualquer consideração do interesse ou da utilidade da sociedade. Não parece que o simples facto do agrupamento torne, coloque, sem mais, a prestação de garantias dentro do fim social. Embora possa em geral contribuir para tanto, no caso concreto não deve ser dispensada essa demonstração.

4. As cláusulas contratuais e as deliberações sociais que fixem à sociedade determinado objeto ou proibam a prática de certos atos não limitam a capacidade da sociedade, mas constituem os órgãos da sociedade no dever de não excederem esse objeto ou de não praticarem esses atos.

O preceito do n.º 4 do artigo 6.º liga-se diretamente com o do n.º 1 fazendo ponte sobre os n.ºs 2 e 3 que são redundantes e mesmo perniciosos. Se o n.º 1 trata do âmbito material da capacidade das sociedades – e já veremos que não é de capacidade que se trata, mas antes de legitimidade – o n.º 4 trata da eficácia do objeto social. Na linha do artigo 9.º da 1.ª Diretiva, afasta-se decisivamente da doutrina da *ultra vires* e estabelece com clareza que o objeto social não limita a capacidade da sociedade embora constitua os gestores no dever de o respeitar. É a doutrina do *Owen Committee*. As limitações emergentes do objeto social ou estabelecidas por deliberações sociais têm natureza meramente contratual. O desrespeito deste dá lugar a responsabilidade civil, nos termos dos artigos 72.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais.

Conjugando os n.ºs 1 e 4 do artigo 6.º com os artigos 72.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais, o sistema torna-se claro. Está

contratado, nos estatutos (contrato de sociedade) e no contrato de gestão celebrado com os gestores que a gestão deve ser exercida no âmbito do objeto social. Esta limitação afeta todos os órgãos da sociedade. Se for violada, ocorre um ilícito de natureza contratual que tem como consequência principal a responsabilidade civil.

Este sistema é muito sensato, adequado e prático (pragmático). Em vez de declarar nulo o ato, o que poderá ter consequências péssimas para a própria sociedade e para o terceiro que com ela o praticou, há apenas indemnização, mas o ato mantém-se. Exemplificando, se por exemplo, os gestores duma sociedade cimenteira deliberarem no órgão de gestão, comprar um *maxi-yacht* e vierem efetivamente a comprá-lo. A compra e venda é válida e eficaz. Na assembleia geral seguinte, os sócios entendem que esse *maxi-yacht* não serve senão para dar despesa e não aceitam a argumentação dos gestores de que serviria para tratar melhor os melhores clientes, e delibera que os gestores sejam destituídos e o *maxi-yacht* vendido. A venda do *maxi-yacht* pode ser feita com lucro ou com prejuízo; no primeiro caso, o lucro é da sociedade, no segundo, a sociedade tem direito a ser dele indemnizada pelos gestores, que são solidária e ilimitadamente responsáveis. A declaração de nulidade da compra e venda do *maxi-yacht* viria trazer dificuldades injustificadas para o vendedor e não daria ao comprador garantias de recuperação do preço pago. Viria ainda onerar o vendedor – e, em geral, as contrapartes em todos os negócios da sociedade – com o risco de cada negócio vir a ser considerado fora do objeto social ou não necessário ou não conveniente para a prossecução do seu fim. Introduziria no tráfico jurídico uma indesejável insegurança e lentidão.

Já não assim, se os limites do objeto social forem de Ordem Pública, como nas empresas públicas, nas sociedades concessionárias e naquelas cuja atividade está sujeita a autorização de controlo público, como as instituições financeiras. Nestas sociedades, o desrespeito dos limites do objeto social já não constitui uma questão meramente privada.

5. A sociedade responde civilmente pelos atos ou omissões de quem legalmente a represente, nos termos em que os comitentes respondem pelos atos ou omissões dos comissários.

No n.º 5 o legislador introduziu um preceito que nada tem a ver com a 1.ª Diretiva e que trata da responsabilidade da sociedade pelos atos dos seus legais representantes. Remete para o regime do artigo 500.º do Código Civil. Daqui decorre que pelos atos dos gestores da sociedade, quando lhe não sejam juridicamente imputáveis e não a vinculem como tais, a sociedade responde a título de responsabilidade pelo risco. Os gestores da

sociedade podem agir juridicamente na qualidade de gestores ou noutra qualidade qualquer, por exemplo, a título pessoal. Neste último caso, são responsáveis pelos seus próprios atos como quaisquer pessoas. Quando agirem na qualidade de gestores da sociedade os atos por eles assim praticados são, em princípio imputáveis à sociedade e não a eles mesmos. Pode, porém, suceder que os gestores atuem com invocação dessa qualidade sem que, por qualquer razão, esses seus atos sejam juridicamente imputáveis à sociedade. Neste caso, justifica-se que a sociedade, não obstante os atos do gestor não lhe sejam imputáveis, deva por eles responder a título de responsabilidade pelo risco. Foi a sociedade quem escolheu e designou o gestor e que criou a aparência da representação e da imputação dos seus atos. Como nas relações sociais em geral, quem age interage e cria expectativas pelas quais deve responder. É nesta lógica que deve ser interpretado e concretizado o n.º 5 do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais. Quando os atos do gestor praticados com invocação dessa qualidade não forem imputáveis à sociedade como de sua autoria, esta é por eles responsável tal como os comitentes respondem pelos atos dos comissários.

Nas sociedades em nome coletivo

Do artigo 192.º do Código das Sociedades Comerciais, apenas os preceitos do n.ºs 2 a 5 têm ligação com o artigo 9.º da 1.ª Diretiva (que, não obstante, se lhes não aplica):

- 2. A competência dos gerentes, tanto para administrar como para representar a sociedade, deve ser sempre exercida dentro dos limites do objeto social e, pelo contrato, pode ficar sujeita a outras limitações ou condicionamentos.*
- 3. A sociedade não pode impugnar negócios celebrados em seu nome, mas com falta de poderes, pelos gerentes, no caso de tais negócios terem sido confirmados, expressa ou tacitamente, por deliberação unânime dos sócios.*
- 4. Os negócios referidos no número anterior, quando não confirmados, são insuscetíveis de impugnação pelos terceiros neles intervenientes que tinham conhecimento da infração cometida pelo gerente; o registo ou a publicação do contrato não fazem presumir este conhecimento.*

No n.º 2, a imposição do respeito pelo objeto social não inova em relação ao n.º 1 do artigo 6.º. A prática de atos fora do objeto social tem as consequências previstas no n.º 4 do artigo 6.º, isto é, são válidos e vinculam a sociedade, mas constituem em responsabilidade civil os gerentes que os praticarem, nos termos dos artigos 72.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais.

Permite ainda a estipulação estatutária de outras limitações, para além do objeto social, à prática de atos pelos gerentes em nome e representação da sociedade. Como ressalta do teor dos subseqüentes n.ºs 3 e 4, trata-se agora de limites à representação.

O n.º 3, rege sobre os casos em que o gerente age com falta de poderes de representação. Já não se está no domínio da decisão (deliberação) de gestão, mas da representação da sociedade; a questão já não é de relação interna, mas de relação externa. A representação sem poderes tem, em princípio, como consequência a ineficácia, salvo quando o ato seja ratificado¹⁶ pelo suposto representado que assim o assume, sanando o vício (artigo 268.º do Código Civil). A ratificação (confirmação) pode ser expressa ou tácita mas carece de deliberação unânime dos sócios.

Segundo o n.º 4, os atos dos gerentes praticados sem poderes de representação e não ratificados, não podem ser impugnados pela contraparte que saiba da falta de poderes. Afastando-se da doutrina do *constructive knowledge*, o artigo acrescenta que o conhecimento não se presume do registo ou da publicação do contrato.

Ainda sem ligação com o artigo 9.º da 1.ª Diretiva, o artigo 193.º do Código das Sociedades Comerciais determina que, salvo estipulação diversa nos estatutos, qualquer dos gerentes tem poder para administrar e representar a sociedade, mas qualquer deles pode opor-se aos atos que o outro pretenda realizar. Em caso de oposição, cabe à maioria decidir. A oposição só é oponível a terceiros que dela tenham conhecimento. Este preceito tem importância para a determinação dos poderes do gerente, e da falta deles.

A *convenção em contrário* cuja ressalva surge logo no início do n.º 1 do artigo 193.º permite aos sócios manipular, nos estatutos, o modo como os gerentes se relacionam e partilham o poder de gerir e de representar a sociedade. A sociedade em nome coletivo é uma sociedade de pessoas, muito próxima da sociedade civil e até da simples comunhão na titularidade do estabelecimento. O seu relacionamento interno pode ser mais denso ou mais solto, pode ter maior ou menor autonomia, sem prejuízo da personalidade e isso tem a ver com as *outras limitações ou condicionamentos* referidos na parte final do n.º 2 do artigo 192.º e também com a suficiência ou falta de poderes de que tratam os n.ºs 3 e 4 desse mesmo artigo.

Os limites emergentes do fim e do objeto social, nas sociedades em nome coletivo estão regidos no artigo 6.º, nos artigos 192.º e 193.º; trata-

¹⁶ O n.º 3 do artigo 192.º fala em confirmação em vez de ratificação. É um desvio terminológico sem sentido jurídico que justifique concluir da diferença de um desvio de regime, é pura má qualidade legislativa.

-se dos limites que afetam os poderes de representação e o relacionamento entre gerentes, na gestão e na representação.

Nas sociedades por quotas

A transposição do artigo 9.º da 1.ª Diretiva no que tange especificamente às sociedades por quotas concentra-se nos artigos 259.º a 261.º.

O artigo 259.º contém dois preceitos: que os gerentes devem praticar os atos necessários ou convenientes à realização do objeto social e que no exercício da gerência estão sujeitos às deliberações dos sócios.

A primeira parte corresponde a uma repetição do que já está no n.º 1 do artigo 6.º, mas com uma característica interessante: quando o n.º 1 do artigo 6.º fala em *direitos e obrigações necessários ou convenientes à prossecução do fim*, agora lê-se no artigo 259.º que os gerentes devem *praticar os atos necessários ou convenientes para a realização do objeto social*. Comparando, nota-se que, aos *direitos e obrigações* correspondem *atos*, são iguais as referências aos *necessários ou convenientes*, e que a *prossecução do seu fim* foi substituída pela *realização do objeto social*. Isto reflete a vulgar confusão ou identificação da titularidade de direitos e obrigações com a prática de atos, e bem assim da prossecução do fim com a realização do objeto social. É claro que numa estrita perspectiva técnico-jurídica a titularidade de direitos e obrigações não é o mesmo que a prática de atos, porque a primeira é estática a segunda dinâmica, e que o fim e o objeto social não são a mesma coisa, porque o primeiro é mais amplo que o segundo. Mas nota-se que, não obstante a imprecisão terminológica (que se pode dizer característica do Código das Sociedades Comerciais) o sentido normativo é o mesmo nos preceitos em comparação.

O artigo 260.º trata especificamente do sistema de vinculação das sociedades por quotas. Fáz-lo dum modo ortodoxamente compatível com o sistema do artigo 9.º da 1.ª Diretiva, na versão do segundo parágrafo do n.º 1. A sociedade fica vinculada perante terceiros por atos praticados em seu nome pelos gerentes, *não obstante as limitações constantes do contrato social ou resultantes de deliberações dos sócios*, mas pode-se-lhe opor tais limitações se se provar que eles tinham conhecimento delas; porém tal conhecimento *não pode ser provado apenas pela publicidade dada ao contrato de sociedade*. Foi afastado o *constructive knowledge*. O ónus da alegação do conhecimento e da sua prova é da sociedade.

Na alegação e prova do conhecimento pelo terceiro não deve ser feita uma distinção dicotómica entre dois modos diferentes: como alegação e prova de que o terceiro teve conhecimento psicológico efetivo do facto

ou como alegação e prova das circunstâncias do ato das quais se conclua o conhecimento.¹⁷ O ambiente circunstancial em que ocorre, ou não o conhecimento, pelo terceiro, daquelas limitações pode ser mais ou menos relevante ou eficiente na questão da prova, mas depende do caso concreto. Pode haver circunstâncias eloquentes do conhecimento ou do desconhecimento. Mas isso não impede que se alegue e prove o conhecimento subjetivo com as provas apropriadas. A prova pode ser fácil, difícil, sólida ou frágil, e mesmo diabólica.

Outra questão é a de saber se, atentas as circunstâncias, o terceiro tinha, ou não, um *dever de conhecer*. A questão, aqui, transfere-se do *ôntico* para o *deôntico*. Já não se decide se sabia ou não, mas se tinha, ou não, um dever de saber. A questão é muito delicada. O desconhecimento grosseiramente negligente pode ser relevante? Posta a questão deste modo, haverá que saber qual o grau de discernimento e de zelo exigíveis ao terceiro para se decidir da inocência do seu desconhecimento? Não pode fazer-se recair sobre o terceiro o ónus desta demonstração. É da sociedade o ónus da alegação e da prova de que o terceiro sabia ou devia saber.

O artigo 261.º estatui que no caso de haver mais de um gerente, o regime supletivo é o de que *os respetivos poderes são exercidos conjuntamente, considerando-se válidas as deliberações que reúnam os votos da maioria e a sociedade vinculada pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos gerentes ou por ela ratificados*. Podem ser estipulados regimes diferentes nos estatutos, e são-no com frequência.

Mas este preceito é muito relevante principalmente naquilo em que distingue com clareza o ato de formação da vontade funcional da sociedade, que é um ato interno das sociedades sem contacto com terceiros (deliberação da gerência), e o ato e representação da sociedade na execução da deliberação, que é um ato externo, com contacto com terceiros e relevância perante eles.

A vinculação da sociedade nem sempre exige ambas, a deliberação e a representação. A representação é sempre necessária, porque a deliberação, como ato interno, não se projeta para fora da própria sociedade e não é eficaz nem oponível perante terceiros. Mas a deliberação não é sempre necessária. Há casos em que a lei o exige expressamente, como por exemplo, nas alterações dos estatutos. Noutros casos, pode ser exigida pelos estatutos, por exemplo para a aquisição ou alienação de imóveis. Mas na gestão corrente, por exemplo, nunca vi uma deliberação do órgão de

¹⁷ Contra, RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, III, reimpr. Almedina, Coimbra, 1996, págs. 164-165.

gestão especificamente para o pagamento de salários em cada mês. Seria, aliás, excesso de formalismo e burocracia exigí-lo.

Pode ainda suceder – e efetivamente sucede – que a sociedade pratique o ato, por exemplo, celebre um contrato, fazendo intervir na sua assinatura a maioria dos seus gerentes, caso em que, segundo o n.º 1 *in fine* do artigo 261.º, a sua intervenção cumula e funde a deliberação e o ato executivo.

Qual o critério?

É vulgar que os estatutos das sociedades por quotas preceituem que a sociedade seja representada por apenas um gerente em atos de mero expediente, e se esclareça que se entendem como tais «aqueles de que não resulta obrigação nem vinculação para a sociedade», ou algo de semelhante.

E quanto à necessidade, ou não, de prévia deliberação do órgão de gestão? Segundo os usos vigentes – tipo social da sociedade – não se tomam deliberações na gerência para a prática de atos de gestão corrente, quer dizer, de administração ordinária. Para atos de disposição com relevância económica já é de uso que haja prévia deliberação do órgão de gestão, ou mesmo da própria assembleia geral, quando sejam muito relevantes (depende dos casos). No que respeita aos atos de disposição (alienação e oneração de património), não é de uso sujeitá-los a prévia deliberação do órgão de gestão quando correspondam ao exercício do comércio da sociedade como, por exemplo, a venda de mercadorias ou a prestação de serviços. Normalmente é impraticável fazê-lo previamente e caso a caso. Mas podem – talvez devam – ser previamente deliberados os parâmetros gerais da comercialização das mercadorias ou da prestação dos serviços que correspondam ao comércio, ao negócio da sociedade.

A resposta a esta questão está na teoria geral da representação. É a relação subjacente que rege a representação. No caso das sociedades por quotas, tal como nas demais sociedades, a lei e os estatutos podem conter preceitos especiais. É daí que se pode extrair algum critério. A concretização da relação subjacente, como critério, pode ser mais fácil ou mais difícil, consensual ou controversa. A assembleia geral desempenha um papel fundamental como última instância intra-societária de concretização do critério e pode ser chamada a debater e decidir antes ou depois de se ter suscitado uma dúvida ou uma divergência. É melhor que o faça antes do que depois.

Mas fica por resolver o problema de o ato ter sido praticado sem a prévia tomada de deliberação, quando o devesse ter sido, e o problema do ato praticado por apenas um gestor quando o devesse ter sido por dois (ou em termos mais gerais quando tenha sido praticado por um número de gestores inferior ao devido). Este problema vai ser tratado especialmente mais à frente a propósito das sociedades por quotas e das sociedades anónimas conjuntamente.

A problemática da vinculação das sociedades anónimas e da transposição do artigo 9.º da 1.ª Diretiva no que se lhe refere não é muito diferente do que sucede com as sociedades por quotas.

Além do já muito trabalhado artigo 6.º, o Código das Sociedades Comerciais contem especialmente os artigos 405.º a 409.º sobre as sociedades anónimas.

O artigo 405.º contém a principal diferença entre os poderes de gestão da gerência das sociedades por quotas e o conselho de administração¹⁸ das sociedades anónimas. Na gestão da sociedade, o conselho de administração só tem de se subordinar às deliberações dos acionistas ou às intervenções do conselho fiscal ou da comissão de auditoria *nos casos em que a lei ou o contrato de sociedade o determinarem*, e o artigo 373.º, n.º 3 determina que em matérias de gestão a assembleia geral só pode deliberar a pedido do órgão de administração. Nas sociedades por quotas, o artigo 259.º submete a gestão pelos gerentes ao *respeito pelas deliberações dos sócios*. Diversamente do regime das sociedades por quotas e do próprio regime das sociedades anónimas no Código Comercial, o órgão de gestão tem grande autonomia em relação à assembleia geral. Diz-se que abandona o caráter *parlamentar* do modelo oitocentista de sociedades (também característico dos modelos políticos parlamentaristas) e que adota o *Führerprinzip*.¹⁹ Substancialmente, transfere da assembleia geral para o conselho de administração o acento tónico da gestão. Os sócios, em assembleia geral (salvo havendo solicitação do conselho de administração), ao proceder à apreciação geral da administração e ao manifestar confiança ou desconfiança no órgão ou em qualquer dos seus membros, podem destitui-los, com ou sem invocação de justa causa, mesmo que tal não conste da convocatória, mas não podem interferir e dar instruções concretas para a gestão.

¹⁸ Neste texto, por simplicidade de expressão, refiro apenas o conselho de administração, como único órgão de gestão das sociedades anónimas, salvo quando seja necessário explicitar.

¹⁹ O *Führerprinzip* foi instituído pela *Aktiengesetz* de 30 de Janeiro de 1937. Na versão original, o presidente podia impor a sua vontade à maioria do *Vorstand*. Este princípio veio a ser moderado na *Aktiengesellschaft* de 1965. A data de origem da lei de 1937 e a natureza do regime político no poder na Alemanha ao tempo, tem conduzido, embora sem consenso, a ligar este ao princípio homónimo daquele regime político. Há divergências na doutrina sobre esta ligação nas quais não me vou aqui envolver. Hoje não subsiste qualquer vestígio de nacional-socialismo neste regime jurídico do direito das sociedades anónimas.

Com esta diferença, o regime de vinculação e representação mantém-se. Os primeiros quatro números dos artigos 260.º e 409.º são praticamente iguais. Os atos praticados pelos administradores em nome da sociedade e dentro dos limites que a lei lhes confere, vinculam as sociedades perante terceiros *não obstante as limitações constantes do contrato de sociedade ou resultantes de deliberações dos acionistas, mesmo que tais limitações estejam publicadas. A sociedade pode, no entanto, opor a terceiros as limitações de poderes resultantes do seu objeto social, se provar que o terceiro sabia ou não podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias, que o ato praticado não respeitava essa cláusula e se, entretanto, a sociedade o não assumiu, por deliberação expressa ou tácita dos acionistas.* O conhecimento do terceiro *não pode ser provado apenas pela publicidade dada ao contrato de sociedade.* E os administradores obrigam a sociedade, apondo a sua assinatura, com a indicação dessa qualidade.

Tal como nas sociedades por quotas, a transposição do artigo 9.º da 1.ª Diretiva foi feita ortodoxamente na versão do segundo parágrafo do n.º 1 que permite a oponibilidade do limite do objeto social a terceiro desde que prove que, nas circunstâncias, conhecia ou não devia desconhecer tais limites, e não podendo tal conhecimento provar-se apenas da publicidade dos estatutos. Como nas sociedades por quotas, a sociedade obriga-se pela assinatura dos administradores, em nome da sociedade, com a indicação da sua qualidade.

Este é mais um caso em que a estrutura do Código melhor ficaria com a colocação desta disciplina na parte geral, separando as sociedades de pessoas - sociedades em nome coletivo e comanditas simples - das sociedades de capitais - sociedades por quotas, sociedades anónimas e comanditas por ações logo em seguida ao artigo 6.º.

O regime é substancialmente o mesmo e, por isso, remeto para o que ficou escrito sobre as sociedades por quotas.

4. Problemas de vinculação

A transposição do artigo 9.º da 1.ª Diretiva deixou alguns problemas.

Em primeiro lugar, o problema do princípio da especialidade e da questão da capacidade, com base no artigo 160.º Código Civil, que devia ter sido e não foi devidamente resolvido. Em segundo lugar, o problema suscitado pela indevida inserção dos números 2 e 3 no artigo 6.º e que criam mais dificuldades do que resolvem. Em terceiro lugar, o problema dos atos praticados indevidamente sem deliberação do órgão competente. Em quarto lugar, o problema da vinculação da sociedade com a assinatura

de apenas um gestor – gerente ou administrador, ou de pessoa que, invocando embora a qualidade não a tenha ou tenha deixado de a ter.

São problemas que são de vinculação em sentido lato. Envolve problemas de capacidade, de legitimidade, de representação e de imputação mas, em todos os casos, resultam em questão de vinculação da sociedade.

O problema do princípio da especialidade, da capacidade e do artigo 160.º do Código Civil

O artigo 160.º do Código Civil é perto de vinte anos anterior ao Código das Sociedades Comerciais. Durante esses anos, muito mudou em Portugal. No mundo, só para exemplificar, acabou a Guerra Fria, a Europa reunificou-se, a economia liberalizou-se e globalizou-se; em Portugal mudou o regime político, foi instaurada a democracia, houve a descolonização, a adesão União Europeia, a própria moeda de então foi substituída pelo Euro. O ambiente social, económico e até cultural alterou-se radicalmente desde que entrou em vigor o artigo 160.º do Código Civil. Segundo o artigo 9.º do próprio Código Civil, a sua interpretação e concretização devem ser atualizadas e feitas de acordo com as condições específicas do tempo em que é aplicada.

Começando pelo n.º 2, não tem sentido excluir da capacidade *os direitos e obrigações vedados por lei*. No caso aqui previsto são inválidas as posições e atos jurídicos, mas não propriamente por incapacidade de gozo. É óbvio que nenhuma pessoa jurídica, singular ou coletiva tem capacidade para a ilegalidade. Mas a invalidade é a consequência da ilegalidade, da contrariedade à lei. É uma questão de pura Teoria Geral. Quanto aos direitos e obrigações *inseparáveis da personalidade singular*, já o artigo 12.º, n.º 2 da Constituição estatui que *as pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*. E não seriam diferentes, se não existisse este preceito constitucional. É da natureza das coisas. Também aqui o artigo 160.º se traduz numa quase norma vazia.

No caso do n.º 1, a questão não é de *capacidade de gozo*, mas sim de *legitimidade*. A capacidade para os direitos e obrigações necessários e convenientes à prossecução dos fins das pessoas coletivas é uma capacidade não genérica, mas sim específica. A sua especificidade tem como critério a aptidão (necessidade e conveniência) para a prossecução do fim. Significa isto que não se coloca a questão da capacidade para ser proprietária ou para comprar e vender, que a sociedade tem. A especificidade está na ligação entre a titularidade e as ações da pessoa coletiva, e a prossecução dos seus fins. Ora esta capacidade específica outra coisa não é senão a

legitimidade para ser titular de posições jurídicas e de agir sobre elas na prossecução dos seus fins.

Trata-se de *legitimidade* e não da *capacidade de gozo*. As qualificações legais não são vinculativas para a doutrina que não tem de as seguir nem aceitar acriticamente. Além disso, mesmo na letra da lei se não encontra a referência a capacidade de gozo.

Sustento, pois, na esteira de OLIVEIRA ASCENSÃO,²⁰ que a expressão *capacidade* escrita pelo legislador no artigo 160.º do Código Civil *não tem praticamente nada a ver com a capacidade de direito*.

Em meu entender, esta expressão deve ser lida e entendida como *legitimidade*. A legitimidade *traduz-se numa relação privilegiada entre uma pessoa e uma situação ou um interesse que é de molde a permitir-lhe agir sobre eles*.²¹ O interesse, por sua vez, é a relação entre as pessoas e os bens ou meios necessários, convenientes ou úteis para que essa pessoa possa alcançar, realizar ou prosseguir os seus fins.²² A relação entre a pessoa coletiva, ou no tema deste estudo, a sociedade comercial e os bens necessários ou convenientes ou úteis para a realização dos seus fins é uma relação de legitimidade. O fim e o objeto social delimitam o âmbito material de legitimidade de atuação da pessoa coletiva-sociedade. Assim, a sociedade tem legitimidade para ser titular de posições jurídicas ou para agir quando assim seja necessário ou conveniente à prossecução do seu fim. Quando assim não for a sociedade carece de legitimidade para ser titular daquela posição jurídica, para a adquirir ou alienar, para a constituir ou extinguir ou para agir sobre ela.

Posto isto, cabe perguntar qual a consequência jurídica da ilegitimidade. Não é necessariamente a nulidade. Mais frequentemente será a ineficácia, mas não tem de o ser necessariamente. A lei não diz, no artigo 160.º do Código Civil, qual a consequência. A questão perspectiva-se de dois modos, como desvio permanente e como desvio caso a caso. O desvio permanente do fim pode constituir causa ou fundamento de extinção das pessoas coletivas civis (artigos 182.º e 192.º do Código Civil) e das sociedades comerciais (artigo 142.º, n.º 1, alínea d) do Código das Sociedades Comerciais). O desvio incidental do fim, a titularidade de posições jurídicas ou a prática de atos isolada ou incidentalmente sem que tal seja necessário ou conveniente à prossecução dos seus fins é ilegítima, está

²⁰ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., págs. 231-239, ensina que esta matéria *não tem praticamente nada a ver com a capacidade de direito* (pág. 233), e que *a eventual anomalia residirá no desvio em relação ao fim e não na incapacidade* (pág. 234).

²¹ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do direito Civil*, cit., pág. 82.

²² PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., págs. 213-215.

inquinada por ilegitimidade. Pode dar lugar a responsabilidade civil dos gestores que os praticarem, se tiverem causado dano à sociedade e se se verificarem os demais pressupostos da responsabilidade civil, e podem ainda constituir justa causa para a sua destituição pelos sócios em assembleia geral. A relevância do desvio do fim coloca-se no campo da *atividade* da pessoa coletiva, não no que respeita a cada ato de per si.

Diversamente da generalidade da doutrina, continuo a entender que as sociedades comerciais não têm de ter fim lucrativo.²³ Nas Ordenações, só tinham de prosseguir *melhor negócio ou maior ganho*.²⁴ Na linha de Ferrer Correia,²⁵ mantenho que é suficiente uma atividade económica, não tem de haver um fim lucrativo propriamente dito. A norma definitiva do artigo 980.º do Código Civil não se aplica a sociedades comerciais, é privativa das sociedades civis simples.

Mantenho também que o intuito lucrativo e mesmo o resultado de lucro não tem de se verificar em relação a todos e cada um dos atos da sociedade. O que teria de ser lucrativo e objeto de intuito lucrativo seria a atividade e não cada ato individualmente considerado. Também por esta razão não tem sentido nem é sustentável, em minha opinião, que do artigo 160.º do Código Civil e do princípio da especialidade possa resultar a nulidade de atos jurídicos concretos da sociedade por falta de intuito lucrativo e de lucratividade. Na própria qualificação do comerciante é incontestável que a atividade profissional do comerciante só carece de lucratividade e de intuito lucrativo enquanto atividade e na sua globalidade, mas não em cada ato de per si. A própria compra para revenda – ato de comércio objetivo típico do comércio – não tem de ter sequer intuito lucrativo para ser qualificado como mercantil (artigo 463.º do Código Comercial). Recuso, pois, que as sociedades comerciais tenham de ter fim lucrativo (embora o tenham tipicamente), que esse fim lucrativo tenha de se verificar em relação a cada um dos atos que pratica e, mais ainda, que esses atos tenham de ter, todos e cada um, resultado lucrativo. Principalmente recuso que um ato praticado por uma sociedade comercial possa ser declarado nulo por ter sido praticado sem fim ou sem resultado lucrativo.

Limite, porém, esta minha posição a sociedades comerciais puramente privadas. Como ficou expresso já atrás, sempre que o limite do fim e do objeto social seja de Ordem Pública, e assim sucede com as empresas

²³ PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, págs. 25-29.

²⁴ Ordenações Filipinas, Título IV, artigo XLIV.

²⁵ FERRER CORREIA, *Anteprojeto de Lei das Sociedades Comerciais*, Parte Geral, I, Separata do BMJ, n.ºs 185 a 191, págs. 1, 17 e 18.

públicas e as sociedades concessionárias de bens e serviços públicos que, não obstante serem sociedades estruturalmente privadas, prosseguem fins públicos, e também com as sociedades comerciais cuja atividade está sujeita a autorização e controlo públicos, como, por exemplo, as instituições de crédito e as sociedades de seguros, o exercício de atos ou atividades fora do objeto social são proibidos por lei injuntiva e, como tal, são ilícitos.

Tal não deve ter como consequência a nulidade de todos e cada um dos atos praticados fora do objeto social porque tal seria extremamente nocivo para a fluidez e segurança do tráfego. Obrigar o terceiro contraparte em cada um dos seus contratos a averiguar se estaria dentro ou fora do seu objeto social e se era necessário ou conveniente à prossecução do seu fim. Imagine-se o que seria se cada cliente de uma loja, na rua ou num centro comercial, antes de comprar uma camisa, tivesse de consultar o Registo Comercial e aí verificar qual o objeto social e o modo de obrigar a sociedade dona da loja, e corresse o risco da nulidade da compra da camisa se tivesse visto mal ou negligenciado esta investigação ou ainda se se viesse a concluir que, por exemplo, uma venda em saldos, por preço muito baixo, fosse nula por violar o fim lucrativo. E ainda se uma agência de viagens ou uma companhia de aviação corresse o risco da nulidade da compra do bilhete de passagem aérea (contrato de transporte aéreo de pessoa) por uma sociedade por quotas alegadamente para uma viagem de negócios do seu sócio gerente, quando se viesse a verificar que, na realidade, a viagem tivesse sido efetuada com uma namorada numa deambulação romântica. Seria uma forma perversa de *caveat emptor* que muito rapidamente conduziria à paralisação do comércio.²⁶ Isto agravado com o facto de, em relação a muitos dos atos praticados na gestão corrente da sociedade, ser muitíssimo difícil senão mesmo impossível averiguar e concluir com um mínimo de segurança, se são necessários ou convenientes à prossecução do fim e dentro ou fora do seu objeto.

O ónus e o risco desta averiguação não podem ser impostos sobre o terceiro contraparte da sociedade no tráfego no mercado. É gravemente incompatível com os valores que regem o comércio e o mercado impor um tal ónus. O sistema e a intencionalidade normativa da 1.ª Diretiva é precisamente o contrário, o de libertar os terceiros que contactam e contratam com a sociedade do ónus e do risco de investigar e concluir e, sobretudo, de não errar nas conclusões a que cheguem.

²⁶ Muitos outros exemplos se poderiam invocar, mas estes são suficientemente esclarecedores.

A síntese do fim e do objeto social

A maioria da Doutrina costuma distinguir o *fim lucrativo* e o *objeto social* como algo de diferente. O fim lucrativo constituiria uma exigência legal injuntiva cujo desrespeito traduziria uma ilegalidade, uma contrariedade à lei, que acarretaria como consequência a nulidade por aplicação dos artigos 160.º, 280.º, 294.º e 980.º do Código Civil; o objeto social, diversamente, teria a natureza de estipulação contratual, estatutária e a violação dos limites por ele estabelecidos não acarretaria a invalidade mas antes a responsabilidade civil dos gestores.

Numa lógica concetual, é possível distinguir o fim e o objeto do modo como a Doutrina o tem feito. Mas também é possível associá-los num conceito amplo de fim. Este conceito amplo enuncia-se como o fim de exercer certas atividades a título lucrativo ou, o que é igual, obter lucro em certas atividades. Se o fim não for lucrativo, ou não for diretamente lucrativo, como em muitas sociedades instrumentais, ou não o for a título principal como nas SGPS, o fim será o de prosseguir certas atividades económicas com o fim de obter vantagem patrimonial direta ou indireta, própria ou de grupo, através da titularidade de participações sociais ou de outra atividade lícita.

Na minha perspetiva, é útil trabalhar juridicamente com o conceito amplo de fim. Há uma ligação incindível entre o fim e o objeto social. O fim numa sociedade comercial, na generalidade dos casos, é obter vantagem económica num ou mais ramos de negócio, imobiliário, ou hoteleiro, ou bancário, ou farmacêutico, ou em vários deles, ou até, como sempre achei, no comércio em geral.²⁷ De qualquer modo, o fim da sociedade comercial geralmente não é o de fazer lucro *in abstracto* mas sim o de obter lucro nesta ou naquela atividade, ou mesmo no comércio em geral. O fim lucrativo e o objeto social complementam-se num fim amplo que corresponde ao exercício de certa atividade económica com o fim de obter uma vantagem patrimonial destinada a ser apurada nas contas do exercício e distribuída como dividendos, como é mais comum; ou a ser apurada anualmente mas distribuída apenas em liquidação, como é mais raro; ou que pode também ser aproveitada doutro modo, por exemplo noutra ou

²⁷ A generalidade da doutrina não aceita que o objeto social seja tão amplo assim, e sustenta que deve determinar mais ou menos rigorosamente os setores de atividade em cujo âmbito material vai desenvolver a sua atividade. Não vejo que tenha de ser assim, nem *de jure condito* nem *de jure condendo*.

noutras sociedades do mesmo grupo ou noutro negócio qualquer em que a sociedade seja meramente instrumental.²⁸

Não me parece, pois, que tenha de ser dualizado o regime do fim, cujo desrespeito teria como consequência a nulidade do ato e do objeto social, cujo desvio daria lugar a validade com responsabilidade civil. O desvio do fim, nas sociedades comerciais tem, para mim, um regime unitário, que é o dos n.ºs 1 e 4 do artigo 6.º e que não atinge a validade dos atos praticados pelos gestores da sociedade, embora os faça incorrer em responsabilidade civil, se se verificarem os demais respetivos pressupostos.

O problema dos n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais

Como já escrevi atrás, neste texto, os n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais são supérfluos e perniciosos. Tanto as liberalidades como as garantias podem ser necessárias, convenientes ou úteis à prossecução do fim da sociedade, como lhes podem ser indiferentes, ou mesmo ser-lhes nocivas. Depende das circunstâncias e do caso concreto.²⁹

Como disse já, a questão não é de capacidade de gozo, mas antes de legitimidade, isto é, da relação entre a sociedade que age e o bem ou interesse sobre o qual age. Deve ser esse o critério de legitimidade que permite a uma sociedade, esta ou aquela, fazer uma ou mais liberalidades, sejam elas quais forem. Tudo depende da sociedade, do seu fim social, da liberalidade em questão e das circunstâncias do caso.³⁰

Nem sempre é fácil qualificar a liberalidade. Nem todas as liberalidades têm natureza donatória. Há atribuições patrimoniais ativas que são simples *dações* e não *doações*, e até as há que são interessadas e nada têm de liberalidade.

Este preceito do n.º 2 do artigo 6.º, que não resulta do artigo 9.º da 1.ª Diretiva, corresponde à solução que havia já sido dada pelo Supremo Tribunal de Justiça à questão da capacidade da sociedade para a prática de liberalidades.³¹ Como foi já referido, tem uma redação deficiente que tem

²⁸ Por exemplo, quando a sociedade serve apenas para parquear um lote de ações ou um outro ativo economicamente relevante. Assim sucede muitas vezes, talvez mesmo a maioria das vezes, com as sociedades *off-shore*.

²⁹ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Direito Comercial*, II, *Das Sociedades*, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 199.

³⁰ Neste sentido, embora com uma construção divergente, CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária e Capitalística*, cit., pág. 291.

³¹ A título de exemplo e anos antes do Código das Sociedades Comerciais, o STJ 25.VII.78 decidiu que (IV) *O que é decisivo para legitimar as doações das sociedades comerciais é que o ato esteja relacionado com os interesses legítimos do seu estatuto.*

suscitado dificuldades na sua concretização. A referência ao caráter usual da liberalidade *segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade*, vem da tradição antiga de presentear em épocas festivas, como o Natal, certas pessoas ou clientes, que foi também adotada espontaneamente pelas sociedades comerciais, fazendo ofertas alusivas e de valor irrelevante. Porém, como é frequente na prática jurídica portuguesa confundir *dações* com *doações* e atribuições patrimoniais gratuitas com liberalidades, ficou a referência a liberalidades que tem sido interpretada como abrangendo todas as atribuições patrimoniais sem contrapartida direta, sem distinguir devidamente o que são atribuições promocionais, *dações* (não *doações*) remuneratórias e outros tipos de atribuições que não são propriamente donatórias. Ao que ficou escrito parece só poder subsumir as pequenas prendas de Natal, Páscoa ou de aniversário.

Mas melhor fórmula foi adotada no citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça em que se diz com acerto que o critério correto é do relacionamento *com os interesses legítimos do seu estatuto*. Assim colocada, a questão é notoriamente de *legitimidade* e não de *capacidade*, o que ressalta do uso do critério da relação do ato com o interesse da sociedade.

Mas a fórmula expressa no preceito do n.º 2 do artigo 6.º é excessivamente restrita e deixa de fora, na sua letra, os patrocínios de caráter desportivo, social e cultural, principalmente o mecenato. As sociedades comerciais, principalmente aquelas com elevada relevância económica e social são hoje pacificamente tidas como *cidadãos coletivos* a quem cabe contribuir, para além do estrito domínio fiscal e para-fiscal, para as coletividades e comunidades em que estão inseridas (*stakeholders*). Este preceito do n.º 2 deve, pois, ser interpretado mais neste sentido, sob o filtro do critério do interesse social, isto é, da legitimidade.

Além do mais, o preceito vem suscitar problemas de solução delicada sempre que enfrente atos de gratuidade imperfeita, como *doações mistas*, vendas por preços baixos ou descontados, ou subsídios parciais.

Em minha opinião, se este n.º 2 não tivesse sido inserido no artigo 6.º, não se daria pela falta dele, porque o n.ºs 1, 4 e 5, regeriam e resolveriam melhor as questões que estão na sua previsão. É redundante e pernicioso.

Também o n.º 3 do artigo 6.º não tem ligação direta com o artigo 9.º da 1.ª Diretiva e tenta encontrar uma resposta para um problema tradicional no ambiente jurídico português.

Como atrás referido, já vinha de há muitos anos antes da entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais a tradição de, antes da celebração de, por exemplo, um contrato de arrendamento urbano, ser pedida ao candidato a inquilino uma fiança emitida por um *comerciante estabelecido* que na maior parte das vezes acabava por ser uma sociedade por quo-

tas estabelecida na vizinhança. Estas fianças eram usualmente gratuitas e eram prestadas como um favor com o fim interessado de captação e fixação de clientela.

A prestação de fianças não está dentro do objeto social de sociedades que exercem o pequeno comércio local, mas também nada permite concluir que a sua prestação seja monopólio de Bancos ou outras instituições de crédito. A sua prestação por sociedades comerciais, mesmo que não expressamente prevista no objeto social, pode ser necessária, conveniente ou mesmo útil à sua prossecução, tal como previsto no n.º 1 do artigo 6.º.

Este critério do n.º 1 do artigo 6.º seria mais do que suficiente e, em bom rigor, dispensaria o próprio n.º 3 do mesmo artigo, com todas as incertezas e dificuldades a que tem dado lugar. Tal como no n.º 2, se este n.º 3 não tivesse sido inserido no artigo 6.º, também não se daria pela falta dele, porque o n.ºs 1, 4 e 5, regeriam e resolveriam melhor as questões que estão na sua previsão.

Parece já duvidosa a redação da última parte do n.º 3 do artigo 6.º, quando considera conforme com o fim social a prestação de garantias em sociedades agrupadas, independentemente da consideração do interesse ou da utilidade ou conveniência da prestação da garantia para a sociedade garante. Não parece que o simples facto do agrupamento coloque, sem mais, a prestação de garantias dentro do fim social. Em grupos verticais, tem o mesmo regime a garantia prestada pela dominada/participada em favor da dominante/participante que a inversa? Pode suceder que sim mas também pode suceder que não. Se se entender o grupo como uma macro empresa multissocietária com um interesse social próprio – *interesse de grupo* – poderá bem ser que a prestação da garantia seja necessária, conveniente ou útil, mesmo que o não seja propriamente para a sociedade garante isoladamente considerada. Mas há grupos e grupos. Se se tratar dum grupo por domínio total, é natural que assim suceda, mas se assim não for, já esta comunhão de interesse pode não ocorrer. As questões problemáticas podem multiplicar-se.³²

Este n.º 3, além de supérfluo, é pernicioso porque introduz na lei um fator de complexidade dispensável.³³ A título de exemplo, invoco as

³² Sobre esta problemática remeto para as palavras sábias de COUTINHO DE ABREU, *Direito Comercial*, II, *Das Sociedades*, 4.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2011, págs. 202-206.

³³ Bom exemplo da complexidade introduzida por este preceito é a divergência expressa em PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Vinculação das Sociedades Comerciais por Garantia de Dívidas de Terceiros*, ROA, ano 55, III (dezembro de 1995), págs. 689-711, e CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, em *Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades*, na R.O.A., Ano 56 (1996), vol. II, pág. 565-593, e em *De novo sobre a prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades: luzes e sombras*, na R.O.A., Ano 58(1998), vol. II, pág. 825-857.

garantias atípicas, como a carta de conforto que, fortes, médias ou fracas, nem sempre se sabe se são mesmo garantias e se, numa ótica subsuntiva (como aquela que é adotada na prática forense), devem ou não ter-se como preenchendo a previsão da norma. Sem falar já de outras modalidades de *colateral* tão na moda hoje em dia.

Daqui concluo que bem melhor seria que este n.º 3 do artigo 6.º não existisse. Como critério de conformidade com o fim da sociedade, em sentido amplo abrangendo também o objeto social, tanto no que respeita à prestação de garantias como a outros atos ou atividades da sociedade, são bem suficientes os seus n.ºs 1 e 4. Bem melhor se estaria sem, também, este n.º 3.

Em conclusão, proponho a pura e simples revogação dos n.ºs 2 e 3 do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais.

O problema dos atos praticados sem deliberação do órgão competente

O problema dos atos praticados sem prévia deliberação do órgão de gestão não tem suscitado especial interesse na doutrina. No entanto, não é irrelevante.

A prática societária mostra que há atos que são precedidos de deliberação do órgão de gestão – e até, menos frequentemente, da assembleia geral – e outros que o não são. Segundo os usos, não são submetidas a deliberação nem registadas em ata as decisões e deliberações relativas a atos de gestão corrente. Não conheço sociedade alguma que todos os meses delibere pagar os salários e assim o registre em ata. E o mesmo quanto ao cumprimento de obrigações legais, por exemplo, fiscais. Não é que estes assuntos não causem frequentes e importantes preocupações à gestão e sejam objeto de trocas de impressões entre os gestores, mas a ideia geral é de que não precisam de ser formalizados em ata.

Os mesmos usos conduzem à deliberação e registo em ata de decisões importantes e relativas à prática de atos que não são reiterados no dia a dia.

Daqui se retira que, segundo os usos, são sujeitas a deliberação do órgão de gestão e registo em ata as decisões relativas a atos que não sejam de gestão corrente.

Quais são os dados legais nesta matéria? São vários os preceitos legais que exigem deliberações formais para certas decisões da sociedade, ou que as referem, desde a aprovação do relatório de gestão e os documentos de prestação de contas (artigos 65.º e seguintes), até, entre outros, os artigos 193.º, 261.º, 406.º, 410.º, 411.º e 412.º.

Os estatutos podem disciplinar esta matéria, mas não o costumam fazer.

Os órgãos de gestão funcionam por deliberações. Sempre que a lei ou os estatutos exijam deliberações do órgão de gestão, só através da respetiva ata se poderá fazer a sua prova. Esta é a regra do artigo 63.º quanto às deliberações da assembleia geral, e não se vê por que razão substancial não deva ser alargada às deliberações de todos os demais órgãos da sociedade.

Perguntar-se-á então qual o regime de vinculação da sociedade em relação a atos praticados pelos gestores que devam ser precedidos por deliberação do respetivo órgão, quando esta não tenha sido tomada ou não conste registada em ata.

O problema não se coloca no caso em que a deliberação foi efetivamente tomada, mas não ficou registada em ata por deficiência da sua redação, caso em que a ata pode ser completada sem que haja falsidade. Se for acrescentada à ata uma deliberação que não tenha sido efetivamente tomada, haverá então falsidade, pelo menos parcial, da ata. A incompletude e a falsidade da ata poderão ser invocadas e terão de ser provadas pelos meios próprios, que não poderão ser limitados à própria ata.

Mas quando, sem que tenha sido tomada qualquer deliberação pelo órgão de gestão, os gestores pratiquem o ato em nome da sociedade, qual a consequência jurídica? Suscita-se desde logo a questão da imputação do ato, à sociedade ou aos gestores. O ato praticado é mesmo da autoria da sociedade, ou é da autoria dos gestores? Se a deliberação é o ato de formação da vontade funcional da sociedade, sem ela não haveria ato jurídico imputável à sociedade; o ato seria imputável à autoria dos gestores que o tivessem praticado. Não me parece, porém, que esta seja a solução juridicamente mais adequada. A lógica jurídica é uma lógica material. Mais do que uma lógica de racionalidade, é uma lógica de razoabilidade. Ora uma solução como esta viria provocar uma multiplicação de deliberações formais e também a suscitar uma maior lentidão e burocratização da vida societária.

Para que o funcionamento das sociedades comerciais tenha a agilidade e celeridade exigidas pelo mercado e pelo comércio, não pode concluir-se que todos os atos dos seus gestores exijam previa deliberação formal caso a caso. A prática de atos de gestão corrente deve ter-se por autorizada em geral pela própria lei que lhes atribui os poderes de gestão (artigos 192.º, 259.º e 405.º). O artigo 406.º confere expressamente competência ao conselho de administração para certas matérias muito amplas que enumera. Mas esta enumeração não é exaustiva nem taxativa como decorre da sua alínea n). De entre as matérias aqui enumeradas, algumas têm mesmo, em minha opinião, de ser objeto de deliberação formal, porque sem ela não podem ser levadas a registo como manda a lei. Outras, porém, não é

claro que o devam ser, embora o possam ser, como, por exemplo, as extensões ou reduções da atividade, as modificações na organização da empresa que não sejam muito importantes. Mas os atos de gestão corrente, como o pagamento mensal de salários, os recebimentos e pagamentos correntes não carecem, em minha opinião, de deliberações específicas caso a caso, porque estão abrangidos pelo poder-dever geral de gestão.

É inevitável que haja zonas cinzentas em que certos atos possam ou devam ser sujeitos a deliberação específica prévia e é previsível que haja divergências e questões sobre se certos atos deveriam ter sido objeto de prévia deliberação do órgão de gestão. Esta é uma questão interna entre a sociedade e os gestores que praticaram o ato, que não deve, em princípio, ter reflexos na esfera externa do relacionamento da sociedade com terceiros. É a sociedade que elege os seus próprios gestores e que tem de arcar com o risco do seu comportamento na gestão. Se certo gestor for ininteligente, negligente, infiel ou mesmo traidor, deve ser a sociedade a sofrer as respetivas consequências, não os terceiros. Na esfera interna, a sociedade poderá responsabilizar o seu próprio gestor pelos danos que lhe cause no exercício da gestão (artigos 72.º e seguintes). Excecionam-se apenas os casos em que o terceiro seja cúmplice, ou seja conhecedor, ou não deva desconhecer nas circunstâncias, que o ato praticado pelo gestor deveria ter sido objeto de prévia deliberação da sociedade, sem o ter sido, e que se o tivesse sido, não teria sido praticado ou não o teria sido tal como foi. Esta é a solução mais justa, a que melhor defende a segurança do tráfego e aquela que melhor se harmoniza com os regimes dos artigos 6.º do Código das Sociedades Comerciais e 269.º do Código Civil.³⁴

As deliberações podem ser expressas ou tácitas e formais ou informais (artigos 217.º e 219.º do Código Civil). Quando a lei impõe que haja deliberação, deve entender-se que a deliberação deve ser formal e expressa. O registo da deliberação em ata é uma formalidade *ad probationem*. A deliberação que não tenha inicialmente sido registada em ata pode vir a sê-lo mais tarde, sem prejuízo da sua validade e eficácia *ex tunc*.³⁵ A deliberação informal pode ser tomada entre os gestores sem necessidade de formalidades especiais, salvos os casos em que a lei o exija (artigo 410.º).

Mas não deve confundir-se a deliberação não registada em ata com a deliberação que não foi tomada.

³⁴ Diversamente, SOVERAL MARTINS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IV, em anotação aos artigos 260.º e 261.º.

³⁵ COUTINHO DE ABREU, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, I, cit., págs. 713-720, em anotação ao artigo 63.º.

O problema dos atos praticados com um número inferior de assinaturas

O último problema prende-se com a vinculação da sociedade por atos dos seus gestores em número inferior ao determinado pela lei ou pelos estatutos.

A lei regula esta matéria. Nas sociedades em nome coletivo, cada um dos gerentes tem poder para obrigar a sociedade com a sua assinatura, embora qualquer um dos demais se possa opor, sendo a oposição decidida por maioria; esta oposição não é invocável perante terceiros, salvo quando tenham conhecimento dela (artigo 193.º). Nas sociedades por quotas, os atos praticados pelos gerentes, *em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere*, vinculam a sociedade não obstante as limitações constantes do contrato social ou resultantes de deliberações dos sócios, mas a sociedade pode opor a terceiros as limitações de poderes resultantes do seu objeto social se provar que o terceiro sabia ou não podia ignorar, tendo em conta as circunstâncias que o ato praticado não respeitava essa cláusula e se a sociedade não tiver entretanto assumido o ato, por deliberação expressa ou tácita (artigo 260.º). No preceito seguinte (artigo 261.º, n.º 1 *in fine*), o Código das Sociedades Comerciais diz que a sociedade por quotas fica vinculada *pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos seus gerentes ou por ela ratificados*. Nas sociedades anónimas a lei repete aproximadamente o mesmo dizendo que *os atos praticados pelos administradores, em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros, não obstante as limitações constantes do contrato de sociedade ou resultantes de deliberações dos acionistas, mesmo que tais limitações estejam publicadas* (artigo 409.º). No artigo anterior (artigo 408.º, n.º 1 *in fine*), estatui que a sociedade fica *vinculada pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos administradores ou por eles ratificados*.

É usual que os estatutos das sociedades estipulem que a sociedade se obriga com as assinaturas de dois gestores, gerentes ou administradores. Por vezes exigem mais ou diferente. Por vezes, mas menos usual, é exigido que entre esses dois, um deles seja identificado ou o presidente. É também usual a estipulação de que para os atos de mero expediente seja suficiente uma assinatura.

No mercado, as sociedades entram em negócio, compram e (sobretudo) vendem frequentemente através de uma única pessoa, que pode ser um *gerente de comércio* ou *caixeiro* (artigos 248.º e seguintes do Código Comercial) ou simplesmente um *trabalhador* (artigo 115.º, n.º 3 do Código do Trabalho). O custo e o tempo operacional seriam inaceitavelmente agravados se nas caixas dos supermercados as vendas tivessem de ser feitas por duas pessoas em vez de uma. E assim também nas lojas de roupa e nas

boutiques de moda, nas perfumarias e nas ourivesarias ou nos antiquários, onde se vendem as mais variadas mercadorias, desde as mais baratas e banais até às mais caras, artísticas e raras. Pior ainda seria se o comprador tivesse de indagar sobre o regime e os poderes jurídicos de vinculação da outra parte, o objeto social da empresa e se o intuito do contrato celebrado era lucrativo, qual o teor dos seus estatutos e qual o número dos seus gestores. Numa economia livre de mercado não é possível.

A contraparte tem de poder confiar na aparência criada pelo comerciante no mercado, seja ele individual ou societário. O comerciante *estabelecido* cria, pelo simples facto do seu estabelecimento, uma aparência de profissionalidade, competência e seriedade. O exercício do comércio pelos comerciantes estabelecidos no mercado exige a fé e o crédito. Não há mercado onde e quando ninguém confia ou pode confiar em ninguém. É necessário que se possa presumir e acreditar que quem o comerciante coloca no seu estabelecimento a contactar e contratar com os clientes tenha poderes para o fazer e o faça competentemente, lealmente e fielmente. O risco do desvio, o risco de anomalia, o risco de infidelidade ou mesmo de traição só pode ser assumido e custeado, só pode recair sobre o comerciante. Não aceito aqui um *caveat emptor* que faça cair sobre o comprador o ónus de verificação dos poderes de quem está do outro lado do negócio, o ónus de proceder a uma *due diligence* e de correr o risco de errar ou de um qualquer tribunal vir a discordar da sua conclusão sobre o regime de vinculações da contraparte.

É da natureza das coisas. Mas também é da natureza das coisas que os processos de contratação não são iguais em todos os mercados. Assim, a contratação na Bolsa (mercado financeiro organizado) exige a intervenção de *intermediários financeiros* que assegurem o conhecimento, a competência, a capacidade e até a profissionalidade, evitando tanto quanto possível os perigos do contraente ingénuo. Também é diferente o modo de celebrar contratos de elevada relevância económica, como privatizações ou concessões, em que as partes, todas elas, procedem à averiguação exaustiva de todos os elementos objetivos e subjetivos do negócio, com recurso a *due diligences* profissionais. Há ainda mercados em que se contrata eletronicamente ou em auto-serviço, sem qualquer assinatura.

Como estabelecer uma perspetiva unitária? Será possível? O regime legal permite absorver a pluralidade dos mercados e dos modos de contratar.

O sistema é de representação, de representação orgânica mas nem por isso menos de representação.³⁶ Tem uma relação interna entre a sociedade

³⁶ Deixo aqui de lado a questão da qualificação da representação orgânica como verdadeira representação, por não envolver duas pessoas, representado e representante. Se con-

e os titulares dos seus órgãos e uma relação externa entre a sociedade e terceiros. A relação externa não deve ser perturbada pela relação interna. Os problemas, anomalias e vícios da relação interna são um risco da sociedade. Os terceiros de boa fé não podem ser por eles afetados. Mas só os terceiros de boa fé. Aqueles que saibam ou devam saber do vício não merecem proteção e, por isso, os vícios da relação interna podem ser-lhes opostos. Os gestores têm poderes para representar a sociedade (artigos 260.º, n.º 1 e 409.º, n.º 1); o abuso ou o desvio da representação só podem ser opostos quando o terceiro o conhecesse ou, nas circunstâncias, não devesse desconhecer, o que corresponde analogicamente – *mutatis mutandis* – ao regime do abuso da representação (artigo 269.º do Código Civil).

Se os terceiros sabiam ou deviam saber é uma matéria que pode ser duvidosa e controvertida. Numa loja de roupa não é exigível do cliente comum e anónimo que saiba ou indague da integridade da relação interna, mas já pode não ser assim nos grandes negócios. Na contratação duma parceria público-privada, por exemplo, ou mesmo na cessão de exploração dum hotel, ou no contrato de construção dum navio, nenhuma das partes tem desculpa para não se interessar e verificar como é que a outra se obriga.

Mas não se deve, de qualquer modo, dicotomizar, sem mais, entre pequenos negócios anónimos celebrados em massa e grandes negócios detalhada e cuidadosamente negociados. Há toda uma pluralidade de mercados e de negócios a distinguir. É preciso apreciar o caso concreto.

No caso concreto – é este o sistema da Diretiva – o risco do desvio é da sociedade e não do terceiro. É o que está no primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 9.º. Esta é a norma principal. No segundo parágrafo do n.º 1, numa norma secundária, permite-se aos Estados Membros que admitam a oponibilidade dos vícios da relação interna aos terceiros que os conheçam ou devam conhecer. Em caso de dúvida, deve seguir-se o sistema da norma principal e não o da secundária. O risco deve ser da sociedade. Cabe-lhe a ela o ónus de alegar e provar o conhecimento do terceiro ou de demonstrar que este devia conhecer, nas circunstâncias do negócio.

Estas circunstâncias do negócio permitem que se distinga consoante o mercado, o negócio, se é de consumo de massa, de contratação simplificada, se é negócio importante e sofisticado, que negócio, que mercado e quais as demais circunstâncias. Assim se obtém o critério para decidir se a contraparte devia ou não saber. Nem sempre é exigível à contraparte que investigue, procure saber e saiba, mas há casos em que o poderá ser.

ceitualmente pode ser posta em causa a qualificação, funcionalmente a analogia é tal que o regime da representação lhe deva ser aplicado *mutatis mutandis*. Representação voluntária, legal e orgânica têm em comum a problemática da *agency*.

Na falta de demonstração e prova, não é. O risco dos vícios e defeitos da relação interna é, em princípio, da sociedade.

Mas mantém-se uma dificuldade na concretização do sistema legal. Da letra do artigo 261.º, n.º 1 consta que as sociedades por quotas ficam vinculadas *pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos gerentes ou por ela* (essa maioria) *ratificados* e da letra do artigo 408.º, n.º 1, que as sociedades anónimas ficam vinculadas *pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos administradores*. O n.º 1 do artigo 408.º, *in fine* prevê ainda que as sociedades anónimas fiquem vinculadas pelos negócios jurídicos concluídos por *número menor destes* (administradores) *fixado no contrato de sociedade*, preceito que não encontra paralelo quanto às sociedades por quotas embora seja corrente tal estipulação nos respetivos estatutos.

Mais uma vez se revela, nestes artigos, a deficiente redação do Código das Sociedades Comerciais. Nos dois binómios normativos, a ordem está trocada. Nos artigos 260.º e 261.º, o primeiro trata da relação externa e o segundo da interna; nos artigos 408.º e 409.º, inversamente, o primeiro trata da relação interna o segundo da externa. Os artigos 261.º e 408.º regem sobre o órgão de gestão da sociedade (gerência, conselho de administração) e do seu modo de funcionamento interno, em ambos os casos por maioria. Nos artigos 260.º e 409.º, trata-se da relação externa, da vinculação da sociedade perante terceiros.

É defeituosa a redação do artigo 261.º, n.º 1 *in fine* quando refere a vinculação da sociedade *pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos gerentes*; como é deficiente a redação do artigo 408.º quando refere que a sociedade fica *vinculada pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos administradores*.

Interpretados os quatro artigos à letra resultaria uma contradição ente o sistema conjunto, nos artigos 261.º e 408.º e o sistema disjunto nos artigos 260.º e 409.º.

Bem interpretados os quatro artigos, funcional e integradamente, aquelas expressões dos artigos 261.º e 408.º determinam que, no seio do órgão de gestão, as deliberações são tomadas por maioria. Na relação externa com terceiros, na execução daquela vontade funcional, a sociedade vincula-se com a intervenção de um apenas dos seus gestores, sem prejuízo do que os seus estatutos estipularem em diferente.

Se a maioria dos gestores (gerentes ou administradores), em vez de autonomizarem o ato deliberativo interno em relação ao ato externo de vinculação, procederem diretamente à celebração do negócio, a sociedade fica desde logo vinculada. A intervenção da maioria dos gestores na celebração do negócio supre a necessidade da prévia deliberação que se consome num ato misto de deliberação e celebração do negócio. É este, em

minha opinião, o sentido com que devem melhor ser entendidas as partes finais do n.º 1 do artigo 261.º e do n.º 1 do artigo 408.º: se a maioria dos gerentes celebrarem o negócio sem precedência da respetiva deliberação, tal ato envolve e inclui aquela deliberação.

Se tomarem primeiro, por maioria, a deliberação de praticar o ato (na esfera interna) será depois necessário proceder à sua celebração (na esfera externa). Neste ato externo de celebração do negócio, não é já necessária a participação da maioria dos gestores e basta então que um deles intervenha para representar a sociedade. É este o sentido dos artigos 260.º e 409.º.

Os estatutos podem impor que no ato externo de celebração do negócio com terceiros intervenha um certo número ou um número mínimo de gestores (usualmente dois) e, não obstante, apenas um deles tiver participado na celebração do negócio, caso em que nem por isso a sociedade deixa de ficar vinculada. A divergência entre o estipulado como mínimo de intervenção de gestores na prática do ato e o número inferior (eventualmente um) que nele tenha intervindo é uma questão da relação interna que não deve ser oposta ao terceiro, salvo quando este soubesse ou não devesse, na circunstância, desconhecer que assim é. As limitações internas à vinculação na relação externa, que é de representação, só são oponíveis a quem a conhecer ou a quem, nas circunstâncias, as devesse conhecer.

Esta é a interpretação mais razoável e mais consentânea com a tutela e segurança dos terceiros que contactam e contratam com a sociedade, com a segurança e a celeridade do tráfego.³⁷

Note-se que na relação externa, a sociedade se vincula com apenas uma única pessoa quando se trate de um trabalhador ou de um procurador, um caixeiro ou um gerente de comércio, pelo que não tem sentido que não se possa vincular com um gestor (gerente ou administrador) apenas.

Os problemas da relação interna da sociedade com os seus gestores (gerentes ou administradores) são problemas que só devem afetar a sociedade e não devem ser oponíveis a terceiros. É a própria sociedade que escolhe e designa os seus gestores, se não cumprirem satisfatoriamente as regras internas, *sibi imputet*. Se a sociedade os escolher mal, é sua a culpa *in eligendo*, se os controlar mal, é sua a culpa *in vigilando*. Não deve jamais vigorar neste âmbito o *caveat emptor*.³⁸

³⁷ Neste sentido, no fundamental, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., Reimpr., Almedina, Coimbra, págs. 681-683 e 765 e segs.

³⁸ Contra, COUTINHO DE ABREU, *Vinculação das sociedades comerciais*, em Estudos em honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão, vol II, Almedina, Coimbra, 2008, págs. 1225-1226.

RESUMO: Vigorando (supletiva ou estatutariamente) um método de representação conjunta, basta um administrador atuar para a sociedade ficar vinculada?

Palavras-chave: representação/vinculação conjunta e disjunta

ABSTRACT: When a company, as to the powers to bind it, has a joint rule in force, by default or due to clause inserted in the bylaws, is the act of only one director sufficient to bind the company?

Keywords: joint and separate powers to bind the company

J. M. COUTINHO DE ABREU*

Diálogos com a jurisprudência, IV – Vinculação de sociedades

1. O que dizem os acórdãos (a conjunção como disjunção)

(1) Ac. do STJ de 3/5/1995¹. A, sociedade anónima, devia juros a B, sociedade anónima bancária. Decorreu, entretanto, o prazo prescricional do crédito de juros. Todavia, uma carta de A, subscrita por um dos seus administradores, dirigida ao conselho de administração de B foi interpretada como documento contendo renúncia da prescrição (cfr. o art. 302.º do CCiv.). Segundo os estatutos de A, esta vinculava-se pela intervenção de dois administradores.

Apesar de a carta de renúncia da prescrição ter sido subscrita só por um administrador, entendeu o Ac. que ela vinculou a sociedade A. Por força do disposto no n.º 1 do art. 409.º do CSC («Os atos praticados pelos administradores, em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros, não obstante as limitações constantes do contrato de sociedade ou resultantes de deliberações dos acionistas, mesmo que tais limitações estejam publicadas.»). «Assim, por este preceito, os poderes representativos dos administradores das sociedades anónimas ficam imunes às restrições ou limitações que os accionistas pretendam estabelecer, logo no contrato de sociedade, quer depois por meio de deliberações». Àquela regra abre o n.º 2 do mesmo artigo uma exceção – mas abrange tão só as limitações dos poderes dos administradores resultantes da cláusula estatutária do objeto social. Por outro lado, o ato praticado pelo administrador de A estava «dentro dos poderes que a

* Professor da
Faculdade de Direito
da Universidade de
Coimbra

¹ *BMJ* 447 (1995), p. 520.

lei lhe confere», como «resulta claramente do disposto nos artigos 405.º, n.º 1, 406.º e 407.º» do CSC.

(2) Ac. da RL de 22/1/2002². *C*, sociedade por quotas, tinha três sócios, todos gerentes. Estipulavam os estatutos que, fora dos atos de mero expediente, é necessária a assinatura de dois gerentes para obrigar a sociedade. Em março de 1993, um dos gerentes aceitou, em nome da sociedade, uma letra de câmbio sacada por *D*, sociedade anónima. Subjacente à letra estava um contrato de locação financeira de um veículo automóvel celebrado entre *D* e aquele gerente de *C*, em nome desta. A letra foi apresentada a protesto por falta de pagamento em agosto de 1996. Em novembro de 1998, *D* propôs ação executiva contra *C*. Esta deduziu embargos, alegando que apenas um gerente tinha intervindo no aceite da letra.

O Ac., bastamente ilustrado com doutrina e (concordante) jurisprudência, concluiu pela vinculação de *C* relativamente ao aceite da letra. Logo com base no n.º 1 do art. 260.º do CSC, de teor idêntico ao do citado n.º 1 do art. 409.º. A tese contrária (defendida pela maioria da doutrina) vai ao arrepio, diz o Ac., da «prática comercial». «E assim importa sublinhar que a vida económica não revela suficiente interiorização de um sistema, como aquele, assente na oponibilidade perante terceiros de uma cláusula que exija a gerência conjunta. Nem está generalizado, face a negócios jurídicos celebrados com sociedades, fora dos cartórios notariais, a verificação prévia dos poderes de representação, através da apresentação de certidão do registo comercial (...). «Verifica-se, pois, uma fortíssima corrente jurisprudencial no sentido de atribuir primazia aos interesses de terceiros, remetendo para as relações internas as consequências inerentes ao eventual desrespeito das regras de representatividade constantes do pacto social (...). A aplicação daquela diferente tese geraria grande «instabilidade» no «comércio jurídico», sem consideração pela boa fé dos terceiros. Nem pode olvidar-se que, «malgrado o livre acesso aos elementos que constam do registo comercial, a vida comercial, cada vez mais é pautada pela informalidade, pela celeridade e pela simplificação (...)./Difícilmente a vida económica se compadece com as demoras que envolve uma busca aos elementos registrais ou com a permanente incerteza quanto à legitimidade dos representantes.»

Um outro fundamento apontou o Ac. para a improcedência dos embargos: o abuso de direito. *C*, «pela sua persistente inacção [tinham decorrido mais de sete anos entre o aceite da letra e a dedução dos embargos, o prazo de vigência do contrato de locação financeira havia sido largamente ultra-

² *CJ*, 2002, t.I, p. 80.

passado], pela ausência de meios de controlo e pela adulteração da autonomia jurídica que lhe foi concedida, deu azo à situação. Invocar então a insuficiência de poderes de representação é «manifestação de violação do fim social e económico do direito, nos termos do art. 334.º» do CCiv..

(3) Ac. da RP de 24/9/2009³. *E*, sociedade anónima bancária, instaurou execução para pagamento de certa quantia contra *F* e *G* (cônjuges, parece), tendo dado à execução, como título executivo, uma livrança que, no seu verso, continha o aval de *F* e *G* (assinaturas sob a expressão «dou o meu aval»). Estes opuseram-se à execução, alegando terem dado o aval a *H*, sociedade anónima, não a *I*, presidente do conselho de administração desta sociedade, que havia assinado sozinho a livrança em nome de *H*. Com efeito, estabeleciam os estatutos desta sociedade que ela se obriga «pela assinatura de dois membros do conselho de administração podendo os documentos de mero expediente ser assinados por um só administrador, ou procurador para tal autorizado». Embora, de outra banda, *H* se tenha obrigado a subscrever a favor de *E* a referida livrança em (alteração de) um contrato de abertura de crédito em conta corrente caucionada no qual *I* interveio na «qualidade de Presidente do Conselho de Administração [de *H*] com poderes para o acto».

Enfrentando a questão da «nulidade da livrança por vício de forma» que, segundo *F* e *G*, resultaria da não coincidência entre o subscritor (*I*) e a sociedade identificada como subscritora (*H*), e conduziria à nulidade dos avals [cfr. a LULL, arts. 8.º e 32.º (2), aplicáveis por força do art. 77.º (2 e 3)], o Ac. começa por dizer: «Embora não constando do título (dado à execução) a pessoa por quem o aval é dado, face à alegação dos oponentes – nesse aspecto não controvertida – e ao teor do documento que incorpora as obrigações causais da emissão cambiária (...) não sobram dúvidas que o aval foi dado à sociedade [*H*], pretensamente a subscritora da livrança. Foi por esta sociedade que aqueles (como dizem) se responsabilizaram. E é pelo subscritor que se presume dado o aval, não sendo indicado outro beneficiário» (art. 77.º da LULL). Ora, a alegada insuficiência de poderes de *I* para vincular a sociedade *H* não se analisa em vício de forma (cfr. o art. 32.º (2) da LULL) mas, a existir, em vício de fundo que determinaria a ineficácia da vinculação de *H* (mantendo-se, portanto, a obrigação dos avalistas). Todavia, adianta o Ac., nem vício de fundo existia: tendo em vista o art. 409.º, «não obstante os estatutos da subscritora estipularem que esta se obriga com a intervenção de dois administradores (e a cláusula estar registada), a assinatura numa livrança, em sua representação,

³ www.dgsi.pt – proc. 586/08.1TBOAZ–B.P1.

por um só administrador vincula-a pela respectiva obrigação cartular, não podendo esta opor a qualquer portador tal limitação estatutária».

2. Dizendo algo mais (a conjunção como conjunção)

Impressiona(-me) o grosso caudal da corrente jurisprudencial – os três acórdãos há pouco citados são uma pequena amostra – desaguando na vinculação das sociedades por quotas e anónimas pela intervenção de um só administrador, quando o traçado dos canais legais e estatutários aparece no mapa jurídico em lugares outros.⁴

2.1. Os (quase) ignorados arts. 261.º e 408.º do CSC

Estes artigos (um para as sociedades por quotas, outro para as sociedades anónimas), de teor semelhante, contêm as *normas fundamentais rela-*

⁴ Essa corrente jurisprudencial é seguida por alguns autores: RUI RANGEL, *A vinculação das sociedades anónimas*, Cosmos, Lisboa, 1998, p. 71, s., P. OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 683, s., 767, s., RITA ALBUQUERQUE, «A vinculação das sociedades anónimas e a limitação dos poderes de representação dos administradores», *OD*, 2007, p. 126, s.. Contudo, há também jurisprudência em outro sentido – p. ex., Ac. do STJ de 5/12/2006 (www.dgsi.pt – proc. 06A3870) e Ac. da RP de 16/4/2012 (www.dgsi.pt – proc. 909/10.3TTVCT.P1). E a maioria da doutrina diverge da corrente jurisprudencial dominante: RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas*, vol. III, Almedina, Coimbra, 1991, p. 191, A. SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 118, e, entre outros locais, por último em *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de J. M. Coutinho de Abreu), vol. VI, Almedina, Coimbra, 2013, p. 443-444, 470, s., J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV, Lisboa, 2000, p. 484, J. ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas – Vinculação: objecto social e representação plural*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 309, 471-472, P. TARSO DOMINGUES, «A vinculação das sociedades por quotas no Código das Sociedades Comerciais», *RFDUP*, I, 2004, p. 302, F. CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 312-313, nt. 518, J. M. COUTINHO DE ABREU, «Vinculação das sociedades comerciais», em *Estudos em honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol II, Almedina, Coimbra, 2008, p. 1225, s., ou *Curso de direito comercial*, vol. II – *Das sociedades*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011 (reimpr. 2013, 2014), p. 599, s., TIAGO ESTEVES, «Vinculação das sociedades anónimas e por quotas: notas sobre o seu regime jurídico», *RDS*, 2010, p. 393, s., JOÃO PIMENTEL/ADRIANO SQUILACCE, «Vinculação das sociedades por quotas e anónimas: a falta de intervenção dos gerentes e administradores necessários para representar a sociedade», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 25 (2010), p. 103, s., M. PUPO CORREIA, *Direito comercial – Direito da empresa*, 12.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2011, p. 257-258, nt. 401, A. PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 422, s., 486, s..

tivas aos requisitos subjetivos ou pessoais da vinculação/representação ativa das sociedades com órgão de administração plural. Todavia, não foram tidos em conta nos Acs. (1) e (2); o Ac. (3) tocou levemente no art. 408.º.

Diz o art. 261.º, 1: «Quando haja vários gerentes e salvo cláusula do contrato de sociedade que disponha de modo diverso, os respetivos poderes são exercidos conjuntamente, considerando-se (...) a sociedade vinculada pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos gerentes ou por ela ratificados.» E o art. 408.º, 1: «Os poderes de representação do conselho de administração são exercidos conjuntamente pelos administradores, ficando a sociedade vinculada pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos administradores ou por eles ratificados, ou por número menor destes fixado no contrato de sociedade.»

O CSC optou assim por consagrar, claramente, a regra (dispositiva) da representação conjunta maioritária. Pode discutir-se a bondade da opção – pese embora outras legislações avançadas tenham adotado um método (supletivo) de conjunção ainda mais exigente⁵. Mas a regra aí está. Bem contradistinguida, aliás, da regra da representação disjunta, presente também no próprio CSC: arts. 193.º (funcionamento da gerência de sociedade em nome coletivo), 261.º, 3, 408.º, 3 (representação passiva das sociedades por quotas e anónimas).

De acordo com as normas citadas dos arts. 261.º, 1, e 408.º, 1, os estatutos sociais podem, derogando a regra legal, estabelecer que a vinculação basta-se com a intervenção de administradores em número inferior à maioria: um administrador (atuando disjuntivamente), dois de quatro, três de seis ou sete, etc. (atuando conjuntamente – conjunção minoritária)⁶.

Na representação conjunta, podem os administradores cuja intervenção é exigida emitir simultaneamente as declarações (parciais) de teor idêntico (*v. g.*, todos eles assinam no mesmo local e tempo documento que enforma um contrato). Mas podem também emitir tais declarações

⁵ É o caso das leis alemãs sobre sociedades por quotas (*GmbHG*, § 35(2)) e anónimas (*AktG*, § 78 (2)). O *Code de Commerce* francês (Art. L. 223-18 (7)) impôs para as sociedades por quotas o método de representação disjunta. A *Ley de Sociedades de Capital* espanhola (art. 233) prevê métodos diferenciados.

⁶ Sobre estas e outras possibilidades estatutárias, *v. COUTINHO DE ABREU, Curso ...*, p. 590, s.. As sociedades anónimas *A* (Ac. (1)) e *H* (Ac. (3)) vinculavam-se, segundo regra estatutária, com dois administradores. Não se vê nos acórdãos qual o número de membros dos conselhos de administração respetivos. Ao tempo, tinham de ter pelo menos três membros. Se tivessem apenas três, as cláusulas estatutárias repetiam a regra legal; se tivessem cinco ou mais, os estatutos teriam estabelecido conjunção minoritária. Por sua vez, os estatutos da sociedade por quotas *C* (Ac. (2)) repetiam, salvo para atos de mero expediente, a regra legal dispositiva (coisa frequente, aliás).

(separada e) sucessivamente (*v.g.*, o documento foi assinado ontem por um administrador e hoje pelo outro administrador – a partir de hoje ficando a sociedade vinculada).

Se intervier apenas um administrador, ou mais do que um mas em número insuficiente, contra o disposto no estatuto ou (se ele nada disser a respeito) na lei, *a sociedade não fica, em princípio, vinculada* – o n.º 1 dos arts. 261.º e 408.º começa por impor a conjunção em medida legal ou estatutária.

Digo «em princípio», porque estas mesmas normas admitem a vinculação quando a insuficiência da intervenção de administradores seja suprida pela *ratificação por número de administradores que teria sido suficiente para vincular a sociedade*⁷.

Outra hipótese (não prevista nessas normas) de superação da falta de intervenção conjunta: o administrador atua sozinho em nome da sociedade na prática de certo ou certos atos porque para tanto é autorizado por deliberação da administração ou por declaração conjunta de administradores em número suficiente para vincular a sociedade – o administrador atua então, parece, como procurador da sociedade (cfr. os arts. 252.º, 6, 391.º, 7).⁸

2.2. Os arts. 261.º e 408.º em confronto com os arts. 260.º e 409.º

Os acórdãos em análise centram-se no disposto nos arts. 260.º, 1, e 409.º, 1, que *prevaleceria* sobre o disposto nos arts. 261.º, 1, e 408.º, 1. Dizem aqueles dois preceitos (com pequenas e não significativas diferenças vocabulares): «Os atos praticados pelos gerentes [ou «administradores»], em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros, não obstante as limitações constantes do contrato social [ou «de sociedade»] (...)».

No raciocínio dos acórdãos, todo o administrador teria poderes (legais) para vincular a sociedade; e as disposições estatutárias impondo a intervenção de mais do que um administrador seriam «limitações» do contrato de sociedade inoponíveis a terceiros.

⁷ V. SOVERAL MARTINS, em *Código ...*, p. 447. Sobre o procedimento e a forma da ratificação, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso ...*, p. 602, s.. No caso do Ac. (2), não haveria elementos para considerar ter havido ratificação tácita?...

⁸ Teria sido assim no caso do Ac. (3)? O administrador interveio no contrato de abertura de crédito «com poderes para o acto», e o contrato estipulava a subscrição de uma livrança...

Ora, a referência aos «gerentes» e «administradores» nos arts. 260.º, 1, e 409.º, 1, é feita *em abstracto*. Estes preceitos *não dizem que basta a intervenção de um administrador. Nem dizem qual o número dos administradores intervenientes exigido. Isso é dito em outras normas*: arts. 261.º e 408.º.

E se, por força destas normas ou de cláusulas estatutárias, os poderes de representação têm de ser exercidos *conjuntamente* por dois ou mais administradores, *atua sem poderes o administrador que atua sozinho* (não «dentro dos poderes que a lei lhe confere»).

Por outro lado, *não são «limitações constantes do contrato social»* (ou «contrato de sociedade», ou estatuto social) *aos poderes dos administradores* as prescrições estatutárias segundo as quais a sociedade fica vinculada pelos negócios concluídos pela maioria dos administradores ou por número plural inferior. No primeiro caso, a cláusula estatutária *repete a regra legal dispositiva* (arts. 261.º, 1, 408.º, 1) – os administradores ficam (pelos estatutos) *com os mesmos poderes que a lei lhes confere*. No segundo caso, os administradores ficam *com poderes mais extensos do que os conferidos por lei* – eles ficam com poder de vinculação que, segundo a regra legal, não tinham (pela regra, a intervenção de outros administradores era necessária).⁹⁻¹⁰

2.3. Interesses em presença

Para sustentar a representação disjunta (contra, como vimos, a conjugação legal e estatutária), o Ac. (2), em especial, argumenta com a primazia dos interesses dos terceiros de boa fé, as exigências de dinamismo e certeza da vida económica e as práticas comerciais.¹¹

⁹ Mesmo que se admita que os arts. 260.º, 1, e 409.º, 1, são aplicáveis não só às limitações estatutárias objetivas (referidas à natureza e extensão dos atos praticáveis pelos administradores) mas também, em geral, às limitações estatutárias subjetivas ou pessoais, isso não prejudica – tendo em vista também os preceitos pertinentes da 1.ª Diretiva sobre sociedades – o carácter específico e especial das normas dos arts. 261.º e 408.º e, portanto, a necessária observância do método da conjugação legal e estatutária. V. com perspetivas diferenciadas acerca do quadro problemático, SOVERAL MARTINS, *Os poderes ...*, p. 71, s., *Código...*, p. 472, s., CASSIANO DOS SANTOS, *ob. cit.*, p. 311, s., COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, p. 590-591, 593.

¹⁰ Sobre limitações estatutárias relevantes para efeitos da aplicação do n.º 1 dos arts. 260.º e 409.º v. últ. *ob. cit.*, p. 608, s.

¹¹ Um acórdão da RL, citado (e revogado) no Ac. do STJ de 5/12/2006 atrás assinalado (nt. 4), chegou a dizer que a não aceitação da representação por um só gerente «faria incorrer a economia num caos, pois mal se compreenderia que para se concluir qualquer contrato as partes tivessem de recorrer a miúdo [sic] à Conservatória do Registo Comercial para saber quem eram os gerentes (...)».

Pode dizer-se que o método de representação *disjunta favorece a rapidez da vinculação societária e facilita a vida dos terceiros* (basta-lhes averiguar se determinado sujeito é administrador da sociedade). Não se exagere, porém. *Os terceiros não ficam desonerados* de comprovar a identidade e a qualidade de administrador do sujeito que se lhes apresente como tal. Um terceiro que assim se certifica, recorrendo designadamente ao registo comercial, em relação ao administrador X, facilmente pode ao mesmo tempo certificar-se em relação a Y ou a Z e à necessidade de estes (ou algum deles) intervirem.

Por sua vez os métodos da *conjunção promovem maior ponderação e controlo recíproco dos administradores*: dois ou mais pensam e decidem (por norma) melhor do que um só; nenhum administrador fica livre para, sozinho, fazer o que bem entenda (incluindo atos de oportunismo pessoal e deslealdade societária)¹². *A primazia vai aqui para os interesses da sociedade*.

O legislador português optou pela *conjunção*. Opção razoável. Tanto mais quanto é certo que a lei permite que os estatutos sociais estipulem a *conjunção* minoritária e até a *disjunção*.

O que não se deve é fazer de conta que em Portugal a *conjunção* é *disjunção*, *alimentando o laxismo e a falta de rigor* lusitanos na «vida económica» e nas «práticas comerciais».

O *registo comercial* publicita certos factos respeitantes a determinados sujeitos, tendo em vista a segurança do tráfico ou comércio jurídico (cfr. o art. 1.º do CRCCom.). Não é sua função, pois, complicar, retardar e provocar incertezas, antes *informar e proporcionar certeza e segurança*. A designação e a cessação de funções dos administradores estão sujeitas a registo obrigatório e a publicação em sítio na Internet de acesso público (CRCCom., arts. 3.º, 1, m), 15.º, 1, 70.º, 1, a), 2); o extrato da matrícula das sociedades comerciais deve conter «a forma de obrigar, os titulares dos órgãos sociais e a duração dos respetivos mandatos» (RRCom., aprovado pela Portaria 657-A/2006, de 29 de junho, art. 8.º, 1, d)); *qualquer pessoa pode pedir certidões e informações relativas aos atos de registo* (CRCCom., arts. 73.º, s.), *inclusive a «certidão permanente»* (arts. 14.º, s. da Portaria 1416-A/2006, de 19 de dezembro). Não é, portanto, tarefa espinhosa para os terceiros, repita-se, saber quem pode vincular a sociedade. *O cuidado e esforço exigidos a um terceiro que pretenda confirmar a qualidade de administrador da pessoa que o contacta invocando representar uma sociedade são praticamente os mesmos cuidado e esforço exigidos para se saber por quem fica a sociedade vinculada*. Por

¹² Não significa isto, claro, que a *conjunção* impede atos destes ...

força dos arts. 261.º, 1, e 408.º, 1, o terceiro só tem de «verificar quantos administradores têm que intervir e saber contar»¹³.

Sublinhe-se ainda que, quando vigora a conjunção, é a lei que impede a vinculação da sociedade por negócios concluídos por um só administrador (arts. 261.º, 1, 408.º, 1); logo, *a boa fé ou «a confiança de terceiros não pode ser invocada, porque não há confiança legítima contra o que dispõe a lei»*¹⁴.

E anote-se: na grande maioria dos negócios, as sociedades não são representadas/vinculadas por administradores, mas por representantes voluntários (mormente trabalhadores subordinados).¹⁵ Quando negociamos no supermercado, no banco, na bilheteira da transportadora, etc., etc. (quase) nunca temos do outro lado administradores das sociedades respetivas...

2.4. Atos de mero expediente

É muito frequente depararmos – tal como nos Acs. (2) e (3) – com cláusulas estatutárias que, depois de fixarem uma regra de representação conjunta, a excecionam para atos «de mero expediente» (*u.g.*: «a sociedade obriga-se pela assinatura de dois administradores, bastando a de um só para atos de mero expediente»).

Não é fácil delimitar os atos de mero expediente. Venho dizendo que serão *atos de pequeno relevo económico para a sociedade e/ou rotineiros praticáveis com reduzida margem de liberdade ou discricionarieidade administrativo-representativa* (por isso acordando os sócios nos estatutos não ser exigível atuação conjunta propiciadora de maior ponderação e de controlo mútuo)¹⁶. Por exemplo, a emissão de faturas/recibos ou de notas de remessa, o depósito de dinheiro da sociedade em bancos, pagamento de salários, distribuição de tarefas pelos trabalhadores da categoria correspondente...

Ora, *quando um só administrador pratica atos de mero expediente, a sociedade fica vinculada*. Ela não pode opor a terceiros a regra estatutária da atuação conjunta. A cláusula dos estatutos que permite a qualquer administrador (método disjuncto) a prática de atos de mero expediente não é, neste ponto, limitadora dos poderes de vinculação dos administradores.

¹³ SOVERAL MARTINS, em *Código ...*, p. 474.

¹⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob. cit.*, p. 477 (grifei).

¹⁵ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, p. 615, s..

¹⁶ *Curso...*, p. 594.

Mas que sucede *quando um só administrador pratica atos que não são de mero expediente*? Ficarà a sociedade vinculada? Parece que *sim*¹⁷. Uma cláusula estatutária que atribui a cada administrador poderes de representação para atos especiais ou categorias de atos não é cláusula «referente ao poder geral de representação» (v. o art. 9.º, 3, da 1.ª Diretiva¹⁸). E porque *limita (objetivamente) os poderes de representação de cada um desses administradores*, ela é inoponível aos terceiros (art. 9.º, 2 e 3, da Diretiva¹⁹, arts. 260.º, 1, 409.º, 1, do CSC); tem *eficácia simplesmente interna*.

Eis, pois, um exemplo de como a rotina(-cópia) na feitura dos estatutos sociais pode originar cláusulas inadvertidamente «perigosas» para as sociedades...

2.5. Não vinculação e abuso de direito

Vigorando (supletiva ou estatutariamente) a conjunção, não basta, repise-se, um administrador atuar em nome da sociedade para ela ficar vinculada.

Todavia, pode dar-se o caso de *a invocação, pela sociedade, da ineficácia do ato praticado pelo administrador ser abusiva* – assim sucedeu no caso do Ac. (2). Em especial, pode verificar-se o *venire contra factum proprium*. Se a sociedade, apesar de apenas um administrador ter atuado, tiver agido ativa ou passivamente, antes ou depois daquela atuação, de modo a criar no terceiro de boa fé a confiança de que ela não invocaria a não vinculação ou ineficácia do ato, deve o tribunal *recusar à sociedade o exercício do direito de invocar tal ineficácia*.

Não se confundam os campos, porém. Uma coisa é saber se a sociedade fica vinculada pela atuação de um só administrador, outra é saber se a sociedade – não vinculada – tem legitimidade para invocar a não vinculação.

2.6. Subscrição de letras e livranças por um administrador (sem poderes)²⁰

Se um administrador subscreve uma letra ou uma livrança em nome da sociedade, mas sem poderes para a vincular por infração ao método

¹⁷ Assim também RICARDO CANDEIAS, «Os gerentes e os actos de mero expediente», ROA, 2000, p. 280, e SOVERAL MARTINS, em *Código ...*, p. 475-476.

¹⁸ V. agora, nos mesmos termos, o art. 10.º, 3, da Diretiva 2009/101/CE.

¹⁹ V. agora, nos mesmos termos, o art. 10.º, 2 e 3, da Diretiva 2009/101/CE.

²⁰ Nota final sugerida pelos Acs. (2) e (3).

de representação conjunta nela vigente, *a sociedade não fica obrigada cambiariamente.*

Mas fica obrigado o administrador. É o que resulta dos arts. 8.º e 77.º da LULL.²¹

A subscrição-emissão de livrança pelo administrador (sem poderes para vincular a sociedade) *não torna nula por vício de forma a obrigação (nem sequer existente) da sociedade de modo a invalidar a obrigação do avalista que pretendeu garantir a sociedade* enquanto emitente da livrança (cfr. os arts. 32.º (2) e 77.º da LULL)²². «Se o aval não indicar a pessoa por quem é dado, entender-se-á ser pelo subscritor da livrança» (art. 77.º (3)); por conseguinte, o avalista deu afinal o aval pelo administrador e, se pagar a livrança, fica sub-rogado nos direitos emergentes da livrança contra este (arts. 32.º (3) e 77.º).

²¹ V. tb. o art. 11.º da LUCH.

²² Sobre os vícios de forma para efeitos do art. 32.º (2), v. CAROLINA CUNHA, *Letras e livranças: paradigmas actuais e compreensão de um regime*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 114, s..

RESUMO: Este texto procura expor as origens das regras portuguesas sobre redução do capital social «para libertação de excesso», discutir algumas dúvidas por elas levantadas e apreciá-las do ponto de vista da política legislativa.

Palavras-chave: capital social; redução do capital social.

ABSTRACT: This text aims at displaying the origins of the Portuguese rules on reduction of companies capital, discussing some of the queries they raise and evaluating them from a policy point of view.

Keywords: companies capital; reduction of capital for distribution to shareholders.

RUI PINTO DUARTE*

A redução de capital social «para libertação de excesso»**

Na literatura jurídica (portuguesa e dos países europeus continentais que mais nos influenciam, mormente da Alemanha), são vulgares as afirmações de que a redução de capital social «para libertação de excesso» ocorre raramente¹. No entanto, em diferentes momentos da vida, fui confrontado com algumas de tais operações. Creio, por isso, que a figura tem interesse prático. Acresce que a visitação do tema será sempre um exercício útil, nomeadamente por implicar refletir sobre o papel do capital social. Nas páginas que se seguem procuro mostrar como chegámos às regras vigentes, responder a algumas das dúvidas que elas levantam e apresentar sugestões para o seu melhoramento.

* Advogado

** Agradeço aos membros da Redação da DSR, em especial a Paulo de Tarso Domingues, as notas que fizeram a uma versão anterior deste texto. Agradeço a André Figueiredo a discussão que, há anos, fizemos de algumas das questões que aqui retomo.

¹ V., por exemplo, RAÚL VENTURA, «Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades», in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 2, 1980, p. 102, PHILIPPE MERLE, *Droit Commercial Sociétés Commerciales*, 4.ª ed., Dalloz, 1994, pp. 546 e 547, FRIEDRICH KÜBLER, *Derecho de Sociedades*, Fundación Cultural del Notariado, 2001 (trad. da 5.ª ed., do original alemão, de 1998), p. 371, THOMAS RAISER e RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften – Recht der Kapitalgesellschaften*, 4.ª ed., Vahlen, 2006, p. 333, KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., Carl Heymanns, 2002, p. 906, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (herausgegeben von MICHAEL HOFFMANN-BECKING)*, vol. 4, *Aktiengesellschaft* (anotação de GERD KRIEGER), C. H. Beck, 1999, pp. 812 e 829 (a contrario).

1. A evolução até ao CSC

1.1. Evolução legislativa

Na lei sobre sociedades anónimas de 22 de junho de 1867 havia apenas uma referência à redução de capital², em que o último vocábulo era, provavelmente, usado apenas no sentido de «capital próprio». Ainda que de outro modo se devesse entender a referência, nunca se poderia dizer que o legislador tinha tido em vista a redução de capital social «para libertação de excesso».

Terá sido, pois, o Código Comercial de 1888 que (talvez sob influência do código de comércio italiano de 1882, mais precisamente dos seus artigos 100 a 102), primeiro regulou a redução de capital social, no seu art. 116, que, em síntese, estabelecia que todas as modificações de estatutos (com referência expressa à redução de capital) tinham de se efetuar pela forma prescrita para a constituição do tipo de sociedade em causa e que a fusão, a prorrogação e a redução de capital social só podiam ser objeto de formalização depois de serem registadas provisoriamente, publicadas e de não ter havido oposição às mesmas ou de a oposição ter sido julgada improcedente. O controlo judicial da redução do capital social dependia, assim, de iniciativa dos interessados, cujo círculo não era, porém, definido³.

Tal regulação foi completada pelo Código do Processo Comercial de 1895 que, no seu art. 103, estabeleceu a tramitação da oposição à redução do capital social, definindo, além do mais, que os titulares do direito em causa eram os sócios e os credores.

A regulação do Código do Processo Comercial de 1895 manteve-se no art. 103 da versão do mesmo código de 1896, com o acrescentamento de um parágrafo a estabelecer que «A redução de capital não poderá efetuar-

² No seu art. 42, que tinha o seguinte teor: «Logo que as perdas da sociedade montem a metade do capital social, os administradores são obrigados a convocar uma assembleia geral de todos os acionistas, para deliberar sobre a conveniência da continuação da sociedade *com o capital assim reduzido* ou com o capital aumentado por novas subscrições. § único – Se a perda for de três quartos do capital, para que a dissolução tenha lugar é suficiente que a deliberação da assembleia geral seja tomada pela quarta parte dos votos nela apresentados.» (itálico meu).

³ Embora o projeto de Veiga Beirão afirmasse «Fixaram-se regras especiaes para a dissolução, fusão, prorrogação, redução do capital social, acautelando-se, muito particularmente, os direitos dos credores e interessados nos últimos tres casos, permitindo-lhes a opposição a esses actos» (*Codigo Commercial Projecto Apresentado à Camara dos Senhores Deputados em Sessão de 17 de Maio de 1887*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1887, pp. 28 e 29).

-se, salvo acordo expresso de todos os credores, sem que pelo balanço da sociedade se mostre que o capital efetivo restante excede em dois terços a importância das dívidas e obrigações da sociedade»⁴ (além de um outro parágrafo sobre a execução do anterior e de pequenas alterações de redação, no corpo do artigo e nos demais parágrafos). Embora a doutrina da época não seja clara, creio que tal acrescentamento não passou a fazer subordinar todas as reduções de capital ao nele previsto, mas apenas a fazer depender de uma de tais condições as decisões judiciais desfavoráveis às oposições.

Nas regras que estabeleceu sobre a alteração de pacto social, a lei das sociedades por quotas de 11 de abril de 1901, no seu art. 41, abrangeu expressamente a redução do capital social. Tais regras respeitavam ao modo e ao prazo de convocação das assembleias gerais, à forma das respectivas atas e ao direito dos discordantes da prorrogação, fusão, aumento, reintegração ou redução da capital social se apartarem da sociedade. Outra (§ 4.º) mandava observar o parágrafo único do art. 116 do Código Comercial e o art. 103 do Código de Processo Comercial, parecendo, no entanto, a remissão referir-se apenas aos casos de redução de capital para reembolso de sócios dissidentes. Em sentido contrário, uma outra norma (o § 5.º) estabelecia que «o direito do reembolso não tira ao sócio, que tenha declarado a intenção de se apartar da sociedade, no caso em que se torne efetiva a deliberação da assembleia, o direito de se opor judicialmente e nos termos gerais, a qualquer forma de redução do capital».

O Código de Processo Comercial de 1905 manteve o que vinha do código de 1896, tendo aquilo que antes constava do art. 103 passado a constar do art. 112.

O Código de Processo Civil de 1939 alterou profundamente a regulação substantiva da matéria, pois veio fazer depender de decisão judicial qualquer publicação da deliberação de redução de capital social – abrindo-se os direitos de oposição, de sócios e de credores, apenas com essa publicação.

O Código de Processo Civil de 1961 manteve o essencial da regulação do Código de 1939, o mesmo se passando na sua versão de 1967.

Podemos, pois, dizer que desde que a lei portuguesa começou a regular a figura e até ao CSC a alteração mais significativa no regime da mesma foi a resultante do CPC de 1939⁵.

⁴ § 5.º do art. 112.

⁵ Curiosamente no anteprojeto da parte relevante do CPC de 1967, HENRIQUE DIAS FREIRE notava que «A exigência de mostrar “que o capital efectivo restante excede em dois terços a importância do passivo da sociedade” não está estabelecida na lei substantiva comercial

1.2. A doutrina

Entre as abordagens marcantes dos autores mais antigos estarão as do Visconde de Carnaxide⁶, de Luiz da Cunha Gonçalves e (em data menos antiga) de A. Sebastião Gonçalves (sendo de notar que este Autor não era jurista) – todas elas ainda hoje merecedoras de atenção⁷.

Do Visconde de Carnaxide vale a pena citar (não apenas pelo seu significado mas também *como forma de homenagear o centenário da obra que ocorreu silenciosamente o ano passado*) o seguinte longo trecho:

«Quanto á diminuição do capital por tres maneiras se póde ella realizar: 1.^a pela retirada de uma parte do fundo social existente para reembolso dos accionistas; 2.^a pela renuncia da sociedade ao recebimento de prestações em divida pela subscrição de acções; e 3.^a pela perda ou depreciação de valores do activo.

É frequente até em autores de acurada dicção, dar-se a denominação comum de *redução de capital* ao resultado produzido por qualquer dos tres factos, quando com respeito ao terceiro, até para importantes effeitos práticos, é necessário reconhecer-lhe a impropriedade.

Pelos dois primeiros meios, ou seja por se devolverem aos accionistas valores provindos das suas entradas, ou por deixar de se lhes exigir o complemento

onde teria o seu melhor assento», mas não referia que a própria necessidade de decisão judicial não constava da lei substantiva (*Exercícios de Direitos Sociais. Do Tribunal Arbitral*, separata do BMJ 138, julho 1964, p. 14).

⁶ Creio que a referência a este Autor recomenda uma brevíssima nota biográfica. O seu nome de batismo foi António Baptista de Sousa. Nasceu em 1847 e faleceu em 1935. Recebeu o título com que passou a assinar as suas obras em 1898. Entre os seus escritos – jurídicos e não só -, merecem destaque o que citarei e o *Tratado da Propriedade Literária e Artística* (Porto, Renascença Portuguesa, 1918). Foi diretor da revista *O Direito*, entre 1914 e a data da sua morte.

⁷ Nessa literatura mais antiga, várias outras abordagens houve, nomeadamente as de José TAVARES e de SANTOS LOURENÇO. O primeiro referiu-se à matéria na segunda das dissertações que reuniu no livro *Das Sociedades Commerciaes Tractado Theorico e Pratico*, Coimbra, França Amado – Editor, 1899 e 1903, vol. II, pp. 180 e ss., e, posteriormente, no seu livro *Sociedades e Empresas Comerciais*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1924 (pp. 490 e 491), que incorporou aquelas dissertações e as fundiu com partes da sua outra dissertação intitulada *Das Empresas no Direito Commercial (Estudo sobre o Artigo 230.º do Código Commercial Portuguez)* – Coimbra, Typographia França Amado, 1898. As referências de José Tavares são sobretudo dirigidas a questões processuais comuns à oposição à fusão, à prorrogação e à redução de capital social e, por isso, hoje pouco interessantes. Santos Lourenço tratou o tema numa das suas notas ao art. 41 da lei das sociedades por quotas de 11 de abril de 1901 [*Das Sociedades por Cotas, s/d* (1926?), vol. II, pp. 127 ss.], centrando-se no direito ao reembolso que a mesma assegurava aos sócios discordantes.

d'ellas, como se haviam obrigado a fazer, o capital declarado no titulo constitutivo, e cuja intangibilidade em favor dos credores é principio basillar em sociedades de responsabilidade limitada, é effectivamente reduzido.

As prestações em divida valores sociaes são como creditos da sociedade, que a mesma lei considera caução das operações realizadas (cod. com., 162.º § 1.º).

Constando o activo ou capital da sociedade de todos os seus haveres, em que se incluem como bens mobiliarios os seus direitos ao recebimento das prestações devidas, a assemblêa geral extraordinária, que autorizasse qualquer d'aquelles dois meios, reduziria verdadeiramente o capital e por facto seu proprio, se isso lhe fosse permitido, em detrimento dos credores.

Por isso a lei (art. 116.º § único do cod. com.) não deixa levar a efeito a redução senão com consentimento dos credores ou por falta de procedencia da sua opposição, se do balanço se mostrar, que o capital efectivo restante excede em dois terços a importancia das dividas e obrigações da sociedade (cod. do proc. com., art 112.º § 5.º)

Mas o terceiro dos indicados meios consiste apenas, depois de perdas sofridas ou de depreciações de valores, na declaração honesta de ter diminuido o capital. Tudo que a sociedade tinha, e que não desapareceu por acto que lhe seja imputavel, quanto ella conserva, nada reduzindo por facto seu do capital que possuia para pagamento das suas dividas.

Rectificando as estimações do inventario reduz estas, conservando as cousas, ao seu justo valor.

Nenhuma offensa d'aqui provém para os interesses dos credores, e antes ficam lealmente advertidos da diminuição da solvência da sociedade.»⁸

De Luiz da Cunha Gonçalves as palavras mais relevantes serão as seguintes:

«O valor nominal e o número de acções emitidas pode ser alterado tambem quando a sociedade delibere a redução do capital. Esta redução pode mostrar-se útil e até necessaria, seja em consequencia de perdas, seja quando a prosperidade da sociedade é muito inferior á esperada. A redução do capital é também praticada quando a sociedade necessita de dinheiro e os accionistas não querem pagar o resto do valor nominal das suas acções. Reduz-se o capital ao valor das entradas já effectuadas e faz-se nova emissão de acções ordinarias, cuja colocação se confia a um sindicato financeiro, a fim de se atrair ou engodar novos accionistas.

⁸ *Sociedades Anonymas Estudo Theorico e Practico de Direito Interno e Comparado*, Coimbra, F. França Amado Editor, 1913, pp. 216 e 217.

Os processos principais da redução do capital nominal ao real são: *a)* a redução do valor nominal de cada acção; *b)* a redução proporcional do número das acções. Qualquer destes processos não prejudica a repartição dos dividendos, porque os lucros continuarão a ser pagos na mesma proporção.

A redução do valor nominal é empregada em ambos os casos acima apontados. Se ela é motivada pelas perdas sociais, reduz-se o valor nominal ao real; se é devida à pouca prosperidade dos negócios, ou se restitue ao accionista o que este pagou a mais, ou fica êle liberto de pagar as faturas chamadas.»⁹

De A. Sebastião Gonçalves seleciono as seguintes passagens:

«Pode suceder que o capital disponível não justifique tão grande desembolso por parte dos accionistas, sendo ele exagerado para as aplicações a que a empresa se dedica; há, pois, que harmonizá-lo com essas aplicações, reduzindo-o.

(...)

Da redução do capital podem resultar feridos os interesses dos credores da sociedade se se trata da diminuição efectiva dos valores activos, pelo que devem os credores ser chamados para impugnar, querendo, essa redução do capital; daí as formalidades que devem rodear o acto de redução de capital. Daí a disposição do art. 116.º do Cod. Com. que obriga a escritura pública, só podendo lavrar-se o título depois de a redução do capital ser registada provisoriamente e publicada a respectiva deliberação, e de não ter havido opposição ou ter esta sido julgada improcedente.

(...)

Quatro razões podem levar à redução do capital:

- 1) Excesso de capital disponível com ar permanente;
- 2) Renúncia da sociedade ao recebimento das prestações de capital subscrito, o que pode ser um motivo originado pelo anterior;
- 3) Depreciação dos valores activos existentes ou desaparecimento de parte do património da sociedade;
- 4) Equiparação das condições actuais das acções existentes e das acções a emitir.

E os modos de efectuar a redução do capital nominal são dois:

- 1) Redução do número de acções;
- 2) Redução do valor nominal das acções.»¹⁰

⁹ *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. I, 1914, p. 404.

¹⁰ *O Capital das Sociedades Anónimas, Posição dos Accionistas do Ponto de Vista Económico*, 2.ª ed., Lisboa, 1954, pp. 239 e 240 (a 1.ª edição datou de 1953, tendo havido 3.ª edição de 1961).

Na literatura mais próxima do CSC, destaco A. Ferrer Correia e J. Pinto Furtado, nomeadamente por enfatizarem que a deliberação de redução de capital não se podia tornar efetiva sem o prévio recurso a tribunal¹¹, e Raúl Ventura que, no já citado estudo *Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades*, expôs com clareza e pormenor o regime então vigente, referindo, além do mais, a necessidade da intervenção do tribunal em todos os casos de redução, e sublinhando não haver «distinção alguma conforme a finalidade da redução»¹². Recordo ainda Assis Tavares (Autor não jurista), que também procedeu a uma exposição do regime vigente à época, ainda que sem dar lugar central à distinção entre a redução «para libertação de excesso» e a redução para cobertura de prejuízos¹³.

2. A Segunda Diretiva

Quando Raúl Ventura foi encarregado de preparar o anteprojeto do CSC já vigorava a segunda diretiva comunitária de coordenação em matéria de sociedades (Diretiva 77/91/CEE, de 13 de dezembro de 1976), «tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58.º 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» (itálico meu).

As principais regras dessa diretiva eram (como continuam a ser atualmente na chamada nova segunda diretiva¹⁴), no que toca à redução de capital, as seguintes:

- As deliberações sobre a matéria deviam ser tomadas «por uma maioria não inferior a dois terços dos votos correspondentes quer aos títulos representados, quer ao capital subscrito representado», podendo todavia os Estados-Membros estabelecer a suficiência de maioria sim-

¹¹ V., do primeiro, *Lições de Direito Comercial*, vol. II, *Sociedades Comerciais, Doutrina Geral*, Universidade de Coimbra, 1968 (policopiado), p. 233, e, do segundo, *Código Comercial Anotado*, vol. II, *Das Sociedades em Especial*, tomo I, Almedina, 1979, p. 189.

¹² Cit., p. 96.

¹³ *As Sociedades Anónimas*, 2.ª ed., 1972, vol. I, pp. 126 e ss. (na 1.ª ed., de 1969, pp. 101 e ss.).

¹⁴ A Diretiva 2012/30/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012.

- ples dos votos quando estivesse representado, pelo menos, metade do capital subscrito (art. 40, a que corresponde o art. 44 da nova segunda diretiva);
- As deliberações em causa deviam ser objeto de publicidade (art. 30, a que corresponde o art. 34 da nova segunda diretiva);
 - Os titulares de créditos constituídos antes da publicação das deliberações, mas ainda não vencidos nesse momento, tinham, pelo menos, o direito de obter uma garantia para os mesmos, salvo se já dispusessem de garantias adequadas ou se, tendo em conta o património da sociedade, nenhuma garantia se mostrasse necessárias (art. 32, n.º 1, a que corresponde o art. 36, n.º 1, primeira parte, da nova segunda diretiva¹⁵);
 - Nenhum pagamento podia ser feito aos acionistas enquanto os credores não tivessem «obtido satisfação» ou um tribunal não tivesse decidido que o seu pedido não procedia (art. 32, n.º 2, a que corresponde o art. 36, n.º 2, da nova segunda diretiva);
 - Os Estados-Membros podiam não aplicar as últimas duas regras às reduções de capital destinadas a compensar perdas sofridas ou a incorporar valores numa reserva, desde que, no segundo caso, o montante dessa reserva não ultrapassasse 10% do novo capital social (art. 33, n.º 1, a que corresponde o art. 37, n.º 1, da nova segunda diretiva)¹⁶;

¹⁵ A Diretiva 2006/68/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de setembro de 2006 introduziu uma segunda parte no art. 32, n.º 1, da segunda diretiva com o seguinte teor: «Os Estados-Membros estabelecem as condições do exercício do direito disposto no primeiro parágrafo. De qualquer modo, os Estados-Membros devem assegurar que os credores podem requerer junto da autoridade administrativa ou judicial competente a obtenção de garantias adequadas, desde que possam provar, de maneira credível, que a redução do capital subscrito compromete a satisfação dos seus créditos e que a sociedade não lhes forneceu garantias adequadas». Essa alteração surge na segunda parte do art. 36, n.º 1, da nova segunda diretiva.

¹⁶ A diretiva seguia (e segue) o essencial da orientação da lei alemã das sociedades por ações, que, na primeira das subsecções que dedica à redução de capital (intitulada «redução ordinária»), estatui (no § 225) que os credores (comuns) cujos créditos sejam anteriores à publicitação do registo da deliberação e que não possam exigir a satisfação dos seus créditos têm o direito de (no prazo de 6 meses a contar da publicitação) requerer a constituição de uma garantia, mas que, na segunda das subsecções (intitulada «redução simplificada») que dedica à matéria, na qual regula as reduções que tenham por fim compensar perdas ou atribuir valores a reservas, manda (no § 229) aplicar a estas várias das disposições constantes da primeira subsecção sem referir a que consagra o direito dos credores a requerer a constituição de uma garantia (isto é, § 225).

- A utilização da reserva referida no parágrafo anterior era fortemente restringida (art. 33, n.º 1, a que corresponde o art. 37, n.º 1, da nova segunda diretiva)¹⁷;
- A redução de capital não podia acarretar infração ao montante mínimo do capital social fixado em cada Estado-membro para o tipo societário em causa, podendo, no entanto, os Estados-Membros autorizar uma redução abaixo de tal mínimo no caso de preverem igualmente que a redução só produziria efeitos quando o capital social fosse aumentado para um montante igual ou superior ao mesmo mínimo (art. 34, a que corresponde o art. 38 da nova segunda diretiva).

A segunda diretiva não previa, pois (como continua a não prever), o controlo prévio necessário, por uma entidade pública (judicial ou administrativa) da redução de capital «para libertação de excesso», fazendo depender a proteção dos credores de iniciativa sua consistente no pedido de garantias para os seus créditos, eventualmente originadora de processo judicial destinado a decidir sobre a procedência desse pedido. Não parecia (como não parece), porém, vedar aos Estados-Membros a instituição de regras mais protetoras dos credores¹⁸.

3. A preparação do CSC

Foi, pois, tendo em conta esse enquadramento eurocomunitário que Raúl Ventura elaborou o seu anteprojecto, consubstanciado no estudo atrás citado.

Após examinar minuciosamente as regras comunitárias e de trazer à discussão os regimes de vários dos Estados-Membros, Raúl Ventura propôs um conjunto extenso de regras, que abrangiam também os aspetos processuais. De tais regras há a sublinhar em primeiro lugar, para os propósitos deste texto, a que, em geral, submetia a «escritura de redução de capital» a autorização judicial e a que excepcionava da necessidade dessa autorização a redução «causada unicamente por perdas sofridas pela sociedade»¹⁹. Para justificar esta, escreveu Raúl Ventura: «Não vejo motivo para que o

¹⁷ Adiante, no n.º 6, referir-me-ei a essas restrições.

¹⁸ Como resulta das palavras «pelo menos» que antecedem as palavras «o direito de obter uma garantia», constantes do n.º 1 do art. 32 da versão original da diretiva e do n.º 1 do art. 36 da sua versão atual.

¹⁹ *Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades*, cit., pp. 148 e ss.

legislador português não siga o exemplo das principais legislações europeias e não dispense ou alivie a protecção dos credores sociais nesse caso. Não só julgo dispensável a fase judicial obrigatória (sem prejuízo de os credores poderem impugnar, em termos simplificados, a deliberação se ela não corresponder à finalidade declarada ou de qualquer modo contrariar esta), o que corresponde a uma efectiva diferença de processo, maior do que no sistema alemão, nem a protecção dos credores pode consistir na obtenção de garantias, pois a operação, em si, não altera a consistência do património da sociedade»²⁰.

Certamente por prever a necessidade de autorização judicial para a redução de capital destinada à «libertação de excesso», Raúl Ventura não propôs a aplicação a esse caso das regras da segunda diretiva (que autorizava os Estados-Membros a não aplicar «às reduções de capital destinadas a compensar perdas sofridas ou a incorporar valores numa reserva») sobre o direito dos titulares de créditos constituídos antes da publicação das deliberações, mas ainda não vencidos nesse momento, obterem uma garantia para os mesmos e sobre a proibição de serem feitos pagamentos aos acionistas antes de os credores terem «obtido satisfação» ou um tribunal ter decidido que o seu pedido não procedia. No entanto, a meu ver algo estranhamente, Raúl Ventura (conhecedor profundo quer da segunda diretiva, quer da sua inspiração alemã) previu²¹ que, no caso de redução para cobertura de perdas (e só neste, pois na redução para «libertação de excesso» a proteção dos credores era assegurada pela autorização judicial), os credores pudessem requerer a proibição ou a limitação da distribuição de reservas disponíveis ou de lucros de exercício, «a não ser que o crédito do requerente seja satisfeito, se já for exigível, ou adequadamente garantido» – o que, como veremos de seguida, foi acolhido na versão primitiva do CSC (alínea c) do n.º 4 do texto primitivo do art. 95), acrescido da regra segundo a qual, antes de decorrido o prazo para tal requerimento, a sociedade não podia efetuar as distribuições, valendo a proibição a partir do conhecimento pela sociedade do requerimento de algum credor (alínea d) do n.º 4 do texto primitivo do art. 95)²².

²⁰ *Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades*, cit., p. 114.

²¹ *Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades*, cit., p. 148.

²² Como veremos no número seguinte, na actual versão do CSC, tais regras aplicam-se a todos os casos de redução (art. 96, n.ºs 1 e 3).

De notar é também que as propostas de Raúl Ventura visavam apenas as sociedades anónimas e em comandita por ações (no tocante a estas, quando tal não fosse contrário às suas especialidades)²³.

4. A solução inicial do CSC

No seu texto inicial, o CSC seguiu, no essencial, as propostas de Raúl Ventura, alargando-as a todos os tipos societários. Estabelecia o art. 95:

«1. A redução do capital não pode ser consignada em escritura pública nem inscrita no registo comercial sem que primeiro a sociedade obtenha autorização judicial, nos termos do Código de Processo Civil.

2. A autorização judicial não deve ser concedida se a situação líquida da sociedade não ficar excedendo o novo capital em, pelo menos, 20%.

3. A autorização judicial é, porém, dispensada se a redução for apenas destinada à cobertura de perdas.

4. No caso do número anterior:

a) A deliberação de redução deve ser registada e publicada;

b) Os sócios não ficam exonerados das suas obrigações de liberação do capital;

c) Pode qualquer credor social, até 30 dias depois de publicada a deliberação de redução, requerer ao tribunal que a distribuição de reservas disponíveis ou dos lucros de exercício seja proibida ou limitada, durante um período a fixar, a não ser que o crédito do requerente seja satisfeito, se já for exigível, ou adequadamente garantido;

d) Antes de decorrido o prazo concedido aos credores sociais pela alínea anterior, não pode a sociedade efetuar as distribuições nela mencionadas; a mesma proibição vale a partir do conhecimento pela sociedade do requerimento de algum credor.»

O texto inicial do CSC foi objeto de várias análises doutrinárias, várias delas muito profundas (embora parte das mesmas, no tocante ao tema que tenho em vista, tenha perdido atualidade, no plano do direito positivo, por força das alterações legislativas que vieram a ocorrer)²⁴.

²³ *Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades*, cit., pp. 9 e 135.

²⁴ Entre elas, refram-se, sem pretensão de exaustão e sem ter em conta os manuais e os códigos anotados ou comentados, RAÚL VENTURA, *Alterações do Contrato de Sociedade* (obra integrada no *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*), Livraria Almedina, 1986, pp.

5. A solução vigente

A solução inicial do CSC manteve-se quase intocada até 2007. Na verdade, antes desse ano, a única alteração feita ao regime de redução do capital tinha sido a relativa à eliminação da necessidade de escritura pública, resultante de modificações introduzidas nos arts. 85, n.ºs 3 e 4, e 95, n.º 1, pelo Dec.-Lei 76-A/2006, de 29 de março.

Em 2007, pelo Dec.-Lei 8/2007, de 17 de janeiro, foi introduzida a solução que atualmente vigora²⁵, que pode ser assim enunciada:

- A eficácia da redução de capital, incluindo a destinada a «libertação de excesso», não depende de autorização judicial;
- A situação líquida resultante da redução de capital destinada a «libertação de excesso» tem de ficar a exceder o novo capital social em, pelo menos, 20% (art. 95, n.º 1)²⁶;

297 e ss., FERNANDO CARDOSO, *Redução do Capital Social das Sociedades Anónimas*, Livraria Portugalnundo Editora, 1989, M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a Sociedade Anónima*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995 (n.º 14 da colecção *Studia Iuridica* do BFDUC), pp. 108 e ss. [antes in *Direito das Empresas* (coord. Diogo Leite de Campos), Instituto Nacional de Administração, 1990, pp. 463 e ss.], PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do Capital Social*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2004 (1.ª ed. 1998), n.º 33 da colecção *Studia Iuridica* do BFDUC, p. 134, e PAULO OLAVO CUNHA, «A Redução do Capital das Sociedades Anónimas», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Almedina, 2003, pp. 659 e ss.

²⁵ O Dec.-Lei 8/2007 também alterou o art. 1487 do CPC em vigor à época, adaptando-o à solução introduzida no CSC. A redação então dada a esse preceito transitou para o art. 1058 do atual CPC.

²⁶ Regra esta que, à primeira leitura, pode parecer abranger também a redução de capital para cobertura de prejuízos, mas que os exemplos numéricos e a história do artigo mostram dirigir-se apenas à libertação de excesso (neste sentido, v. PAULO OLAVO CUNHA, «O Novo Regime da Redução do Capital Social e o Artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais», in *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles 90 Anos*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 1060 e 1061, e PAULO DE TARSO DOMINGUES, «O Novo Regime da Redução do Capital Social», in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2008, p. 1335, e *Variações sobre o Capital Social*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 365, 540 e 544, e na anotação ao art. 95 do *Código das Sociedades em Comentário* (COORD. JORGE M. COUTINHO DE ABREU), vol. II, Almedina, 2011, pp. 142 e ss. Em sentido contrário, v., porém, FRANCISCO MENDES CORREIA, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (COORD.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 314 (anotação ao art.95), JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, «A Redução de Capital por Extinção de Ações Próprias», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 3, vol. 6, outubro 2011, pp. 65, 66, 79 e 80, e JOANA TORRES EREIO, «A Redução do Capital Social – Dúvidas sobre o Regime Legal Aplicável (em Especial a Redução de Capital para Amortização de Participações Sociais)», in *Actualidad Jurídica*, Uría Menéndez, n.º 34, ano 2013, pp. 75 e ss.

- A deliberação de redução de capital é objeto de registo e o registo de publicação, sendo esta «em sítio na Internet de acesso público, regulado por portaria do Ministro da Justiça, no qual a informação objeto de publicidade possa ser acedida, designadamente por ordem cronológica»²⁷ (arts. 2.º, n.º 1, alínea r), 15, n.º 1, e 70 do Código do Registo Comercial);
- No prazo de um mês a contar da publicação, qualquer credor pode «requerer ao tribunal que a distribuição de reservas disponíveis ou dos lucros de exercício seja proibida ou limitada, durante um período a fixar, a não ser que o crédito do requerente seja satisfeito, se já for exigível, ou adequadamente garantido, nos restantes casos» (art. 96, n.º 1);
- «A faculdade conferida aos credores no número anterior apenas pode ser exercida se estes tiverem solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada, há pelo menos 15 dias, sem que o seu pedido tenha sido atendido» (art. 96, n.º 2);
- Antes de decorrido o prazo concedido aos credores sociais antes referido, a sociedade não pode efetuar distribuições de bens em execução da redução, valendo a mesma proibição a partir do conhecimento pela sociedade do requerimento de algum credor (art. 96, n.º 3).

Vale a pena lembrar o que foi escrito no preâmbulo do Dec.-Lei 8/2007, de 17 de janeiro, para justificar a solução vigente:

«Assim, em primeiro lugar, permite-se a eliminação da intervenção judicial obrigatória para a redução do capital social das sociedades comerciais. Com efeito, e apesar da redução do capital social já ter sido simplificada através da eliminação da celebração de *escritura pública no cartório notarial*²⁸, permanece a obrigatoriedade de intervenção do tribunal para que tal pretensão se possa consumir quando essa redução não se destine à cobertura de perdas, o que torna o processo desnecessariamente moroso e complexo, sem justificação, pois em princípio não existe litígio subjacente a tal ato. Naturalmente que se salvaguarda a possibilidade de oposição judicial sempre que tal litígio exista.»

A solução que vigora desde 2007, foi também objeto de várias análises doutrinárias, algumas, a justo título, muito críticas²⁹. Vale a pena

²⁷ Sítio esse que é o www.mj.gov.pt/publicacoes, regulado pela Portaria 590-A/2005, de 14 de julho, alterada pela Portaria 621/2008, de 18 de julho.

²⁸ As palavras que marquei a itálico indiciam que o preâmbulo não é da autoria material de um jurista, bem como que não foi revisto, pelo menos atentamente, por jurista.

²⁹ Entre elas, refram-se, mais uma vez sem pretensão de exaustão e sem ter em conta os manuais, PAULO OLAVO CUNHA, «O Novo Regime da Redução do Capital Social e o Artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais», cit., pp. 1023 e ss., em especial pp. 1032 e 1033, PAULO DE

notar que a introdução da possibilidade de a redução «para libertação de excesso» ocorrer sem intervenção judicial representou o retorno ao regime do Código de 1888.

6. Considerações sobre o alcance da figura

A redução «para libertação de excesso» que tenho em vista é apenas a que tem por fim imediato a distribuição de valores aos sócios. Deixo de fora das minhas considerações a redução que visa «incorporar valores numa reserva» (na terminologia da segunda diretiva), que, a meu ver, nos quadros do direito português, cabe na terceira das espécies de redução referidas no art. 94, n.º 1, alínea a), do CSC: a destinada «a finalidade especial»³⁰. Friso, no entanto, que, na medida em que a reserva a cuja constituição uma tal redução se destine seja distribuível, a generalidade das considerações que farei é extensível a tal tipo de redução³¹.

Caraterizo a redução do capital social para «libertação de excesso» como:

- Uma operação inversa da subscrição e realização de capital social;
- Uma operação análoga a uma liquidação parcial³².

TARSO DOMINGUES, *O Novo Regime da Redução do Capital Social*, cit., pp. 1325 e ss., e *Variações sobre o Capital Social*, Coimbra, Almedina, 2009, em especial pp. 539 e ss., JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, «A Redução de Capital por Extinção de Ações Próprias», in *Direito das Sociedades em Revista*, cit, pp. 49 e ss., e «Da Redução do Capital Social», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Coimbra, Almedina, 2012, e JOANA TORRES EREIO, «A Redução do Capital Social – Dúvidas sobre o Regime Legal Aplicável (em Especial a Redução de Capital para Amortização de Participações Sociais)», cit., pp. 71 e ss.

³⁰ Para a análise da «alteração do capital por redução do excedente com passagem a reservas», mas sem qualificar a mesmo, v. MARIA ADELAIDE ALVES DIAS RAMALHO CROCA, «Capital, Contas e a Protecção de Terceiros», in *Fiscalidade*, n.º 5, janeiro 2001, pp. 77e 78.

³¹ Por outro lado, explícito que a redução que visa «incorporar valores numa reserva» pode ter um âmbito diverso da que o n.º 1 do art. 37 da nova segunda diretiva (correspondente ao n.º 1 do art. 33 da sua versão primitiva) autoriza que os Estados-Membros excetuem do regime do art. 36, a par da redução destinada à cobertura de prejuízos. Como consta do preceito em causa, a redução aí referida não pode ultrapassar 10% do capital social, não pode ser distribuída, salvo no caso de (outra) redução do capital, e só pode ser utilizada para compensar perdas sofridas ou para aumentar o capital por incorporação de reservas. Nada, porém, impede, que os Estados-Membros autorizem reduções para constituição de reservas de maior dimensão relativa. O que os Estados-Membros não podem é isentar essas reduções do regime do art. 36.

³² No quadro do direito francês, escrevem PAUL LE CANNU e BRUNO CORDERO: «La réduction du capital peut être décidée soit à cause des pertes d'actifs (réduction-assainissement), soit parce que le capital est jugé trop élevé (réduction-distribution). Dans ce dernier cas,

No que toca ao primeiro aspeto, faço notar que, enquanto, pela subscrição de participações sociais, os subscritores se obrigam a realizar as mesmas (em dinheiro ou em espécie consoante o que conste do ato constitutivo da sociedade ou da deliberação de aumento de capital social – arts. 9.º, n.º 1, alíneas g) e h), 25, n.º 1, e 28 do CSC), pela redução de capital para libertação de excesso de capital, os sócios (sob o controle dos credores) retiram da sociedade valores considerados «excessivos», – o que, em termos económicos, equivale a uma restituição (parcial) do investimento resultante dos atos de subscrição e realização (ou do ato de aquisição, imediata ou mediata, àquele que praticou os atos de subscrição e realização).

No que toca ao segundo aspeto, chamo a atenção para a analogia da redução de capital social para libertação de excesso de capital com a liquidação resultante da dissolução voluntária. Nesta última, pago o passivo, o ativo restante é distribuído aos sócios, a título de reembolso dos valores nominais das participações, independentemente dos valores de realização (salvo cláusula em contrário) e, havendo saldo, a título de lucros (finais) – art. 156 de CSC.

Na medida em que permite aos sócios reaverem parte dos valores por eles investidos, a redução de capital para libertação de excesso é, pelo menos do ponto de vista económico, algo de semelhante a uma antecipação parcial da liquidação³³.

la société est amenée à rembourser aux actionnaires, avant la liquidation de la société, une partie de sa dette en capital; ce remboursement, qui peut être acquitté en monnaie ou en éléments d'actifs, n'aurait pas, selon la jurisprudence, la nature d'un partage, ce qui est contesté par une partie de la doctrine. Certains auteurs préfèrent dire que seul le retrait (individuel) d'un associé a une nature autre que le partage, mais que l'attribution d'actifs à tous les associés dans le cadre d'une réduction de capital revêt bien la nature d'un partage partiel. Cette opinion est toutefois discutable, en raison de la nature et du régime du partage» (*Droit des Sociétés*, 3.ª ed., Montchrestien, 2010, p. 799). Para a assimilação da redução de capital «para libertação de excesso» a uma liquidação parcial no âmbito do direito alemão, v. o *Münchener Kommentar Aktiengesetz (herausgegeben von BRUNO KROPPF e JOHANNES SEMLER)*, vol. 7, §§ 222-277 (anotação de JÜRGEN OECHSLER), 2.ª ed., C. H. Beck e Vahlen, 2001, pp. 3 e 5.

³³ Sobre isto, escreveu, com divergência mais aparente do que real, RAÚL VENTURA: «Relativamente a um dos casos de redução do capital adiante visto mais em pormenor – redução do capital para restituição de parte dele aos sócios – lê-se nalguns livros que se trata de uma *liquidação parcial* da sociedade. O ponto de semelhança reside na recepção pelos sócios de certos bens que receberiam se nesse momento a sociedade fosse liquidada. Nada mais é semelhante – nem a situação da sociedade, que continua a sua vida ativa – nem os processos de redução e de liquidação. Aquela qualificação não tem, pois, nenhum interesse prático e pode induzir em erro.» [*Alterações do Contrato de Sociedade* (obra integrada no *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*), Livraria Almedina, 1986, pp. 299 e 300].

O mesmo é dizer que a redução de capital para libertação de excesso diminui a garantia dos credores na exata medida do valor dos bens distribuídos aos sócios.

Ora, se a limitação da responsabilidade dos sócios é a base sobre a qual o capitalismo atingiu a sua forma atual, a proteção dos direitos de crédito é *conditio sine qua non* da existência do mercado. O regime da redução de capital para libertação de excesso tem, pois, de ser orientado por essa proteção.

É sob essa diretriz que vou abordar alguns dos problemas de interpretação que a as regras em vigor levantam, bem como que farei um breve comentário final à sua bondade.

7. Problemas de interpretação das regras vigentes

Não crendo útil expor todo regime da figura que examino, nomeadamente na parte em que o mesmo é comum à redução de capital com outros fins, vou dedicar a minha atenção a três dos seus aspetos que julgo levantarem dúvidas.

7.1. Pode a distribuição ser em espécie?

Já ouvi interrogar se, no âmbito da redução de capital, as distribuições podem ser em espécie. Se a realização de participações e as distribuições no âmbito da liquidação podem ser feitas em espécie, que razões haveria para não permitir o mesmo na redução de capital social? Não existem³⁴.

Na liquidação resultante da dissolução voluntária, a lei é expressa a admitir as entregas em espécie – embora exija que os sócios assim o deliberem por unanimidade se os estatutos não previrem essa possibilidade (n.º 1 do referido art. 156)³⁵.

³⁴ Lembre-se, no quadro do direito francês, a seguinte passagem do trecho de PAUL LE CANNU e BRUNO CORDERO transcrito em nota anterior: «... ce remboursement, qui peut être acquitté en monnaie ou en éléments d'actifs...».

³⁵ Sendo discutível se a exigência da lei deve ser interpretada como tendo por objeto as concretas atribuições de bens ou apenas o modo de efetuar a partilha – v. RAÚL VENTURA, *Dissolução e Liquidação de Sociedades* (obra integrada no *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*), Almedina, 1987, pp. 398 a 400, e CAROLINA CUNHA, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU), vol. II, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 670 e 671.

Acresce que a terminologia da segunda diretiva (atualmente a Diretiva 2012/30/EU do Parlamento Europeu e do Conselho) aponta claramente no sentido de as distribuições aos acionistas poderem ser feitas em espécie: não será certamente por acaso que o diploma eurocomunitário usa como conceito central «distribuição»³⁶, em vez de «pagamento» ou de outra palavra que inculcasse estarem em causa apenas ou primacialmente pagamentos em dinheiro, ao que acresce que no n.º 2 do art. 37 aparece a referência «pagamentos ou distribuições aos acionistas»³⁷ – mostrando assim que as distribuições podem não se expressar em pagamentos (em dinheiro).

7.2. Maioria necessária para a deliberação de redução de capital social com entrega de bens em espécie

Como notei acima, na liquidação resultante da dissolução voluntária, para que possa haver entregas em espécie, a lei exige que os sócios assim o deliberem por unanimidade, se os estatutos não previrem essa possibilidade (art. 156, n.º 1, do CSC).

Apesar da analogia entre o tipo de redução de capital social em causa e a liquidação de sociedades, creio não haver fundamento para a aplicação à redução de capital desse segmento do art. 156 do CSC.

A redução de capital social é uma alteração estatutária (como, além do mais, resulta da inclusão da regulação da matéria no capítulo da parte geral do CSC dedicado às «alterações do contrato») e há preceitos que regulam diretamente as deliberações de alteração de estatutos – no caso das sociedades anónimas, os arts. 383 e 386.

Nem se diga que o n.º 2 do art. 383 não menciona a redução de capital social. A referência a «alteração do contrato de sociedade» não pode deixar de abranger. A ter-se por boa a regra segundo a qual a partilha em espécie depende de acordo dos sócios (o que não tenho), até se pode discutir, no plano da política legislativa, se, nesse aspeto, se deve aproximar o regime da redução de capital social de tal regra. O que não se pode é, *de jure condito*, inventar uma lacuna onde ela não existe, afastando norma clara, contra o princípio da segurança jurídica.

³⁶ Na versão inglesa, «distribution», na versão francesa, «distribution», na versão alemã, «Ausschüttung».

³⁷ Na versão inglesa, «payments or distributions», na versão francesa, «versements ou des distributions», na versão alemã, «Zahlungen oder Ausschüttungen».

Vale ainda a pena dizer que no sentido do que fica escrito jogam os preceitos relevantes da segunda diretiva (atualmente os arts. 34 e 44 da Diretiva 2012/30/EU do Parlamento Europeu e do Conselho), designadamente nos segmentos em que regulam os quóruns necessários à deliberação sobre a redução de capital social.

A maioria necessária para a deliberação em causa é, pois, a maioria que seja necessária para a alteração dos estatutos.

7.3. A dependência da proteção de cada credor de interpelação prévia da sociedade

No regime vigente, os credores não podem opor-se à redução. Apenas podem, como lembrei acima, nos termos do art. 96, n.º 1, «no prazo de um mês a contar da publicação do registo da deliberação de redução, requerer ao tribunal que a distribuição de reservas disponíveis ou dos lucros de exercício seja proibida ou limitada, durante um período a fixar, a não ser que o crédito do requerente seja satisfeito, se já for exigível, ou adequadamente garantido, nos restantes casos». No entanto, nos termos do art. 96, n.º 2, «A faculdade conferida aos credores no número anterior apenas pode ser exercida se estes tiverem solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada, há pelo menos 15 dias, sem que o seu pedido tenha sido atendido»³⁸ (exigência esta similar à feita, no art. 101-A, para a oposição à fusão).

Por outras palavras: a faculdade de requerer as medidas protetivas em causa não depende apenas de ser credor, nem sequer de ser credor de crédito vencido; implica ter interpelado a sociedade para pagar ou prestar garantia adequada e que tenham decorrido 15 dias desde a interpelação. O mesmo é dizer que, se o credor não tiver interpelado a sociedade em causa antes da publicação, terá um prazo curtíssimo para agir – como, de resto, tem sido notado³⁸.

Nas palavras de Paulo de Tarso Domingues, «Significa isto que, se o credor não tiver exigido da sociedade o pagamento do seu crédito ou a garantia antes da publicação da redução, ele deverá deduzir essa pretensão e, só passados 15 dias, poderá requerer judicialmente a limitação ou proibição da distribuição de bens aos sócios. É, pois, um regime que torna muito apertado o prazo que é concedido aos credores para o exercício

³⁸ Além de Paulo de Tarso Domingues que citarei no texto, v., sobretudo, PAULO OLAVO CUNHA, *O Novo Regime da Redução do Capital Social e o Artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais*, cit., em especial p. 1062.

deste direito, o que esvazia, em grande medida, a eficácia deste meio de proteção. Na verdade, o regime da lei traduzir-se-á, as mais das vezes, em conceder aos credores apenas um prazo de 15 dias para reagir contra a redução do capital. Com efeito, se o credor ainda não tiver interpelado a sociedade para o pagamento do seu crédito, deverá necessariamente fazê-lo no prazo máximo de 15 dias após a publicação do registo da operação, uma vez que, se o fizer ao 16.º dia, já ficará impedido de deduzir a oposição judicial.»³⁹.

Para minorar os problemas que o regime levanta aos credores, propõe Paulo Tarso Domingues que a interpelação para pagamento ou prestação de garantia seja configurada como uma causa de suspensão, pelo período concedido pela lei para a resposta da sociedade, do prazo fixado para a dedução da oposição judicial por parte dos credores. Julgo, porém, que tal proposta não encontra o mínimo de apoio na letra da lei que permita acolhê-la – além de não colmatar cabalmente o *deficit* de proteção dos credores.

Só uma intervenção legislativa pode resolver a deficiência em causa. Tal intervenção, a meu ver, deveria, pura e simplesmente, eliminar o requisito da interpelação (não apenas neste caso mas também no da oposição à fusão).

8. Para uma lei melhor

No final do número anterior, transitei para o plano da política legislativa. Terá ficado claro que se impõe uma intervenção legislativa no tocante ao requisito de que depende o exercício do direito dos credores de requererem ao tribunal que proíba ou limite a distribuição de reservas disponíveis ou dos lucros do exercício. Não é, porém, essa a única alteração de que o regime da redução de capital para «libertação de excesso» necessita.

Julgo que também o modo de chamar os credores é insatisfatório. A publicidade assegurada pelo registo e pela publicação no «sítio na Internet de acesso público» traduz-se em mera acessibilidade à informação, não assegurando que a ocorrência da operação – que se traduz necessariamente numa diminuição do património social, ou seja, da garantia dos credores – seja difundida com eficácia.

Creio que, em matérias como esta, a publicidade não pode ser mera acessibilidade. Tem de consistir em difusão de informação por meios

³⁹ V. a anotação ao art. 96 do *Código das Sociedades em Comentário* (coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU), vol. II, Almedina, 2011, pp. 151 e 152.

direcionados para os interessados, o mesmo é dizer credores e potenciais credores.

Por isso, sugiro que o regime seja alterado mediante a imposição à sociedade do dever de notificar a deliberação aos maiores credores⁴⁰ (*v.g.*, os 5 ou 10 maiores).

Não fora a morosidade dos tribunais, defenderia mesmo a reintrodução do controlo judicial necessário da ausência de prejuízo para os credores (com respeito pelas regras eurocomunitárias, é claro). As experiências que tive na matéria (naturalmente, antes de 2007) levam-me, porém, a afastar tal hipótese. Em alternativa, julgo que é de ponderar fazer depender a deliberação do acordo prévio de (havendo-os...), pelo menos, alguns dos maiores credores (*v.g.*, 3 ou 5).

Quanto mais o regime da figura acautelar os interesses dos credores, mais fácil será recorrer a ela sem receios...

Agosto de 2014

⁴⁰ Excluindo dessa hierarquia sócios, bem como sociedades que dominem ou sejam dominadas por sócios...

RESUMO: A Proposta de Directiva criando a *Societas Unius Personæ* é previsível e inesperada. A SUP é, em rigor, um novo tipo nacional de sociedade mas a verdade é que ela se confunde com a *Societas Privata Europæa* em múltiplos aspectos. A sua disciplina é extraordinariamente liberal, pondo em causa alguns dos dogmas do Direito das sociedades (registo, lei aplicável, capital social). Há o perigo, a final, de que a SUP se transforme num *Golem*.

Palavras-chave: *Societas Unius Personæ*; sociedades unipessoais; pequenas e médias empresas; Direito europeu das sociedades; registo; lei aplicável às sociedades; capital social.

ABSTRACT: The draft of a new directive creating the *Societas Unius Personæ* is both foreseeable and surprising. The SUP is meant to be a new national company law form but the similarities to the *Societas Privata Europæa* are undeniable. The rules that apply to the SUP are most liberal and they jeopardize some of the most traditional dogmas of company law (registration procedure, applicable law, legal capital). At the end of the day, we might just be dealing with a *Golem*.

Keywords: *Societas Unius Personæ*; single-member companies; small and medium enterprises; European company law; registration procedure; applicable law; legal capital.

CATARINA SERRA*

Societas Unius Personæ (SUP) – Um *Golem* na União Europeia? **

1. A lenda do *Golem* de Praga

Embora a comunidade judaica de Praga fosse mais bem tratada pela aristocracia local do que a maioria dos judeus da Europa, ainda assim era vítima frequente de ataques anti-semitas e de uma política oficial discriminatória. No final do século XVI, quando o rabino Judah Loew se tornou Grão-rabino de Praga, o perigo para a sobrevivência da comunidade judaica era iminente.

Conta a tradição que o rabino Loew teve um sonho no qual recebeu indicações de como poderia evitar a catástrofe que ameaçava abater-se sobre seu povo: ele deveria fazer uma figura de argila que se transformaria em um *Golem*.

* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

** Agradeço ao Senhor Doutor Rui Pinto Duarte as oportunas observações que amavelmente fez à versão provisória deste texto. Agradeço também ao Senhor Dr. Rui Pereira Dias os pertinentes comentários e sugestões.

Num certo dia, com a ajuda de dois companheiros, e seguindo as instruções que lhe haviam sido dadas no sonho, o rabino Loew executou um ritual para a criação do *Golem*. No fim, recitou sete vezes o versículo da Torá que diz: “E Deus criou o homem do pó do chão e insuflou em suas narinas um sopro de vida, e o homem tornou-se um ser vivo”. Neste momento, o *Golem* abriu os olhos e o rabino Loew disse-lhe: “Fui eu que te criei, com a ajuda de Deus, para que cumpras a missão divina de proteger os judeus contra seus inimigos. Obedecerás a todas as minhas ordens, seja o que for que eu ordene, pois és destituído de vontade própria”.

Ninguém na comunidade sabia quem era nem de onde viera o *Golem*. Ninguém, excepto o rabino Loew, podia dar-lhe ordens ou recorrer a seus serviços. Se falassem com ele, não reagia. Seu rosto só se animava quando o rabino Loew lhe falava. Então, escutava atenta e humildemente, partindo a seguir para executar a missão que lhe era confiada¹.

2. A Proposta de Directiva sobre a *Societas Unius Personæ*. Preliminares

A Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre sociedades unipessoais de responsabilidade limitada, de 9 de Abril de 2014², criando a *Societas Unius Personæ*³, é ao mesmo tempo previsível e inesperada.

É previsível, evidentemente, no que respeita à iniciativa. O processo de criação da *Societas Privata Europæa*⁴ arrastava-se há demasiado tempo, tornando inequívoco que o projecto se deparava com muitas resistências e permitindo suspeitar que não viria a ser concretizado. E o tempo depressa confirmou a suspeita: no Anexo à Comunicação “Programa para a adequação e a eficácia da regulamentação (REFIT): resultados e próximas etapas”, de 2 de Outubro de 2013⁵, a Comissão declarava que a Proposta de Regulamento sobre a SPE seria retirada e que estava a ponderar uma nova proposta.

¹ Recriação livre da lenda do *Golem* de Praga a partir da obra de Chajim Bloch, *The Prague Golem – Jewish Stories of the Ghetto*, Prague, Vitalis, 2014.

² Doravante Proposta. Pode ser consultada, na versão em língua portuguesa, em <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20140212.do#dossier-COD20140120>.

³ Doravante SUP.

⁴ Doravante SPE.

⁵ Trata-se da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões (que pode ser consultado, na versão em língua portuguesa, em <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20130685.do>).

É verdade que a SUP não é anunciada como uma alternativa à SPE. Em contraste com a SPE, ela é apresentada como uma nova forma ou um novo tipo nacional, dotada de uma disciplina uniforme em todos os Estados membros – uma mera medida de harmonização dos Direitos nacionais⁶ com vista à supressão gradual das restrições a liberdade de estabelecimento quanto as condições de constituição de filiais nos territórios dos Estados-Membros⁷.

Mas os dois instrumentos têm vocação idêntica e, apesar de algumas diferenças, não se distanciam nalguns aspectos centrais (por exemplo, o capital social e a lei aplicável). Por isso já vem sendo sustentado que a Proposta sobre a SUP consubstancia o “regresso à vida” ou a “reanimação” da SPE (*Wiederbelebung der SPE*)⁸.

O certo é que, nos termos da Proposta, a SUP deve ser acolhida pelos Estados-membros por via da substituição da sociedade unipessoal eventualmente regulada em cada um dos ordenamentos ou por via do aditamento, ao catálogo existente, de um novo tipo de sociedade. Na prática, estando sujeita a um regime único (e compreensivo dos aspectos essenciais da sua vida), a SUP converte-se numa opção aos modelos nacionais, ou seja, numa forma ou num tipo transnacional.

Existem, aliás, condições para que a SUP seja, em muitos casos, o modelo preferido ou favorito, uma vez que os modelos nacionais de sociedades têm, em princípio, um regime mais exigente do que a SUP⁹. Ora, se isto ocorrer, é inevitável o nivelamento das sociedades pelo grau de exigência mais baixo – *a race to the bottom*.

Em vista de todas estas consequências, a Proposta é inesperada. Não é, porém, tanto o alcance da Proposta mas mais o *déjà vu* e, acima de tudo, o *costume (déguisement)* que provocam a surpresa.

⁶ Ou como diz ULRICH SEIBERT (“SUP – Der Vorschlag der EU-Kommission zur Harmonisierung der Einpersonen-Gesellschaft”, in: *GmbH-Rundschau*, 2014, 14, p. 209), enquanto o tipo transnacional de sociedade da SPE era uma espécie de irmã mais nova da *Societas Europæa* (SE), pairando acima dos tipos nacionais, a SUP persegue a harmonização dos Direitos europeus das sociedades, dando origem a vinte e oito SUP.

⁷ No Memo 14/274, apresentado em 9 de Abril de 2014, a Comissão esforça-se, contudo, por enfatizar as diferenças entre a SUP e a SPE. O documento pode ser consultado, na versão em língua inglesa, em http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-275_en.htm.

⁸ Cfr. PETER HOMMELHOFF/CHRISTOPH TEICHMANN, “Die Wiederbelebung der SPE”, in: *GmbH-Rundschau*, 2014, 4, pp. 177 e s.

⁹ Na Alemanha, por exemplo, já se diz que a SUP não será bem um novo tipo nacional de sociedade mas sim uma variação para baixo da *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (*eine GmbH-Unter-Variante*), uma “variante SUP” (*eine SUP-Variante*). Cfr., neste sentido, ULRICH SEIBERT, “SUP – Der Vorschlag der EU-Kommission zur Harmonisierung der Einpersonen-Gesellschaft”, cit., p. 209.

É notório o esforço das entidades emittentes para apresentar a Directiva como uma medida inofensiva e bem-intencionada, destinada a incentivar a criação, o crescimento e a internacionalização das pequenas e médias empresas¹⁰⁻¹¹, em particular oferecendo-lhes maiores possibilidades de exercício de actividades transfronteiriças. Mas dirige-se a Directiva realmente ou exclusivamente a este fim?

Levantam-se, mais precisamente, dúvidas quanto ao respeito da Directiva pelo princípio da subsidiariedade¹². Está, de facto, configurada uma situação em que a acção ao nível europeu é susceptível de produzir melhores resultados do que uma intervenção a nível dos Estados-Membros?

Levantam-se ainda dúvidas quanto ao enquadramento legal da Proposta: o art. 50.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹³, conferindo competência ao Parlamento Europeu e ao Conselho, para agir em prol da liberdade de estabelecimento e deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e, em especial, o seu n.º 2, al. f), prevendo a supressão gradual das restrições à liberdade de estabelecimento, no domínio do Direito das sociedades, quanto às condições de constituição de filiais. Será esta a base legal mais conforme aos reais efeitos da Directiva?

A verdade é que a recondução ao art. 50.º do TFUE permite que a Proposta seja aprovada por maioria qualificada (ao contrário da Proposta

¹⁰ Doravante PME.

¹¹ Segundo a Recomendação da Comissão 2003/361/CE, de 6 de Maio de 2003, as PME serão, *grosso modo*, as empresas que empregam um máximo de duzentos e cinquenta trabalhadores. A Recomendação pode ser consultada, na versão em língua portuguesa, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:pt:PDF>.

¹² No que toca aos Estados-membros, a maioria ainda não se pronunciou em definitivo sobre a questão. As únicas excepções são Áustria e Portugal. A Áustria pronunciou-se peremptoriamente no sentido da incompatibilidade da Proposta com o princípio da subsidiariedade. A resposta do Estado austríaco pode ser consultado em <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COD20140120/atbun.do>. Ao contrário, Portugal considerou não haver violação do princípio da subsidiariedade, baseando-se nos Pareceres da Comissão de Assuntos Europeus e da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, dando “luz verde” à Proposta. A resposta do Estado português pode ser consultado em <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COD20140120/ptass.do>.

¹³ Doravante TFUE. O TFUE pode ser consultado, na versão em língua portuguesa, em http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf.

sobre a SPE, que, baseando-se no art. 352.º do TUE, implicava uma Proposta da Comissão e a obtenção de aprovação unânime no Conselho)¹⁴.

Tudo visto, dá-se razão àqueles (muitos) que acham que a Proposta é um “lobo com pele de cordeiro” ou um genuíno “cavalo de Tróia” (*trojanischen Pferdes*)¹⁵.

Mas o pior de tudo é que, se a Directiva vier a ser aprovada tal como está, existe o perigo de que ela seja aproveitada para a criação instantânea de *Golems* – criaturas poderosas cuja única razão de ser é servir o seu criador. Se caírem nas mãos erradas (o que não será raro), os prejuízos para o interesse público, os interesses dos credores e os interesses dos outros *stakeholders* serão generalizados.

3. A Proposta de Directiva sobre a *Societas Unius Personæ*. Os antecedentes

3.1. A Directiva 2009/102/CE em matéria Sociedades Unipessoais de Responsabilidade Limitada

A Directiva 2009/102/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Setembro, relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio¹⁶, não constitui a primeira iniciativa europeia em matéria de sociedades unipessoais. Ela vem na sequência da Directiva 89/667/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro – a Décima Segunda Directiva¹⁷⁻¹⁸ –, e tinha, aliás, como intuito codificar, e conseqüentemente revogar, a Décima Segunda Directiva (por razões de clareza e racionalidade, uma vez que esta matéria havia sido várias vezes alterada)¹⁹.

¹⁴ Ou seja, e como muito bem salienta JESSICA SCHMIDT [“Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?”, in: *GmbH-Rundschau*, 2014, 9, p. 130] mesmo contra o veto da Alemanha.

¹⁵ Cfr., por todos, JESSICA SCHMIDT, “Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?”, cit., p. 130.

¹⁶ Pode ser consultada, na versão em língua portuguesa, em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0102&from=PT>.

¹⁷ Pode ser consultada, na versão em língua portuguesa, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0667:PT:PDF>.

¹⁸ Sobre a Décima Segunda Directiva cfr., por todos, VANESSA EDWARDS, “The EU Twelfth Company Law Directive”, in: *Company Lawyer*, 1998, 19 (7), pp. 212 e s., e VINCENT J.G. POWER, “Twelfth EEC Company Law Directive”, un: *International Company and Commercial Law Review*, 1990, 1 (3), C44 e s.

¹⁹ A Décima Segunda Directiva esteve, designadamente, na base do acolhimento da figura da sociedade unipessoal por quotas no ordenamento jurídico português. Sobre a sociedade unipessoal por quotas cfr., por todos, CATARINA SERRA, “As novas sociedades unipessoais por

Sem se afastar muito da sua antecessora, a Directiva 2009/102/CE favorece já alguma harmonização das legislações nacionais no que toca às sociedades unipessoais mas tem um âmbito relativamente modesto. Limita-se a promover a admissibilidade da constituição de sociedades unipessoais nos Estados-membros e a regular alguns aspectos do respectivo regime.

quotas (Algumas considerações a propósito do DL n.º 257/96, de 31 de Dezembro)", in: *Scientia Iuridica*, 1997, n.ºs 265/267, pp. 125-126. Sobre o problema da unipessoalidade e os mecanismos de limitação da responsabilidade do empresário em nome individual em Portugal, designadamente o estabelecimento individual de responsabilidade limitada e as sociedades unipessoais por quotas reguladas no art. 270.º-A e s. do Código das Sociedades Comerciais cfr. A. FERRER CORREIA, *Sociedades fictícias e unipessoais*, Coimbra, 1948, IDEM, "Anteprojecto de Lei das Sociedades Comerciais (Parte Geral)", Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 185 e 191, 1970, IDEM, "O problema das sociedades unipessoais de responsabilidade limitada", in: *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, Coimbra, Almedina, 1985, pp. 171 e s., IDEM, "Sociedades unipessoais de responsabilidade limitada", in: *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, Coimbra, Almedina, 1985, pp. 129 e s., IDEM, "A sociedade por quotas de responsabilidade limitada segundo o C.S.C.", in: *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 123 e s., MARIA ÂNGELA BENTO COELHO, "A limitação da responsabilidade do comerciante em nome individual", in: *Revista de Direito e Economia*, 1980/1981, anos VI/VII, pp. 6 e s., JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "A limitação da responsabilidade do comerciante em nome individual", in: AA. VV., *Novas perspectivas do Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 269-288, IDEM, "O estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou o falido rico", in: AA. VV., *Estruturas jurídicas da empresa*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1989, pp. 13-55, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, "A limitação da responsabilidade do comerciante em nome individual", in: AA. VV., *Novas perspectivas do Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 33-56, CATARINA SERRA, "As novas sociedades unipessoais por quotas (Algumas considerações a propósito do DL n.º 257/96, de 31 de Dezembro)", cit., pp. 115 e s., RICARDO COSTA, "As sociedades unipessoais", in: AA. VV., *Problemas do Direito das Sociedades*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 25 e s., IDEM, *A sociedade por quotas unipessoal no Direito português*, Coimbra, Almedina, 2002, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, "O estabelecimento individual de responsabilidade limitada: crónica de uma morte anunciada", in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2006, ano III, pp. 401 e s., LUÍS BRITO CORREIA, "A sociedade unipessoal por quotas", in: AA.VV., *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I – *Congresso Empresas e Sociedades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 631 e s., FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *A sociedade unipessoal por quotas – comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-G do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, IDEM, "Sociedades unipessoais por quotas, exercício individual e reorganizações empresariais – reflexões a propósito do regime legal", in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2009, vol. 1, pp. 115 e s., PEDRO PIDWELL, "A tutela dos credores da sociedade por quotas unipessoal e a responsabilidade do sócio único", in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2012, vol. 7, pp. 201 e s., e JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedade unipessoal por quotas*, Coimbra, Almedina, 2013.

Pretende-se agora que a Directiva sobre a SUP venha substituir a Directiva 2009/102/EC, prevendo-se o afastamento desta última vinte e quatro meses e um dia após a data da adopção da primeira (cfr. art. 29.º, n.º 1, da Directiva).

3.2. A Proposta de Regulamento de Estatuto da *Societas Privata Europæa*

O grande antecedente da Proposta sobre a SUP é, contudo, como se disse, a Proposta de Regulamento criando o Estatuto da SPE²⁰. Esta surge ainda antes da Directiva 2009/102/CE (em Julho de 2008)²¹, não obstante ter sido objecto de alterações posteriormente.

A proposta de Regulamento da SPE fazia parte de um catálogo de medidas dispostas pela Comissão europeia – o *Small Business Act*²². Tinha subjacente a ideia “*think small first*” e visava (também) facilitar a internacionalização das PME²³.

A ideia era criar um novo tipo de sociedade, que, dentro de certos limites, pudesse ser moldado de forma a aproximar-se mais da sociedade por quotas ou mais da sociedade anónima. Nesta hibridiz de regime – e na atribuição aos sócios fundadores de grande autonomia na conformação do pacto social – residia o traço distintivo da SPE e uma das suas maiores vantagens: a flexibilidade. Para a flexibilidade concorriam ainda a dispensa de pluripessoalidade e de dimensão transnacional e a fixação do capital mínimo simbólico de um euro²⁴.

²⁰ Pode ser consultada, na versão em língua portuguesa, em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008PC0396&from=PT>.

²¹ A discussão sobre a necessidade de uma nova forma aplicável às PME tinha começado muito antes. Cfr. SUSANNE BRAUN, “Essay – The European Private Company: A Supranational Company Form for Small and Medium-sized Enterprises?”, in: *German Law Journal*, 5 (11), 2004, pp. 1393 e s.

²² Pode ser consultado, na versão em língua portuguesa, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:PT:PDF>.

²³ Doravante PME.

²⁴ Sobre a SPE cfr., na doutrina portuguesa, RENATO GONÇALVES, “Nótulas sobre a Sociedade Privada Europeia”, in: *Scientia Iuridica*, 2008, n.º 316, pp. 693 e s., RUI PINTO DUARTE, “A *Societas Privata Europæa*: uma revolução viável”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2009, vol. 1, pp. 49 e s., e ORLANDO VOGLER GUINÉ, “Sociedade Privada Europeia: sobre a sua governação societária e matérias conexas”, in: *O Governo das Organizações. A Vocação Universal do Corporate Governance* (obra coletiva), 2011, Coimbra, Almedina, pp. 201 e s.; na doutrina estrangeira, CHRISTOPH TEICHMANN, “The European Private Company”, in: *European Company Law*, 2004, 1 (4), pp. 162 e s. e “European Parliament calling for legislative action: on the European Private Company”, in: *European Company Law*, 2007, 4 (3), pp.

Segundo alguns, a SPE causaria uma revolução no Direito europeu das sociedades, principalmente atendendo ao facto de que ela era uma forma

122 e s., "How should the balance between the regulation, the articles of association and national law be struck?", Lecture given on 10 March 2008 on the occasion of a conference held by the European Commission (disponível em http://www.europeanprivatecompany.eu/working_papers/download/Fachtagung-EU-Kommission-Teichmann_en.pdf), SUSANNE BRAUN, "Essay – The European Private Company: A Supranational Company Form for Small and Medium-sized Enterprises?", cit., PETER HOMMELHOFF, "The European Private Company before its pending legal birth", in: *German Law Journal*, 2008, 9 (6), pp. 799 e s., ROBERT DRURY, "The European Private Company", in: *European Business Organization Law Review*, 2008, 9, pp. 125 e s., HARM-JAN DE KLUIVER, "(Re)considering the SPE", in: *European Company Law*, 2008, 5 (3), pp. 112 e s., STEEF M. BARTMAN, "The SPE revolution", in: *European Company Law*, 2008, 5 (6), p. 270, ADRIAAN F.M. DORRESTEIJN e ODEAYA UZIAHU-SAINTCROOS, "The Societas Privata Europaea under the magnifying glass (Part 1)", in: *European Company Law*, 2008, 5 (6), pp. 277 e s., e "The Societas Privata Europaea under the magnifying glass (Part 2)", in: *European Company Law*, 2009, 6 (4), pp. 152 e s., GEORG LANFERMANN/MARC RICHARD, "Kapitalschutz in der Europäischen Privatgesellschaft", in: *Betriebs-Berater*, 2008, 63, pp. 1610 e s., DANIEL KORNACK, "The European Private Company – Entering the Scene or Lost in Discussion?", in: *German Law Journal*, 2009, 10 (8), pp. 1321 e s., PAUL DAVIES, "The European Private Company (SPE): Uniformity, Flexibility, Competition and the Persistence of National Laws", ECGI – Law Working Paper n.º 154/2010, pp. 1 e s., CARSTEN PETERS, "Borderless flexibility": the Societas Privata Europaea (SPE) from a German company law perspective", in: *Company Lawyer*, 2009, 30 (7), pp. 214 e s., BARTOSZ MAKOWICZ, "Societas Privata Europaea: The European Private Company", in: *Company Lawyer*, 2009, 30 (8), pp. 227 e s., SANDRA VAN DEN BRAAK, "The European Private Company, its shareholders and its creditors", in: *Utrecht Law Review*, 2010, 6 (1), pp. 1 e s., CHRISTIAN LANGE, "Societas Privata Europaea: Quo Vadis? – Past, Present and Future of the European Private Company", 2010 (disponível em <http://ssrn.com/abstract=1649123> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1649123>), MATHIAS SIEMS/LEIF HERZOG/ERIK ROSENHÄGER, "The European Private Company (SPE): An Attractive New Legal Form of Doing Business?", in: *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 2009, pp. 247 e s. e "The Protection of Creditors of a European Private Company (SPE)", in: *European Business Organization Law Review*, 2011, 12, pp. 147 e s., JOHANNES MEYER-MYKLESTAD, "Protecting Creditors and Investors – Capital Maintenance in the European Private Company", University of Oslo – Faculty of Law, Legal Studies Research Paper n.º 2011-16, pp. 9 e s., MARIYA PANDOVA, "The European Private Company Statute: SMEs vs. Big companies", 2011, 2011 pp. 70 e s. (disponível em <http://textos.pucp.edu.pe/texto/Revista-International-Approach---Ano1-Nro1-Lima>), ROLANDINO GUIDOTTI, "The European Private Company: The Current Situation", in: *German Law Journal*, 2012, 13 (3), pp. 331 e s., SAULIAUS KATUOKA/VAIDA ČESNULAVIČIŪTE, "European Private Company: Perspectives of Legal Regulation", in: *Jurisprudence – Mykolas Romeris University*, 2012, 19 (1), pp. 159 e s., RHIDIAN LEWIS/ALEKSANDAR BUZDREV/TOM MORTIMER, "The European Private Company: An Opportunity from an Economic Crisis?", in: *International Journal of Humanities and Social Science*, 2013, 3 (8), pp. 106 e s., MARTINA ECKARDT/WOLFGANG KERBER, "Horizontal and Vertical Regulatory Competition in EU Company Law: The Case of the European Private Company (SPE)", Andrassy Working Paper Series n.º 28, pp. 1 e s. Outras indicações bibliográficas poderão ser obtidas em <http://www.europeanprivatecompany.eu/publications/index.php>.

susceptível de ser adoptada não só por PME desenvolvendo projectos transfronteiriços mas também por empresas de grande dimensão (desde que não assumissem a forma de “sociedade aberta”²⁵) e por empresas desenvolvendo projectos estritamente nacionais²⁶.

Este último factor – a possibilidade de a SPE funcionar como veículo para projectos estritamente nacionais ou, por outras palavras, a ausência de um requisito transnacional para a sua constituição – suscitava, por outro lado, muitas questões quanto à sua conformidade com o princípio da subsidiariedade, consagrado no art. 5.º do Tratado da Comunidade Europeia (hoje Tratado da União Europeia²⁷)²⁸. Mais claramente, questionava-se se os objectivos prosseguidos com a SPE não podiam ser atingidos pelos Estados-membros²⁹. Considerando a dimensão e os efeitos da medida, seria absolutamente necessário agir no plano europeu?

Antecipando-se aos obstáculos, a Comissão alegava que a medida era necessária para que as PME pudessem usar a mesma forma no espaço europeu e que este resultado nunca seria alcançado pela mera acção isolada dos Estados-membros, fundamentando, pois, a Proposta no disposto no art. 308.º do Tratado da Comunidade Europeia (hoje art. 352.º do TUE³⁰).

²⁵ Em contrapartida da sua flexibilidade, a SPE não podia ser uma “sociedade aberta” ou seja, aproveitando a fórmula do art. 13.º do Código dos Valores Mobiliários, não podia estar aberta ao investimento público. A distinção entre “sociedade aberta” e “sociedade fechada” começa a ser cada vez mais relevante, por força da distinção entre a *public company* e a *private company* do Direito anglo-saxónico. Cfr., sobre esta distinção, RUI PINTO DUARTE, “A Societas Privata Europaea: uma revolução viável”, cit., pp. 52-53.

²⁶ Cfr., por exemplo, em Portugal, RUI PINTO DUARTE, “A Societas Privata Europaea: uma revolução viável”, cit., p. 49 e p. 75, e, no estrangeiro, STEEF M. BARTMAN, “The SPE revolution”, cit.

²⁷ Doravante TUE. O TUE (versão consolidada) pode ser consultado, na versão em língua portuguesa, em http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012/consolidated_versions_of_the_treaty_on_european_union_2012_pt.pdf.

²⁸ Alguns, no entanto, partilhavam da ideia de que o recurso à SPE podia ser útil ainda em projectos não (não imediatamente) transfronteiriços. Cfr., neste sentido, JORGE M. CONTINHO DE ABREU, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, PAULO DE TARSO DOMINGUES, RICARDO COSTA, RUI PEREIRA DIAS, ELDA MARQUES, ORLANDO VOGLER GUINÉ, “O futuro do direito europeu das sociedades”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2012, vol. 8, pp. 22-23.

²⁹ Cfr., neste sentido, ADRIAAN F.M. DORRESTEIJN e ODEAYA UZIAHU-SAINTCROOS, “The Societas Privata Europaea under the magnifying glass (Part 1)”, cit., p. 278 e pp. 279-280.

³⁰ Onde se diz, no n.º 1: “[s]e uma acção da União for considerada necessária, no quadro das políticas definidas pelos Tratados, para atingir um dos objectivos estabelecidos pelos Tratados, sem que estes tenham previsto os poderes de acção necessários para o efeito, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu, adoptará as disposições adequadas. Quando as disposições em

Mas os argumentos eram susceptíveis de refutação – e foram objecto de refutação³¹.

Seja como for, o processo de aprovação da Proposta de Regulamento da SPE nunca chegou a bom termo³².

4. A Proposta de Directiva sobre a *Societas Unius Personæ*. Apreciação

4.1. O objectivo da Proposta e as linhas gerais da Directiva

O objectivo expresso da Proposta é a diminuição dos custos associados ao funcionamento das sociedades no espaço internacional. Mais precisamente, a Proposta visa, alegadamente, a criação de condições (mais) propícias à constituição de sociedades unipessoais com o intuito de favorecer o “desdobramento transfronteiriço” da actividade das PME nacionais – a criação de condições propícias a que, por exemplo, um empresário português possa exercer a sua actividade noutros países da Europa sem ter de constituir filiais em cada um deles.

No que toca ao conteúdo da Directiva, dir-se-ia, à primeira vista, que ele é modesto. A maioria das regras contidas na Directiva são, de facto, familiares porquanto (algumas) reproduzem as regras conhecidas da Directiva 2009/102/CE³³, e, conseqüentemente, se reconduzem às regras típicas das sociedades de responsabilidade limitada reguladas nos ordenamentos dos vários Estados-membros, e ainda a (outras) regras já avançadas no Regulamento da SPE.

O paradigma é, em suma, o das sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio reguladas no Direito interno, embora com o rótulo europeu “SUP”.

Veja-se, a título confirmatório, que aquilo que caracteriza essencialmente uma SUP é a susceptibilidade de criação por uma pessoa humana ou

questão sejam adoptadas pelo Conselho de acordo com um processo legislativo especial, o Conselho delibera igualmente por unanimidade, sob proposta da Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu”.

³¹ Cfr. ADRIAAN F.M. DORRESTEIJN e ODEAYA UZIAHU-SAINTCROOS, “The Societas Privata Europaea under the magnifying glass (Part 1)”, cit., pp. 279-280.

³² Um papel central no “boicote” à Proposta de Regulamento coube à Alemanha, a quem, alegadamente, interessaria, entre outra coisas, que o modelo nacional criado na mesma altura pela *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbrauchen* (MoMiG) – a *Unternehmergesellschaft (UG)* – se desenvolvesse plenamente primeiro.

³³ O Anexo II à Proposta contém, aliás, uma tabela de correspondência que comprova esta proximidade entre os dois documentos.

jurídica ou por via transformação de uma entidade pré-existente, a existência de um único sócio, a aquisição de personalidade jurídica no momento da realização do registo e a exigência de um capital social mínimo de um euro. Ou seja: nada estranho ou absolutamente inédito.

A verdade é que as primeiras impressões são enganadoras.

Quando se reflecte melhor sobre os objectivos da Proposta, verifica-se, em primeiro lugar, que talvez eles não sejam suficientes para justificar uma iniciativa deste tipo.

Se as empresas-alvo da Directiva são as PME, deveria demonstrar-se o nexo entre a Directiva e as PME, ou seja, que a medida se destina a satisfazer – a satisfazer exclusivamente – as necessidades destas empresas.

Ora, as medidas de coordenação prescritas na Directiva aplicam-se, em princípio, a outras empresas sem outras restrições que não a de serem sociedades unipessoais [cfr. art. 1.º, n.º 1, al. a), e n.º 3, da Directiva].

Além disso, quantas pequenas empresas, na realidade, necessitarão de (ou sequer se interessarão por) uma “expansão transfronteiriça”? Mais do que as pequenas empresas, não serão, pelo contrário, as grandes empresas quem beneficiará da medida? Não serão as grandes empresas que se sentirão tentadas a recorrer à SUP, vendo nela uma forma de contornar as exigências de formas mais complicadas (não obstante mais adequadas), como a *Societas Europaea*³⁴?

A previsão, por um lado, de constituição de uma SUP *ex nihilo* por qualquer pessoa singular ou colectiva (cfr. art. 8.º da Directiva) e, por outro lado, de que a participação social única seja detida por mais de uma pessoa (cfr. art. 15.º, n.º 3, da Directiva) contribuirão certamente para este resultado. Será apelativo e razoavelmente fácil para as grandes sociedades por quotas ou anónimas constituir uma SUP, convertendo-se em sociedades *holding* e ficando a deter a totalidade do capital social da SUP, e para as grandes sociedades por quotas converter-se numa SUP³⁵, passando os antigos sócios a ser contitulares da participação social única – em qualquer dos casos com grandes vantagens para os sócios fundadores e havendo o risco de que a sua pretensão seja, na realidade, criar um *corporate dummy*.

Quando se lê melhor o conteúdo da Directiva, verifica-se, em segundo lugar, que o regime da SUP, sendo embora familiar, é composto de aspectos menos “expectáveis”.

Mais do que isso, a Directiva encerra verdadeiros *statements* (ou tomadas de posição) quanto a algumas das questões mais controversas no

³⁴ Doravante SE.

³⁵ Apenas as sociedades de responsabilidade limitada enumeradas no anexo I são autorizadas a constituir uma SUP por transformação (cfr. art. 9.º, n.º 1, da Directiva).

âmbito dos Direitos europeus das sociedades. Mais precisamente, são postos em causa três grandes dogmas: o controlo da legalidade da constituição da sociedade através do registo, a doutrina da sede real da sociedade e o instituto do capital social.

Acresce a tudo isto o silêncio absoluto quanto ao envolvimento dos trabalhadores na gestão da empresa, o que alimenta, por sua vez, um debate antigo, sobre os modelos de *corporate governance* e, em particular, sobre a pertinência, no futuro, dos sistemas de co-determinação no âmbito da gestão de sociedades (*Mitbestimmung*), vigentes na Alemanha e em outros países europeus³⁶.

Quer dizer: o projecto sobre a SUP levanta fundamentalmente os mesmos problemas que, em última análise, conduziram à inviabilização do projecto sobre a SPE³⁷.

4.2. A estrutura da Directiva e os documentos anexos

A Directiva compõe-se precisamente de vinte e nove considerandos e trinta e três artigos, sendo acompanhada de dois anexos³⁸.

As cinco primeiras normas da Directiva estabelecem as regras gerais aplicáveis a todas as sociedades unipessoais de responsabilidade limitada (Parte I – arts. 1.º a 5.º). De acordo com o art. 1.º, n.º 3, nesta categoria incluem-se, além das SUP e das sociedades enumeradas no Anexo I, as restantes sociedades que, segundo a lei de cada Estado-membro, possam ser estabelecidas ou transformar-se em sociedades unipessoais. Por outras palavras: se um Estado-Membro conceder igualmente às sociedades anónimas a possibilidade de terem um único accionista, as regras aplicam-se a estas. O que significa que, em Portugal, ficam igualmente sujeitas à disciplina, desde logo, as sociedades anónimas referidas na norma do art. 488.º do Código das Sociedades Comerciais³⁹, isto é, que se encontram em relação de grupo por domínio total inicial⁴⁰.

³⁶ Sobre os receios que a Proposta já começou a suscitar na Alemanha a propósito do *Mitbestimmung* cfr., em particular, ULRICH SEIBERT (“SUP – Der Vorschlag der EU-Kommission zur Harmonisierung der Einpersonen-Gesellschaft”, cit., p. 210).

³⁷ Cfr., também neste sentido, JESSICA SCHMIDT [“Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?”, cit., p. 130].

³⁸ Ambos os anexos podem ser consultados, na versão em língua portuguesa, em <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20140212.do#dossier-COD20140120>.

³⁹ Doravante CSC.

⁴⁰ Podendo ainda equacionar-se a hipótese de sujeição das sociedades em relação de grupo por domínio total superveniente, referidas no art. 489.º do CSC. Sobre elas cfr.

Depois vem a parte mais extensa da Directiva, a das normas especiais. É aqui que se encontram as regras fundamentais componentes do regime jurídico da SUP e simultaneamente as mais polémicas. Aparecem divididas em sete capítulos (Parte II – arts. 6.º a 25.º). São aplicáveis exclusivamente às sociedades unipessoais de responsabilidade limitada criadas sob a forma de SUP.

Por fim, na última parte da Directiva estão contidas as disposições finais (Parte III – arts. 26.º a 33.º).

O Anexo I contém uma lista dos tipos de sociedades em cada Estado-membro a que se refere o art. 1.º, n.º 1, al. a), da Directiva, e que podem ser convertidas em SUP [a sociedade por quotas em Portugal, a *Private Limited Company (Limited)* em Inglaterra, a *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)* na Alemanha, a *Société à Responsabilité Limitée (SRL)* em França, a *società a responsabilità limitata* em Itália, a *sociedad de responsabilidad limitada* em Espanha, e por aí fora].

O Anexo II contém uma tabela de correspondência entre as normas da Directiva sobre a SUP e as normas da Directiva 2009/102/CE.

Os serviços da Comissão elaboraram ainda outros documentos de trabalho dirigidos, em primeiro lugar, à avaliação de impacto⁴¹ e, em segundo lugar, ao plano de implementação da Directiva⁴².

4.3. Os aspectos (mais) críticos da Directiva

4.3.1. O procedimento de registo

Um dos pontos mais sensíveis da Directiva é o disposto quanto ao registo da SUP.

Compreensivelmente face aos objectivos da Proposta, prevê-se, nos arts. 13.º e 14.º da Directiva, que o registo da SUP seja minimalista, mais precisamente que seja electrónico ou em linha, que possa ser executado à distância, sem necessidade de comparência física do fundador perante as

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Constituição de Grupo por Domínio Total Superveniente – O Tempo e o Modo”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2012, vol. 8, pp. 35 e s.

⁴¹ Pode ser consultado, na versão em língua inglesa, em <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document.do?code=SWD&year=2014&number=124&extension=null>. Pode ser consultado, na versão em língua portuguesa, o texto de síntese da avaliação em <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document.do?code=SWD&year=2014&number=123&extension=null>.

⁴² Pode ser consultado, na versão em língua inglesa, em <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document.do?code=SWD&year=2014&number=125&extension=null>.

autoridades, com base num modelo uniforme para os estatutos (cfr., em especial, art. 11.º da Directiva) e num modelo uniforme para o registo das informações e documentação exigíveis e que esteja concluído no prazo de três dias úteis.

A maior crítica dirige-se à dispensa da presença do fundador no momento do registo. Alega-se que isso torna a constituição de uma SUP independente de um controlo administrativo mínimo pois não é fácil – ou viável – verificar a identidade e as qualidades de uma pessoa por via electrónica. As dificuldades aumentam se a sociedade adoptar uma denominação de fantasia, o que é perfeitamente possível.

A situação, associada a outros aspectos da SUP, representa um risco agravado de ocorrência de casos de constituição de SUP com intenções fraudulentas ou ilegítimas. Uma SUP poderá ser utilizada, por exemplo, para “lavagem de dinheiro” ou para a prática de actos de fraude fiscal ou contra o património de terceiros; não sendo conhecida a identidade do sócio único, é quase certo que tais crimes resultarão impunes.

4.3.2. A lei aplicável

A Directiva representa o abandono da teoria da sede real (*real seat doctrine*) em prol da teoria da constituição ou da incorporação (*incorporation doctrine*), despertando novamente a discussão sobre a possibilidade de constituição de sociedades “postas-restantes”⁴³ (*letterbox companies*) e as suas indesejáveis consequências – a oportunidade que se abre para a evasão fiscal e o contorno às regras estabelecidas pelas legislações nacionais em todas as matérias⁴⁴.

⁴³ A expressão é usada por PAULO DE TARSO DOMINGUES na tradução do artigo de Giuseppe B. Portale, “Sociedade de responsabilidade limitada sem capital social e empresário em nome individual com ‘capital destinado’ (capital social, *quo vadis?*)”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2011, vol. 6, p. 268.

⁴⁴ Tecnicamente, como se verá de seguida em texto, parece ser o “registo” o elemento de conexão relevante (cfr. art. 7.º, n.º 4) – por sua vez associado à noção de “sede oficial” (cfr. art. 14.º, n.º 1, onde se diz que “[a]s SUP são registadas no Estado-Membro onde irão ter a sua sede oficial”), a que por fim acresce, no que toca a referências localizadoras na proposta de Directiva, a exigência de a SUP “ter a sua sede social e a sua administração central ou estabelecimento principal na União” (cfr. art. 10.º) – e não a lei segundo a qual a constituição (incorporation) é feita. Na realidade, porém, aquele critério redundava em mero sucedâneo deste, é uma das suas expressões ou variantes. Sobre a lei aplicável às sociedades comerciais, a liberdade de estabelecimento e questões associadas cfr., na doutrina portuguesa, entre outros, MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, “A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia”, in: *Temas de Integração*, 2003, n.ºs 15-16, pp. 383 e s.,

Como é sabido, a teoria da sede real determina a lei aplicável por referência ao Estado-membro onde se situa geralmente a administração da sociedade ou onde ela desenvolve a sua actividade principal (*central administration* ou *head office*), implicando que a sede real e a sede social ou estatutária – local da constituição da sociedade ou onde foi realizado o registo constitutivo (*incorporation seat* ou *registered office*) – coincidam.

A Directiva demarca-se claramente deste princípio logo aquando dos Considerandos. No Considerando 12 adverte-se que os Estados membros não poderão exigir que ambas as sedes – sede social (*registered office*) e administração central (*central administration* ou *head office*) – se localizem no mesmo território. Depois, no art. 13.º, n.º 1, da Directiva estabelece-se que, para efeitos de registo, os Estados membros (só) podem exigir informação quanto à localização da sede social ou estatutária e à localização da administração e/ou da actividade principal da sociedade, não deixando dúvidas sobre que é admissível que a sede social ou estatutária e a sede real se localizem em diferentes Estados-membros⁴⁵.

Adiante, no art. 7.º, n.º 4, da Directiva, determina-se que a SUP e os respectivos estatutos são regidos pela legislação nacional do Estado-membro em que a SUP está registada, consagrando claramente o registo constitutivo como factor de conexão.

A teoria da sede real pode, de facto, acarretar limitações sérias à liberdade de estabelecimento, regulada nos arts. 49.º e 50.º do TFUE⁴⁶. Ela implica, em princípio, que a sede real e a sede social possam dissociar-se, como é

IDEM, "O Acórdão Inspire Art Ltd: novo incentivo jurisprudencial à mobilidade das sociedades na União Europeia", in: *Temas de Integração*, 2004, n.º 17, pp. 123 e s., ALEXANDRE MOTA PINTO, "Apontamentos sobre a liberdade de estabelecimento das sociedades", in: *Temas de Integração*, 2004, n.º 17, pp. 59 e s., e n.º 18, pp. 141 e s., DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdade de estabelecimento, lei pessoal e reconhecimento das sociedades comerciais", in: *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 135 e s., RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas – Uma análise de Direito material e Direito de conflitos*, Coimbra, Almedina, 2007, IDEM, "As sociedades no comércio internacional" in: *Miscelâneas*, n.º 5, Coimbra, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, 2008, pp. 41 e s., IDEM, "O Acórdão Cartesio e a liberdade de estabelecimento das sociedades", in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2010, vol. 3, pp. 215 e s., IDEM, "O Acórdão Mömax do Tribunal de Justiça da União Europeia (6.2.2014, C-528/12) – Breves notas", in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2104, vol. 11, pp. 273 e s., e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência entre sistemas jurídicos da União Europeia e Direito internacional privado", in: *O Direito*, 2007, II, pp. 255 e s.

⁴⁵ Nada disto é infirmado pelo art. 10.º da Directiva, onde se diz que a sede social e a administração ou o local principal da actividade da SUP devem estar situados na União Europeia.

⁴⁶ Sobre a liberdade de estabelecimento cfr., por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 52 e s.

afirmado na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia⁴⁷ desde 1999 (caso *Centros*)⁴⁸ e foi há pouco lembrado pelo Grupo de Reflexão sobre o Futuro do Direito Europeu das Sociedades⁴⁹.

Ora, como se diz na exposição de motivos da Directiva, a ideia subjacente à SUP é o aproveitamento pleno dos benefícios do mercado único e, designadamente, o favorecimento da constituição, pelas PME, de SUP filiais noutros Estados-membros. Em coerência, concede-se a liberdade de escolha da localização da sede social (*freedom of incorporation*) e, por essa via, da lei aplicável, e a liberdade de localização ou transferência da sede real em/para local diferente da sede social⁵⁰.

⁴⁷ Doravante TJUE.

⁴⁸ Cfr. Acórdão do TJUE de 9 de Março de 1999 (Processo C-212/97) (que pode ser consultado, na versão em língua portuguesa, em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5108eac788aef428d8cdab77cd2fada32.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNbn0?docid=44462&pageIndex=0&doclang=PT&dir=&occ=first&part=1&cid=9966>), em que o TJUE concluiu que era admissível que uma sociedade efectuasse o registo no Estado-membro da sua eleição e levasse a cabo toda a sua actividade através de uma sociedade-filha constituída noutro Estado-membro. Considerou-se aí, mais concretamente, que a recusa por um serviço público dinamarquês de registar a sociedade-filha de uma sociedade constituída no Reino Unido, ainda que esta tivesse como finalidade o exercício da actividade, impedia o exercício da liberdade de estabelecimento. Sobre este Acórdão escreve DÁRIO MOURA VICENTE [“Liberdades comunitárias e Direito internacional privado”, in: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, 1 (2), p. 190]: “[a] liberdade de estabelecimento, na interpretação que lhe deu o acórdão *Centros*, tem, nesta medida, uma *projeção negativa* sobre a regra de conflitos que sujeita o estatuto pessoal das sociedades comerciais à lei do país da sede real e efectiva da sua administração, limitando o seu alcance em benefício da lei do país de acordo com a qual essas sociedades se constituíram - i.e, da lei do seu país de origem”.

⁴⁹ Cfr. *Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law*, de 5 de Abril de 2011 (que pode ser consultado em http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf). Os especialistas do Grupo de Reflexão (José Engrácia Antunes, Theodor Baums, Blanaid Clarke, Pierre-Henri Conac, Luca Enriques, Andrés Hanák, Jesper Lau Hansen, Harm-Jan de Kluiver, Vanessa Knapp, Noëlle Lenoir, Leena Linnainmaa, Stanislaw Soltysinski e Eddy Wymeersch) recomendavam mesmo a consagração, mediante directiva, do direito incondicional de uma sociedade constituída segundo a lei de um Estado-membro transferir a sua sede para outro Estado – uma “directiva de transformação transfronteiriça”, assegurando uma efectiva e plena liberdade de circulação e reconhecimento mútuo de sociedades. Para uma síntese do Relatório cfr. José ENGRÁCIA ANTUNES, “Novos rumos do direito societário europeu – O ‘Report of the Reflection Group on the Future of the EU Company Law’”, in: *II Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 347 e s.

⁵⁰ Esta última hipótese é, apesar de tudo, diferente da possibilidade de transferência da sede social ou estatutária da sociedade (*reincorporation*) (subentendido: sem que isto implique a sua dissolução e a criação de uma nova sociedade). Não obstante serem muitos a advertir para a necessidade e o interesse em que a legislação europeia acolhesse, em defi-

A verdade, porém, é que a consagração da sede social ou estatutária como critério da lei aplicável tem consequências (adversas) noutros planos. Ela propicia e potencia o *legal shopping*, conduzindo, em última análise, a uma harmonização de facto dos tipos de sociedades. Ou seja: por causa da diversidade entre as leis nacionais, a escolha da lei aplicável em cada caso recai, naturalmente, sobre as leis dos Estados-membros mais permissivas ou “brandas”. A concorrência (horizontal) que se gera inevitavelmente entre os ordenamentos acaba por converter estas últimas num parâmetro para os legisladores dos restantes Estados-membros, fixando o nível máximo das exigências em matéria societária, fiscal ou laboral.

No contexto da SUP, além do mais, a consagração da sede social ou estatutária suscita problemas acrescidos, em virtude da “facilitação” do processo de constituição. Não estão, como se viu, previstos quaisquer mecanismos de verificação da identidade e do bom nome do sócio fundador. Ora, isto aumenta consideravelmente os riscos de constituição abusiva de sociedades, ou seja, de recurso à SUP com o intuito exclusivo de beneficiar da lei mais favorável e sem que exista qualquer conexão real entre a SUP e o Estado-membro cuja lei se torna aplicável por esta via.

4.3.3. O capital social e os instrumentos de tutela dos credores

Quanto ao capital social, as exigências são reduzidas. Admite-se que o capital social mínimo seja um euro ou uma unidade da moeda nacional

nitivo, tal possibilidade, o facto é que a Directiva no domínio do direito das sociedades relativa à transferência da sede social (Décima Quarta Directiva), que chegou a ser esboçada pela Comissão, nunca passou do estágio de projecto (cfr., sobre o projecto de Décima Quarta Directiva e as razões para o seu não acolhimento, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, cit., pp. 809 e s.). Os únicos instrumentos por meio dos quais pode realizar-se actualmente, em certos termos, esta transferência são a fusão de sociedades de responsabilidade limitada, ao abrigo da Directiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005 (Décima Directiva) (que pode ser consultada, na versão em língua portuguesa, em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0056&from=PT>), e a *Societas Europæa* (SE), ao abrigo do Regulamento (CE) 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001 (que pode ser consultado, na versão em língua portuguesa, em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R2157&qid=1409751730612&from=EN>). Considera-se, no entanto, que nenhum destes instrumentos representa as mesmas vantagens económicas que representaria a adopção da (projectada) Décima Quarta Directiva. Cfr., neste sentido, o documento intitulado “European Added Value Assessment Directive on the cross-border transfer of a company’s registered office 14th Company Law Directive” (EAVA 3/2012) (que pode ser consultado, na versão em língua inglesa, em http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/494460/IPOL-JOIN_ET%282013%29494460_EN.pdf).

para os Estados-membros não pertencentes à área do euro (cfr. art. 16.º, n.º 1, da Directiva). Os Estados-membros ficam, por outro lado, impedidos de impor limites máximos para o valor da parte social única ou do capital realizado (cfr. art. 16.º, n.º 3, da Directiva).

É um facto que o instituto do capital social está em crise, tanto nos Direitos europeus⁵¹ como no Direito Europeu⁵² – sobretudo desde o *Final Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, de 4 de Novembro de 2002⁵³ 54.

⁵¹ Cfr., no Direito português, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, volume II – *Das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2011 (4.ª edição), pp. 450-451. O A. qualifica a garantia associada ao princípio da intangibilidade do capital social como “fraca”, uma vez que nada pode contra os riscos devidos a situações de subcapitalização por um lado, e contra o fenómeno da descapitalização devida a má gestão ou conjuntura económica desfavorável, por outro.

⁵² Como nota, por exemplo, KLAUS J. HOPT (“The European Company Law Action Plan Revisited: An Introduction”, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper n.º 140/2010, p. 5) um dos problemas mais controversos no Direito europeu das sociedades é o da disciplina do capital social (*legal capital*). Para uma síntese desenvolvida da evolução do capital social cfr. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Coimbra, Almedina, 2009.

⁵³ No Relatório (que pode ser consultado em http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf), os especialistas Jaap Winter, José Maria Garrido Garcia, Klaus J. Hopt, Jonathan Rickford, Guido Rossi, Jan Schans Christensen, Joëlle Simon, Dominique Thienpont, Karel Van Hulle) afirmavam que o regime do capital social tinha uma função de garantia diminuta e que esta função podia ser tão ou mais bem desempenhada por mecanismos alternativos. Recomendavam, por isso, que fossem revistas as regras sobre o capital social contidas, na altura, na 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 aceção do segundo parágrafo do artigo 58.º 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 (Segunda Directiva), e, além disso, que fossem desenvolvidos estudos sobre a viabilidade da adopção de mecanismos alternativos. Acrescente-se que a Segunda Directiva veio a ser, de facto, reformulada pela Directiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro (que pode ser consultada, em versão na língua portuguesa, em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0074:0097:PT:PDF>), mas esta constituiu uma iniciativa mais “tímida” do que aquilo que se esperava.

⁵⁴ Em compensação, a ideia de “sociedades de capitais sem capital social” está hoje largamente difundida. Cfr., para algumas notas sobre a matéria, GIUSEPPE B. PORTALE, “Sociedade de responsabilidade limitada sem capital social e empresário em nome individual com ‘capital destinado’ (capital social, *quo vadis?*)” (traduzido do italiano por Paulo de Tarso Domingues), in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2011, vol. 6, pp. 265 e s.

Na Proposta de Regulamento sobre a SPE, o capital mínimo era também de um euro. E em muitos países assistiu-se já à supressão da exigência do capital mínimo ou à redução para um montante simbólico, pelo menos no quadro de certos tipos de sociedades, mormente unipessoais. Assim sucede, antes de mais, com a *Private Limited Company (Limited)* do Direito inglês e ainda com a *Société à Responsabilité Limitée (SRL)* do Direito francês, com a *Unternehmergeellschaft (UG)* do Direito alemão, com a *Société Privée à Responsabilité Limitée-“Starter” (SPRL-S)* do Direito belga ou com a Sociedade por Quotas do Direito português⁵⁵.

Esta (in)exigência quanto ao capital social tem vários inconvenientes. Primeiro, retira, à partida, “seriedade” à empresa. Depois, é susceptível de representar uma situação de subcapitalização⁵⁶. Acima de tudo, e não obstante a busca de um montante compatível com uma “capitalização adequada” da SUP (que a prevenção do risco de subcapitalização implica⁵⁷) ser provavelmente infrutífera, o capital mínimo de um euro não se concilia bem com o propósito de desenvolvimento das empresas sob a forma de SUP, em atenção à (tendencial) relevância transfronteiriça do tipo⁵⁸.

A possibilidade de externalização dos custos do desenvolvimento da empresa e o risco de lesão dos credores e de outros *stakeholders* acentuam-se face ao disposto na Directiva quanto às reservas. Determina-se no art.

⁵⁵ Já há tempo alguma doutrina portuguesa sustentando a supressão do capital social das sociedades por quotas. Cfr. ALEXANDRE MOTA PINTO, “Capital social e tutela dos credores – para acabar de vez com o capital social mínimo das sociedades por quotas”, in: AA. VV., *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I – Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 856 e s.

⁵⁶ Ou seja: em que o valor do seu capital próprio ser inferior ao tido por exigível, de acordo com um certo critério ou para a consecução de um determinado fim (cfr. RUI PINTO DUARTE, “A Subcapitalização das Sociedades – Notas de Direito Privado e de Direito Fiscal”, in: *Estudos em Memória do Professor Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 1066) ou em que existe insuficiência de capitais ou de meios financeiros para a normal realização da actividade social [cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2012 (5.ª edição), p. 262].

⁵⁷ Como afirma RUI PINTO DUARTE (“A Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial”, in: *Fisco*, 1996, n.ºs 76/77, p. 56), “[a] possibilidade de um estado de subcapitalização implica um julgamento quanto ao grau ideal ou quanto ao grau exigível de capitalização”.

⁵⁸ Como alerta GIUSEPPE B. PORTALE [“Sociedade de responsabilidade limitada sem capital social e empresário em nome individual com ‘capital destinado’ (capital social, *quo vadis?*) (traduzido do italiano por Paulo de Tarso Domingues)”, cit. p. 274], mesmo nos Direitos internos, o acolhimento da “sociedade de capitais sem capital” tem sido fraco.

16.º, n.º 4, da Directiva que os Estados-membros estão impedidos de estabelecer reservas legais para as SUP⁵⁹.

No capítulo reservado ao capital social existem ainda regras sobre a distribuição em favor do sócio único de uma SUP. Antes de mais, diga-se que no conceito de distribuição adoptado para efeitos da Directiva cabe aquilo a que pode chamar-se “distribuição encoberta de lucros”. Nos termos do art. 2.º, n.º 3, distribuição compreende, de facto, “qualquer benefício financeiro directa ou indirectamente proveniente da SUP recebido pelo sócio único, em relação com a sua parte social, incluindo qualquer transferência de dinheiro ou bens (...) pode[ndo] assumir a forma de um dividendo, ter lugar através da aquisição ou venda de bens ou por qualquer outro meio”.

A distribuição ao sócio único pode realizar-se sempre que as SUP satisfizerem um teste de balanço, demonstrando que, após a distribuição, os seus activos remanescentes serão suficientes para cobrir integralmente o seu passivo. Não haverá distribuição se, à data de encerramento do último exercício, o activo líquido, tal como estabelecido nas contas anuais da SUP, for ou se tornasse, com essa distribuição, inferior ao montante do capital subscrito acrescido das reservas que os estatutos da SUP não permitem distribuir, sendo que o cálculo deve basear-se no último balanço aprovado (cfr. art. 18.º, n.º 2, da Directiva).

Não basta, contudo, o teste de balanço para que haja distribuição; é preciso ainda uma declaração de solvência da sociedade. Ou seja, tem de ficar demonstrado que a distribuição não compromete a capacidade da SUP de pagar as suas dívidas na data de vencimento após a distribuição. O órgão de gestão deve, por isso, confirmar por escrito que, tendo analisado em pormenor as actividades e perspectivas da SUP, formou um parecer razoável de que a SUP poderá pagar as suas dívidas à medida que forem vencendo no decurso normal das suas actividades no ano seguinte à data da distribuição proposta (cfr. art. 18.º, n.º 3, da Directiva).

Se aquele teste de balanço e esta declaração de solvência têm, em conjunto, aptidão para desempenhar a função dos mecanismos habituais (intangibilidade do capital social e reservas), como alguns pareciam acreditar no âmbito da SPE⁶⁰ ou como alguns tendem a defender de uma

⁵⁹ Com base na mesma norma, os Estados-membros devem, no entanto, permitir à SUP constituir reservas estatutárias.

⁶⁰ Cfr., por exemplo, GEORG LANFERMANN/MARC RICHARD, “Kapitalschutz in der Europäischen Privatgesellschaft”, cit., pp. 1610 e s.

forma geral⁶¹, é coisa que ainda terá de se ver⁶². A verdade é que a medida é uma alternativa àqueles e, neste caso, visa, de alguma forma, substituí-los. O que decerto dará lugar a muitas especulações e, inevitavelmente, a algumas críticas por parte dos mais tradicionalistas.

Seja como for, podem antecipar-se já algumas dificuldades. Entre elas, avulta a incerteza quanto à imparcialidade do órgão de gestão e, por conseguinte, ao rigor e à idoneidade da referida declaração de solvência.

Não é, de facto, seguro que o órgão de gestão seja em todos os casos independente do sócio único. Vendo bem, até há regras na Directiva que favorecem o contrário. Pense-se no direito de dar instruções ao órgão de gestão, que cabe ao sócio único (cfr. art. 23.º da Directiva) e que foi expressamente concebido a fim de facilitar o funcionamento da SUP como modelo para os grupos de empresas. Cabe ainda lembrar que não está excluída a hipótese de o órgão de gestão ser o sócio único. Tudo considerado, talvez seja de equacionar uma solução que passe por atribuir a função a um órgão externo à sociedade.

5. Considerações finais

5.1. O previsível impacto da Directiva

Se a Directiva vier a ser adoptada, os Estados-membros terão de proceder a um conjunto de adaptações no âmbito da disciplina aplicável à sociedade de responsabilidade limitada para aí acomodar a SUP, seja adaptando o subtipo de sociedade unipessoal eventualmente regulado,

⁶¹ Cfr., por todos, PETER BÖCKLI/PAUL DAVIES/EILIS FERRAN/GUIDO FERRARINI/JOSÉ GARRIDO, KLAUS HOPT/ALAIN PIETRANCOSTA/KATHARINA PISTOR/ROLF SKOG,/STANISLAW SOLTYSINSKI, JAAP WINTER/EDDY WYMEERSCH, "European Company Law Experts' Response to the European Commission's Consultation on the Future of European Company Law", May 2012, p. 16 (disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2012/company_law/additional-information/european-company-law-experts-ecl-e-additional-comments_en.pdf).

⁶² Sobre se o capital social é ou não um instituto antiquado em face de mecanismos como os testes e as declarações de solvência cfr., em especial, JOHN ARMOUR, "Legal capital: an outdated concept?", Working Paper n.º 320, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2006, pp. 1 e s., e STEFAN WIELENBERG, "Investment and Liquidation Incentives under Solvency Tests and Legal Capital", 2009, pp. 1 e s. (disponível em <http://ssrn.com/abstract=1528710>).

seja criando um novo subtipo de sociedade unipessoal de responsabilidade limitada (cfr. Considerando 10 da Directiva)⁶³⁻⁶⁴.

A médio prazo, a SUP é susceptível de ter repercussões na disciplina geral do Direito das sociedades, dado o “carácter de exemplo”⁶⁵ que ela terá relativamente aos tipos de sociedades (sociedades de responsabilidade limitada e não só) e a necessidade de – ou tendência natural para – uma uniformização dos regimes, pelo menos nos aspectos comuns. É já seguro que a Directiva representa uma inovação considerável em temas tão essenciais como o dos estatutos sociais, do processo de registo, do capital mínimo, das reservas legais, da distribuição de lucros, dos instrumentos de tutela dos credores, do equilíbrio entre os poderes do sócio e dos administradores, *etc.*

Mesmo quando o Estado-membro opte por aditar a SUP como um novo subtipo (não procedendo a qualquer substituição), não é previsível que a dualidade subsista durante muito tempo. E assim, “pela porta dos fundos” (*durch die Hintertür*), haverá lugar, depois algum tempo, a uma harmonização de facto dos tipos de sociedades nos vários sistemas jurídicos⁶⁶.

5.2. Exemplificação do impacto da Directiva. O confronto entre algumas normas da Directiva e as normas aplicáveis à sociedade unipessoal por quotas no Direito português em especial

Existem dois aspectos do regime contido na Directiva que, pelo seu distanciamento em relação ao regime da sociedade unipessoal por quo-

⁶³ Por outras palavras, e aproveitando a fórmula usada por JESSICA SCHMIDT [“Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?”, *cit.*, pp. 129 e s.], os Estados-membros são livres de decidir se as normas da Directiva se aplicam a todas as sociedades unipessoais por quotas (de modo a que todas as sociedades unipessoais por quotas sejam SUP) ou podem continuar a existir paralelamente sociedades unipessoais por quotas, sendo a SUP apenas uma opção adicional.

⁶⁴ Terão ainda de proceder a adaptações no âmbito da disciplina aplicável às sociedades unipessoais de outro tipo, nos casos em que um Estado-Membro permite que outras empresas que não as enumeradas no Anexo I sejam estabelecidas ou se transformem em sociedades unipessoais, uma vez que a Parte I da Directiva lhes será extensível [cfr. art. 1.º, n.º 3, da Directiva]. Em síntese, além da aplicação da Directiva a todas as SUP surgidas ao abrigo dela, a sua Parte I será aplicável ainda, em Portugal, às sociedades unipessoais por quotas e às sociedades anónimas unipessoais.

⁶⁵ A expressão é usada por RUI PINTO DUARTE (“A Societas Privata Europaea: uma revolução viável”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, *cit.*, p. 75) a propósito da SPE, ainda que com um sentido e para efeitos ligeiramente diferentes.

⁶⁶ É também a opinião (e as expressões) de JESSICA SCHMIDT [“Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?”, *cit.*, p. 130].

tas, é oportuno assinalar: a celebração de contratos entre o sócio único e a sociedade e a susceptibilidade de as SUP serem sócios únicos de outras sociedades.

A celebração de contratos entre o sócio único e a sociedade é submetida no Direito português a condicionamentos apertados. De acordo com a norma do art. 270.º-F do CSC devem verificar-se três requisitos: a adequação do negócio ao objecto social (art. 270.º-F, n.º 1, do CSC), a observância da forma legalmente prescrita para o tipo de negócio e, em qualquer caso, a forma escrita (art. 270.º-F, n.º 2, do CSC) e o patenteamento dos documentos de que constam os negócios jurídicos (art. 270.º-F, n.º 3, do CSC). Comina-se, além disso, a nulidade dos negócios jurídicos e a responsabilidade ilimitada do sócio no caso de desrespeito (art. 270.º-F, n.º 4, do CSC).

Como se disse noutra ocasião, os cuidados são, de uma forma geral, justificados⁶⁷. Sendo, em princípio, o sócio quem exclusivamente forma e manifesta a vontade da sociedade, não existe a saudável contraposição de interesses de que depende o equilíbrio de todo o negócio bilateral. O risco de sucumbência do interesse social ao interesse particular do sócio é, portanto, mais intenso e importa preveni-lo.

Entretanto, na Directiva a celebração de contratos entre o sócio único e a sociedade foi “liberalizada”. No art. 5.º, n.º 1, dispõe-se unicamente que “[o]s contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade devem ser registados por escrito” e no art. 5.º, n.º 2, da Directiva permite-se mesmo que, em certas situações, os Estados-membros dispensem este requisito.

Note-se que esta norma faz parte das normas gerais aplicáveis a todas as sociedades unipessoais de responsabilidade limitada, a que estão sujeitas, portanto, não só as SUP e as sociedades unipessoais por quotas mas também as sociedades anónimas com um único accionista.

Quanto à susceptibilidade de as SUP serem sócios únicos de outras sociedades, o art. 270.º-C, n.º 2 do CSC é peremptório: “[u]ma sociedade unipessoal por quotas não pode ter como sócio único uma sociedade unipessoal por quotas”.

Pretender-se-á evitar os “desdobramentos de personalidade” dos sujeitos e os inerentes desvios ao princípio da unidade ou indivisibilidade do património. Dados os riscos que estas situações envolvem, é compreensível que sejam excepcionais e que se limitem as excepções a uma única por sujeito.

⁶⁷ Cfr. CATARINA SERRA, “As novas sociedades unipessoais por quotas (Algumas considerações a propósito do DL n.º 257/96, de 31 de Dezembro)”, cit., pp. 137-138.

Em contrapartida, segundo a norma do art. 6.º, n.º 2, da Directiva que “[o]s Estados-Membros não devem impedir que as SUP sejam sócios únicos de outras empresas”. Quer dizer: uma SUP é livre de constituir outra SUP e esta de constituir uma outra SUP e assim sucessivamente.

A diferença dos regimes é ilustrativa da dualidade de paradigmas subjacentes a cada um dos tipos. Abstraindo da discussão sobre o maior mérito de um ou de outro, a diferença não deixa dúvidas quanto ao impacto “para baixo” que o eventual acolhimento da SUP, tal como está configurada na Directiva, terá no desenvolvimento dos Direitos internos.

5.3. Conclusão

A Directiva permite que qualquer pessoa (singular ou colectiva) constitua, à distância e sem certificação da sua identidade, sem sócios e (quase) sem capital, uma sociedade de responsabilidade limitada que poderá desenvolver a sua actividade em qualquer Estado-membro independentemente do seu local de registo.

Há, manifestamente, alguns desvios ao *acquis communautaire*, que põem em crise algumas instituições tradicionais do Direito das sociedades e começam já a despertar uma firme oposição por parte de alguns Estados-membros, como é o caso da Alemanha⁶⁸.

Não é possível desvalorizar toda a oposição com base em que ela se deve a mero conservadorismo ou tem puros instintos proteccionistas. Espera-se, por isso, que a Proposta dê origem a um debate alargado. Perante os sinais já existentes, é provável que o processo demore algum tempo e que, no melhor cenário, a Proposta só venha a ser aprovada desde que se atenuem o seu carácter liberal, seja “cortando” nas liberdades seja aumentando os mecanismos de controlo da SUP.

⁶⁸ São poucos os países em que o processo de escrutínio sobre a Proposta já se completou. Mas a Alemanha é um deles. Na sua Resolução de 11 de Julho de 2014, o *Bundesrat* critica vivamente a Proposta e conclui com uma sugestão: que a Proposta seja integralmente revista. Os argumentos centrais do *Bundesrat* são, resumidamente: a desconformidade da base legal da Proposta com o previsível impacto da Directiva sobre as legislações nacionais; a inadequação da disciplina relativa ao processo de constituição, em particular a dificuldade de verificação da identidade do fundador da SUP; a incompatibilidade do regime do capital social com a necessidade de tutela dos credores e dos consumidores; a contradição entre a possibilidade de dissociação da sede real e da sede social atendendo à liberdade de estabelecimento; e a previsível insuficiência da Directiva enquanto instrumento de constituição de SUP sujeitas a um regime uniforme (dada a aplicabilidade subsidiária dos regimes nacionais). O documento pode ser consultado em <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/scrutiny/COD20140120/debra.do>.

É claro que, para justificar a Directiva, é sempre possível enaltecer os seus méritos e insistir na ideia de que tudo vale a pena quando o que está em causa é apoiar o desenvolvimento das PME (*small is beautiful*).

Mas isso não é absolutamente verdade. Primeiro, porque, como se viu, nem todos os destinatários da Directiva são PME⁶⁹. Depois, porque nem sob pretexto de apoio às PME podem acolher-se todas as medidas sem olhar às consequências que daí advêm⁷⁰ (*wouldn't it become a Golem?*).

⁶⁹ Para o facto alerta também ULRICH SEIBERT (“SUP – Der Vorschlag der EU-Kommission zur Harmonisierung der Einpersonen-Gesellschaft”, cit., p. 209), comentando que esse era também um dos propósitos do projecto sobre a SPE, sendo certo que este falhou.

⁷⁰ JESSICA SCHMIDT [“Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?”, cit., p. 130] defende a reanimação do Projecto sobre a SPE, qualificando a SUP, num jogo de acrónimos, como “subóptima” e não “super”. Segundo a A., na perspectiva das PME europeias a SUP é um *minus* relativamente à SPE, uma vez que esta, ao contrário daquela, seria uma genuína forma jurídica supranacional. Nessa medida, a SPE seria, por um lado, também uma forma de sociedade de pessoas e, portanto, susceptível de ser usada em casos como o das empresas familiares e, por outro, não importaria tantas alterações para os sistemas jurídicos nacionais.

RESUMO: Quer em Itália, quer em Portugal, tiveram recentemente lugar significativas reformas no direito das sociedades fechadas. Em ambos os casos, os pontos fundamentais dizem respeito ao capital mínimo e aos novos meios de constituição simplificada. Oferece-se aqui um panorama comparativo entre as soluções adotadas pelos dois Países, com o resultado que afinal testemunha uma maior eficácia – e uma maior ousadia – das soluções lusitanas.

Palavras-chave: Sociedades por quotas (SQ); Sociedades de responsabilidade limitada italianas (SRL); capital social livre; sociedade simplificada; empresa na hora.

ABSTRACT: Both Italian and Portuguese company laws have been recently experiencing meaningful reforms in the field of private companies. Main targets were, in both of the cases, minimum legal capital regime and the new means for a company's simplified establishment. In this article Italian and Portuguese solutions are comparatively analyzed, and Portuguese SQ's reforms result to be more pondered and effective, besides more daring from several points of view.

Keywords: Portuguese private company (SQ); Italian private company (SRL); minimum legal capital regime; simplified company; on-line company establishment.

ALESSIO BARTOLACELLI*

À procura da simplificação. Notas comparativas entre as recentes alterações da disciplina das SQ portuguesas e SRL italianas**

Introdução

Ao longo dos últimos dez anos, e em consequência de uma tendência de há pelo menos duas décadas, em desenvolvimento em toda a União Europeia e não só¹, quer Itália, quer Portugal têm aprovado significativas

* TRENTINO & Marie Curie PostDoc Fellow na Università di Trento – Itália

** alessio.bartolacelli@unitn.it. O presente artigo, que parte de uma investigação mais ampla em tema de sociedades de capital social reduzido como membros de um AEIE, beneficiou do financiamento do projeto “GEIE/GECT-TN”, outorgado pela Provincia Autonoma di Trento e pela União Europeia – 7th Framework Program – Marie Curie Action – COFUND – projeto TRENTINO.

O Autor deseja agradecer de maneira particular ao Prof. Dr. José Augusto Engrácia Antunes pelo carinho, o apoio e o incentivo que sempre tem proporcionado e à Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto por permitir o acesso à Biblioteca e oferecer hospitalidade durante o mês de Abril 2014.

medidas de alteração às respetivas leis sobre as sociedades fechadas com responsabilidade limitada dos sócios.

Já é pelo leitor português perfeitamente sabido como tais alterações tiveram um impacto sobre a disciplina das sociedades por quotas (SQ)²; talvez menos conhecidas são as modificações que ocorreram nas «società a responsabilità limitata» (SRL) italianas³. O objetivo deste trabalho é o de fornecer uma comparação entre as duas obras de modificação, salientando as analogias e, sobretudo, as diferenças, numa perspetiva que possa ser de qualquer utilidade ao jurista português, se calhar também em termos *de iure condendo*.

Um devido agradecimento também para os funcionários da Biblioteca da sempre amada Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pela ajuda que proporcionaram durante a pesquisa de material para este artigo, e um imenso, agradecido e amigo obrigado ao Mestre Rui Pereira Dias pelo (literalmente) impagável trabalho de *proofreading*.

¹ Veja-se em particular, sobre os temas aqui tocados, ALESSIO BARTOLACELLI, "Società chiusa e capitale sociale minimo: tendenze europee", *Giur.Comm.*, 2014, I, p. 519 ss., e ID., "Nuove esperienze europee in tema di costituzione "semplificata" e "a basso costo" di società con responsabilità limitata", *ibi*, em curso de publicação.

² Sobre os perfis aqui salientados, vejam-se em especial pelo menos, em tema de regime de constituição imediata das sociedades: ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, "Empresas na Hora", in *Temas Societários*, Almedina, 2006; e sobre o regime de «capital social livre» nas SQ: PAULO DE TARSO DOMINGUES, "O novo regime do capital social nas sociedades por quotas", *DSR*, 2011, p. 97 ss.; as obras contidas na primeira parte de ID., MARIA MIGUEL CARVALHO (coord.), *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, Almedina, 2011 (ou seja: MARIA MIGUEL CARVALHO, "O Novo Regime Jurídico do Capital Social das Sociedades por Quotas", *ibi*, 9 ss.; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, "Subcapitalização de Sociedade e Desconsideração da Personalidade Jurídica", *ibi*, 37 ss.; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, "O Capital Social das Sociedades por Quotas e o Problema da Subcapitalização Material", *ibi*, 43 ss.; MARIA ELISABETE RAMOS, "Capital Social Livre? Reflexões em Torno da Responsabilidade dos Sócios e dos Gerentes", *ibi*, 85 ss.); FILIPE DOMINGUES CERQUEIRA ALVES, "O Decreto-Lei 33/2011 e as Entradas em Indústria nas Sociedades por Quotas" in *Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais*, coord. por MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, Almedina, 2013, p. 237 ss.

³ Além das alterações produzidas antes pela reforma sistemática do direito das sociedades de capital, d.lgs. 17 Janeiro 2003, n. 6, e sucessivamente pelas intervenções legislativas entre 2005 e 2010 (sobre as quais veja-se em língua portuguesa PAOLO FLAVIO MONDINI, "A Evolução do Direito das Sociedades de Capitais em Itália, nos Anos de 2005 a 2010", *DSR*, 2010, p. 217 ss.), o direito das SRL teve importantes modificações entre 2012 e 2013 com a introdução da SRL assim chamada de «semplificata» e da efémera época das «società a responsabilità limitata a capitale ridotto»; sobre tais figuras veja-se difusamente *infra* no texto. E ainda, de um ponto de vista sistemático, saliente-se a substancial redução do capital social mínimo requerido pelas SRL a apenas um euro. Também este perfil será *infra* objeto de específica atenção.

1. A situação das SQ portuguesas

Também por causa da grave crise económica que desde 2008 está a dar golpes à economia europeia⁴, o tema da facilidade de aquisição de responsabilidade limitada por parte de sócios de sociedade comercial – e, para o que aqui interessa, das sociedades por quotas de direito português e das SRL italianas – tem frequentemente sido tratado pelo legislador, com o fim de encontrar meios para uma maior celeridade na constituição e uma redução dos custos envolvidos na operação⁵.

Aos olhos do jurista estrangeiro que observe a realidade das SQ portuguesas, duas são as linhas de intervenção normativa que maiormente parecem de interesse.

Em primeiro lugar, pelo menos por razões temporais, situa-se a disciplina da constituição imediata (ou dentro de prazos muito reduzidos) das sociedades comerciais, quer na forma da «Empresa na Hora»⁶, quer nos termos do Decreto-Lei n.º 125/2006 de 29 de Junho e sucessivas modificações.

Ainda maior impacto tem o regime de “Capital Social Livre” introduzido pelo art. 3º do Decreto-Lei n.º 33/2011 de 7 de Março, que alterou completamente a redação do art. 201 CSC.

⁴ Mas nem só por isso: como em breve se poderá observar, as primeiras medidas foram adotadas em 2005/2006 e tinham declaradamente uma função de apoio ao desenvolvimento empresarial e em particular ao acréscimo de facilidade e velocidade no estabelecimento de atividades comerciais em forma societária; isso numa função de acrescida competição entre os sistemas nacionais em tema de *private companies*, especificamente depois dos acórdãos que se seguiram ao bem conhecido acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias *Centros Ltd vs. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, C-212/97: sobre o tema veja-se, em português, GIUSEPPE BENEDETTO PORTALE, “Sociedade de responsabilidade limitada sem capital social e empresário em nome individual com «capital destinado» (Capital social *quo vadis?*)”, *DSR*, 2011, p. 265 ss., esp. p. 268.

⁵ Salienta ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Empresas na Hora”..., p. 61 ss., que as razões do legislador foram baseadas também sobre Recomendações da Comissão Europeia e mais iniciativas e resoluções principalmente em sede europeia, todas finalizadas à «agilização da constituição de empresas». Note-se que o tema é novamente desenvolvido pela consulta pública da Comissão Europeia, de 8 de Setembro 2014, sobre a Lei de Pequenas Empresas, onde o primeiro ponto de proposta é de “[a]dotar um regulamento da UE sobre simplificação regulamentar, assegurando que é possível iniciar uma empresa com um custo máximo de 100 € e no prazo de três dias” (Documento: “Uma política europeia forte de apoio às Pequenas e Médias Empresas (PME) e aos empresários para 2015-2020”, Ref. Ares(2014)3007161 – 15/09/2014, disponibilizado na Internet ao endereço <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/6761/?locale=pt>, p. 5).

⁶ V. Decreto-Lei 111/2005, de 8 de Julho e sucessivas alterações.

As duas referidas medidas normativas estão perfeitamente inseridas na tendência europeia que já se referiu *en passant*: como em cada País, todavia, também a experiência portuguesa tem as suas próprias especificidades.

1.1. As medidas de maior agilização na constituição das SQ

A criação de regimes especiais de constituição das sociedades aconteceu de uma forma que se pode definir como «progressiva», mas contudo coerente no seu complexo e valente na sua maneira de realização, apesar de ter contrariedades «pesadas», fruto duma forte *path dependence* com a tradição.

Neste sentido, deve-se salientar como as alterações na fase constitutiva da sociedade vieram desde um conjunto de intervenções normativas sucessivas que visaram a estabelecer um sistema de simplificação no direito português das sociedades comerciais, do qual é sem dúvida manifestação o Decreto-Lei 76-A/2006 de 29 de Março. Não é por acaso que logo no primeiro artigo daquele diploma se pode ler que um dos fins da dita medida normativa é a «eliminação da obrigatoriedade das escrituras públicas relativa aos actos da vida das empresas»; dentro de tais atos, evidentemente, um papel fundamental é desempenhado pela própria constituição das sociedades, que, mesmo na modalidade comum prevista pelo CSC ao art. 7, já não implica necessariamente uma presença notarial no momento do estabelecimento da sociedade, sendo suficiente um documento particular no caso da SUQ (onde as assinaturas dos subscritores sejam reconhecidas presencialmente, no caso das SQ pluripessoais)⁷. Esta modalidade de início do processo de constituição⁸, em que se torna visível uma, pelo menos parcial, embora muito significativa, «desnotarização» do processo constitutivo das sociedades comerciais portuguesas põe-se numa situação de continuidade com anteriores medidas normativas⁹ remontantes, no seu início, já aos primeiros anos da década 1990. O processo ganhou, todavia, maiores velocidade e eficácia a partir do Decreto-Lei n.º 111/2005, de 8 de Julho, com a disciplina da «Empresa na Hora», ou seja, do regime de cons-

⁷ Isso a não ser que, como o mesmo art. 7, n.º 1, CSC explica, uma forma mais solene seja exigida por causa da natureza jurídica dos bens com que os sócios entrem para a sociedade.

⁸ Que, como é sabido, completar-se-á com o registo comercial definitivo e a publicação respetiva, ao abrigo dos arts. 5 e 166 ss., CSC.

⁹ Como bem é salientado por JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades. Parte geral*, 2ª ed., sem editora, 2011, p. 169 s., n. 360, com mais citações.

tuição imediata das sociedades¹⁰ através da «concentração num único balcão público da realização das formalidades constitutivas – usualmente, as conservatórias do registo comercial ou os centros de formalidades de empresas»¹¹.

Um dos pressupostos que permitem o resultado duma constituição que, ao abrigo do art. 5, DL 111/2005, se pode realizar «no mesmo dia, em atendimento presencial único», é que o ato constitutivo da sociedade seja feito por meio de um «pacto ou acto constitutivo de modelo aprovado»¹² pelo IRN, I.P.¹³. Este pressuposto encontra bastantes analogias no direito comparado das sociedades de base «fechada», em particular caso se olhe para a experiência das *Limited* do Reino Unido, onde *model articles* são tradicionalmente disponibilizados para quem queira estabelecer uma sociedade¹⁴.

Os modelos de pacto pré-aprovados¹⁵ são conhecidos também pela disciplina das «sociedades de responsabilidad limitada» espanholas, nomeadamente na variante «Nueva Empresa» (SLNE) introduzida em 2003; eles são todavia, conforme o ditado normativo, meramente «orientativos»¹⁶, no sentido que também se pode constituir uma SLNE sem necessariamente utilizar os pactos pré-aprovados, tendo o uso destes a consequên-

¹⁰ E, sucessivamente e com modalidades similares, das sucursais de sociedades estrangeiras (Decreto-Lei 73/2008, de 16 de Abril) e até das associações (Lei 40/2007 de 24 de Agosto).

¹¹ Assim JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...*, p. 159, n. 331.

¹² Art. 3, n.º 1, a), DL 111/2005, na redação introduzida pelo art. 34, DL 247-B/2008, de 30 de Dezembro.

¹³ Consistindo os restantes pressupostos para a aplicação da disciplina da «Empresa na Hora»:

a) na escolha da firma da sociedade através de uma das modalidades exprimidas pelo art. 3, n.º 3, DL 111/2005; e

b) em estarem os bens eventualmente diferentes de dinheiro e sujeitos a registo que os sócios queiram dar como entradas a realizar o capital social já definitivamente registados em nome daqueles sócios.

Em particular, este segundo pressuposto será seguidamente objeto de maior atenção numa perspetiva comparada.

¹⁴ E no Reino Unido os *model articles* estão disponíveis também para constituição de *Public companies*; podem-se encontrar os modelos atualizados na Internet no sítio <http://www.companieshouse.gov.uk/about/modelArticles/modelArticles.shtml>

¹⁵ Neste caso pelo Ministério de Justicia espanhol, por meio da Orden Jus/1445/2003 de 4 Junho, publicada no Boletín Oficial del Estado (BOE) n.º 134 de 5 Junho 2003, p. 21819 ss.

¹⁶ Veja-se sobre o ponto JORGE ARISTIDE VIERA GONZÁLEZ, “Anotaciones a los estatutos orientativos de la sociedad limitada nueva empresa y posibilidades de configuraciones diversas”, *RdS*, 2003, p. 207 ss.

cia de garantir o completamento das operações de constituição da sociedade dentro de 24 horas; caso os sócios prefiram, pelo contrário, estatutos sociais mais pessoalizados, tal implicará a decorrência dos prazos usuais de registo.

Depois da lei de modernização, aquando de 2008, do direito alemão das sociedades, e das GmbH em particular¹⁷, na lei alemã das GmbH (GmbHG) apareceu também a possibilidade de utilizar, para uma mais rápida constituição da sociedade¹⁸, um pacto *standard* («Musterprotokoll»), pré-aprovado pelo mesmo legislador¹⁹, que não dispensa a intervenção do notário, mas, para além de acelerar o inteiro processo, envolve também uma redução dos seus custos²⁰; este meio simplificado de constituição, todavia, só pode ser utilizado no caso em que não haja mais do que três sócios (está ainda disponível um modelo específico para as sociedades unipessoais) e um único gerente. As restantes previsões da GmbHG aplicam-se também, sem particulares exceções, às sociedades²¹ constituídas por meio do referido sistema.

Voltando ao sistema português, portanto, observa-se como é absolutamente comum que, nos Países em que se pretenda agilizar os processos de constituição de sociedades, se dê aos sócios a possibilidade de adotar pactos ou atos constitutivos pré-aprovados, cabendo-lhes simplesmente o dever de os completar com as informações pessoais e – mais importante, ainda que às vezes quase esquecido – o objeto da sociedade²². Não sur-

¹⁷ Trata-se da «MoMiG», sobre a qual veja-se, em português, RUI PEREIRA DIAS, “A Reforma de 2008 do Direito das GmbH (Desenvolvimentos Recentes do Direito das Sociedades na Alemanha)”, *DSR*, 2009, p. 243 ss.

¹⁸ «Die Gesellschaft kann in einem vereinfachten Verfahren gegründet werden»: § 2 (1a), GmbHG.

¹⁹ O texto dos Musterprotokoll é anexo ao da mesma GmbHG.

²⁰ V. MICHAEL BEURSKENS, ULRICH NOACK, “The Reform of German Private Limited Company: Is the GmbH Ready for the 21st Century?”, *German Law Journal*, 2009, 9, p. 1069 ss., p. 1073.

²¹ Que podem ser quer em forma de GmbH, quer de Unternehmergeellschaft (*haftungsbeschränkt*) (UG), aditada na GmbHG (§ 5a) pela mesma «MoMiG» como variante da GmbH (e portanto não como tipo autónomo) com baixo nível de capital social inicial.

²² É neste sentido muito interessante o exemplo que vem da já citada SLNE espanhola. Embora se tenha que observá-la com um olhar quase de historiador do direito, anotando o escasso sucesso que este modelo social encontrou na *praxis* e a sua consequencial ausência no texto do «Anteprojecto de Ley del Código Mercantil» (na versão aprovada pelo Governo espanhol o dia 30 de Maio 2014 e disponível na Internet no sítio http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427023422?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAnteproyecto_de_Ley_de_C%C3%B3digo_Mercantil.pdf&blobheadervalue2=1288788719402; sobre o ponto veja-se, em particular, o paragrafo III-50 da «Espo-

preende, portanto, o facto de estarem os pactos pré-aprovados presentes também na disciplina da constituição *on-line* de sociedades oferecida pelo Decreto-Lei n.º 125/2006 de 29 de Junho, onde se prevê, no art. 11, que, em caso de utilização dos ditos modelos²³, logo após a confirmação do pagamento, o serviço competente procede imediatamente às diligências requeridas pelo sucessivo art. 12; o que produz, de facto, o aperfeiçoamento da constituição da sociedade.

Segundo um princípio de economicidade, e visando as disciplinas da «Empresa na Hora» e do «Regime especial de constituição *on-line* de sociedades» a regulação do mesmo perfil da fase da constituição da sociedade, segundo duas modalidades só parcialmente diferentes²⁴, os modelos, quer para SQ pluripessoais, quer para SQ unipessoais, quer também – embora não mereça específica atenção no quadro deste estudo – para as SA são os mesmos, nas duas formas especiais de constituição²⁵.

sición de motivos» preliminar ao texto e a sequencial disposición transitoria primera, n.º 3), o tema do objecto social era muito relevante na variante em análise. Lê-se, de facto, nos números 1 e 2 do art. 436, RDL 1/2010 (texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital): «1. La sociedad nueva empresa tendrá como objeto social todas o alguna de las siguientes actividades, que se transcribirán literalmente en los estatutos: agrícola, ganadera, forestal, pesquera, industrial, de construcción, comercial, turística, de transportes, de comunicaciones, de intermediación, de profesionales o de servicios en general.

2. Además, los socios fundadores podrán incluir en el objeto social cualquier actividad singular distinta de las anteriores. Si la inclusión de dicha actividad singular diera lugar a una calificación negativa del registrador mercantil de la escritura de constitución de la sociedad, no se paralizará su inscripción, que se practicará, sin la actividad singular en cuestión, siempre que los socios fundadores lo consientan expresamente en la propia escritura de constitución o con posterioridad».

Neste sentido, pode então afirmar-se que a tentativa feita pelo legislador espanhol da SLNE tinha visado, embora com êxito não deslumbrante, a potencial eliminação também da principal das possibilidades de influência dos sócios sobre os pactos sociais, ou seja, a própria redação dos objetos que as sociedades iriam ter, fornecendo também uma regra supletiva para o caso de os objetos de escolha pessoal não serem aprovados pelo Registo Mercantil.

²³ E não havendo entradas em espécie, nem sendo necessária, para a constituição da sociedade, qualquer tipo de autorização especial; nestes casos o prazo de realização das «diligências subsequentes» (ou seja, registo do pacto e publicação, além das demais comunicações de ordem fiscal e previdencial) passa a ser de dois dias úteis a contar da confirmação do pagamento (art. 11, n.º 3, DL 125/2006).

²⁴ Como é salientado por JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...*, p. 158, trata-se sempre de constituição imediata de sociedades, que aliás se pode alcançar «seja através de bases físicas ou documentais tradicionais (...), seja através de procedimento eletrónico em sítio da internet (...)».

²⁵ Sendo também o mesmo o Instituto (IRN, I.P.) de onde, ao abrigo do art. 6, n.º 1, c), DL 125/2006 e art. 3, n.º 1, a), DL 111/2005, promana a aprovação dos referidos modelos,

Para completar, deve-se ainda considerar mais um perfil sobre este tema, que diz respeito aos modelos de pactos elaborados pelo IRN. Ainda que a estandardização que conduz à utilização de pactos pré-aprovados seja um obstáculo à plena expressão da vontade dos sócios²⁶, o legislador português procurou minimizar esta desvantagem através da predisposição de modelos diferentes. Isso não só em relação ao tipo social, como já se disse, mas sim também, dentro do mesmo tipo social (aliás, no nosso caso, a SQ), ao consentir a escolha entre dois modelos para as SQ pluripessoais e ao elaborar um modelo específico²⁷ para as SQ unipessoais. As diferenças entre os dois pactos de modelo para sociedades por quotas pluripessoais são substancialmente no sentido de fornecer à nascente sociedade e aos sócios dela uma maior ou menor organização, sendo o modelo 1/2006 mais simples e minimal, enquanto o 2/2006 tem mais – em verdade não muito mais – detalhes sobre prestações suplementares, cessão de quotas a estranhos e amortização da quota²⁸. Deve-se contudo sublinhar que a adesão ao pacto ou ato modelo é funcional somente à constituição imediata e com baixos custos de implementação; nada de facto obsta a que,

embora, curiosamente, no primeiro caso a competência caiba ao diretor-geral dos Registos e do Notariado, enquanto no segundo cabe ao Presidente do IRN, I.P.

²⁶ Expressão que é contudo permitida, sendo possível a utilização de atos constitutivos completa e livremente elaborados pelos interessados, pelo menos no regime especial de constituição *on-line*, sendo consequência disso simplesmente um aumento dos custos (de 220 para 360 euros, mais, naturalmente, os custos envolvidos na redação do ato por parte de um profissional jurídico) e um relativo atraso no processo de tramitação do procedimento (de constituição imediata para dois dias úteis a contar do pagamento).

²⁷ Pelo que consta ao autor, para a SUQ foram elaborados pelo menos dois sucessivos estatutos de modelo, o S.U.Q.1/2006 e o S.U.Q.1/2008; os dois são praticamente idênticos, mas a segunda redação foi realizada para permitir as entradas em espécie diferentes de dinheiro que eram inicialmente impedidas na constituição da sociedade com a modalidade de «Empresa na Hora» e só foram permitidas a contar do DL 247-B/2008, de 30 de Dezembro; sobre esta circunstância veja-se ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Empresas na Hora”..., p. 88, que além disso acusa como «óbvia» a proibição de entradas de indústrias tendo a motivação de se tratar de sociedades anónimas e por quotas. Uma diferente abordagem ao tema, a seguir o novo regime de Capital Social Livre mas necessariamente em perspectiva *de iure condendo*, é proporcionada por FILIPE DOMINGUES CERQUEIRA ALVES, “O Decreto-Lei 33/2011 e as Entradas em Indústria nas Sociedades por Quotas”..., esp. p. 256 ss.

²⁸ Não é bem claro se a adoção do modelo 2/2006 envolve por si mesma a presença de todas as cláusulas que dizem respeito às três possibilidades mencionadas, ou se está na faculdade dos sócios escolher somente alguma entre elas; parece-me todavia que a própria natureza de pactos modelo exige uma escolha entre uma adesão completa ao ato pré-aprovado (o que consente a ativação do procedimento de constituição imediata) e o procedimento senão normal, pelo menos nos termos (contudo breves, mas) não imediatos de que já se falou antes.

uma vez a sociedade já esteja constituída, os sócios procedam à alteração o contrato, com a maioria prevista pelo art. 265 CSC ou a ainda mais elevada que for eventualmente exigida pelo próprio contrato²⁹. Uma tal consideração, ainda que possa parecer trivial, e nem só ao jurista português, mas também aos que se ocupem do tema em quase todos os Países que já adotaram um sistema de estatutos estandardizados – evidentemente por eles serem em função só da redução de custos ou tempo necessários para a constituição da sociedade, e não pela aplicação duma específica disciplina diferencial *durante societate* – faz todavia sentido em relação à experiência italiana, que em breve será apresentada.

1.2. O capital social livre e a acrescentada economicidade na fase inicial das SQ

Além da constituição imediata, ou quase, das sociedades segundo a disciplina que há pouco se esboçou, também de grande interesse para o jurista estrangeiro que observe o sistema das SQ portuguesas é o regime de capital social livre aditado pelo Decreto-Lei n.º 33/2011 de 7 de Março, enquanto parte de uma tendência mais global³⁰. E como o tema envolve de perto os perfis ligados aos custos que os sócios têm que suportar para a constituição da sociedade, parece justificar-se o tratamento conjunto das duas questões³¹.

Quanto ao capital social livre, já muito foi escrito sobre o assunto em Portugal³²; para o que aqui releva, são apenas precisas algumas considerações de sistema que se tornarão úteis aquando da exposição da disciplina italiana no próximo parágrafo.

O sistema de capital social livre elaborado pelo legislador português parece muito similar, numa perspetiva de direito comparado, àquele criado para a «société à responsabilité limitée» (SARL) francesa em 2003. De facto, antes da *loi* 2003-721, de 1 de Agosto, o capital social mínimo para constituir uma SARL era de 7.500 euros; o citado diploma trouxe

²⁹ Caindo a disciplina da alteração do contrato também nas previsões do DL 76-A/2006, em relação a esta operação já não é mais exigida a forma da escritura pública e a intervenção notarial, adquirindo-se assim mais uma fonte de poupança e simplificação para as sociedades.

³⁰ Veja-se *supra*, nota 1 para maiores detalhes.

³¹ Que também encontram um tratamento conjunto, pelo menos sob o perfil da sucessão temporal das várias disposições, na «Exposição de Motivos» do citado DL 33/2011. As mesmas considerações são proporcionadas por MARIA MIGUEL CARVALHO, “O Novo Regime Jurídico...”, p. 21 s.

³² Vejam-se as obras já citadas *supra* na n. 2.

uma alteração radical ao art. L 223-2 do «Code de commerce», cujo texto passou a ser: «Le montant du capital de la société est fixé par les statuts. Il est divisé en parts sociales égales». Veja-se como a parte inicial do art. 201 CSC corresponde na prática a uma tradução do primeiro período da citada disposição francesa, enquanto a segunda frase dela se refere às quotas.

Nada efetivamente se diz nos textos normativos, quer francês, quer português, quanto à determinação do capital social mínimo; neste sentido, a «liberdade» de determinação do montante de capital que se infere da redação da primeira parte do art. 201, CSC, deve ser coordenada com a segunda parte da mesma norma, que também define o capital social como a «soma das quotas subscritas pelos sócios». Em ambos os casos, então, as regras sobre o capital social mínimo têm que ser obtidas através da análise da disciplina das quotas e do valor nominal das mesmas.

Deve-se preliminarmente sublinhar que, quanto a esse assunto, as regras portuguesa e francesa têm uma diversidade substancial: é bem conhecido como, ao abrigo do art. 219, n.º 3, CSC, as quotas de SQ portuguesas podem ter diversos valores nominais³³; já se viu como, ao invés, as quotas das SARL devem ser todas entre elas iguais.

Ora, a disciplina francesa sobre as quotas nada diz com respeito ao valor mínimo que cada quota («part social») deve ter; o que levou a doutrina a falar de sociedades com capitalização extremamente reduzida, a um euro³⁴ ou até menos³⁵. Ao contrário, na disciplina portuguesa há específica regra sobre o valor nominal mínimo das quotas de SQ; na base do já citado art. 219, n.º 3, CSC, que estabelece que o valor nominal mínimo das quotas de SQ não pode ser inferior à unidade de euro, pôde-se afir-

³³ Sendo nisso o sistema lusitano muito mais parecido com o das GmbH alemãs do que o das SARL francesas, como já se verá. Quanto às GmbH, o § 5 (3), GmbHG dita a regra pela qual «O valor nominal de cada quota pode ser determinado em medida diferente. A soma do valor nominal de todas as quotas deve ser igual ao capital social».

³⁴ Assim SYLVIE DE VENDEUIL, "Les dispositions de droit des sociétés de la loi n. 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique", *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n.º 37, 11 de Setembro de 2003, p. 1401; THIBAUT MASSART, "Une grande réforme à petit budget: la SARL au capital d'un euro", *Bull. Joly*, 2002, § 289.

³⁵ Neste sentido PAUL LE CANNU, "La loi pour l'initiative économique et le droit des sociétés", *Revue des Sociétés*, 2003, p. 409 ss., p. 416 s., que observa que o valor mínimo de cada quota nem deve necessariamente ser em unidades de euro, mas pode ser expresso também em cêntimos; o mesmo autor, para além disso, nota que o uso do plural na segunda frase do art. L 223-2 («Isso (o montante do capital social) é dividido em quotas iguais») pode levar a considerar obrigatoriamente a existência de pelo menos duas quotas, também no caso de sociedades unipessoais. Naturalmente, se assim fosse, a diferença seria entre um capital mínimo de 0,01 euros e um de 0,02 euros, o que parece mais assunto para anedotas do que problema de ordem sistemática.

mar³⁶ que «passou a ser possível, com o novo regime jurídico, constituir uma SQ com um capital social de apenas 2 €» e só um euro para SQ unipessoais.

No que diz respeito à redução dos custos na fase inicial da sociedade, e ainda com interesse para o capital social, não é de esquecer o regime das entradas que foi profundamente revolucionado, nas palavras de Paulo de Tarso Domingues³⁷, pelo DL 33/2011. Neste sentido, o que aos olhos do jurista estrangeiro mais parece anómalo na “nova” disciplina proporcionada pelo legislador português – para além da coordenação das normas que parece podia ter sido melhor³⁸ – é a invulgar sequência de possíveis diferimentos da realização das entradas em dinheiro³⁹, que leva à eventualidade que, no momento da constituição da SQ, não haja efetivamente alguma entrada realizada. E, ademais, que uma tal situação possa permanecer não só até ao final do primeiro exercício, mas, na substância e ainda mais perigosamente para aquelas sociedades que tenham um capital social elevado, até aos cinco anos após a celebração do contrato⁴⁰; e parece que o mesmo regime será de aplicação, se não nos enganamos, também às sociedades unipessoais por quotas⁴¹.

A consequência da referida situação é que o capital social da SQ, também quando não seja tão reduzido de deixar falar em capital *nummo uno*, pode tornar-se uma entidade já não real, mas sim simplesmente obrigatória⁴², pelo menos nos primeiros cinco anos de vida da sociedade. O que era, naturalmente, possível também antes do DL 33/2011, mas pelo menos

³⁶ Por PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O novo regime ...”, p. 98, texto e n. 3.

³⁷ PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O novo regime ...”, p. 119 e 121 s.

³⁸ Ainda nas palavras de PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O novo regime ...”, p. 119 s.

³⁹ Permanecendo para as entradas em espécie, segundo a regra intrincadamente inferida pela leitura cotejada dos arts. 26, n.º 3 e 202, n.º 4, CSC por PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O novo regime ...”, p. 119-121 e também MARIA MIGUEL CARVALHO, “O Novo Regime Jurídico...”, p. 29 s., a necessidade de serem realizadas no momento da constituição da sociedade, e entendendo-se sempre não permitida a contribuição de indústria, ao abrigo do art. 202, n.º 1, CSC.

⁴⁰ Art. 203, n.º 1, CSC; as mesmas considerações, junto a partilháveis relevos sobre o impacto das medidas em anotação sobre o «ambiente» jurídico das SQ no seu todo, também em MARIA MIGUEL CARVALHO, “O Novo Regime Jurídico...”, p. 35.

⁴¹ Sendo esta disciplina, conjuntamente com o «capital social livre» mais uma vantagem para as SUQ em comparação com o EIRL. Sobre a figura veja-se, com detalhes, JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, “O estabelecimento individual de responsabilidade limitada: crónica de uma morte anunciada”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2006, p. 401 ss. Como luz de um *favor* também do legislador para a SUQ quando comparada com o EIRL veja-se, entre mais, o art. 270-A, n.º 5, CSC.

⁴² E, neste sentido, veja-se o art. 202, n.º 4, CSC, típica expressão de declaração de natureza obrigatória.

não com o montante integral ou quase de capital ainda por realizar⁴³. Na prática, a nomeada situação significa que, no momento da constituição da sociedade, não vai ser necessária a realização de parte alguma do capital social, quando só haja entradas em dinheiro, e não se compreende o sentido desta regra – nem daquela do art. 199, b), CSC – quando o capital (e as entradas, por consequência) pode(m) ser de valor muito reduzido⁴⁴.

A esta poupança de termos substanciais aditem-se agora apenas algumas brevíssimas considerações sobre os reduzidos custos de procedimento envolvidos nos já aludidos regimes de constituição imediata das sociedades.

As razões que, já se viu, levaram à introdução das modalidades especiais de constituição da sociedade podem ser encontradas nas exposições de motivos dos já mencionados DL 111/2005 e DL 125/2006, além das do DL 76-A/2006: elas residem, em princípio, na necessidade de dotar Portugal dum sistema que permita e incentive maiores e melhores investimentos no País, limitando o papel do Estado a um nível essencial e não demasiado «invasivo».

Tal finalidade é sempre acompanhada pelo perfil dos custos. Ainda nos preâmbulos dos já citados diplomas, sempre se salienta a necessidade de evitar que «os cidadãos e as empresas sejam onerados com actividades burocráticas que nada acrescentem o não constituem uma mais-valia. [...] Pela constituição destas sociedades será devida uma taxa inferior à que hoje impende perante os cidadãos e as empresas que adoptem a via tradicional. [...] *S]e o processo que agora se estabelece é mais simples, o preço deve ser menor*»⁴⁵; e ainda «[P]retende-se que este processo de constituição de sociedades comerciais através da Internet seja rápido e barato. [...] *O custo da constituição de sociedade por via electrónica é, igualmente, mais baixo que o preço da sua criação pela via tradicional*»⁴⁶. Em termos mais con-

⁴³ A disciplina anterior, de facto, viabilizava o diferimento da realização das entradas em dinheiro, mas só:

a) na medida de 50% do valor das entradas; e

b) tendo sido realizado, aquando da constituição da sociedade, pelo menos um montante de capital social que igualasse o capital social mínimo exigido pelas SQ, naquela altura de 5.000 euros.

⁴⁴ E, pelo que diz respeito à modalidade de execução da entrada para a sociedade, lembre-se que o DL 33/2011 alterou a formulação do art. 202, CSC, que agora estabelece que as entradas sejam entregues «nos cofres da sociedade»; sobre a regra, sublinhando a validade somente para as entradas em dinheiro, apesar do silêncio do texto da lei, e com considerações exegéticas veja-se PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O novo regime ...”, p. 120, n. 89 e p.122, n. 102.

⁴⁵ Assim o preâmbulo do DL 111/2005, itálicos nossos.

⁴⁶ Preambulo do DL 125/2006, itálicos nossos.

cretos, isso significa que, após as várias alterações normativas pelas quais o Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado (Decreto-Lei n.º 194/2003, de 23 de Agosto) resultou modificado, ao abrigo do art. 27 daquele diploma, o custo de constituição duma sociedade em regime especial “Empresa na hora” é de € 360⁴⁷. Ligeiramente menos linear é a questão do preço do regime de constituição *on-line*; a razão encontra-se no facto de ser nesta hipótese possível quer a constituição por meio do ato/pacto pré-aprovado, quer o estabelecimento da sociedade através de um ato constitutivo elaborado pelos interessados. O custo – em termos monetários, pois quanto ao perfil temporal já se tratou *supra* – da operação tem refletido, desde a primeira redação da norma com o art. 19 do DL 125/2006, a referida diversidade, sendo os emolumentos estabelecidos em € 360 no caso do uso de pacto pré-aprovado e apenas vinte euro mais, € 380, quando se utilizem estatutos elaborados pelos interessados. Está evidente e compreensivelmente na mente do legislador que a utilização de estatutos de formulação «livre» envolve um custo para o sistema, causado pela necessidade de controlar os atos que não foram pré-aprovados, maior do que o uso dos modelos; assim se explica a diferença – em verdade originariamente muito reduzida – entre os dois preços. A mencionada diversidade de custo, contudo, fazia com que naquela altura o preço para a constituição da sociedade por meio do regime «empresa na hora» (*necessariamente* com acto/pacto de modelo) e através do sistema *on-line* com o utilizo (facultativo) dos estatutos pré-aprovados fosse o mesmo.

O artigo 27 do Regulamento Emolumentar foi no entanto alvo de mais modificações, a última das quais de que se tem conhecimento dada pelo Decreto-Lei n.º 209/2012, de 19 de Setembro, que alterou os preços referidos que agora são de € 360 para as constituições *on-line* sem o uso dos pactos pré-aprovados e € 220 quando os modelos sejam utilizados. Duas são as considerações que podem surgir perante esta nova formulação. De um lado, deve-se salientar como, ficando a constituição por meio do regime «empresa na hora» sempre ao custo de € 360, tal regime é agora equiparado no preço à constituição *on-line* que *não* seja realizada através dos modelos pré aprovados⁴⁸. Por isso, e de outro lado, a implicação a

⁴⁷ Era, na origem, de € 330, mas foi elevado para € 360 aquando da aprovação do DL 125/2006 sobre o regime de constituição *on-line* das sociedades.

⁴⁸ Parece na verdade que a intervenção normativa faz finalmente sentido: o regime de constituição imediata «empresa na hora» pressupõe a existência de uma supraestrutura (as conservatórias do registo comercial os demais serviços descentralizados do IRN, I.P., os centros de formalidades de empresas), cujos custos devem ser de qualquer maneira suportados pelos utilizadores da mesma, ou seja, neste caso, os interessados na constituição da sociedade através desse regime. Isso não significa que a citada supraestrutura esteja

nível sistemático da alteração dos custos é a evidência da preferência do legislador pelos sistemas mais automáticos possíveis, isto é, a constituição *on-line* através de atos/pactos de modelo.

Seja enfim consentida uma última nota, mais uma vez funcional à exposição da situação italiana que vai seguir. O DL 111/2005, ao proporcionar a disciplina e os custos da constituição imediata das sociedades comerciais, introduzia também uma (parcial) isenção de custos, nomeadamente para aquelas sociedades que tivessem uma atividade principal «classificada como actividade informática ou conexas, ou ainda como de investigação e desenvolvimento»⁴⁹, estabelecendo que para elas os emolumentos seriam reduzidos em € 60; o DL 125/2006 estendeu a mesma isenção também às sociedades constituídas através do regime *on-line*⁵⁰. Fica bastante evidente que a razão por detrás da falada isenção era a de consentir uma mais barata constituição a empresas consideradas de alguma maneira de interesse pelo legislador com vista ao desenvolvimento da economia nacional. O já citado DL 209/2012, porém, suprimiu a referida isenção, e fê-lo sem que nada sobre o assunto emergisse na exposição de motivos: simplesmente o n.º 19 do art. 28 do Regulamento Emolumentar foi, conjuntamente com mais nove números do mesmo artigo, revogado. Nesse sentido, pode talvez dizer-se que, de um ponto de vista de política normativa, a diminuição *global* dos custos para a constituição *on-line* das sociedades com atos pré-aprovados ia, de qualquer maneira, compreender também a parcial isenção *específica* outorgada às empresas com atividade informática ou de investigação e desenvolvimento. Por isso, tais sociedades não teriam padecido um real prejuízo pela revogação da isenção⁵¹, mas sim só o decaimento da expressão normativa de interesse do legislador para com os sectores de alto nível de inovação tecnológica.

ausente no caso da constituição *on-line*; ela está, obviamente, presente, embora «nos bastidores», escondida ao público: há contudo um custo menor por causa da tramitação informática dos documentos e do desnecessário atendimento presencial dos funcionários.

⁴⁹ Art. 21, DL 111/2005, que alterou o art. 28 do Regulamento Emolumentar, introduzindo o n.º 19.

⁵⁰ Art. 19, DL 125/2006, que também alterou com tal fim o n.º 19 do art. 28 do Regulamento Emolumentar. Não fica plenamente esclarecido se a dita parcial isenção é aplicável a todas as sociedades com atividade principal informática ou conexas ou de investigação e desenvolvimento estabelecidas no regime *on-line*, ou só àquelas que tenham utilizado os atos/pactos modelo.

⁵¹ A não se tratar de sociedades que não tivessem optado por um ato/pacto pré-aprovado. Neste caso, evidentemente, um prejuízo, embora não imenso, está contudo presente.

2. O caso italiano. O *annus horribilis* de 2012

Depois do exame das especificidades das alterações normativas à SQ portuguesa durante os últimos dez anos, pode agora passar-se à análise da situação da SRL italiana. Para o fazer, contudo, é indispensável proporcionar ao jurista não italiano uma nota prévia, de ordem até constitucional, com o fim de melhor esclarecer o turbilhão de alterações havidas durante os anos 2012/2013.

Como a portuguesa, a sistemática normativa italiana conhece também o instituto do decreto-lei («decreto legge»); e, como acontece em Portugal, tal é expressão da competência legislativa do poder executivo. As diferenças são, principalmente, duas: em primeiro lugar, não há, em Itália, uma geral reserva normativa que caiba ao Governo, sendo a função legislativa de competência do Parlamento; o Governo só pode emanar decretos-leis, ao abrigo do art. 77, Constituição da República Italiana, «em casos extraordinários de necessidade e urgência»; e aqui vem a segunda diferença substancial entre o sistema italiano e o português. Enquanto em Portugal os decretos-leis não são necessariamente submetidos a «apreciação da Assembleia da República»⁵², sendo esta uma mera eventualidade, em Itália *todos* os decretos-leis têm *sempre* de ser aprovados, dentro de 60 dias desde a emanação deles pelo Governo, por parte do Parlamento⁵³, que também pode alterar o texto originário⁵⁴, como é tudo menos invulgar que aconteça.

Esta nota prévia afigura-se necessária porque *todas* as medidas que serão agora mencionadas entraram no sistema normativo italiano através de decretos-leis; e *todos* esses decretos sofreram alterações, a maior parte das vezes realmente substanciais, aquando da conversão em lei pelo Parlamento. Da situação descrita resultou que a disciplina das «SRL de

⁵² Sendo isso possível, para os decretos não aprovados no exercício da competência legislativa exclusiva do Governo, «para efeitos de cessação de vigência ou de alteração, a requerimento de dez Deputados, nos trinta dias subsequentes à publicação», ao abrigo do art. 169 da CRP.

⁵³ Ou seja, o mesmo texto deve ser aprovado quer pela Câmara dos Deputados, quer pelo Senado; caso a aprovação (*recte*: conversão em lei ordinária) não seja outorgada pelo Parlamento, o decreto-lei perde vigência desde a data de sua emanação pelo Governo.

⁵⁴ Vê-se com bastante clareza como o instituto do decreto-lei deveria ser, no sistema italiano, um meio excepcional de intervenção legislativa pelo Governo; esta função tem sido, especialmente durante os últimos vinte anos, muito abusada, e é realmente vulgar que as medidas de maior impacto sistemático, embora não sejam expressão de casos necessários e urgentes, sejam tomadas pelo executivo em forma de decreto-lei.

preço um euro» foi modificada seis vezes durante vinte meses⁵⁵. Por isso, antes de expor as regras agora em vigor, é de certo modo útil deixar algumas informações básicas sobre o caminho por que passou a dita reforma durante os anos de 2012 e 2013.

Em particular, o ano 2012 foi *annus horribilis* para quem se ocupar deste assunto; só sobre as sociedades de responsabilidade limitada com capital social reduzido houve:

- o decreto-lei 24 de Janeiro 2012, n.1, art. 3, que estabeleceu a «sociedade simplificada de responsabilidade limitada», introduzindo também o novo art. 2463-bis no Código Civil (CCI)⁵⁶;
- a lei de conversão deste decreto-lei, lei 24 de Março 2012, n. 27, que alterou de maneira substancial a disciplina do art. 2463-bis, CCI proporcionada pelo DL 1/2012, e até o nome do novo «subtipo» social, que passou a ser de «sociedade de responsabilidade limitada simplificada» (SRLS)⁵⁷;
- o decreto-lei 22 de Junho 2012, n. 83, art. 44, que criou o novo «subtipo» de «sociedade de responsabilidade limitada de capital reduzido» (SRLCR), deixando-o fora do CCI, por razões não perfeitamente apreensíveis;
- a lei de conversão do DL 83/2012, lei 7 de Agosto 2012, n. 134, que aditou ao art. 44 do decreto-lei o número 4-bis⁵⁸;

⁵⁵ Sobre o assunto em particular, numa perspectiva mais geral, leiam-se as considerações de CARLO IBBA, "Liberalizzazioni, efficienza del sistema economico e qualità della produzione legislativa", *Giur.Comm.*, 2013, I, p. 242 ss. (e, sobre os temas em particular aqui comentados, p. 251 ss.).

⁵⁶ Sobre esta primeira versão vejam-se PAOLO REVIGLIONE, "La società semplificata a responsabilità limitata: un "buco nero" nel sistema delle società di capitali", *Nuovo diritto delle società*, 4/2012, p. 11 ss.; VINCENZO SALAFIA, "La società a responsabilità limitata ed il Tribunale delle Imprese", *Società*, 2012, p. 154 ss.

⁵⁷ PAOLO REVIGLIONE, "La società a responsabilità limitata semplificata", in MASSIMO BIONE – ROLANDINO GUIDOTTI – ELISABETTA PEDERZINI (a cura di), *La nuova società a responsabilità limitata*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da FRANCESCO GALGANO, CEDAM, Pádua, 2012, p. 637 ss.; ALESSANDRO BAUDINO, "La nuova società a responsabilità limitata semplificata. Prime riflessioni e spunti operativi", *Nuovo diritto delle società*, 12/2012, p. 21 ss.

Considerações mais gerais sobre os assuntos foram expendidas por GIUSEPPE BENEDETTO PORTALE, "Il diritto societario tra diritto comparato e diritto straniero", *RS*, 2013, p. 325 ss., espec. p. 331 s.; ENRICO GINEVRA, "Il senso del mantenimento delle regole sul capitale sociale (con cenni alla s.r.l. senza capitale)", *Banca Borsa Titoli di credito*, 2013, I, p. 169 ss.

⁵⁸ Em tema específico de SRLCR, ROLANDINO GUIDOTTI – ELISABETTA PEDERZINI, "La società a responsabilità limitata a capitale ridotto", *IlCaso.it*, 308/2012, agora também in MASSIMO BIONE – ROLANDINO GUIDOTTI – ELISABETTA PEDERZINI (a cura di), *La nuova società a responsabilità*

- finalmente (para o ano 2012), o Decreto do Ministro da Justiça de 23 de Junho de 2012, n. 138 (mas publicado na *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* apenas na edição de 14 de Agosto 2012), com o ato constitutivo de modelo necessário para a constituição de uma SRLS.

Só duas, embora de importância sistemática fundamental, foram as medidas normativas a este respeito tomadas no ano 2013; tratam-se de:

- o decreto-lei 28 de Junho 2013, n. 76, art. 9, n. 13-15, que mais uma vez alterou o art. 2463-bis, CCI e com isso a disciplina de SRLS e revogou a SRLCR⁵⁹;
- a lei 9 de Agosto 2013, n. 99, de conversão do decreto-lei 76/2013, que além de alterar o art. 2463-bis, CCI e com isso a disciplina da SRLS, aditou os números 4 e 5 ao art. 2463, CCI, modificando assim a disciplina de *todas* as SRL italianas quanto ao regime de capital social mínimo⁶⁰.

limitata, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da FRANCESCO GALGANO, CEDAM, Pádua, 2012, p. 659 ss.; SERGIO PATRIARCA, "Le società a responsabilità limitata a capitale ridotto dopo un anno: ancora più dubbi che certezze?", *Nuovo diritto delle società*, 21/2013, p. 8 ss.

Na comparação entre SRLS e SRLCR vejam-se também MARCO CIAN, "S.r.l., s.r.l. semplificata, s.r.l. a capitale ridotto. Una nuova geometria del sistema o un sistema disarticolato?", *RS*, 2012, p. 1101 ss.; ANGELO BUSANI – CARLO ALBERTO BUSI, "La s.r.l. semplificata (s.r.l.s.) e a capitale ridotto (s.r.l.c.r.)", *Società*, 2012, p. 1305 ss.; MATTEO RESCIGNO, "La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata", *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 65 ss.

⁵⁹ Sobre o diploma, também numa perspectiva *de iure condendo*, e ainda antes da lei de conversão do decreto, ALESSIO BARTOLACELLI, "'Novissime' modifiche alla disciplina della s.r.l.s.: saggio minimo di diritto transitorio", *Nuovo diritto delle società*, 16/2013, p. 7 ss.

⁶⁰ Quanto ao regime agora vigente, são já muitas as contribuições doutrinárias sobre o tema; vejam-se em particular ANGELO BUSANI, "La nuova società a responsabilità semplificata e la nuova s.r.l. con capitale inferiore a 10mila euro", *Società*, 2013, p. 1068 ss.; GIORGIO MARASÀ, "Considerazioni sulle nuove s.r.l.: s.r.l. semplificate, s.r.l. ordinarie e *start up* innovative prima e dopo la L. n. 99/2013 di conversione del D.L. n. 76/2013", *Società*, 2013, p. 1086 ss.; MARCO SAVERIO SPOLIDORO, "Una società a responsabilità limitata da tre soldi (o da un euro?)", *RS*, 2013, p. 1085 ss.; CATERINA MONTAGNANI, "Prime (e ultime) osservazioni su s.r.l. ordinaria e semplificata quasi senza (ma con) capitale", *RivDCom*, 2013, p. 395 ss.; GIUSEPPE FERRI jr., "Recenti novità legislative in materia di società a responsabilità limitata", *RivDCom*, 2013, p. 415 ss., que agora è o parágrafo *postilla* de GIUSEPPE FERRI jr., "La società a responsabilità limitata semplificata e la società a responsabilità limitata a capitale ridotto. Prime osservazioni", em MARIO CAMPOBASSO – VINCENZO CARIELLO – VINCENZO DI CATALDO – FABRIZIO GUERRERA – ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, Banche e crisi d'impresa, Liber amicorum Pietro Abbadessa*, UTET, Turim, 2014, II, p. 1727 ss.; GIUSEPPE

Antes de observar mais detidamente o conteúdo dos mencionados diplomas, com maior atenção dada aos perfis de lei aplicável e vigente do que à (curiosa) perspectiva de sucessão temporal das medidas normativas que já pertence mais a uma página (em verdade, ingloriosa) da história do direito, adite-se também que, em assunto de SRL, o legislador italiano de 2012 deu a sua atenção outrossim aos perfis de maior inovação, estabelecendo um regime específico para as sociedades recém-constituídas que tenham uma atividade principal de alto valor tecnológico. É este o regime das assim chamadas empresas *start-up* inovadoras, proporcionado pelo decreto-lei 18 de Outubro 2012, n. 179, convertido, com alterações, pela lei 17 de Dezembro 2012, n. 221, e sucessivamente alterado pelo já citado DL 76/2013, e ainda pela sua lei de conversão, lei 99/2013.

2.1. A antiga «società semplificata a responsabilità limitata» e a falecida «società a responsabilità limitata a capitale ridotto»: notas sobre as versões originárias

Deve-se afirmar que talvez a primeira versão da «società semplificata a responsabilità limitata» italiana, com o decreto-lei 1/2012, fosse, embora com muitas sombras, a mais revolucionária entre as diversas configurações que se sucederam. Nela ficava estabelecido que um novo subtipo de SRL

ALBERTO RESCIO, “Le s.r.l. con capitale ridotto (semplificate e non semplificate)”, *Rivista di diritto societario*, 2013, p. 495 ss., agora também em MARIO CAMPOBASSO – VINCENZO CARIELLO – VINCENZO DI CATALDO – FABRIZIO GUERRERA – ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, Banche e crisi d’impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, UTET, Turim, 2014, II, p. 1869 ss.; FEDERICO TASSINARI, “*Ne sexies in idem*”: la ricerca del legislatore italiano di semplificare la costituzione delle s.r.l.”, *Società e contratti*, 2013, 9/2013, p. 8 ss.; CARLO ALBERTO BUSI, “La controriforma delle s.r.l. e le operazioni straordinarie”, *Società e contratti*, 2013, 9/2013, p. 25 ss.; LORENZO BENATTI, sub art. 2463-bis, in ANNA LISA SANTINI – LORENZO SALVATORE – LORENZO BENATTI – MARIA GINEVRA PAOLUCCI, *Società a responsabilità limitata. Libro quinto: Lavoro. Art- 2462-2483*, in GIORGIO DE NOVA (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, 2014, p. 192 ss.; ENRICO MACRÌ, “La s.r.l. semplificata e la s.r.l. con capitale inferiore al minimo legale: le recenti novità normative”, em MARIO CAMPOBASSO – VINCENZO CARIELLO – VINCENZO DI CATALDO – FABRIZIO GUERRERA – ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, Banche e crisi d’impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, UTET, Turim, 2014, II, p. 1797 ss.; MATTEO RESCIGNO, “La società a responsabilità limitata a capitale ridotto e semplificata”, versão atualizada através da inserção da parágrafo 10. Postilla, do trabalho citado *supra* na n. 58, e que se pode hoje encontrar em MARIO CAMPOBASSO – VINCENZO CARIELLO – VINCENZO DI CATALDO – FABRIZIO GUERRERA – ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, Banche e crisi d’impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, UTET, Turim, 2014, II, p. 1841 ss. A estes adite-se ALESSIO BARTOLACELLI, “L’insostenibile leggerezza dell’s.r.l.s. Nell’intricata “matassa” delle “nuove” s.r.l.: ricercare un bandolo o tagliare il filo?”, atualmente em publicação em *Rivista ODC*, 2/2014, www.rivistaodc.eu.

podia ser constituído só pelas pessoas singulares⁶¹ que não tivessem, no momento da constituição, ainda alcançado os 35 anos de idade⁶²; neste caso o capital social mínimo era de um só euro, enquanto na mesma devia ser abaixo de dez mil euros, naquela altura o mínimo necessário para constituir uma SRL «ordinária». As entradas deviam ser exclusivamente em dinheiro e inteiramente realizadas no momento da constituição da sociedade⁶³ e as regras gerais aplicáveis às SRL «comuns» eram explicitamente estendidas às SRLS na medida em que fossem compatíveis⁶⁴; esta é em particular a razão por que é vulgar que na literatura italiana se fale da SRLS como uma variante ou um subtipo da SRL «ordinária». O perfil de maior «ousadia» da configuração em anotação é o facto de ser estabelecido que, seja para a constituição da sociedade, seja para a alteração dos estatutos, não teria sido necessária a escritura pública («atto pubblico», com necessária redação notarial, como é exigido para todas as sociedades de capitais), mas sim apenas uma escritura particular entre os interessados, aos quais cabia também o depósito no registo das empresas⁶⁵. Neste sentido, a ideia fundamental do legislador do DL 1/2012 era a de criar uma versão de SRL que pudesse ser explorada pelos jovens (só pessoas singulares, sendo os 35 anos o limiar «jurídico» da juventude, segundo o legislador italiano), durante um prazo determinado, ainda que não necessariamente reduzido⁶⁶ (à superação do limiar de idade pelo sócio seguir-se-ia a exclusão

⁶¹ E também de forma unipessoal: sobre o assunto veja-se MARINA SPIOTTA, "S.r.l. unilaterale «semplificata» o a «capitale ridotto»: problemi e prospettive", *Nuovo diritto delle società*, 18/2012, p. 54 ss.

⁶² Nesta primeira versão, no momento em que o sócio tivesse superado o limiar dos 35 anos, seria imediatamente excluído, *ipso iure*, da sociedade; em caso de perda do pressuposto de idade abaixo dos 35 anos de todos os sócios, a sociedade entraria em dissolução.

⁶³ O regime geral das entradas da SRL é, pelo contrário, desde a reforma de 2003, muito liberal: o ato constitutivo pode estabelecer que as entradas, além de em dinheiro, possam ser de todos os elementos suscetíveis de avaliação económica (art. 2464, n. 2, CCI); especificamente são tomadas em consideração as entradas em espécie e também as entradas em indústria, mas só contra a prestação de uma fiança bancária ou um seguro (art. 2464, n. 6, CCI). No caso, natural, de entrada em dinheiro em SRL «ordinária», a realização deverá ser pelo menos de 25 % do valor aquando da constituição (e do aumento do capital) para as sociedades pluripessoais, sendo de contrário necessária a realização do inteiro valor nas sociedades unipessoais, sob pena de perda da limitação de responsabilidade do sócio.

⁶⁴ Mas não era nem é perfeitamente claro em que termos é de avaliar a «compatibilidade» de que falava e fala o art. 2463-bis, CCI; veja-se melhor *infra*, o parágrafo 2.5.

⁶⁵ O que, no regime normal, é tarefa que cabe ao notário que escreveu o «atto pubblico», quer para a constituição, quer para as alterações supervenientes aos estatutos.

⁶⁶ Pense-se no caso de uma pessoa singular que tivesse constituído uma sociedade segundo esta variante com a idade de vinte anos; o regime de exploração da variante teria lugar durante um prazo determinado, mas sem dúvida bastante longo.

ou até a dissolução da sociedade), e com custos realmente muito limitados, não havendo a necessidade da intervenção de um notário, sendo o capital social mínimo praticamente simbólico, e podendo⁶⁷ os sócios utilizar um ato constitutivo de modelo elaborado pelo Ministério da Justiça.

Como se disse, nesta primeira versão estavam presentes vários perfis inovadores se comparados com a tradição das sociedades comerciais italianas; o maior deles era contudo, e sem dúvida, a «desnotarização» do processo constitutivo da sociedade, que, embora limitado à SRL simplificada, podia – e de facto foi – na mesma ser percebido como um início de abandono do sistema notarial, ainda por cima sem que nenhuma específica regra alternativa fosse proporcionada quanto à avaliação da identidade dos sócios, tarefa de tradicional pertinência do notariado.

As duas considerações por últimas referidas foram sem dúvida presentes ao legislador da lei de conversão do decreto-lei, lei n. 27/2012, que alterou substancialmente as características da SRLS, deixando contudo inalterado o regime de capital mínimo de um euro (e máximo de 9.999,99 euro) e a cláusula geral de aplicação das regras da SRL «ordinária» quando compatíveis com a disciplina especial da SRLS. Em primeiro lugar, foi aumentado o impacto dos estatutos estandardizados, no sentido de que o ato constitutivo concreto devia ser, literalmente, «conforme» ao de modelo⁶⁸; ainda, embora a possibilidade de constituição só para pessoas singulares tivesse sido mantida, foram revogadas todas as disposições quanto à superação do limiar dos 35 anos de idade por parte dos sócios, só se estabelecendo que em caso de transferência da participação a quem já fosse maior de 35 anos de idade, o negócio teria sido nulo⁶⁹ 70; em terceiro lugar, só os sócios podiam ser nomeados gerentes da sociedade; e, finalmente, mas da máxima importância sob um perfil sistemático, como facilmente se perceberá, o ato constitutivo voltava a ser necessariamente em forma de

⁶⁷ Ou, talvez, até devendo: a questão não era regulada de maneira clara no decreto 1/2012 e a investigação perdeu interesse com a alteração do regime.

⁶⁸ Não ficava contudo claro, e a literatura ofereceu interpretações divergentes, se a tal conformidade significava que era impossível também qualquer integração do modelo, embora compatível com isso: veja-se sobre o assunto ALESSIO BARTOLACELLI, “*Novissime*...”, p. 13, n. 7, com mais citações sobre o debate que era naquela altura atual.

⁶⁹ O que levou a doutrina a achar possível a presença na sociedade de sujeitos que já tivessem ultrapassado o limiar dos 35 anos, no pressuposto de que eles já tivessem adquirido o *status* de sócio enquanto menores daquela idade.

⁷⁰ Outro problema que esta previsão colocava – e ainda coloca, como se verá em breve – é o da possibilidade ou não de uma transmissão da participação a sujeitos diversos de pessoa singular, em particular no caso de transmissão *mortis causa*: MARCO CIAN, “S.r.l., s.r.l. semplificata ...”, p. 1117, n. 35; MATTEO RESCIGNO, “La società a responsabilità limitata ...”, *Le nuove leggi civili commentate*, p. 74 s.

escritura pública («atto pubblico»), elaborado por um notário seguindo as indicações dos interessados, e assim também as alterações estatutárias. Como a finalidade da medida normativa em anotação visava também a redução dos custos de constituição da sociedade especificamente para os jovens, a restauração da necessária intervenção notarial teria sido pelo contrário um aumento do «preço» de constituição.

Com o fim de evitar um excesso de diversidade de tratamento para com a original versão da norma, foi elaborada uma solução que, porventura, deixa ainda mais perplexidades que a primeira; a lei de conversão introduziu, na verdade, o número 3 ao art. 3 do decreto-lei 1/2012, estabelecendo que «o ato constitutivo e a inscrição no registo são isentos do pagamento de impostos de selo e de secretariado e *não é devido algum honorário notarial*». O que significa, naturalmente, que apesar da recorrência do «atto pubblico», o notário deverá, por expressa previsão de lei, trabalhar gratuitamente⁷¹; e esta opção, que foi por alguns autores até julgada contrária à Constituição da República Italiana⁷², deixa também perceber as razões do aumento de importância do ato constitutivo de modelo: como o Estado pedia aos notários que trabalhassem sem remuneração, pelo menos a carga dos compromissos que a eles cabiam teria sido aliviada através da predisposição ministerial do modelo, deixando assim ao notário somente a tarefa de averiguar a identidade (e, naquela altura, a idade também) dos sócios e de preencher as demais informações exigidas (a firma, o objeto social, as entradas, os gerentes) e escrever as formalidades necessárias. Ainda que o sistema assim resumido possa parecer em abstrato dotado de alguma eficácia, o pressuposto em que assenta, como se pode facilmente entender, é o de que o ato constitutivo de modelo é por si só eficiente em proporcionar soluções, pelo menos básicas, úteis para a vida da nascente sociedade; o que, como dentro em breve se verá, não corresponde à realidade.

Come se disse, a SRLS saída das mencionadas medidas normativas era utilizável só pelas pessoas singulares de idade abaixo dos 35 anos. Esta situação também foi alvo de críticas e de reclamações por parte da dou-

⁷¹ Mas, note-se, só na fase constitutiva da sociedade; ao passo que nada se diz – e então vai-se aplicar o regime normal de pagamento – quanto às alterações supervenientes dos estatutos.

⁷² Veja-se FEDERICO TASSINARI, “*Ne sexies in idem*...”, p. 23; MARCO SAVERIO SPOLIDORO, “Una società a responsabilità limitata da tre soldi ...”, p. 1097. Já na primeira versão da sociedade, dúvidas de contrariedade à Constituição baseadas na limitação dos sócios às pessoas singulares menores de 35 anos de idade foram expressas por PAOLO REVIGLIONE, “La società semplificata ...”, p. 11 ss.; FEDERICO MARIA MUCCIARELLI, “Dubbi sulle società da un euro”, em *lavoce.info*, 3.2.2012, <http://archivio.lavoce.info/articoli/pagina1002834.html>.

trina que especulou sobre a contrariedade ao princípio de igualdade substancial consagrado pelo art. 3 da Constituição Italiana, ficando o acesso ao referido submodelo social impedido a quem já tivesse ultrapassado o limiar dos 35 anos.

Para o legislador que julgasse tais queixas fundadas, a solução mais simples teria sido deixar cair o limite dos 35 anos de idade para a constituição de uma SRLS⁷³; a realidade, pelo contrário, tem infelizmente sido muito mais bizarra. Através do decreto-lei 22 de Junho 2012, n. 83, art. 44, conforme já indicado, viu a luz um *novo* subtipo de SRL, a «società a responsabilità limitata a capitale ridotto», que, embora não fosse inserida no *corpus* do CCI, representava de alguma maneira o modelo geral dos subtipos de SRL. A coordenação entre o DL 83/2012 e a sua lei de conversão 134/2012, de facto, fazia com que o modelo da SRLCR fosse utilizável por pessoas singulares, independentemente da idade⁷⁴. Com um curioso sistema de «caixas chinesas» eram aplicáveis às SRLCR as regras das SRLS, às quais era supletivamente aplicável a disciplina da SRL, conforme exposto; as diferenças entre as SRLCR e as SRLS, além da liberalização da idade dos sócios nas primeiras, estavam no regime de administração (não havia a proibição de gerentes não sócios, mas só podiam ser pessoas singulares), na possibilidade de utilização de estatutos de formulação livre, sem ter que recorrer ao modelo exigido para a constituição da SRLS, e, consequentemente, na ausência das isenções em termos de custos de constituição que tinham sido proporcionadas às SRLS. Em outros termos, quem tivesse sido interessado na constituição de uma SRLCR tinha necessariamente de suportar os custos dos impostos de selo e secretariado e, mais consideravelmente, os honorários notariais, devendo o ato constitutivo da SRLCR também ser celebrado sob a forma de escritura pública.

Esta a situação *antes* do decreto-lei 76/2013; em extrema recapitulação pode-se sintetizar nestes termos:

⁷³ E neste sentido apostava um anteprojeto de decreto-lei, aprovado pelo Conselho dos Ministros em junho de 2012, mas que saiu na versão definitiva em termos muito diferentes: mais notícias em ALESSIO BARTOLACELLI, “L’insostenibile leggerezza ...”, n. 5.

⁷⁴ Apesar do teor literal do n. 1 do art. 44, DL 83/2012 («a sociedade de responsabilidade limitada com capital reduzido pode ser constituída através de contrato ou documento particular por pessoas singulares que tenham cumprido 35 anos de idade à data da constituição»), o número 4-bis do mesmo artigo, aditado pela lei de conversão 134/2012, explicitamente toma em consideração a possibilidade de serem os sócios duma SRLCR pessoas singulares menores de 35 anos de idade. Só para elas, de facto, era estabelecido um regime especial de acesso facilitado ao crédito bancário caso fossem interessados na constituição duma SRLCR; a mesma regra é o único número do art. 44 atualmente vigente e aplica-se às SRLS.

- a) as pessoas singulares menores de 35 anos tinham três possibilidades diferentes:
- a') estabelecer uma SRL «ordinária» com capital social mínimo de 10.000 euros, mas com a obrigação, em caso de sociedade pluripessoal, de realizar apenas 25% das entradas em dinheiro⁷⁵; as entradas podiam ser em espécie, e também de indústria, mas nenhuma específica facilitação era estabelecida para a constituição (escritura pública, intervenção notarial paga, impostos normais) e entre os sócios originários podiam aparecer também pessoas singulares *sob* 35 e pessoas coletivas;
 - a'') constituir uma SRLCR, com capital social entre 1 e 9.999,99 euros, entradas necessariamente em dinheiro e inteiramente realizadas no momento da constituição da sociedade, limitação dos gerentes somente às pessoas singulares⁷⁶, possibilidade de sócios originários pessoas singulares também acima de 35, nenhuma específica facilitação para a constituição da sociedade, mas possibilidade de acesso ao crédito bancário com condições de favor;
 - a''') constituir uma SRLS, com as mesmas regras sobre capital e entradas da SRLCR, mas com sócios originários só pessoas singulares *sub* 35 e proibição de transmitir as quotas a sujeitos diferentes de pessoas singulares que não tenham cumprido 35 anos de idade, limitação da função gerencial a sócios, obrigação de utilizar o ato constitutivo de modelo e facilitações na constituição no sentido de isenção de pagamento de honorários notariais e impostos de selo e secretariado.
- b) as pessoas singulares que já tivessem cumprido os 35 anos de idade, pelo contrário, só tinham duas possibilidades:
- b') como no caso a'), estabelecer uma SRL «ordinária»;
 - b'') como no caso a''), estabelecer uma SRLCR, mas sem o acesso facilitado ao crédito bancário.

⁷⁵ Ou com a realização integral da entrada em caso de sociedade unipessoal.

⁷⁶ Embora a orientação doutrinal e jurisprudencial italiana, nos últimos anos em particular, seja na substância a favor da legitimidade de gerentes não pessoas singulares nas sociedades de capitais, o debate ainda não chegou a uma definitiva resposta sobre o assunto: vejam-se em particular KATRIN MARTUCCI, "L'ente amministratore di società di capitali nel diritto tedesco, svizzero e francese (appunti per misurarsi con un problema ancora aperto nel diritto italiano)", *Rivista di diritto societario*, 2009, p. 370 ss.; GIACOMO PESCATORE, *L'amministratore persona giuridica*, Giuffrè, Milão, 2012, spec. 43 ss.; ANTONIO CETRA, *La persona giuridica amministratore*, Giappichelli, Turim, 2013.

- c) as pessoas coletivas, em terceiro lugar, só tinham (e têm) acesso à SRL «ordinária».

A situação foi completamente alterada, como se disse, pelo decreto-lei 76/2013, que tentou sistematizar a caótica coexistência de subtipos que se acabou de expor.

2.2. A atual «società a responsabilità limitata semplificata» e o decreto-lei 76/2013

O DL 76/2013 alterou de maneira significativa o sistema da SRLS através de intervenções que não tiveram como alvo somente a sociedade simplificada, mas também – fatalmente – a sociedade de capital reduzido e a própria SRL «ordinária».

Quanto à SRLCR, o diploma em anotação revogou o subtipo, dispondo, explicitamente, que as sociedades de tal versão já constituídas são «qualificadas» SRLS⁷⁷. Do art. 44 do DL 83/2012 só sobreviveu o número 4-bis, sobre o acesso facilitado ao crédito bancário, com a alteração que faz com que isso seja agora aplicável às SRLS. As modificações ao regime «ordinário» da SRL, e que têm impacto também sobre a SRLS, observar-se-ão no próximo parágrafo. Para o que aqui interessa, veja-se agora a disciplina vigente da SRLS.

Na sua finalidade sistemática, o DL 76/2013 e a lei de conversão 99/2013, para além de revogar a SRLCR, eliminaram também no art. 2463-bis, CCI, qualquer referência à idade dos sócios de SRLS. Isso naturalmente significa que, hoje, é possível a constituição de uma SRLS por parte de qualquer pessoa singular, independentemente da sua idade; a revogação de qualquer menção à idade dos sócios, por outro lado, refletiu-se também sobre o regime da transferência das quotas da sociedade, que naturalmente parece ser⁷⁸ agora legítima também quando o beneficiário

⁷⁷ Mas deve assinalar-se como não é claro o sentido nem o efeito desta «qualificação»; e isso ainda mais quando se repara que, embora requalificadas, as SRLCR já constituídas têm na firma a locução de sociedades «de capital reduzido» e não de simplificadas, com diferenças substanciais também em termos de disciplina aplicável; sobre o assunto veja-se ALESSIO BARTOLACELLI, *“L’insostenibile leggerezza...”*, parágrafo 5.

⁷⁸ Esta a opinião da quase totalidade dos autores que abordaram o assunto; na ideia de quem aqui escreve, todavia, podem surgir alguns problemas neste sentido, devidos à falta de atualização do ato constitutivo modelo elaborado pelo Ministério da Justiça, em que se proíbe a cessão das quotas a pessoas singulares que tenham mais de 35 anos de idade; o mesmo problema põe-se também com a disciplina da administração da sociedade, sobre a qual o modelo continua prescrevendo que os gerentes sejam, necessariamente,

seja uma pessoa singular acima dos 35⁷⁹. A sociedade poderá ter forma quer pluri-, quer unipessoal e caiu também, pelo menos no texto da lei⁸⁰, a necessidade de que os gerentes da sociedade sejam pessoas singulares (como na SRLCR) ou até sócios da sociedade (como na antecedente versão da SRLS): hoje só é estabelecido pelo art. 2463-bis, CCI, que os estatutos indiquem os gerentes da sociedade⁸¹.

O regime de capital social e de entradas fica, na substância, como na precedente versão já analisada: o capital social mínimo inicial mantém-se no valor de um euro, enquanto o limite máximo é de 9.999,99 euros; caso se queira aumentar o capital social acima deste limiar, dever-se-á converter⁸² a sociedade numa SRL «ordinária», ou transformá-la num outro tipo de sociedade. Quanto às entradas, só as em dinheiro são admissíveis e têm que ser realizadas inteiramente no momento da constituição da sociedade (ou do aumento de capital social que não exceda os 10.000 euros⁸³). Para além disso, a grande novidade introduzida pelo decreto 76/2013, que interessa a todas as SRL, a saber, a previsão duma reserva legal reforçada quando o capital seja abaixo de 10.000 euro, parece ser de aplicação às SRLS também por força da cláusula geral de aplicação da disciplina da

sócios da sociedade. Uma mais aprofundada análise da teoria em: ALESSIO BARTOLACELLI, “L’insostenibile leggerezza...”, parágrafo 8.1, e especificamente a n. 61.

⁷⁹ Mas nada se diz quanto à legitimidade da transferência de quotas para pessoas coletivas; veja-se *infra* o parágrafo 2.5.

⁸⁰ Mas não, como já se disse *en passant*, nos estatutos modelo elaborados pelo Ministério da Justiça.

⁸¹ O que traz consigo também a questão de saber se são enfim possíveis pessoas coletivas gerentes de SRLS; veja-se *supra* a nota 76.

⁸² E não transformar, implicando a transformação uma alteração do tipo social que, sendo a SRLS na opinião de praticamente todos os comentadores simplesmente uma variante, ou um subtipo, da SRL, não há nesta hipótese concreta. Sob um ponto de vista prático, a diferença é fundamental dado que a transformação implica, no direito italiano (art. 2473, CCI) como no português (art. 137, CSC), o direito de exoneração do sócio que não consentiu ao cumprimento da operação, não sendo tal faculdade conferida em caso da aludida – e desregulamentada – «conversão».

⁸³ Neste caso, paradoxalmente, caso a sociedade seja pluripessoal, só haverá um interesse no aumento do capital social ficando na versão simplificada quando o capital ficar abaixo de 2.500 euros depois do aumento; logo que o limiar de 2.500 euros seja ultrapassado, já se poderá constituir uma SRL «ordinária» sem limites quanto às entradas admissíveis e sem os vínculos em termos de ato constitutivo modelo, sendo para este fim suficiente a realização do 25% das entradas em dinheiro, e mantendo-se o limiar de regime normal da SRL sendo o capital social de pelo menos 10.000 euros.

SRL desde que compatível⁸⁴; a constituição e o funcionamento da reserva serão alvo de atenção no próximo parágrafo.

Caindo a reserva de constituição da SRLS para somente pessoas singulares abaixo dos 35 anos de idade, alarga-se o número dos sujeitos que podem gozar da isenção do pagamento dos honorários notariais e dos impostos de selo e de secretariado: neste sentido, qualquer interessado na constituição duma SRLS, independentemente da sua idade, poderá aproveitar as mencionadas isenções, mas só, lembre-se, na fase constitutiva da sociedade, não sendo elas reconhecidas para as alterações supervenientes do contrato/documento particular.

Permanece, conseqüentemente – sai até, aliás, muito reforçada –, a necessidade de os sócios utilizarem, para a constituição da sociedade, o ato constitutivo modelo elaborado pelo Ministério da Justiça. O reforço que advém do DL 76/2013 é no sentido de que o novo n. 3 do art. 2463-bis, CCI explicitamente declara que «as cláusulas do modelo estandardizado são obrigatórias e não alteráveis». Desta provisão resulta que os sócios são não apenas obrigados a utilizar o ato constitutivo modelo aquando da constituição da sociedade, mas sim também sempre que eles fiquem dentro da falada versão; noutros termos, também quando os sócios decidam modificar o ato constitutivo original, ficando a sociedade como SRLS, isso poder-se-á fazer praticamente só se a pretendida alteração for relativa ao montante de capital social, à firma da sociedade ou ao objeto social, estando os demais assuntos já presentes no modelo, cuja rigidez assim se torna mais evidente.

O ato constitutivo modelo elaborado pelo Ministério da Justiça, conjuntamente com o do Desenvolvimento Economico e o da Economia e das Finanças, através do decreto ministerial (DM) 138/2012 é realmente de extrema simplicidade. Em primeiro lugar, apesar de ser a única maneira de constituição de uma SRLS, somente uma versão foi elaborada, que vai servir para sociedades quer pluri-, quer unipessoais.

A sua redação foi executada durante a vigência da precedente versão da SRLS, e, por isso, pelo menos duas cláusulas estão hoje desatualizadas. Trata-se, como já de passagem se viu, da proibição de cessão da quota a quem já tiver cumprido os 35 anos de idade (sob pena de nulidade do contrato⁸⁵: cláusula 4) e da reserva de gerência só a quem for sócio da

⁸⁴ MARCO SAVERIO SPOLIDORO, "Una società a responsabilità limitata da tre soldi ...", p. 1103 ss.

⁸⁵ Ainda que se concorde com a leitura, minoritária, que acha que as cláusulas mencionadas persistem na sua vigência, não será todavia possível afirmar tal vigência também em relação à sanção da nulidade para o caso de violação da proibição de cessão. A nulidade no

sociedade (cláusula 5). Para além destes perfis, os estatutos modelo só pretendem regulamentar poucos mais assuntos:

- nome dos sócios fundadores, dados da sua identificação pessoal e residência; indicação do notário e de lugar e data de estipulação (preâmbulo);
- firma e sede da sociedade (cláusula 1);
- objeto social (cláusula 2);
- montante do capital social e indicação do valor nominal e percentagem de participação correspondente a cada sócio (cláusula 3);
- designação dos gerentes da sociedade, e, eventualmente, da função de cada um deles no conselho de gerência (cláusula 6);
- indicação de que ao órgão de administração cabe a representação da sociedade (cláusula 7);
- indicação de que a assembleia dos sócios é presidida pelo gerente único ou pelo presidente do conselho de gerência (cláusula 8);
- declaração pelo órgão administrativo de a sociedade ter recebido integralmente as entradas dos sócios, com indicação do meio de pagamento (cláusula 9).

Entende-se perfeitamente como um tal conteúdo do ato modelo pode, porventura, ser suficiente para as micro-sociedades, mas, logo que as exigências delas cresçam, será necessário adaptar os estatutos; e isso, se bem se compreende, não poderá ser feito na forma de SRLS, devido à provisão do n. 3, art. 2463-bis, CCI, que, recorde-se, define as cláusulas do ato constitutivo modelo como obrigatórias e não alteráveis⁸⁶.

sistema italiano é, de facto, uma sanção excecional, que só pode ser imposta pela lei; ora, a lei impunha a referida sanção no sistema antecedente da SRLS, e os estatutos modelo conformaram-se com esta imposição. A esta conclusão não se pode chegar agora, falhando uma base jurídica primária no texto de lei à referida sanção, e só resultando ela pelo texto do ato constitutivo modelo.

⁸⁶ Na verdade, uma escassa margem de autonomia podia igualmente permanecer; para isso é necessária uma interpretação – que, mais uma vez, é minoritária na literatura italiana – em que poderia dizer-se que a prescrição do legislador no n. 3, art. 2463-bis, CCI, é só relativa às cláusulas, e não ao modelo por si considerado; neste sentido, as cláusulas *retro* mencionadas com certeza não poderão ser alteradas, mas sim integradas por mais provisões que sejam compatíveis com o ditado legal do art. 2463-bis (e assim não se poderá, por exemplo, introduzir uma cláusula que permita na SRLS entradas de indústria) e com as provisões contidas nos estatutos estandardizados (e assim ficará a proibição de estabelecer uma maneira de escolher o presidente da mesa da assembleia dos sócios diferente da estabelecida pela cláusula 8); exemplos destas integrações podiam ser, entre outras, o estabelecimento de hipóteses específicas de direito de exoneração do sócio (art. 2473, CCI); casos de exclusão do sócio por justa causa (art. 2473-bis, CCI); possibilidade

A fim de concluir o exame da disciplina da SRLS, é necessário lembrar que, como acontece em relação a todas as sociedades de capitais italianas, o montante do capital social da SRLS, a indicação da sede social e do Registo em que a sociedade foi inscrita, juntamente com a firma da sociedade, que deve conter também a denominação de «società a responsabilità limitata semplificata» ou a abreviatura SRLS, devem ser indicados em todo e qualquer documento da sociedade e no seu sítio Internet. Como já se disse, todas as provisões do CCI estabelecidas para as SRL «ordinárias» são aplicáveis às SRLS, na medida em que sejam compatíveis.

2.3. A SRL «ordinária» e as alterações do DL 76/2013

Para além da modificação estrutural da SRLS a que aludimos, o DL 76/2013 alterou radicalmente também a estrutura financeira da SRL «ordinária», e fê-lo simplesmente aditando os últimos dois números ao art. 2463, CCI. Por efeito desta integração, de facto, o capital social mínimo da SRL foi alterado, sendo diminuído de 10.000 para um euro, pelo menos no que diz respeito à fase inicial da sociedade.

Hoje, todas as SRL italianas podem então ser constituídas com um investimento inicial a título de capital de apenas um euro. Ao mesmo tempo, o legislador italiano de 2013 não quis abandonar definitivamente o sistema fundado sobre o capital social mínimo e (é de achar) uma sua residual suposta função de garantia para os credores da sociedade.

Se, de facto, o novo n. 4 do art. 2463, CCI, dispõe que nas SRL se pode estabelecer uma sociedade com um limite de capital inferior ao de 10.000 que o próprio art. 2463, n. 2, 4), CCI, continua a solicitar para a constituição «normal» da SRL, as regras sobre o capital e as entradas são neste caso trocadas pela disciplina da SRLS: até quando o capital social ficar abaixo de 10.000 euros, só entradas em dinheiro serão admissíveis e terão de ser inteiramente realizadas e entregues aos gerentes da sociedade.

Como ao legislador italiano, no estabelecimento da nova regra de n. 4, art. 2463, CCI, não fazia falta uma dose substancial de saudade pelo capital social que já não era o que costumava ser, o número 5 do mesmo artigo

de assunção de decisões pelos sócios através de meios diversos da assembleia (art. 2479, n. 3, CCI); possibilidade de provisões estatutárias que permitam que a sociedade seja inscrita no registo das *start-up* inovadoras (veja-se *infra* o parágrafo 2.4). No caso de se admitir a referida interpretação, naturalmente, os honorários notariais voltarão a ser exigíveis pelo limitadamente às integrações aditadas ao modelo legal. Sobre estas possibilidades e a interpretação que as legitimaria, veja-se ALESSIO BARTOLACELLI, "L'insostenibile leggerezza ...", parágrafo 6.

foi adotado também, estabelecendo uma regra que muitos Países tinham, de facto, já adotado, mas quase nunca quando a sociedade em questão era o tipo principal⁸⁷. A regra de que se fala é, obviamente, a da reserva legal reforçada que já é conhecida na experiência alemã das *Unternehmersgesellschaft (UG)*, na *SPRL-Starter* da Bélgica, na *IVS* dinamarquesa; o sistema que o legislador italiano especificamente tomou como marco parece ser sem dúvida o alemão. Na mesma linha do que é a regra para as *UG*, o n. 5, art. 2463, CCI estabelece que, até quando o montante conjunto do capital social e da reserva legal não forem equivalentes a 10.000 euros, a constituição da reserva legal obrigatória terá lugar através da dedução de 20% dos lucros líquidos anuais⁸⁸. Estabelece-se também que a reserva mencionada só pode ser utilizada para cobertura de perdas ou aumento do capital social e que tem que ser reconstituída segundo as mesmas regras no caso de sua diminuição por qualquer motivo⁸⁹.

Contrariamente ao que sucede na *UG* alemã, onde o atingimento, pela soma do capital social e da reserva, do montante de 25.000 euros determina a integral aplicação da disciplina «ordinária» da *GmbH*, no caso italiano, a disciplina «normal» da *SRL*, pelo menos nos assuntos das entradas diferentes de dinheiro e de realização só parcial de entradas numerárias, vai ser aplicada só quando seja o capital social por si próprio a atingir os 10.000 euros, sem se lhe juntar as reservas, e através de um processo de alteração formal do ato constitutivo.

Para além das alterações proporcionadas pelo art. 2463, CCI, sobre o capital social, houve também uma modificação menor – mas contudo significativa em comparação com Portugal – no art. 2464, CCI, sobre as entradas em dinheiro nas *SRL*. Enquanto o sistema antes vigente estabelecia que as entradas de tal tipo deveriam ser depositadas pelos próprios sócios junto de um banco indicado pelos gerentes, a mini-reforma de 2013 alterou a provisão ditando a regra de que as entradas serão entregues diretamente «nas mãos dos gerentes», o que parece muito similar ao

⁸⁷ A única exceção conhecida é a, ulterior por poucos meses à introdução da regra no sistema societário italiano, do regime de *Sociedad limitada de formación sucesiva* introduzido em Espanha em setembro de 2013.

⁸⁸ Ao invés da regra geral estabelecida pelo art 2430, CCI, que prevê a dedução na medida de 5% até que a reserva seja equivalente a 20% do capital social.

⁸⁹ Evidentemente, quando o montante conjunto da reserva legal e do capital social tiver alcançado os 10.000 euros, a obrigação de constituição de reserva continuará segundo as regras comuns do art. 2430, CCI.

conceito de «nos cofres da sociedade» agora no art. 202, CSC, como já se observou⁹⁰.

É esta a única previsão em relação a alguma facilidade na fase constitutiva da SRL «ordinária»: além da possibilidade de as pessoas coletivas serem sócios também, não há alguma agilização nem poupança nas provisões do legislador de 2013. E note-se como nas várias soluções adotadas pelo legislador italiano, ao longo dos anos 2012/13, não há nenhuma que tome em consideração os perfis temporais do registo e, mais globalmente, da constituição da sociedade, mas sim tão-só o assunto da poupança de custos no caso da SRLS⁹¹.

2.4. As SRL empresas start-up inovadoras: notas mínimas

A fim de proporcionar uma informação completa sobre as novidades normativas italianas em tema de SRL que tiveram lugar nos anos 2012/2013, deve também fazer-se breve aceno às empresas assim chamadas «start-up inovadoras» (*start-up innovative*) que foram disciplinadas pelo DL 179/2012, convertido pela lei 221/2012. Este diploma, nos seus arts. 25 ss., estabelece uma disciplina favorecedora da constituição de empresas, de forma societária, que tenham um objeto social de acrescentado valor inovador e tecnológico⁹². As regras aplicam-se às empresas, com sede principal de interesses em Itália, estabelecidas originariamente há menos de 48 meses e que nunca distribuíram lucros aos sócios. Mais pressupostos para a concessão de *status* de empresa inovadora dizem respeito à proporção dos custos de investigação e desenvolvimento para com a produção da empresa, ao emprego de pessoal de alta formação especializada, bem como à titularidade de licenças industriais. O regime de *start-up*

⁹⁰ Mas deve-se salientar que as atuais regras italianas sobre os pagamentos em dinheiro põem fortes limites à real aplicação desta regra quando o valor da entrada seja superior a mil euros.

⁹¹ Alguma novidade aconteceu, quando este artigo já estava nas provas, através da lei 11 de Agosto de 2014, n. 116 de conversão do DL 91/2014. Ao art. 20, n.º 7bis prevê-se que, em caso de ato público, o registo deve acontecer imediatamente, cabendo ao notário – é já não ao conservador – a avaliação da existência das condições de registo.

⁹² Sobre as empresas *Start-up* inovadoras italianas vejam-se as contribuições de ELENA FREGONARA, *La start up innovativa*, Giuffrè, Milão, 2013; PAOLO BENAZZO, “La s.r.l. *start-up innovativa*”, *Le nuove leggi civili commentate*, 2014, 1, p. 101 ss.; MONICA COSSU, “Le *start up innovative* in forma di società a responsabilità limitata. Profili privatistici”, em MARIO CAMPOBASSO – VINCENZO CARIELLO – VINCENZO DI CATALDO – FABRIZIO GUERRERA – ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI (diretto da), *Società, Banche e crisi d’impresa*, Liber amicorum Pietro Abbadessa, UTET, Turim, 2014, II, p. 1705 ss.

inovadora tem um prazo limitado a quatro anos, no máximo, ao fim do qual a disciplina particular não pode ser mais aplicada.

O mencionado diploma estabelece várias medidas de facilitação para a constituição de uma empresa *start-up* inovadora, em diferentes áreas: destacam-se em particular a de direito de trabalho e de direito tributário. Para além disso, todavia, as medidas mais substanciais são sem dúvida em termos de derrogações ao direito geral das sociedades e das SRL em particular. Algumas delas, para mais, têm uma tal relevância a nível sistemático que podem colocar problemas também ao nível da qualificação tipológica da sociedade.

Os estatutos da SRL que seja *start-up* inovadora podem, de facto:

- prever a criação de categorias de quotas que atribuam direitos específicos aos sócios⁹³;
- consentir a criação de categorias de quotas com direito de voto excluído, não proporcional à participação detida, limitado, subordinado;
- permitir a emissão de valores mobiliários híbridos, com direitos patrimoniais ou também administrativos (mas não o direito de voto) contra uma contribuição por parte de sócios ou terceiros⁹⁴.

Para além das faculdades deixadas aos atos constitutivos, o art. 26, DL 179/2012 também estabelece que:

- as quotas de participação das SRL *start-up* inovadoras podem ser oferecidas ao público através de portais especificamente autorizados. Note-se que, no direito italiano, a impossibilidade de ofertas públicas sobre quotas de SRL constituía um dos últimos bastiões para a definição tipológica deste modelo societário⁹⁵;
- a proibição de operações da sociedade sobre autoparticipações (nomeadamente: a aquisição das próprias quotas ou a aceitação das quotas em garantia), que tem caracteres gerais e absolutos na SRL (art. 2474, CCI: «em caso nenhum a sociedade pode adquirir ou aceitar em garantia quotas próprias, nem conceder empréstimos ou dar garantias para a aquisição ou a subscrição das mesmas»), não vai operar nas *start-up* inovadoras quando a operação seja funcional a

⁹³ A mesma noção de categoria implica uma standardização da quota que não é própria do direito das SRL italianas, onde as quotas geralmente têm valor nominal diferente.

⁹⁴ Faculdade que explicitamente o legislador italiano tem atribuído, depois da reforma das sociedades de 2003, somente às sociedades anónimas (SPA).

⁹⁵ Sendo outro, como já se disse, o bem relacionado assunto da impossibilidade de standardização das quotas.

- um plano de distribuição de quotas a empregados, gerentes ou trabalhadores externos da sociedade;
- os prazos de redução e imediato aumento de capital social devido a perdas que o afetaram em mais de um terceiro são duplicados (dois anos ao invés de só um);
- finalmente, as SRL *start-up* inovadoras (e os seus incubadores também) são isentados do pagamento de impostos de selo e secretaria e também de emolumento de registo, durante todo o prazo da sua inscrição no registo das *start-up* (no máximo 4 anos).

No caso das empresas *start-up* em forma de SRL, pode observar-se como elas não se configuram como versões, nem subtipos, da sociedade de responsabilidade limitada, mas sim como um regime, temporário, durante a aplicação do qual a sociedade teria que se desenvolver assumindo, progressivamente, uma forma cada vez mais similar à da sociedade anónima. Neste sentido, é muito evidente como quase todas as derrogações que foram concedidas às *start-up* SRL tenham a própria origem na disciplina da SPA, e até, de alguma maneira, da SPA cotizada⁹⁶.

Evidentemente, na perspetiva de crescimento da sociedade, este programa de desenvolvimento faz perfeitamente sentido; ao mesmo tempo não se pode omitir que, na ausência de uma passagem, depois de acabar o prazo do regime especial, da SRL para uma SPA, ficando então a sociedade como «simples» sociedade de responsabilidade limitada, ela poderá manter características híbridas que, como já de alguma maneira se antecipou, põem em dúvida até as bases da qualificação tipológica da SRL.

2.5. Problemas abertos da nova disciplina das SRL italianas

As muitas alterações que interessaram a disciplina das SRL ordinárias e simplificadas durante os últimos dois anos, que se tentou expor nestas páginas, envolveram vários problemas, quer em relação à aplicação das novas regras, quer sob um ponto de vista mais substancial e sistemático. Não é nem possível, nem talvez útil ao jurista português uma análise em detalhe dos perfis críticos da disciplina, mas pelo menos um rápido olhar

⁹⁶ E o específico assunto do *crowdfunding* já despertou uma grande atenção nos primeiros comentadores: ILARIA CAPELLI, “L’equity based crowdfunding e i diritti del socio”; ELENA FREGONARA, “Il crowdfunding: un nuovo strumento di finanziamento per le start up innovative”; ALDO LAUDONIO, “La folla e l’impresa: prime riflessioni sul crowdfunding”, os três em *Rivista ODC*, 1/2014, www.rivistaodc.eu.

sobre eles, enumerando-os simplesmente, será porventura apreciado, para melhor se entenderem as sombras nem só dos institutos jurídicos envolvidos, mas também da própria ação de criação normativa desempenhada pelo legislador italiano.

Duas são, então, as principais veias de interesse para com as criticidades das mencionadas reformas. A primeira diz respeito primariamente às SRLS e à disciplina aplicável.

O ponto fundamental da questão é dado pela disposição que, ao concluir o art. 2463-bis, CCI, prevê a aplicação às SRLS da disciplina da SRL «ordinária» em quanto ela seja compatível com a variante simplificada. Esta regra, que se pode dizer «cláusula de compatibilidade geral», é capaz de gerar muitas questões. A mais importante delas parece, em verdade, ter que ver com o ponto-chave da mencionada reforma, ou seja, o capital social; nem tanto, ou nem só, num olhar projetado sobre o capital mínimo, o que é, nas SRLS pelo menos, bastante claro, mas sim na aplicação da disciplina da manutenção do capital social, em particular no caso de perdas que afetem mais que um terço do montante do capital, deixando-o abaixo do mínimo legal: neste caso, o art. 2482-ter, CCI, prevê uma imediata convocação da assembleia para que os sócios formalizem a redução do capital e o contextual aumento do mesmo acima do mínimo legal⁹⁷. Evidentemente, numa sociedade em que o nível de capital seja extremamente reduzido, aumentam proporcionalmente as possibilidades de que se dê a referida situação; ao mesmo tempo deve-se salientar como o mínimo legal de que fala o art. 2482-ter, CCI, é calibrado⁹⁸ sobre o capital mínimo das SRL «ordinárias», ou seja 10.000 euros. Poderá dizer-se que a regra mencionada é «compatível» com a disciplina da SRLS? E, neste caso, a disciplina da regra deverá ser alvo de uma interpretação ortopédica pelos intérpretes que vise alterar o limiar de capital mínimo para um euro, ou dever-se-á pelo contrário aplicar o ditado literal do texto de lei? Sobre o ponto, a doutrina ainda não conseguiu encontrar uma resposta unívoca; e note-se que o mesmo problema de grande impacto se vai pôr também para a nova disciplina da SRL «ordinária» que seja constituída com capital abaixo de 10.000 euros.

Ainda sobre a cláusula de compatibilidade, o legislador não disse explicitamente que a nova regra do n. 5, art. 2463, CCI, sobre a constituição «acelerada» da reserva legal, seria de direta aplicação também às SRLS. Neste assunto, todavia, a literatura é bastante unívoca no sentido de que a

⁹⁷ Ou, em alternativa, a transformação da sociedade, ou a dissolução da mesma.

⁹⁸ Explicitamente, citando-se nessa disposição «o capital mínimo estabelecido pelo n. 4) do art. 2463», ou seja o «antigo» capital mínimo de 10.000 euros.

disciplina da reserva acelerada, embora de elaboração sucessiva à entrada em vigor da SRLS, se aplique a esta também, justamente por causa da cláusula geral de compatibilidade, tratando-se de sociedade com capital social abaixo de 10.000 euros⁹⁹.

Outra questão em relação à SRLS é a natureza, em termos jurídicos, dos estatutos modelo elaborados pelo Ministério da Justiça. Como o problema se pôs também em Portugal para com os atos/pactos modelo que têm que ser utilizados pelos regimes de constituição imediata e *on-line* das sociedades¹⁰⁰, em Itália o assunto vai ter importância ainda maior sendo os estatutos de modelo não alteráveis durante a vida da sociedade. Só uma investigação sobre o assunto pode ajudar a determinar, quer o destino das cláusulas que são agora obsoletas, quer se pode dar-se uma integração compatível dos referidos modelos. Investigação que, até hoje, ainda não foi conduzida.

Intimamente ligado ao tema é também o da possibilidade de pessoas coletivas serem sócios de SRLS: o texto do art. 2463-bis, CCI, explicitamente, dispõe só em relação ao momento da constituição da sociedade, e isso, conjuntamente com a ideia de que a alteração ao texto da lei teria implicitamente revogado por inteiro as disposições incompatíveis com a nova redação contidas nos estatutos modelo¹⁰¹, envolveria, na ideia de um importante autor, a consequência de ser hoje legítima a transferência das quotas para sujeitos diversos de pessoas singulares¹⁰². Trata-se de uma interpretação isolada, que contudo deve ser tomada em consideração, principalmente devido à importância da sua origem.

Passando a problemas mais sistemáticos (mas que parcialmente ainda podem ter que ver também com a SRLS), o maior deles parece ser o sentido atual do montante de 10.000 euros, que ainda aparece nos textos normativos. Nas sociedades simplificadas, isso constitui o «capital cap», o teto abaixo do qual o capital da sociedade se deve manter durante a inteira vida da sociedade como variante de uma SRL «ordinária»; o que, também sob um ponto de vista comparado, faz pouco sentido em termos gerais, dado que a passagem a SRL «ordinária» só pode ter lugar com *ambos* o aumento do capital social acima de 10.000 euros e a alteração da firma da sociedade

⁹⁹ MARCO SAVERIO SPOLIDORO, "Una società a responsabilità limitata da tre soldi ...", p. 1103 ss.

¹⁰⁰ Fala nisso ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, "Empresas na Hora", p. 101 ss.

¹⁰¹ Sendo entre elas – erroneamente, na nossa ideia – incluída também a cláusula 4 do ato constitutivo modelo, que proíbe as cessões para pessoas singulares que já cumpriram os 35 anos de idade.

¹⁰² MARCO SAVERIO SPOLIDORO, "Una società a responsabilità limitata da tre soldi ...", p. 1097.

pelo menos com a eliminação do termo «simplificada». Mais complicada é a questão de saber se, nas SRL «ordinárias», podem hoje manter-se os 10.000 euros como capital social mínimo, sendo a disciplina dos n. 4 e 5 do art. 2463, CCI, simplesmente um regime especial para a fase de constituição, ou não¹⁰³.

Ainda sobre o assunto particular, não é bem evidente o regime de passagem entre os vários modelos de que aqui se falou: se é bastante claro que a transição *de SRLS para SRL* não é, pelas razões já indicadas, uma transformação e é sem dúvida possível, nada se diz quanto ao caso inverso, ou seja, da SRL que se queira tornar SRLS. A hipótese, nestes termos, parece nada mais do que um caso de escola, sendo o principal benefício da SRLS o regime facilitado, quanto aos custos a suportar, na fase constitutiva, e que evidentemente não se poderia replicar no caso de transformação; mas o problema pode ser de muito maior interesse quando se pense na SRL «ordinária» com capital abaixo de 10.000 euros como modelo societário «de chegada», sendo o «de partida» uma SRL com capital maior de 10.000 euros, ou outro tipo social, quer pessoal, quer de capitais. Também sobre este assunto a doutrina ainda não chegou a uma resposta definitiva, sendo todavia provavelmente mais preferível a tendência, pelo menos sob o ponto de vista da análise comparada, propensa a excluir a aludida possibilidade¹⁰⁴.

Finalmente, pode-se observar o que parece ser, no sistema italiano das novas SRL, uma insensatez fundamental: ela é a convivência de dois diferentes modelos, um na forma de variante (a SRLS) e um de regime (a «ordinária» SRL com capital abaixo de 10.000 euros), que teriam as mesmas condições de capital mínimo de constituição, mas que, inexplicavelmente, têm uma diferente disciplina. Neste sentido, seria muito mais compreen-

¹⁰³ E parece que a mesma pergunta, *mutatis mutandis*, pode interessar também à disciplina portuguesa, tendo o art. 218, CSC, sobrevivido ao regime de capital social livre; neste sentido, a reserva, cujo montante devia em origem ser pelo menos a metade do capital social mínimo, é hoje capaz de ser de valor muito mais importante do que o capital propriamente entendido.

¹⁰⁴ Assim como, entre outros, a literatura alemã exclui que a UG possa ser o modelo social «de chegada»; e o mesmo, explicitamente, é dito também no caso do novíssimo regime da «Gründungsprivilegierung» na GmbHG austríaca (§ 10b, introduzido pelo art. 24 da Abgabenänderungsgesetz 2014 – AbgÄG 2014). Como se diz somente que «podrán constituirse sociedades de responsabilidad limitada con una cifra de capital social inferior al mínimo legal», também o regime da Sociedad Limitada de Formación Sucesiva estabelecido pelos artigos 4, n.2 e 4-bis do «Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital» espanhol, como alterado pela «Ley de Apoyo a los emprendedores», n. 14/2013, parece aplicável só às sociedades no momento da constituição originária, e não de seguida a uma transformação.

sível, e até linear, deixar que haja simplesmente dois regimes: a SRL «sub 10.000», que vise, à chegada, a sociedade na sua forma «ordinária»; e a própria SRL «ordinária», logo que o capital seja acima dos 10.000 euros. O que agora é a SRLS poderia ser uma variante – e já sem necessidade de uma firma social que indique especificamente que se trata de sociedade simplificada – do regime «sub 10.000», estabelecendo que quando os sócios queiram constituir a sociedade através de estatutos estandardizados – que seriam contudo de elaborar de maneira muito mais séria e profissional do que aconteceu até agora – gozariam dos descontos na fase constitutiva que, de contrário, não teriam¹⁰⁵. Naturalmente, uma imitação similar pressupõe, entre outros, que os estatutos modelo da sociedade não sejam, como agora são explicitamente definidos, inalteráveis e obrigatórios: na visão de todas as experiências que decidiram adotar os estatutos modelo, esses têm uma função de ajuda e de oportunidade; no caso italiano, pelo contrário, quase parece que o uso do ato constitutivo estandardizado é uma espécie de punição pela escolha do modelo da SRLS. E é justo dizer que a desgraçada forma que o modelo assumiu, em concreto, sabe realmente muito a punição.

Resumindo então a situação italiana atualmente em vigor, antes de formular algumas conclusões de comparação luso-italiana, pode finalmente dizer-se que as opções possíveis são as seguintes:

a) as pessoas singulares têm duas possibilidades:

- a') constituir uma SRL «ordinária», ou com capital social mínimo de 10.000 euros (mas com a obrigação, em caso de sociedade pluripessoal, de realizar apenas 25% das entradas em dinheiro; 100% se a sociedade for unipessoal), podendo as entradas ser em espécie, e também de indústria; ou com capital abaixo de 10.000 euros, mas com entradas, necessariamente em dinheiro, completamente realizadas aquando da constituição e as regras sobre a reserva legal que já se explicaram. Nestes casos, nenhuma específica facilitação é estabelecida para a constituição (escritura pública, intervenção notarial a pagamento, impostos normais) e entre os sócios originários podem ficar quer pessoas singulares (independentemente da idade), quer pessoas coletivas;
- a'') constituir uma SRLS, com capital social entre 1 e 9.999,99 euros, com entradas necessariamente em dinheiro e inteiramente reali-

¹⁰⁵ Eventualmente continuando a garantir aos sócios abaixo dos 35 anos da SRL – estendendo a disposição, evidentemente, a todas as SRL, o que já agora não se compreende por que não aconteceu – o acesso a condições mais favoráveis ao crédito bancário.

zadas no momento da constituição da sociedade, possibilidade de sócios originários serem apenas pessoas singulares, obrigação de utilizar o ato constitutivo modelo e facilidades na constituição no sentido de isenção de pagamento de honorários notariais e impostos de selo e secretariado. Caso o sócio seja pessoa singular menor de 35 anos de idade, possibilidade de acesso ao crédito bancário com condições de favor;

b) as pessoas coletivas só têm acesso à SRL «ordinária», no regime normal ou de constituição com capital abaixo de 10.000 euros, como no caso a')¹⁰⁶.

3. Algumas notas conclusivas em perspetiva comparada luso-italiana

I – A fim de concluir estas notas sobre as novidades normativas em tema de SQ e SRL nas experiências portuguesa e italiana, podem-se finalmente proporcionar algumas considerações sob o ponto de vista comparativo entre as duas realidades tomadas em consideração. É contudo importante começar, talvez, com alguma coisa que não haja.

Como já se disse, a tendência atual que tem visto um substancial desaparecimento do capital social nas sociedades «privadas» e o nascimento de modelos societários «mini» em quase toda a União Europeia deve o seu início ao desenvolvimento da tutela do direito de livre estabelecimento das empresas e das sociedades na União Europeia, por meio dos acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia. Tendo tal circunstância um perfil tão internacional, seria esperado que também as medidas que os Estados nacionais teriam sucessivamente tomado refletissem essa situação, de alguma maneira. Em geral não foi assim na Europa, e nem Portugal, nem Itália parecem ter sido exceções a esta regra. Neste sentido, os dois Países parecem ter adotado as mencionadas medidas normativas, não com a visão de exportar para o estrangeiro modelos societários domésticos, facilitando a adoção deles por parte de sujeitos que fora do País tivessem o interesse em escolher, respetivamente, uma forma social portuguesa ou italiana; mas sim, pelo contrário, e como segunda face da mesma moeda, nas reformas citadas parece ter lugar uma finalidade preventiva da saída de sujeitos que, sem elas, poderiam ter escolhido constituir uma sociedade, com custos percebidos como menores, num dos demais Países

¹⁰⁶ A participação, sucessiva, de pessoas coletivas em uma SRLS é questionada pela doutrina, como já se disse *supra*.

que já tinham tomado medidas no sentido de uma redução dos custos de estabelecimento.

Apesar de parecerem as duas situações em certa medida iguais, na nossa opinião não são: enquanto os estímulos no sentido de uma concorrência ativa, ou seja atrativa de sujeitos estrangeiros em entrada, devem necessariamente ser oferecedores de uma situação «de chegada» que seja muito mais desejável que a «de origem», a fim de mais-que-compensar os maiores custos que vêm da expatriação, a concorrência passiva é, ao invés, uma espécie de batalha de retaguarda, onde os maiores benefícios outorgados podem ser de menor intensidade cooperando com eles, a fim de não encorajar a saída da sociedade ou dos interessados na sua constituição, também os citados custos eventuais de sujeição a um diferente regime jurídico no País de chegada. Neste sentido, parece muito mais simples tomar medidas defensivas do que de conquista de novos mercados, e isso é o caso quer de Portugal, quer de Itália.

A circunstância é tanto mais significativa quanto em ambas as reformas, na exposição de motivos de DL 33/2011 em Portugal, e no Relatório ministerial junto ao decreto-lei 83/2012 em Itália, é explicitamente mencionada a classificação «Doing Business» do Banco Mundial¹⁰⁷; enquanto na exposição de motivos portuguesa este *ranking* é mencionado apenas de passagem, no relatório italiano diz-se explicitamente como a norma introduzida (o art. 44, decreto-lei 83/2012, que criou a SRLCR) «contribui para o melhoramento da posição do (...) País na classificação do *Doing Business*»¹⁰⁸, sendo evidentemente tal o fim almejado pelo legislador italiano¹⁰⁹. O que pertence às considerações aqui expostas dado que o olhar do legislador italiano para uma classificação, e não para um dado bruto (por exemplo: o número de jovens italianos que tinham constituído uma sociedade de responsabilidade limitada durante um prazo específico), é por si próprio expressão da vontade de alguma maneira «concorrencial»,

¹⁰⁷ <http://www.doingbusiness.org/>

¹⁰⁸ Veja-se o relatório no endereço Internet: http://leg16.camera.it/_dati/leg16/lavori/schedela/apriTelecomando_wai.asp?codice=16PDL0060880#.

¹⁰⁹ O cume da ironia é todavia alcançado na dupla consideração que, de um lado, para obter o melhoramento esperado não tinha sido suficiente a simples criação da SRLS, que não foi tomada em consideração pelos editores da classificação, como somente uma pequena parte da população teria os pressupostos pessoais (menos de 35 anos de idade) para a constituição da tal sociedade; de outro lado, nem sequer a introdução da SRLCR tem sido suficiente para chegar ao objetivo: em agosto de 2014, Itália ocupa o 90.º lugar da classificação, enquanto no momento da redação do relatório o *rank* era de 77.º (e 84.º no ano seguinte).

pelo menos nas intenções iniciais; concorrência que, com toda a evidência, não houve na realidade¹¹⁰.

II – Com certeza terá o leitor reparado que, ao longo destas páginas, nunca se falou de capital social e das suas funções de maneira dogmática. Seja consentido agora gastar apenas poucas palavras sobre o tema.

O assunto da função do capital social nas sociedades assim ditas «de capital» é, obviamente, de importância fundamental, e não pode aqui encontrar mais do que um ligeiro toque. Já muitos na doutrina portuguesa fizeram a pergunta, com autoridade e precisão, sobre o que fica dum sistema baseado sobre o capital social tradicional depois da instituição do capital social livre¹¹¹, chegando a soluções que vão da possibilidade de configurar uma responsabilidade dos gerentes da sociedade¹¹², até à desconsideração da personalidade jurídica, especulando sobre uma responsabilidade *externa* dos sócios para com os credores sociais¹¹³. Para o que aqui interessa, só se deve sublinhar como a questão da subcapitalização material originária¹¹⁴ nas «novas» SRL italianas até pode ser necessária e inevitável: pense-se só no caso da SRLS, onde explicitamente há a previsão de o capital social *não poder* ser acima de 10.000 euros. Evidentemente,

¹¹⁰ Ainda sobre a falha de internacionalização na perspetiva italiana, lembre-se que, entre os pressupostos para a constituição de uma empresa *start-up* inovadora, fica também o de ser estabelecida em Itália (não só a sede estatutária, aderindo a lei italiana à teoria da incorporação, mas sim também) a sede principal de interesses. O que, evidentemente, impõe mais um entrave à internacionalização deste segmento do setor.

¹¹¹ Vejam-se PAULO DE TARSO DOMINGUES, “O novo regime ...”, p. 110 ss.; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, “Subcapitalização de Sociedade ...”, p. 37 ss.; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O Capital Social das Sociedades por Quotas ...”, p. 43 ss.; e, pelo que diz respeito aos perfis de responsabilidade dos gerentes, MARIA ELISABETE RAMOS, “Capital Social Livre? ...”, esp. p. 94 ss.

¹¹² Neste sentido MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O Capital Social das Sociedades por Quotas ...”, p. 75 ss.; mas veja-se também MARIA ELISABETE RAMOS, “Capital Social Livre? ...”, p. 94 ss. e esp. p. 98 ss.

¹¹³ Assim, e o itálico é no original, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, “Subcapitalização de Sociedade ...”, p. 39.

¹¹⁴ Encontrando a subcapitalização formal em Itália o limite do art. 2467, CCI, sobre o financiamento dos sócios para a sociedade, que, preenchidos alguns pressupostos (i.e., quando for mais razoável uma entrada de capital, ou quando for o débito da sociedade excessivo em proporção do montante do património da mesma), são postergados pelos demais credores. Apesar de algumas vozes – desmotivadamente – contrárias (VINCENZO SALAFIA, “La società ...”, p. 151), a maioria da doutrina concorda com a aplicação da regra também às SRLS: por todos vejam-se ALESSANDRO BAUDINO, “La nuova società ...”, p. 35; MATTEO RESCIGNO, “La società a responsabilità limitata ...”, *Le nuove leggi civili commentate*, p. 79, que até fala da SRLS como o «reino» de aplicação desta regra.

nestas sociedades, a possibilidade de a atividade social requerer recursos que vão de longe para além do limite máximo de capital é, mais que real, na verdade ordinária e quotidiana. E isso, repare-se, sem que uma própria teoria de desconsideração da personalidade jurídica tenha sido património adquirido pela jurisprudência, senão pelos textos normativos. O que realmente pode levar à consideração de que a sociedade «de um euro» possa ser uma maneira para o desenvolvimento de atividades de risco, ou até às margens da legalidade¹¹⁵, deixando o risco de empresa impender sobre os credores sociais.

Neste sentido, em Itália – mas porventura também em Portugal –, a manutenção dum sistema baseado sobre o capital social, e o próprio capital, nesta altura tão desvalorizado nem só de valor monetário, mas também simbólico, parece pouco mais que um fetiche. Um fetiche que não se quer largar e que, no caso italiano, produziu o sistema da reserva com formação acelerada que não parece fornecer aos credores sociais adequadas garantias, nem ter mais sentido do que uma imitação, até prejudicial, uma vez que não consente a aplicação do restante regime de manutenção de capital social em caso de perdas, do sistema antecedente.

E, ainda quanto à reserva com formação acelerada, apesar de ser sem dúvida o sistema mais utilizado quando haja uma substancial redução do capital social mínimo¹¹⁶, sem que seja acompanhada por alguns cuidados, torna-se completamente inútil. Neste sentido, como a formação da reserva acontece só quando houver lucros nas contas anuais aprovadas, e estando na disponibilidade dos sócios, que frequentemente¹¹⁷ são também os próprios gerentes da sociedade¹¹⁸, a quantificação da remuneração dos administradores, a formação de lucros – e então da reserva, conseqüentemente – já pode ficar impedida; e, com ela, o inteiro sistema da reserva de formação acelerada como alternativa ao capital social tradicional¹¹⁹.

¹¹⁵ Cfr. GIUSEPPE BENEDETTO PORTALE, “Societade de responsabilidade limitada ...”, p. 269 e MARCO SAVERIO SPOLIDORO, “Una società a responsabilità limitata da tre soldi ...”, p. 1093.

¹¹⁶ Veja-se *supra*, parágrafo 2.3, notas 87 e 88 e texto correspondente.

¹¹⁷ Senão sempre, como na nossa leitura da cláusula 4 do ato constitutivo de modelo da SRLS; veja-se *supra*, o parágrafo 2.2.

¹¹⁸ A mesma consideração, na doutrina portuguesa, em MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O Capital Social das Sociedades por Quotas ...”, p. 75.

¹¹⁹ Não é por acaso, de facto, que nas experiências mais recentes (Espanha, Dinamarca, até Bélgica com a SPRL-S) há, juntamente com a regra da reserva de formação acelerada, mais cuidados que dizem respeito à distribuição de lucros aos sócios; vejamos sobre o assunto ALESSIO BARTOLACELLI, “Società chiusa ...” e ID. “Nuove esperienze ...”, *passim*.

III – Uma pergunta pode nesta altura surgir, sobre qual o sistema melhor, entre o italiano e o português. Em ambos os Países costuma-se dizer que a relva do vizinho é sempre mais verde; talvez esta seja uma *path dependence* a que quem escreve não está imune. De facto, parece realmente que as alterações que, ao longo dos últimos anos, foram elaboradas pelo legislador português são em geral mais coerentes e sistemáticas do que as feitas pelo homólogo italiano.

Parece-nos, em particular, que o papel fundamental tem sido na experiência portuguesa desempenhado pela possibilidade de desnotarização do processo de constituição da sociedade. Sem isso, também a eficácia dos regimes de constituição imediata e de constituição *on-line* ficaria afetada. A possibilidade, naturalmente, não significa que aos interessados não seja permitido, quando queiram – ou quando hajam entradas cuja natureza jurídica o imponha –, endereçarem-se a um notário para obterem um parecer ou uma mais completa e personalizada redação do ato constitutivo. O sistema é tal, porém, que uma sociedade não particularmente complexa e de reduzidas dimensões, na prática, poderia introduzir alterações também não minimais aos estatutos sem nunca precisar, durante a sua vida, de qualquer intervenção notarial. Como tais alterações, hoje mais do que nunca, são capazes de interessar ao capital social, por exemplo na hipótese de um seu aumento em seguida ao crescimento da sociedade, o perfil de simplificação e redução de custos agora salientado mostra-se realmente inovador aos olhos do observador italiano. Deve-se todavia, ao mesmo tempo, sublinhar como a mencionada reforma pode envolver problemas de legitimidade, em particular com respeito ao conteúdo do objeto social, o que tem que ser alvo de específica atenção pelas Conservatórias.

De outro lado, e falando de alguma maneira em favor da experiência italiana, não parece de entender por que razão não possa ser permitida nas SQ, ainda mais agora com o regime de capital social livre, a entrada de indústria. É verdade que, no sistema italiano, a possibilidade, que remonta à reforma de 2003, não teve imenso sucesso; mas parece na mesma que, como também foi sublinhado por autores alemães¹²⁰ em relação à UG, onde também é vigente a proibição de entradas de indústria, em sociedades de dimensões em princípio tão pequenas, a entrada de indústria por parte de um ou mais sócios poderia ser uma mais valia que não se entende por que razão é privada.

Para além deste assunto, parece ainda que a solução italiana tem alguns toques de originalidade positiva quanto ao regime das *start-up* ino-

¹²⁰ Por todos, cfr. CARL-HEINZ WITT, “Verdeckte Sacheinlage, Unternehmergeellschaft und Musterprotokoll”, *ZIP*, 2009, p. 1102 ss.

vadoras. Trata-se, com certeza, de um perfil que, antes do direito, tem que ver com decisões de política legislativa por parte dos governos interessados; contudo, se pensarmos que a mencionada matéria é de interesse para o Estado, a operação conduzida pelo legislador italiano parece ser boa enquanto procura criar um ambiente global de favor para estas empresas, ambiente que é composto não só por regras de direito comercial e societário, mas também de direito fiscal e do trabalho.

IV – Haverá, enfim, alguma coisa que a experiência italiana possa ter a presunção de poder ensinar a Portugal? Na nossa ideia há, com certeza, mas não positiva.

Houve em Portugal quem¹²¹, depois do DL 33/2011, recuperando explicitamente uma opinião mais antiga¹²², se perguntou se, ao invés do efetivamente realizado sistema de capital social livre, não teria sido mais desejável a criação de um submodelo como a UG alemã. O caso italiano parece ser um laboratório de algum interesse para demonstrar que a criação de um subtipo não resolve necessariamente mais problemas do que o que efetivamente vai criar. E a crítica fundamental, que torna o inteiro sistema absolutamente irracional, é dada propriamente pela coexistência de modelo (SRL), regime especial (SRL com capital inicial menor de 10.000 euros) e submodelo (SRLS) que estabelecem uma situação tudo menos favorável ao desenvolvimento da sociedade de responsabilidade limitada; ou seja, o exato contrário das exigências que a introdução da norma visava satisfazer¹²³. As razões desta falha do legislador italiano já foram encontradas durante a exposição; agora, em conclusão, só falta dizer que a grande diferença que se pode observar entre a abordagem italiana e a lusitana ao assunto é dada pela modalidade em que a ação legislativa teve lugar. Enquanto o método português parece mais similar a uma marcha, comprida, e não isenta de hesitações¹²⁴, mas com uma ideia bem definida quanto ao resultado que se quer atingir, o italiano, se ainda for possível falar em termos de método, assemelha-se muito mais a súbitos ímpetos,

¹²¹ MARIA MIGUEL CARVALHO, “O Novo Regime Jurídico...”, p. 34 s.

¹²² RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas*, Vol. I, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, II ed., Almedina, Coimbra, 1989, pp. 55 e ss., citado por MARIA MIGUEL CARVALHO, “O Novo Regime Jurídico...”, p. 35.

¹²³ E, mais uma vez, como exemplo da incongruência da legislação italiana, leiam-se os estatutos modelo elaborados pelo Ministério da Justiça, em conjunto com a disposição que o deixa inalterável e obrigatório para as SRLS.

¹²⁴ Testemunho disso são o regime de constituição imediata e de constituição *on-line* das sociedades, que foram introduzidos com dois diferentes diplomas, temporalmente muito perto um do outro.

quase sem destino claro. O uso do decreto-lei como método prioritário para a ação legislativa, além de ser realmente muito perto da margem de legitimidade constitucional, não é com certeza um sistema que possa garantir, pelas razões que já se indicaram, a mais cuidadosa reflexão sobre temas que podem ter um impacto tão significativo na economia do País.

Para além disso, e em conclusão, quando as alterações normativas vêm com fins demagógicos, ou até simplesmente para seguir modas, sem uma aprofundada análise das necessidades das empresas e dos empreendedores, o risco de fazer e imediatamente ter que desfazer é realmente muito elevado. E, embora não se pense nisso, é também este um custo em termos de credibilidade, confiabilidade e prestígio. Com o que, evidentemente, o legislador italiano não acha necessário preocupar-se.

Castelvetro di Modena, Agosto de 2014

RESUMO: A ocultação de relações de concertação acionista é suscetível de desencadear assimetrias de informação, distorcendo os mecanismos de formação de preços e permitindo a apropriação de benefícios privados sem o correspondente dever de lançamento de oferta pública de aquisição. O presente estudo centra-se na resposta encontrada pelo legislador nacional para trazer à luz do dia situações de concertação que, de outra forma, permaneceriam ocultas, tentando demonstrar como, a partir da alteração do artigo 20.º do Código dos Valores Mobiliários, se procurou remover o mais significativo obstáculo, a saber, as evidentes dificuldades de prova de existência de relações de atuação concertada.

Palavras-chave: Imputação de direitos de votos; Participações qualificadas; Ofertas públicas de aquisição; Concertação entre acionistas.

ABSTRACT: The non-disclosure of acting in concert relationships is bound to lead to information asymmetry, distort price-making mechanisms, and may entail a means to the appropriation of private benefits of control without the corresponding duty to launch a takeover bid. The present study focuses on the Portuguese legislator's reaction to acting in concert, in an attempt to bring to light relationships that, otherwise, would remain undisclosed. We seek to demonstrate how, by changing article 20 of the Portuguese Securities Code, the legislator sought to remove the most significant obstacle, i.e., the difficulty in gathering evidence of the existence of said relationships.

Keywords: Attribution of voting rights; Qualifying holdings; Takeover bids; Acting in concert.

JULIANO FERREIRA *

Atuação em concertação entre acionistas – O modelo português de supervisão**

I. ENQUADRAMENTO

1. A relevância da atuação em concertação

O exercício de *influência dominante* sobre sociedades com o capital aberto ao investimento do público ("*sociedades abertas*", para efeitos do art. 13.º do Código dos Valores Mobiliários¹), sobretudo quando exercido por

* Jurista do Departamento de Supervisão de Mercados, Emitentes e Informação da CMVM

** O presente texto expressa opiniões estritamente pessoais que não podem ser legitimamente entendidas como manifestação da posição da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários sobre as matérias versadas.

¹ A este doravante se referirão as normas legais sem expressa menção de outro diploma legal.

dois ou mais sujeitos, direta ou indiretamente, é uma das matérias mais apaixonadamente discutidas no âmbito do direito dos valores mobiliários.

Na verdade, as alterações introduzidas pela constituição de posições de domínio sobre determinada sociedade aberta são suscetíveis de colocar em evidência aquilo que este ramo do direito tem de tão específico, como seja a dialética constante entre o propósito de promoção do mercado de capitais como via de recurso ao financiamento e canalização de investimentos e a indispensável implementação de mecanismos de controlo capazes de criar confiança nos agentes que naquele atuam – em especial, aqueles que o fazem em posição natural ou circunstancialmente mais desprivilegiada –, sob pena de, em última análise, ficar em causa a sua própria subsistência.

Quando esses agentes, investidores no capital de sociedades abertas, veem emergir uma posição de domínio, entende o legislador que, em sequência, a sua posição de socialidade é reconfigurada em termos tais que, transformados em *acionistas minoritários*, passam a estar em situação de especial carência de proteção. Ao ponto de – numa das raras soluções legais do ordenamento português em que se impõe um verdadeiro *dever jurídico de contratar* a quem poderia não ter essa intenção –, tal posição jurídica fundamentar a imposição a um terceiro do *dever de lançamento de oferta pública de aquisição*.

Tendo-nos já pronunciado, em estudo anterior², sobre as circunstâncias em que aquele dever poderá ser afastado, interessa-nos agora a identificação dos concretos *modos* pelos quais, em momento logicamente prévio, a relação de domínio se pode vir a constituir. Em particular, deixando por ora de parte o caso mais primário em que determinada pessoa, singular ou coletiva, passa a exercer sobre a sociedade, *de forma exclusiva e direta*, influência dominante, interessa-nos perceber a relevância atribuída pelo legislador aos casos em que a constituição de uma relação de domínio resulta da *atuação concertada* de duas ou mais pessoas.

Temporalmente situados em momento prévio à constituição de uma relação de domínio, defrontamo-nos, pois, com as principais dificuldades decorrentes da superveniência de um quadro relacional complexo em que uma multiplicidade de pessoas, atuando em concertação, obtém uma posição de supremacia sobre os destinos de uma concreta sociedade aberta.

Para compreendermos a feição que assumem as normas legais que visam identificar as situações em que uma relação de domínio sobre socie-

² JULIANO FERREIRA, *Excepções ao dever de lançamento de oferta pública de aquisição*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 3 (outubro 2011), Volume 6, Almedina.

dade aberta se verifica existente, deveremos desde logo ter presente que o dever de lançamento de oferta que conseqüentemente se constitui representa as mais das vezes a exigibilidade de um desembolso financeiro que o adquirente do controlo poderá não ter interesse em realizar, para efeitos de aquisição de ações que poderá não ter interesse em comprar. É, por isso razoável partir da consideração de que, em certas circunstâncias, o interessado em adquirir uma posição de domínio³ não tem interesse em que a sua vontade seja do conhecimento público – desde logo, para que tal facto não seja impeditivo da consecução de tal propósito⁴ –, ou, no limite, que não pretenda efetivamente incorrer nos custos que lhe estão associados.

Neste contexto, não é de surpreender que o legislador tenha tomado como pressuposto da sua atuação determinados comportamentos passados e expectativas de atuação futura dos agentes económicos, quando em causa está a definição de regras jurídicas que visam compor os interesses conflitantes que emergem da superveniência de posições de controlo em sociedades abertas.

As possíveis respostas a um problema comum nos vários ordenamentos jurídicos não são unívocas. À perspetiva dogmático-conceptual, que pretende apreender e definir exhaustivamente as circunstâncias qualificáveis como *atuação em concertação*, opõe-se uma perspetiva pragmática, no âmbito da qual, reconhecendo-se a impossibilidade de prever e antecipar todas as concretizações de atuação em concertação, se procura estabelecer os mecanismos adequados para que, em face de uma determinada situação real, seja possível demonstrar ou infirmar, com um adequado grau de certeza, a existência de uma relação que deva ser qualificada como de

³ Referimo-nos, por comodidade de linguagem, à aquisição de *domínio* ou de *controlo* como sinónimo de estabelecimento de uma relação de domínio entre determinada pessoa singular ou coletiva e uma sociedade, resultante da circunstância de, independentemente de o domicílio ou sede se situar em Portugal ou no estrangeiro, aquela poder exercer sobre esta uma influência dominante (v. art. 21.º).

⁴ A incorporação pelos agentes económicos – e, em particular, pelos investidores no mercado de capitais – da informação de que alguém pretende vir a constituir-se numa relação de domínio sobre determinada sociedade aberta poderá conduzir ao aumento tendencial do valor das ações que, uma vez adquiridas, permitiriam dispor daquela posição de supremacia, ao mesmo tempo que tenderia a fazer aumentar a procura do título em concreto, expectável que fosse que o dever de OPA se viesse a constituir e houvesse de ser repartido pelos minoritários um *prémio de controlo*. Sobre a falibilidade da repartição do prémio de controlo como fundamento do dever de lançamento de OPA, v. EDDY WYMEERSCH, *A New Look at the Debate About the Takeover Directive* (março de 2012), Ghent University, Financial Law Institute Working Paper No. 2012-05. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1988927> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1988927>, mais recentemente consultado em outubro de 2014.

atuação concertada⁵ entre dois ou mais sujeitos relativamente a uma sociedade aberta.

2. A positivação da atuação em concertação no direito português

O Decreto-Lei n.º 219/2006, de 2 de novembro, veio adicionar ao n.º 1 do art. 20.º uma nova situação geradora de imputação de direitos de voto. Passou então a relevar, para efeitos do cálculo do número de direitos de voto que devem ser imputados a determinada(s) pessoa(s), uma nova situação relacional, até então não apreendida por alguma das preexistentes alíneas do n.º 1 do mesmo artigo.

Em simultâneo, dois novos números (4 e 5) foram adicionados ao mesmo artigo, não devendo os mesmos, pois, deixar de se considerar intrinsecamente relacionados com a *nova* situação relacional, prevista na al. h) para efeitos de imputação de direitos de voto. Veremos, em maior detalhe, o quão importante é a conjugação destas normas para a compreensão da lógica de funcionamento do modelo português de supervisão incidente sobre as formas de atuação concertada.

Aquela alteração ao art. 20.º representou a atribuição de relevância jurídica expressa e autónoma às situações de *exercício concertado de influência*, a que igualmente nos referiremos como situações de atuação em concertação (*acting in concert*). A al. h), assim introduzida, encontra justificação no propósito de abranger formas de atuação concertada não integralmente reconduzíveis a quaisquer relações intersubjetivas inscritas já nas alíneas (lógica e temporalmente) precedentes do mesmo artigo e que, como tal, não geravam imputação de direitos de voto.

Do n.º 1 do art. 20.º passou assim a resultar que:

⁵ Numa perspetiva abrangente, poderemos entender todas as circunstâncias relacionais previstas nas várias alíneas do n.º 1 do art. 20.º como formas de atuação concertada. Quem atua por conta de outrem não deixa de estar, de certa forma, a atuar em concertação com essa pessoa; quem celebra com terceiro acordo que lhe permite adquirir ações não está senão a atuar em concertação com esse terceiro. Porém, neste âmbito, tomamos a referência a atuação concertada com intuito de identificar os casos em que duas ou mais pessoas instituem um efetivo modo de atuação relativamente à sociedade que, partindo da autonomia da vontade de cada uma delas, se vai afinal situar num espaço de consenso e num modo de atuação conjunto, como se de um só acionista se tratasse, conferindo às partes um concreto poder que individualmente não dispõem. O reflexo mais evidente de uma tal circunstância é o da atribuição de relevância aos acordos parassociais incidentes sobre o exercício do direito de voto.

«no cômputo das participações qualificadas consideram-se, além dos inerentes às acções de que o participante tenha a titularidade ou o usufruto, os direitos de voto (...)

h) *Detidos por pessoas que tenham celebrado algum acordo com o participante que vise adquirir o domínio da sociedade ou frustrar a alteração de domínio ou que, de outro modo, constitua um instrumento de exercício concertado de influência sobre a sociedade participada.»*

Dos números 4 e 5 passou, em consequência, a decorrer que:

«4 – Para efeitos da alínea h) do n.º 1, presume-se serem instrumento de exercício concertado de influência os acordos relativos à transmissibilidade das acções representativas do capital social da sociedade participada.

5 – A presunção referida no número anterior pode ser ilidida perante a CMVM, mediante prova de que a relação estabelecida com o participante é independente da influência, efectiva ou potencial, sobre a sociedade participada.»

Nos termos do preâmbulo do referido Decreto-Lei, a alteração no cálculo de imputação dos direitos de voto que se traduziu na nova redacção do artigo 20.º corresponde a uma antecipação parcial do regime proposto pela Diretiva n.º 2004/109/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 2004, relativa à harmonização dos requisitos de *transparência* no que se refere às informações respeitantes aos emitentes cujos valores mobiliários estão admitidos à negociação num mercado regulamentado (“*Diretiva da Transparência*”).

Tal justificação, que se nos apresenta como uma evidência no que respeita, por exemplo, à alteração do n.º 3 do art. 20.º⁶, parece contudo não colher quando se procura desvendar naquela Diretiva a *atuação em concertação* como fonte da imputação de direitos de voto.

Aliás, poderá até ver-se uma maior proximidade semântica e teleológica da al. h) do n.º 1 do art. 20.º com o conceito de *pessoas que atuam em concertação* de que se socorre a Diretiva n.º 2004/25/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa às *ofertas públicas de aquisição* (“*Diretiva das OPA*”), onde, no art. 2.º, al. d), aquelas surgem qualificadas como «...*pessoas singulares ou colectivas que cooperam com o ofe-*

⁶ Que transpõe para a legislação nacional o n.º 5 do artigo 12.º da Diretiva da Transparência, de onde resulta que «[n]ão se consideram imputáveis à sociedade que exerça domínio sobre entidade gestora de fundo de investimento, sobre entidade gestora de fundo de pensões, sobre entidade gestora de fundo de capital de risco ou sobre intermediário financeiro autorizado a prestar o serviço de gestão de carteiras por conta de outrem e às sociedades associadas de fundos de pensões os direitos de voto inerentes a acções integrantes de fundos ou carteiras geridas, desde que a entidade gestora ou o intermediário financeiro exerça os direitos de voto de modo independente da sociedade dominante ou das sociedades associadas.»

*rente ou com a sociedade visada com base num acordo, tácito ou expresso, oral ou escrito, tendo em vista, respectivamente, obter o controlo da sociedade visada ou impedir o êxito da oferta.»*⁷.

Do exposto resulta que não se revela decisiva, porque não totalmente esclarecedora, a identificação da fonte normativa (Diretiva da Transparência) que inspira a solução adotada pelo legislador. De resto, afigura-se-nos insustentável um resultado hermenêutico que, com base exclusivamente no preâmbulo do referido Decreto-Lei – de relevância jurídica discutível –, não encontre apoio nos demais elementos da interpretação jurídica e frontalmente contrarie a função histórica da norma alterada.

Não deverá, em particular, desconsiderar-se que desde a entrada em vigor do Código o legislador recorre ao art. 20.º para ancorar a imposição de deveres jurídicos de distinta natureza (e não só deveres de *transparência*), identificando, por convocação de concretas relações intersubjetivas, o universo de direitos de voto imputáveis a determinada(s) pessoa(s), ora para efeitos de constituição do dever de comunicar *participação qualificada*, ora para efeitos de constituição do *dever de lançamento de OPA*. Se tivesse sido intenção do legislador promover, em 2006, uma tão significativa reconfiguração da natureza funcional da norma, circunscrevendo alguns dos seus efeitos a apenas um dos propósitos que lhe são subjacentes, teria sido seguramente outra a formulação proposta e necessariamente outro o enquadramento preambular.

Não obstante as dúvidas que assim se levantam quanto à verdadeira fonte de inspiração da expressa autonomia do conceito de *atuação em concertação*⁸, há dados objetivos que não devem ser desconsiderados, como a

⁷ Por sua vez, o art. 10.º da Diretiva da Transparência dispõe que «[o]s requisitos de notificação definidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 9.º são igualmente aplicáveis às pessoas singulares ou colectivas que possam adquirir, alienar ou exercer direitos de voto em qualquer dos seguintes casos ou através de uma combinação dos mesmos:

a) Direitos de voto detidos por um terceiro com o qual essa pessoa singular ou colectiva tenha celebrado um acordo que os obrigue a adoptarem, através do exercício concertado dos direitos de voto que possuem, uma política comum duradoura em relação à gestão do emitente em causa. (...).

⁸ A atribuição de relevância à atuação em concertação não serve unicamente os propósitos de garantir a existência no mercado de informação quanto à composição, atual ou potencial, da estrutura acionista de determinada sociedade cotada ou quanto às relações que conexas determinam acionistas, entre si ou perante terceiros, constituindo ainda – e porventura com maior relevo – substrato teleológico da remissão que o art. 187.º promove para o n.º 1 do art. 20.º. No âmbito da constituição do dever de lançamento de OPA relevam, pois, não só as circunstâncias em que alguma pessoa, isoladamente, adquire uma posição que lhe permite exercer influência dominante sobre determinada sociedade, mas também aquelas em que são duas ou mais pessoas os titulares do poder de exercer tal influência dominante, por efeito do estabelecimento de um qualquer modo de atuação

localização sistemática do preceito aditado e a cirúrgica alteração promovida a uma lista já longa de relações intersubjetivas, tidas em consideração para efeitos de contagem de votos imputáveis a determinado participante.

Por isso, mais do que os indícios textuais quanto à solução inspiradora da alteração legislativa interessa-nos a concreta teleologia do preceito, *i.e.*, a determinação do propósito que serve a prévia identificação de que duas ou mais pessoas atuam em concertação. Tal asserção remete-nos para a discussão, mais abrangente, da determinação do sentido valorativo a atribuir ao art. 20.º, considerando as finalidades específicas para que o mesmo vem a ser convocado.

A integração da *atuação em concertação* no art. 20.º, sem qualquer restrição de âmbito, faz sujeitar esta circunstância relacional ao mesmo regime a que ficam – e a que já se encontravam – sujeitas as demais, podendo por isso tal circunstância relacional ser invocada como fundamento ou pressuposto formal de que depende a constituição do dever de comunicação de participação qualificada e de lançamento de oferta pública de aquisição.

II. AS TENTATIVAS DE CONCEPTUALIZAÇÃO

1. Aproximações doutrinárias

Um dos primeiros Autores a pronunciar-se sobre o sentido da atribuição de relevo à *atuação em concertação*, nos termos em que o faz a atual redação do art. 20.º, foi PAULA COSTA E SILVA, tendo para o efeito apresentado, pouco depois da alteração legal que deu origem à al. h) do n.º 1 daquele artigo, o escrito intitulado “*A imputação de direitos de voto na oferta pública de aquisição*”, divulgado na Jornada Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira, a 26 de janeiro de 2007⁹.

Nas páginas dedicadas ao apuramento dos motivos subjacentes à introdução da alínea h) e dos números 4 e 5 no art. 20.º, a Autora começa por apontar uma discordância relativamente ao expressamente referido no

concertada. Neste cenário, cingir as consequências da alteração do art. 20.º de que cuidamos a propósitos de transparência seria inexplicavelmente redutor, implicando a recusa de que a maior relevância de um tal conceito se há de colher, afinal, no âmbito das relações entre acionistas controladores e acionistas minoritários.

⁹ Publicada, sob o título *A imputação de direitos de voto na oferta pública de aquisição* pela Almedina, em junho de 2007.

preâmbulo do Decreto-Lei, em virtude de não vislumbrar naquelas alterações qualquer transposição da Diretiva da Transparência¹⁰.

Não encontrando nessa referência um sentido útil, procura no confronto com as demais alíneas do mesmo artigo alcançar uma delimitação negativa das circunstâncias relacionais que, por se encontrarem já naquelas previstas, deverão considerar-se logicamente excluídas do âmbito de aplicação da *nova* al. h). Nesse percurso, vem a revelar-se incontornável o confronto com a al. c) – a qual atribui relevância aos designados *acordos de voto* –, daí retirando a conclusão de que a concertação a que se refere a al. h) deve necessariamente dissemelhar-se daquela que assente num acordo sobre o exercício (concertado) de direitos de voto.

Assim, se a al. c) estabelece que no cômputo das participações qualificadas se consideram os direitos de voto detidos por titulares do direito de voto com os quais o participante tenha *celebrado acordo para o seu exercício* (salvo se, pelo mesmo acordo, estiver vinculado a seguir instruções de terceiro), dever-se-ão excluir tais acordos do âmbito da al. h), pela simples circunstância de inexistir motivo válido para sustentar a atribuição de um relevo duplicado, em duas alíneas distintas de um mesmo artigo, a uma só circunstância relacional (a concertação acionista decorrente da celebração de acordo de voto).

«Restam, para a al. h), outros instrumentos que não sejam acordos de voto»¹¹.

A procura de um sentido para a al. h) do n.º 1 do art. 20.º leva então PAULA COSTA E SILVA a equacionar se o campo de aplicação da norma, tal como pensado pelo legislador, não seria o dos acordos não vinculantes (os designados *gentlemen's agreements*)¹². Constituindo interpretação usualmente aceite pela doutrina a de que acordos não juridicamente vinculan-

¹⁰ Conclui, não obstante a discordância, que se a vontade do legislador era efetivamente a de transpor o conceito de atuação em concertação previsto naquela Diretiva, deveriam consequentemente circunscrever-se os seus efeitos – a saber, imputação de direitos de voto às partes concertadas –, ao dever de comunicar ao mercado a aquisição de participação qualificada. Excluída ficaria assim a possibilidade de, com base naquele critério de imputação, afirmar a constituição do dever de lançamento de oferta pública de aquisição. Pela nossa parte cremos que tal possibilidade interpretativa deverá considerar-se afastada, atenta, em especial, a integração sistemática da norma em causa, conhecida que é a dupla (ou tripla) funcionalidade das regras de imputação de direitos de voto que, desde a entrada em vigor do Código, constituem a feição característica do art. 20.º.

¹¹ PAULA COSTA E SILVA, *A imputação de direitos de voto...*, *ob. ant. cit.*, pág. 276.

¹² Opção repudiada por JOÃO SOARES DA SILVA, *Algumas observações em torno da tripla funcionalidade da técnica de imputação de votos no código dos valores mobiliários, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, N.º 26, abril de 2007.

tes estão fora do âmbito de aplicação da al. c)¹³, talvez constitua propósito da nova al. h) passar a atribuir relevo jurídico, ainda que para o efeito específico de imputação de direitos de voto, a tais tipos de acordos.

Aventada aquela possibilidade interpretativa, a Autora concentra-se depois na relevância que para a compreensão da atuação concertada representam os *acordos relativos à transmissibilidade de ações*. Nesse âmbito, é também levada a concluir que esse tipo de acordos é já tido em consideração por uma outra alínea do mesmo art. 20.º, a al. e) – de onde decorre a imputação dos direitos de voto inerentes às ações que determinada pessoa *possa adquirir*, em virtude de acordo celebrado com os respetivos titulares –, razão pela qual, e à semelhança da conclusão a que chegava do confronto com a al. c), também do confronto com a al. e) se deveria necessariamente retirar que a al. h) pretende, afinal, abarcar circunstâncias relacionais distintas.

Uma vez negativamente delimitadas as circunstâncias relacionais que não farão parte da hipótese da al. h), conclui aquela Autora considerando que naquela caberia a celebração de convenções nos termos das quais os diversos intervenientes concertassem a sua política de aquisições na sociedade visada, seja com o intuito de adquirir o controlo, seja com o intuito de frustrar a sua alteração.

É o que sucederá, por exemplo, quando as partes de um determinado acordo se comprometam reciprocamente a adquirir, individualmente mas em benefício de um propósito comum, ações da sociedade participada.

Pouco tempo depois é JOÃO SOARES DA SILVA¹⁴ quem, escrevendo sobre a por si designada tripla funcionalidade¹⁵ da técnica de imputação de direitos de voto, apresenta o respetivo entendimento quanto à (re)introdução no direito nacional de uma «...cláusula geral de actuação em concertação, constante da nova alínea h) do artigo 20.º, introduzida pelo Decreto-Lei 219/2006, de 6 de Novembro». Considera-a uma «[i]novação que, temperada embora por uma restrição quanto à fonte – apenas acordos vinculantes – e assis-

¹³ Vide, entre outros, OSÓRIO DE CASTRO, que, a propósito da al. c, refere que «...passa a atender-se ao acordo de voto ainda que ele não revista forma escrita, embora não deixe de ser necessário que se trate de uma convenção juridicamente vinculante, e não de um mero gentlemen's agreement», in *A Imputação de Direitos de Voto no Código dos Valores Mobiliários*, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7, abril de 2000, pág. 186.

¹⁴ *Algumas observações em torno da tripla funcionalidade...*, *ob. ant. cit.*.

¹⁵ A saber, i) comunicação de participação qualificada, ii) lançamento de oferta pública de aquisição e iii) outros deveres conexos (entre eles a proibição de aceitação de oferta parcial, o regime das aquisições na pendência da oferta e o da necessidade de revisão da contrapartida), em *Algumas observações em torno da tripla funcionalidade...*, *ob. ant. cit.*, pág. 55 e ss.

tida, por outro lado, de uma presunção ilidível quanto a acordos sobre transmissibilidade de acções (novo n.º 4 do artigo 20.º), veio coexistir com o corpo normativo de imputação anterior, afectando-lhe porventura a coerência interna».

Não obstante o âmbito da sua intervenção incidir sobre o sentido a que deve obedecer o intérprete quando recorre ao artigo 20.º para dar resposta a uma de três finalidades¹⁶, acaba por referir, em nota, que «[s]em aqui poder desenvolver a matéria, diremos que o nosso entendimento da alínea h) é o de que ela só pode regular acordos relativos à transmissibilidade de acções diversos dos acordos de que resultam direitos aquisitivos previstos na alínea e) (por exemplo, acordos de preferência, de intransmissibilidade, de obrigação unilateral de adquirir ou put, etc.), sendo os puros acordos aquisitivos cobertos exclusivamente pela alínea e) – sob pena, aliás, de ter de se considerar que a imputação resultante destes acordos aquisitivos teria passado a poder ser ilidida, o que, não sendo porventura negativo, seria pelo menos estranho no contexto da reforma».

Em relação ao escrito de PAULA COSTA E SILVA é assim adiantada uma hipótese interpretativa distinta: a al. h) vem promover a imputação de direitos de voto quando sejam celebrados determinado tipo de acordos juridicamente vinculativos que, não recaindo na al. e) do n.º 1 do art. 20.º, ainda assim dizem respeito à transmissibilidade de acções. Entre tais acordos estaria, por exemplo, o contrato de opção de venda, não enquadrável na al. e) por não conferir ao participante a possibilidade de adquirir acções de terceiro, mas antes a possibilidade de impor a esse terceiro, por mero exercício da referida opção, a aquisição das acções por si detidas.

Na mesma edição dos *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* pode ler-se um outro estudo, da autoria de JOÃO MATTAMOUROS RESENDE, intitulado “A Imputação de Direitos de Voto no Mercado de Capitais”, que se refere igualmente à questão da *actuação em concertação*¹⁶.

A esse propósito refere aquele Autor que «...este critério de imputação de direitos de voto não encontra precedente directo na Directiva da Transparência. E o CodMVM não tinha em conta a *actuação concertada* como tipo autónomo de imputação no apuramento de participação importante.

Mas, em contraste com esta irrelevância da actuação concertada no domínio da publicidade de participações qualificadas, o mesmo diploma não esquecia o conceito quando se tratava de apurar o montante de direitos de voto que deveriam contar-se como pertencentes ao oferente e, por consequência, assumiam relevância no domínio da OPA obrigatória.»

¹⁶ Numa perspectiva distinta, que não toma como ponto central de análise a identificação de um sentido para a al. h) do n.º 1 do art. 20.º, veja-se MAGDA VIÇOSO, *Os acordos de concertação dirigidos ao domínio de sociedades abertas*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida* – Vol. I, Almedina, 2011, pág. 879 e ss.

Mais afirma que «[o] presente critério de imputação consagra uma obrigatoriedade de comunicação de uma situação de actuação concertada que se justifica plenamente em sede de informação do mercado. Quando os participantes, actuando concertadamente, adquirem participação de mais de um terço dos direitos de voto correspondentes ao capital social de sociedade aberta, deve naturalmente presumir-se que estão habilitados a decidir dos destinos da sociedade e, por consequência, estarão obrigados a lançar oferta pública de aquisição nos termos do disposto no artigo 187.º do CVM.»

A perspetiva sucintamente exposta é, assim, mais descritiva do que analítica, daí não resultando uma verdadeira problematização do efetivo sentido a atribuir à atuação concertada enquanto circunstância conducente à imputação de direitos de voto. Não obstante, afasta-se da perspetiva de que os efeitos da atuação concertada se devam cingir à problemática da transparência, expressamente assumindo a sua relevância no âmbito da constituição do dever de lançamento de OPA.

VÍTOR PEREIRA DAS NEVES¹⁷, por sua vez, vem apresentar diferente entendimento quanto ao sentido da al. h), recusando ver nela a atribuição de relevo à atuação concertada, enquanto *cláusula geral* de imputação de direitos de voto¹⁸. As demais alíneas do n.º 1 do art. 20.º já antes concretizavam um conjunto de circunstâncias que, relacionando determinadas pessoas, permitiam sustentar a existência, entre elas, de atuação concertada, imputando-lhes os direitos de voto inerentes a ações de que não eram necessariamente titulares, de forma que a introdução de uma tal cláusula não só afetaria a coerência interna do direito vigente, como praticamente inutilizaria grande parte do conteúdo útil das demais alíneas do n.º 1 do art. 20.º¹⁹.

De resto, entende aquele Autor que o critério de imputação de direitos de voto previsto na al. h), em especial na parte em que se refere aos *instrumentos de exercício concertado de influência*, não deve considerar-se de aplicação *residual* face às demais alíneas do n.º 1 do mesmo artigo, mas de aplicação alternativa face aos tipos de acordos mencionados na primeira parte da referida alínea. Para que a imputação de direitos de voto se haja de fazer com fundamento na al. h) do n.º 1 do art. 20.º, importante

¹⁷ VÍTOR PEREIRA DAS NEVES, *A natureza transitiva dos critérios de imputação de direitos de voto no Código dos Valores Mobiliários*, Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Coimbra, 2008, vol. II, págs. 516, 517 e 518, em nota.

¹⁸ Em claro confronto com a tese adiantada por JOÃO SOARES DA SILVA, *Algumas observações em torno da tripla funcionalidade...*, *ob. ant. cit.*, págs. 47 e ss., pág. 53.

¹⁹ Afastada fica igualmente a ideia de que a intenção subjacente à introdução da alínea em apreço foi a de atribuir relevo a acordos não vinculativos (*gentlemen's agreements*), adiantada por PAULA COSTA E SILVA em *A imputação de direitos de voto...*, *ob. ant. cit.*, pág. 277.

será que o exercício concertado de influência revista o específico propósito de as partes de um determinado acordo implementarem, através dele, *um determinado projeto conjunto ou concertado de poder no quadro de uma sociedade aberta*.

Com este sentido, percebe-se que o exercício concertado de influência a que a al. h) expressamente se refere é distinto do exercício concertado de influência que está inerente à al. c), quando em causa esteja um acordo de voto: se o primeiro tipo visa alterar ou cristalizar uma determinada estrutura acionista ou uma concreta repartição de direitos de voto, esgotando-se com a realização desse propósito, o segundo visa produzir os seus efeitos sobre a atividade ou a gestão da sociedade em causa. O primeiro é de realização instantânea, o segundo visa instituir um entendimento com reflexos contínuos sobre a sociedade.

Quando o exercício concertado de influência tem o propósito de aquisição de controlo ou de frustração da sua alteração, ocorre a imputação de direitos de voto, admitindo-se, em tais circunstâncias, que aqueles constituíam propósitos em si mesmos. As mais das vezes, porém, as partes pretendem aquele resultado como simples *meio* para instituir, com caráter de permanência, uma relação de domínio sobre a sociedade participada. Se tal não for o caso – depreende-se das palavras daquele Autor –, as partes poderão invocar que, não obstante a aquisição de controlo ou a frustração da sua alteração, não haverá imputação de direitos de voto nos termos da al. h) se as partes não tiverem em vista o exercício de uma influência concertada sobre a atividade ou a gestão da sociedade em causa.

HUGO MOREDO SANTOS²⁰, mais recentemente, começa por abordar a interpretação da al. h) em confronto com duas das alíneas já anteriormente previstas no n.º 1 do art. 20.º, as alíneas c) e e).

Assim, e porque a i) *aquisição de domínio sobre a sociedade*, a ii) *frustração de alteração de domínio* e o iii) *exercício de influência concertada sobre a sociedade participada* – referências pressupponentes de que parte a al. h) do n.º 1 do art. 20.º – correspondem a intenções que podem ser prosseguidas quer pela regulação do exercício de direitos de voto (al. c) quer pela celebração de acordos relativos à transmissibilidade de ações (al. e), a perção da al. h) apenas se encontra se esta atingir situações que, antes da entrada em vigor do Decreto-lei n.º 219/2006, de 2 de novembro, não originavam imputação de direitos de voto ao abrigo de alguma daquelas duas alíneas (é, uma vez mais, reflexo da teoria da subsidiariedade da al. h).

²⁰ *Transparência, OPA obrigatória e imputação de direitos de voto*, Coimbra Editora, 2010, págs. 478 a 488.

Dessa forma, no que respeita aos acordos para *aquisição de domínio sobre a sociedade*, o Autor parece aderir ao exemplo de PAULA COSTA E SILVA, relativo à concertação da política de aquisições na sociedade; no que respeita aos acordos destinados à *frustração da alteração de domínio* vai um pouco mais além, com apoio em exemplos retirados de uma exaustiva análise comparativa de ordenamentos próximos, daí retirando a categoria de *acordos de bloqueio*, onde se incluem, entre outros, os acordos de preferência ou de intransmissibilidade de ações; no que respeita ao *exercício de influência concertada sobre a sociedade participada*, elemento que se verifica em estreita conexão com a presunção incidente sobre os acordos relativos à transmissibilidade de ações, questiona aquele Autor se todos os acordos que tenham aquele propósito devem ou não conduzir à imputação de direitos de voto.

Retomando a ideia de delimitação do âmbito da al. h) face às alíneas c) e e) do n.º 1 do art. 20.º, vem acrescentar que na primeira se deverão incluir os acordos que conferem a uma das partes a mera expectativa de adquirir ações, pois o acionamento da imputação nos termos da al. e) impõe a existência, na esfera jurídica de uma das partes, de um verdadeiro *poder* de adquirir. Enquadrar-se-ão, assim, na al. h), por dizerem respeito à transmissibilidade de ações mas não conferirem mais do que uma *expectativa* de aquisição, os *pactos de preferência* e as *opções de venda*. Mas o mesmo sucede com acordos de *intransmissibilidade*.

Como corolário do raciocínio, HUGO MOREDO SANTOS conclui, para efeitos de imputação de direitos de voto, existir duas situações: por um lado, os acordos que visem adquirir o controlo, frustrar a alteração de controlo ou constituir instrumento de exercício concertado de influência e que não digam respeito à transmissibilidade de ações, caso em que *são sempre considerados para efeitos de imputação* (porque a presunção será insuscetível de ser ilidida). Os acordos que visem adquirir o controlo, frustrar a alteração de controlo ou constituir instrumento de exercício concertado de influência que digam respeito à transmissibilidade de ações apenas são considerados para efeitos de imputação *se a presunção não for ilidida*, admitindo-se, neste caso, prova em contrário.

Por fim, em resposta à necessidade de delimitar os direitos de voto a imputar em cada uma das referidas situações, conclui que, quando em causa não esteja a existência de acordos relativos à transmissibilidade de ações, deverão ser imputados às partes todos os direitos de voto imputáveis a cada uma delas individualmente; quando em causa estejam acordos respeitantes à transmissibilidade de ações, deverão ser exclusivamente imputados os direitos de voto inerentes às ações que daquele são objeto.

2. Apreciação crítica das perspectivas adotadas

Uma das notas que quase sem exceção orienta as análises mencionadas no ponto anterior é a procura de um sentido para a al. h) para além do âmbito de relevância das alíneas preexistentes, constituindo ideia comum a de que a necessidade de inclusão de uma nova circunstância relacional no elenco das causas de imputação de direitos de voto se justifica pela consideração de que a mesma não se encontrava abrangida pelas demais alíneas do n.º 1 do art. 20.º.

Poderá, contudo, não ser necessariamente assim.

A referência a *instrumento de exercício concertado de influência* é particularmente enigmática, em especial pelo desvio que representa face à técnica legislativa que se depreendia ter estado na origem da redação das demais alíneas do n.º 1 do art. 20.º. Com a introdução de uma tal referência, a imputação de direitos de voto passou a transcender a existência de uma determinada relação, concreta e objetivamente identificada nos seus termos (relação de domínio ou de grupo, acordo para o exercício do direito de voto, exercício de funções de administração ou fiscalização, entre outros), para se impor por referência a um mais elevado nível de abstração, como consequência de um conceito aparentemente tão amplo como o de existência de *atuação concertada*²¹.

Por isso, em virtude do recurso a uma diferente técnica, será porventura arriscado afirmar que a al. h) não constitui senão uma extensão das causas de imputação de direitos de voto, dando continuidade e amplitude às alíneas que temporalmente a precedem. Segundo cremos, a introdução daquela alínea é mais representativa de rotura do que de continuidade metodológica, não devendo por isso o seu sentido ser resultado de uma simples integração sistemática, lógica e sequencial – fundada quase exclusivamente na atribuição de relevo ao local onde o legislador a decidiu incluir –, tendo ao invés de se encontrar na identificação dos problemas para os quais pretende constituir resposta. E se um deles será, efetivamente, o da existência de relacionamentos intersubjetivos que não geravam impu-

²¹ Amplitude conceptual que, de resto, é apenas relativa. A existência de atuação concertada parece não permitir, à luz da atual redação do preceito, fundamentar por si só a imputação de direitos de voto, sem que entre as partes exista um qualquer acordo vinculativo. Se a concertação oculta tiver por base um mero acordo de cavalheiros, que se materialize, por exemplo, numa atuação reiteradamente coincidente das partes, tal poderá não ser suficiente para que se origine o efeito de imputação de direitos de voto. Com tal interpretação, a relevância da atuação concertada fica, afinal, significativamente limitada, reservada para os casos em que a mesma tenha apoio num qualquer acordo que, nos termos da lei, constitua o instrumento de concertação.

tação de direitos de voto por mera convocação das alíneas a) a g) do n.º 1 do art. 20.º – e que o legislador considera que devem passar a gerar –, um outro, até agora não evidenciado pela Doutrina, será a inabilidade da técnica legislativa anterior para fazer aplicar aquela consequência quando o intuito das partes de determinados acordos seja, precisamente, furtar-se à sua aplicação.

Na verdade, os casos de *concertação oculta* fazem emergir evidentes dificuldades de prova, constituindo sério entrave à imputação de direitos de voto e constituindo um claro prejuízo para a qualidade e transparência da informação disponível no mercado. Através da previsão da al. h) o legislador pretendeu dotar o ordenamento jurídico de mecanismos que permitissem trazer para o âmbito da juridicidade determinado tipo de relações que, podendo até recair no âmbito de aplicação de alguma das alíneas anteriores, não eram do conhecimento público, em virtude de não serem reveladas pelas partes.

A demonstrar esta outra finalidade da al. h) está a circunstância de a imputação de direitos de voto que da sua convocação decorre não pressupor, na parte relativa ao exercício concertado de influência, específicos modos de relacionamento em que aquela se haja de concretizar – traduzidos, por exemplo, em específicos tipos contratuais²² –, ao contrário do que sucede com as demais alíneas do n.º 1 do art. 20.º. Mas se esta conclusão não nos permite, por si só, afirmar que a al. h) constitui cláusula geral de relevância dos acordos de concertação, leva-nos à conclusão de que, em conjunto com os números 4 e 5, é afinal constituída como uma rede que visa trazer à tona o que de outra forma seriam apenas casos de concertação relevantes, mas não revelados.

Como teremos oportunidade de demonstrar, o regime que tomamos como objeto do nosso estudo apresenta assim um diminuto sentido valorativo intrínseco, mas uma enorme relevância operativa. É essencialmente nesse âmbito que se deve procurar o seu verdadeiro sentido e utilidade: não enquanto disciplina subsidiária ou de aplicação residual mas enquanto mecanismo de identificação de situações de atuação concertada que de outra forma permaneceriam ocultas.

²² Por isso, não obstante a importância que apresenta para a compreensão da al. h) os exemplos de tipos contratuais adiantados por PAULA COSTA E SILVA e HUGO MOREDO SANTOS, somos levados a concluir que o âmbito daquela alínea extravasa a mera delimitação tipológica de relações relevantes para efeitos de imputação de direitos de voto, para se ir situar num diferente nível de perspetiva e para se consubstanciar num diferente modo de prossecução de um mesmo objetivo, comum, afinal, a todo o art. 20.º: imputar direitos de voto a todos quantos, em virtude da posição em que se encontram, tenham a suscetibilidade de influenciar o sentido em que eles são exercidos.

III. O MODELO JURÍDICO-POSITIVO PORTUGUÊS

1. A alínea h) do n.º 1 do art. 20.º do Código dos Valores Mobiliários

1.1. Os propósitos de aquisição de domínio ou frustração da sua alteração

Decorre da al. h) que são imputáveis a determinada pessoa os direitos de voto inerentes às ações detidas por outras com quem aquela tenha celebrado um acordo que vise *i)* a aquisição de domínio, *ii)* a frustração da alteração do mesmo, ou que, *iii)* de outro modo, constitua um instrumento de exercício concertado de influência sobre a sociedade participada.

Pode assim retirar-se da letra da lei que um *acordo* que vise a *aquisição de domínio* ou a *frustração da alteração do domínio* deverá sempre ser entendido como um modo de *exercício concertado de influência*, podendo porém existir situações de exercício concertado que não tenham especificamente como propósito alguma das duas referidas finalidades. A parte final da referida alínea procura, na abrangência e amplitude da terminologia usada, estabelecer a consequência da imputação de direitos de voto para a celebração de acordos que, *de outro modo* – leia-se, de um modo distinto dos tipos de acordos anteriormente mencionados –, revelem constituir, *também*, forma de exercício concertado de influência.

De tal leitura não deverá retirar-se, por contraposição, que as alíneas precedentes do n.º 1 do artigo 20.º não se reconduzem, também elas, à ideia de concertação; sucede que, nesses casos, a lei comina a imputação de direitos de voto exclusivamente com base na existência de determinado tipo de instrumentos ou acordos, desconsiderando se o propósito das partes foi ou não o de instituir, através deles, uma forma de atuação concertada ou se, independentemente de um tal propósito, essa atuação foi ou não efetivamente instituída.

Se nas alíneas a) a g) a *influência concertada* constitui apenas dado iminente – interessando, em primeira linha, a existência de determinados instrumentos ou acordos –, com a al. h) ela adquire relevância primacial e expressa – independentemente dos instrumentos ou acordos através dos quais se venha a manifestar.

Assim, apesar de a redação do preceito incluir uma referência inicial a acordos que tenham o propósito de aquisição de domínio ou de frustração da sua alteração, a verdade é que os mesmos não devem senão ser vistos como concretizações possíveis do conceito, mais abrangente, de instrumentos de exercício concertado de influência.

Daí que a mera constatação de existência de um acordo que tenha um daqueles dois referidos propósitos dispensa uma qualquer adicional necessidade de prova de que o acordo em que aquelas assentam cons-

titui um instrumento de exercício concertado de influência. A expressão “*de outro modo*” parece ser, neste aspeto, decisiva: um dos modos de exercício concertado de influência é expressamente previsto pelo legislador na primeira parte do artigo. A simples demonstração de que um acordo celebrado entre duas ou mais partes visa adquirir o domínio ou frustrar a sua alteração resulta inexoravelmente na conclusão de que o mesmo se consubstancia num instrumento de exercício concertado de influência, daí resultando a imputação às partes dos direitos de voto imputáveis individualmente a cada uma delas.

1.2. O exercício concertado de influência

1.2.1. A medida da influência

Na segunda parte da al. h) do n.º 1 do art. 20.º o legislador recorre ao conceito de *exercício concertado de influência* como critério de imputação de direitos de voto.

Não obstante a referida alínea não fazer qualquer menção qualificativa à (medida da) *influência* cujo exercício concertado toma como critério de imputação – podendo até pensar-se que aquela alínea cuida apenas de *influência dominante*, por ser esse o tipo de influência inerente aos propósitos de *aquisição de domínio* ou *frustração da sua alteração*, mencionados na primeira parte da alínea e próximos daqueles constantes da definição de «pessoas que atuam em concertação» da Diretiva das OPA – a verdade é que a *redação da norma* e a sua *inserção sistemática* nos devem remeter para a conclusão de que a influência é aqui tomada apenas como referente de um concreto modo de atuação (conjunta), independentemente da medida das participações detidas ou por outra via imputáveis às partes de um tal acordo.

Na verdade, apesar da aparente aproximação da redação da norma aos propósitos regulativos subjacentes à Diretiva das OPA, a autonomização expressa do exercício concertado de influência face aos acordos que visem a aquisição do controlo ou a frustração da sua alteração indicia que a concertação pode ser evidenciada por outros acordos que não tenham – ou que, pelo menos, não revelem ser essa a intenção das partes – propósitos de constituição ou manutenção de relações de influência dominante.

Acresce que o universo de circunstâncias relacionais relevado pelo art. 20.º não é apenas convocável para determinação do(s) obrigado(s) ao dever de lançamento de OPA (art. 187.º), mas também, e as mais das vezes num momento logicamente anterior, para efeitos de determinação do(s) obrigado(s) a comunicar ao mercado a aquisição de participação

qualificada. A cirúrgica introdução daquele novo critério, precisamente no *multifuncional* art. 20.º, não pode significar senão que o mesmo adquire também relevo em sede de comunicação de participações qualificadas.

Significa isto que a convocação da al. h) não exige que a atuação concertada entre as partes tenha (sempre) subjacente uma situação de influência dominante – seja a sua constituição, seja a sua manutenção –, podendo perfeitamente implicar uma atuação concertada de quem, detendo participação qualificada em medida inferior às percentagens (indiciadoras²³)

²³ Não sendo embora esta a sede própria para o devido tratamento da questão, cumpre, ainda assim, deixar uma nota quanto àquele que julgamos tratar-se de um juízo meramente presuntivo ou indiciário de que se constitui com a sociedade numa relação de domínio aquele que ultrapassa, por via da imputação de direitos de voto, alguma das percentagens que o art. 187.º comina como pressuposto formal da constituição do dever de lançamento de OPA, seja *um terço*, seja *metade* dos direitos de voto.

A constituição daquele dever repousa numa análise que é feita a dois níveis: num primeiro momento, determina-se a medida da participação qualificada do respetivo titular – pela identificação de todas as relações previstas no n.º 1 do art. 20.º em que ele se encontre, de onde resultará, somente, a conclusão de que há um conjunto de direitos de voto que lhe devem ser imputados, em virtude da *suscetibilidade* de o seu sentido ser por si *influenciado* – para depois, num segundo momento, se averiguar se o titular da participação dispõe efetivamente do *poder de determinar* o sentido em que o voto pode ser exercido – em função dos concretos poderes resultantes das relações que aquele integre.

Caso se conclua que o titular de participação superior a um terço ou metade dispõe, efetivamente, da faculdade de exercício dos correspondentes direitos de voto, dever-se-á concluir que aquele se encontra com a sociedade em relação de domínio, pois sobre ela pode exercer influência dominante (art. 21.º, n.º 1). Mas se assim não se puder concluir – por exemplo, caso existam tetos de voto, outros acionistas que disponham de direitos de voto em medida superior, ou ainda se a imputação decorrer da titularidade de instrumentos que facultem ao seu titular a possibilidade de aquisição futura de ações, mas não quaisquer poderes imediatos sobre os direitos de voto que lhe sejam inerentes –, dever-se-á afinal considerar não constituído aquele dever, contanto que seja feita prova perante a CMVM de que o titular de uma tal participação não tem o domínio da sociedade, nem com ela se encontra em relação de grupo (art. 187.º, n.º 2).

A *prova negativa de domínio* (art. 187.º, n.º 2) deverá, por isso, aproveitar não só a quem ultrapasse a fasquia de um terço, mas também a quem ultrapasse a fasquia de metade dos direitos de voto. Afastá-la nesta segunda hipótese, exclusivamente com base no juízo de que a imputação de mais de metade dos direitos de voto – por convocação de regras de atribuição de tais direitos que assentam em meros juízos de suscetibilidade ou probabilidade de influência do seu sentido – constitui prova de que o titular pode, efetivamente e em qualquer caso, determinar o sentido em que eles serão exercidos, constitui não só um vício de raciocínio que a prática não raras vezes desmente, como ainda uma forma de tratamento diferenciado que não encontra justificação na existência de circunstâncias diferenciadas em que se encontrem uns e outros (quem ultrapasse as referidas fasquias pode estar em idênticas condições de demonstrar que não detém o domínio da sociedade), acabando por contrariar os propósitos da Diretiva e, em concreto, a proposição de que

de controlo, ainda assim pretenda exercer influência sobre a sociedade – embora necessariamente limitada à medida das participações reciprocamente imputáveis.

Nestes termos, a *medida* relevante da influência será aquela que se verificar presente na sequência da imputação de direitos de voto às partes de uma relação de concertação em concreto, não havendo, por isso, patamares mínimos que constituam pressuposto da convocação daquela alínea.

1.2.2. O significado do exercício concertado de influência

A existência de uma atuação concertada entre acionistas (*rectius*, participantes) implica que duas ou mais pessoas, que partilham uma perspetiva comum quanto aos destinos de uma determinada sociedade, instituem, em conjunto, um modo de atuação coordenada no relacionamento àquela respeitante.

O modo mais evidente e eficaz de instituir um exercício concertado de influência é a celebração de um acordo de voto, concorrendo a vontade conjunta das partes de forma mais ou menos decisiva, para a formação de uma vontade imputável à sociedade.

De resto, sendo os administradores eleitos em assembleia geral e aprovando esta as decisões principais da vida da sociedade, percebe-se que o exercício do voto é o modo legítimo de influenciar as decisões relevantes, podendo nele se consubstanciar a expressão de uma atuação concertada decorrente de uma tomada de posição articulada entre aqueles que, individualmente, sejam titulares de um tal direito.

Contudo, nem sempre as partes terão interesse em assumir *publicamente* a concertação. Fazendo-o, existirá imputação recíproca de direitos de voto, não necessariamente em decorrência da assunção de atuação concertada, mas, simplesmente, pelo facto de a mesma assentar, as mais das vezes, num acordo de voto.

Porém, quando as partes não estão interessadas nos efeitos que decorrem de uma tal assunção e não revelam publicamente a existência de um acordo, a prova de exercício concertado de influência será extremamente difícil.

Ainda que para afirmar a imputação de direitos de voto não se exija a prova de existência de um acordo expresso ou escrito, a verdade é que a mera coincidência de atuação das partes (*maxime*, quanto ao sentido

apenas estará obrigado ao cumprimento de um tal dever o sujeito que tenha efetivamente adquirido o domínio de uma sociedade aberta.

em que é exercido o direito de voto) poderá não ser suficiente, por si só, para fundar uma tal conclusão. Poderá até suceder que seja adotado um acordo, escrito e público, cujas únicas cláusulas previstas traduzam apenas os elementos que as partes entendem inócuo divulgar.

Em tais circunstâncias, a prova de atuação concertada teria de se basear, porventura de forma exclusiva, em indícios.

Mas poderá até suceder que não estejamos perante situações de ocultação de informação sobre um acordo de voto existente – caso em que a prova da sua existência, possível apesar das dificuldades, implicaria a imputação de direitos de voto ao abrigo da al. c) do n.º 1 do art. 20.º –, mas antes perante concretos modos de vinculação das partes a um determinado resultado sem estabelecerem, na verdade, qualquer acordo de voto²⁴.

A efetiva inexistência de um tal acordo, na medida em que as partes não regulam o sentido em que irão exercer os respetivos direitos de voto, não implicará a total impossibilidade de aquelas exercerem, afinal, influência concertada sobre a sociedade. E mais: poderão inclusivamente fazê-lo – como veremos no ponto seguinte – sem descartar o instrumento que para o efeito se revela mais eficaz, o direito de voto. O que então pode suceder é que as partes celebrem acordos pelos quais se vinculam reciprocamente, não tendo embora o exercício do direito de voto como objeto imediato, dessa forma subtraindo-se à aplicação da al. c) do n.º 1 do art. 20.º.

Para evitar que formas de exercício concertado de influência fossem estabelecidas com base em outros instrumentos que não, expressamente, acordos de voto, e porque a existência de determinadas cláusulas contratuais poderão não encontrar fundamento senão na existência de atuação concertada entre as partes, oculta ou não revelada publicamente, o legislador veio retirar da existência de tais cláusulas uma determinada consequência: quem estabeleça contratualmente a transmissibilidade de ações sem efeito imediato deverá revelar perante a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (“CMVM”) qual a racionalidade de tal acordo. Nessa medida, o sentido da al. h), na parte relativa aos instrumentos de exercício concertado de influência, não se encontra senão na sua leitura conjugada com os números 4 e 5 do mesmo artigo.

²⁴ Como também identifica EDDY WYMEERSCH, *A New Look at the Debate About the Takeover Directive*, *ob. ant. cit.*, pág. 5, a interpretação abrangente do conceito de atuação concertada tem conduzido ao desenvolvimento de contratos cada vez mais meticulosos, elaborados de forma a evitar parecer que as partes estão, efetivamente, a atuar em concertação.

2. Os números 4 e 5 do art. 20.º do Código dos Valores Mobiliários

2.1. A celebração de acordos de transmissibilidade de ações e a presunção de atuação concertada

A al. h) do n.º 1 do art. 20.º considera como relevante, enquanto circunstância suscetível de gerar imputação (recíproca²⁵) de direitos de voto às respetivas partes, a existência de um acordo que se consubstancie num *instrumento de exercício concertado de influência* sobre a sociedade participada.

Uma vez que a própria lei presume que um acordo relativo à transmissibilidade de ações constitui um tal instrumento, torna-se necessário perceber quais as circunstâncias em que a previsão contratual de transmissibilidade (diferida²⁶) de ações é reveladora de que as partes instituem entre si formas de atuação concertada.

²⁵ Concluindo-se pela existência de atuação concertada entre duas ou mais pessoas, não deverá chegar-se a resultado diferente do que imputar a cada uma delas os direitos de voto que a qualquer título sejam já imputáveis à(s) outra(s). Diferentemente do que sucede quando são outras as alíneas aplicáveis, em que a imputação de direitos de voto é de sentido unívoco – ao promitente-comprador são imputáveis, nos termos da al. e), os direitos de voto inerentes às ações detidas pela sua contraparte, não se imputando a esta, porém, os direitos de voto inerentes às ações de que eventualmente seja titular o próprio promitente-comprador –, a aplicação da al. h) conduzirá necessariamente a uma imputação biunívoca e que engloba a totalidade dos direitos de voto que individualmente sejam imputáveis a cada uma das partes; e isso sucederá mesmo nos casos em que a atuação concertada assente na celebração de um qualquer acordo relativo à transmissibilidade de ações, independentemente de o seu objeto ser constituído pela totalidade ou apenas parte das ações detidas pela parte alienante. O resultado da imputação não deve ser indiferente ao facto de a atuação concertada implicar, na substância, que várias pessoas atuam como se de uma só se tratasse, carecendo de qualquer sentido sustentar que a atuação concertada existe, embora limitada a uma parte dos direitos de voto imputáveis a cada um dos sujeitos.

²⁶ O contrato de *compra e venda*, tendo em vista regular a transmissibilidade de ações, não deve, segundo julgamos, caber na previsão da al. h). Uma vez que a transmissão da respetiva titularidade das ações opera por mero efeito do contrato, julgamos não haver margem para também aí sustentar que comprador e vendedor, partes de um tal acordo, têm possibilidade de o utilizar como instrumento de exercício concertado de influência. Como teremos oportunidade de demonstrar, o recurso a tais instrumentos como modo de instituição de uma atuação concertada implica que, tendo sido celebrado um acordo incidente sobre a transmissibilidade de ações, não tenham ainda sido produzidos todos os efeitos que do mesmo decorrem. Para estes efeitos, o contrato de compra e venda de ações deverá ser entendido como contrato de transmissão e não de transmissibilidade de ações.

Como facilmente se depreende, a celebração de um *acordo de voto* seria a forma mais evidente e eficaz de instituir entre as partes uma vinculação recíproca tendente à prossecução e realização de um interesse comum, projetado na pessoa coletiva sociedade aberta. Contudo, a celebração de um tal acordo geraria automaticamente imputação de direitos de voto, nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 20.º, com a inerente exigibilidade de informar o mercado sobre a aquisição de participação qualificada, publicidade que, na verdade, pode não corresponder ao propósito dos interessados em instituir formas de atuação concertada.

Até à entrada em vigor da al. h), a manutenção de situações de concertação oculta não só era factualmente possível, dependendo da maior ou menor engenharia na estruturação dos acordos, como se haveria de concluir que, atendendo à letra da lei, se situava num campo de relativa irrelevância jurídica²⁷. Bastaria, para o efeito, que por via da regulação contratual de um qualquer aspeto aparentemente inócuo do ponto de vista político-societário, as partes instituíssem entre si um mecanismo, alternativo à regulação do exercício do direito de voto, que lhes lograsse contudo alcançar similar efeito.

A questão essencial é a de determinar que mecanismos, para além do exercício do direito de voto, permitiriam instituir uma atuação concertada entre as partes, garantindo, ao mesmo tempo, a coercibilidade e força jurídica semelhante à proporcionada por um acordo de voto juridicamente vinculativo.

Para ilustrar tais circunstâncias pense-se no seguinte exemplo. Se dois acionistas de uma determinada sociedade aberta forem também acionistas de uma terceira sociedade, com a qual se prevê que aquela possa vir a fundir-se, e se aqueles acionistas tiverem um interesse próprio na concretização da fusão (porque têm um interesse patrimonial ou porque, por exemplo, ambicionam integrar o respetivo órgão de administração), será de admitir que aos mesmos interesse fazer o que ao seu alcance estiver para reter o máximo valor possível na sociedade aberta, se essa se revelar condição *sine qua non* para que a fusão tenha sucesso.

²⁷ Fora dos casos mencionados em texto estão as hipóteses em que é omitida a celebração de um efetivo *acordo de voto*, juridicamente vinculativo. Nesse caso, não estaremos seguramente num espaço de irrelevância jurídica, devendo tratar-se a omissão de informar e a não assunção da consequência jurídica de imputação de direitos de voto como verdadeira situação de incumprimento dos deveres de comunicação de participação qualificada e/ou dever de lançamento de oferta pública de aquisição, com as consequências legalmente previstas (arts. 390.º, n.º 1 e 393.º, n.º 2, als. f), g) e h), respetivamente).

Uma das formas possíveis de prosseguir aquele objetivo passaria pela celebração de *acordo de voto* pelo qual as partes se comprometessem reciprocamente a exercer individualmente os direitos de voto num sentido previamente acordado, tendo sempre em vista a retenção do máximo de valor na sociedade. Porém, atendendo ao propósito de manter oculta uma tal concertação, seria igualmente de antecipar que as partes não pretendessem assumir nem celebrar um tal acordo, embora nesse caso não tivessem qualquer garantia de que a contraparte iria atuar tendo em mente aquele propósito. De resto, na ausência de um contrato vinculativo, as partes manter-se-iam juridicamente livres para atuar como bem entendessem, inexistindo qualquer consequência jurídica para uma atuação contrária ao propósito inicialmente assumido.

Em suma, no caso hipotético, os acionistas desejam alcançar um determinado resultado (manutenção de valor na sociedade), pretendendo vincular-se a atuar de uma determinada forma (concertada), sem contudo quererem assumir a imputação recíproca de direitos de voto (pela celebração de um acordo de voto), mas reservando a possibilidade de dotar aquele resultado e aquela forma de atuação de vinculatividade jurídica.

Nesse caso, em alternativa ao acordo de voto, os referidos acionistas poderiam celebrar um acordo por via do qual atribuissem, reciprocamente ou de forma unilateral, uma ou várias das seguintes faculdades:

- compelir a contraparte a adquirir as ações por si detidas, por mero exercício da sua vontade e mediante notificação para o efeito (*put option*);
- vender as ações da contraparte a um terceiro, por mero exercício da sua vontade e mediante notificação para o efeito (*drag along*);
- compelir a contraparte a vender também as suas ações, no caso de aquela tencionar vender as suas próprias ações a terceiro (*tag along*);
ou
- exercer preferência, no caso de a contraparte pretender vender as suas ações a um terceiro.

É certo que, à primeira vista, poderá afigurar-se pouco verosímil que a inclusão de alguma das referidas cláusulas faculte às partes efeito semelhante à celebração de um acordo de voto.

Contudo, ao prever contratualmente alguma das referidas cláusulas – ou outras, de natureza similar, incidentes sobre a transmissibilidade de ações –, as partes poderão conseguir alcançar um duplo benefício.

Por um lado, ao afastar a previsão expressa de um acordo de voto, que daquelas cláusulas não resulta, conseguem afastar a consequência da imputação que decorreria da aplicabilidade da al. c) do n.º 1 do art. 20.º,

sem com isso deixarem de se vincular ao propósito, assumido conjuntamente, de reter o máximo de valor na sociedade²⁸.

Assim sucederá porque, não obstante a inexistência de um acordo de voto, as partes tenderão a atuar de forma concertada – o que poderá até vir a redundar na concertação quanto ao exercício do direito de voto²⁹ –, não tanto por respeitarem mutuamente o objetivo inicialmente partilhado (recorde-se, manutenção do máximo de valor na sociedade), mas por temerem que uma tal afronta e desrespeito pelos propósitos inicialmente assumidos em conjunto pudessem conduzir a contraparte a exercer alguma das referidas cláusulas e a provocar um efeito – diretamente exercido sobre o destino das ações detidas pelo potencial incumpridor – também ele indesejado.

Apresentada, por exemplo, uma proposta de distribuição de dividendos, as partes de um tal acordo terão um forte incentivo a atuar de forma concertada, inclusivamente mediante expressão coincidente de um voto negativo. Porquê? Porque – e isto conduz-nos, precisamente, ao segundo benefício que decorre da opção por este tipo de estrutura contratual – se uma das partes num tal acordo frustra a atuação concertada para o qual aquele tendia, sujeita-se a que a sua contraparte exerça alguma das faculdades já mencionadas, acionando a transmissibilidade de ações em termos que podem não ser os desejados pela parte faltosa.

Com a celebração de um acordo relativo à transmissibilidade de ações – ou com a aposição de cláusulas com esse propósito a um qualquer acordo que não deva qualificar-se como tal –, as partes não fazem mais do que criar mecanismos de vinculação ao cumprimento de um modo de

²⁸ Objetivo que pode ser prosseguido, de resto, por meios que não necessariamente o exercício do direito de voto, podendo por exemplo concretizar-se na recíproca vinculação à realização de entradas de capital à sociedade, evitando a sua descapitalização e, também assim, garantindo a manutenção de valor na sociedade.

²⁹ Pode até suceder que, no âmbito de um pedido apresentado para efeitos de elisão da presunção, se venha a concluir que, afinal, da análise do acordo relativo à transmissibilidade de ações resulta a existência de um verdadeiro *acordo de voto*, resulte ele de cláusula contratual ou sendo demonstrado por qualquer outro meio de prova. Em tais circunstâncias, a imputação de direitos de voto far-se-á nos termos da al. c) do n.º 1 do art. 20.º, não podendo os signatários demonstrar que o acordo de voto é independente de influência sobre a sociedade. A al. h) mantém, nesse contexto, a sua plena autonomia, pois se naquele caso a imputação se faz por recurso à al. c), outros casos existirão em que a atuação concertada das partes, não se refletindo em acordo de voto expresso, há de encontrar ainda fundamento naquela alínea: tal sucederá, por exemplo, quando as partes de um acordo de transmissibilidade de ações não consigam apresentar fundamento racional válido e aceitável para a sua celebração, fora do quadro de exercício de influência, efetiva ou potencial, sobre a sociedade participada.

atuar concertadamente, de tal forma que dispensam a regulação expressa do exercício do direito de voto, aspeto que fica apenas nas entrelinhas do negócio jurídico efetivamente celebrado.

A ameaça de exercício de cláusula que tem por efeito a transmissibilidade forçosa de ações pode então ser facilmente configurado como um poder de impor a outrem a adoção de determinado comportamento, o de conformar a sua conduta com as intenções do titular daquele direito potestativo. A previsão de tais cláusulas faz assim emergir entre as partes uma vinculação porventura mais forte do que uma cláusula penal ínsita num qualquer acordo de voto.

E é este o enquadramento que, segundo cremos, esteve subjacente à previsão da alínea h) do n.º 1 do art. 20.º.

Para obviar às dificuldades de prova de existência de um acordo de voto, que, como vimos, pode nem sequer assumir expressa regulação contratual, o legislador veio, no n.º 4 do art. 20.º e para efeitos de imputação de direitos de voto nos termos da alínea h) do n.º 1 daquele artigo, atribuir um relevo específico a acordos que, não possuindo uma aptidão intrínseca para, por si só, permitir às partes implementar uma atuação concertada, ainda assim poderão ser por elas utilizados com o intuito de, indo para além do propósito típico daquele género de acordos, *conferir coercibilidade fática*, ainda que por via indireta, a acordos de (efetiva) concertação.

É o caso da relação contratual anteriormente tomada como exemplo: ainda que o propósito do acordo relativo à transmissibilidade das ações não seja claramente evidenciado pelas partes, percebe-se que o mesmo poderá ser utilizado como mecanismo de *coerção*, com validade e eficácia jurídica, para que o exercício de influência concertada seja efetivo, sob pena de a contraparte ver na *alienação ou aquisição forçada* de ações a *sanção* para o incumprimento do acordo de concertação.

O legislador encontrou assim na técnica das presunções legais o modo de identificar situações de atuação concertada que, de outra forma, permaneceriam ocultas. Trata-se, por outras palavras, de recurso a uma presunção legal relativa (presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário) para, com base nas regras da experiência, associar a certos factos conhecidos (neste caso, a celebração de um acordo sobre a transmissibilidade das ações) outros factos, desconhecidos (neste caso, a concertação entre as partes para o exercício de influência sobre a sociedade participada).

É assim que da constatação de que, na prática, os acordos relativos à transmissibilidade de ações podem ser utilizados, em abstrato, como mecanismo de vinculação ao cumprimento de acordos de concertação não revelados, resulta a presunção, constante do n.º 4 do art. 20.º, de que os

acordos relativos à transmissibilidade das ações são instrumentos de exercício concertado de influência.

Com isto não se pretende mais do que *inverter o ónus da prova*. Trata-se, simplesmente, de uma técnica, através da qual se procura tornar efetiva a imputação de direitos de voto às pessoas que, tendo celebrado algum acordo³⁰ relativo à transmissibilidade de ações, não conseguem demonstrar que a relação contratual estabelecida é *independente da influência, efetiva ou potencial, sobre a sociedade participada* (n.º 5 do art. 20.º).

É óbvio que a aplicação desta *técnica* de identificação de situações de atuação concertada conduz, num primeiro momento, à abrangência de um número de relações intersubjetivas em relação às quais se há de acabar por concluir que não incluem aquele propósito no seu substrato. Para que a presunção funcione bastará, tão só, que exista um acordo respeitante à transmissibilidade de ações³¹, circunstância que não deixa de representar um pesado ónus sobre as partes que celebram tais acordos com o propósito de estabelecer – como sucederá na grande maioria dos casos – uma relação totalmente independente de influência, efetiva ou potencial, sobre a sociedade participada³².

Não obstante o ónus de produção de prova (negativa) incidir, assim, sobre as partes dos acordos de transmissibilidade, e de tal representar um princípio de suspeição que incide sobre todo e qualquer acordo daquela natureza, a verdade é que inerente a esta técnica estará a consideração de que a inversão do ónus da prova constitui uma das poucas formas possíveis de trazer à luz do dia modos de concertação oculta, de outra forma extremamente difíceis de provar.

³⁰ Excluídos que sejam desse âmbito os acordos relativos à transmissibilidade de ações que, inscritos em outras alíneas do n.º 1 do art. 16.º, não foram sujeitos pelo legislador à mesma técnica de imputação de direitos de voto: para esses, não sendo admitida prova em contrário, não releva o intuito das partes quando celebraram o negócio ou quando estabeleceram determinada relação. Uma opção de compra gerará sempre imputação de direitos de voto àquele que a possa exercer, independentemente de as partes demonstrarem que a sua contratualização tem apenas uma função de garantia de um acordo de financiamento.

³¹ O que, na prática, se concretiza na imposição à CMVM do dever de verificar todo e qualquer acordo relativo à transmissibilidade de ações que não produzam, por mero efeito da sua celebração, todos os efeitos típicos de um tal acordo, quando respeitantes a sociedades abertas.

³² Assim sucede, por exemplo, nos acordos relativamente aos quais a regulação da transmissibilidade das ações surge associada a uma função de garantia (penhor financeiro com direito de disposição e/ou com pacto comissório), independente do exercício de influência sobre a sociedade a que as ações respeitam.

2.2. A (elisão da) presunção como técnica (des)qualificadora

Considerando que, em concreto, os acordos relativos à transmissibilidade de ações poderão, na verdade, servir diferente propósito do que estabelecer, entre as partes, formas de atuação concertada relativamente a uma determinada sociedade, o legislador recorreu a uma presunção relativa, prevendo expressamente a possibilidade de se demonstrar que a existência daqueles acordos é independente da influência efetiva ou potencial sobre a sociedade participada (n.º 5 do art. 20.º), dessa forma ilidindo a presunção que, de outro modo, implicaria a imputação de direitos de voto.

Assim, quaisquer pessoas que celebrem acordos reguladores da transmissibilidade³³ de ações representativas de capital social de sociedades abertas devem ser tidas, ainda que presuntivamente, como *pessoas que atuam em concertação*, devendo, por isso, ser de lhes imputar reciprocamente os direitos de voto que sejam detidos ou imputáveis a cada uma delas. Quem tenha interesse em evitar aquela consequência, entendendo não ser concertada a atuação instituída por um tal acordo, poderá requerer à CMVM que considere ilidida a presunção³⁴. Sendo deferido o pedido de elisão, não chegará a haver imputação, não devendo ser cumpridos os deveres que a tenham como pressuposto de facto (entre eles, o dever de comunicar ao mercado a aquisição de participação qualificada e o dever de lançar oferta pública de aquisição).

³³ A abrangência da expressão «*acordo relativo à transmissibilidade*» inculca a conclusão de que não é necessário que o propósito essencial do acordo seja a regulação de tal transmissibilidade, bastando, para o efeito, que do mesmo conste uma qualquer cláusula ou disposição que incida sobre uma qualquer modalidade de transmissão de ações entre as partes, ou entre estas e terceiros.

³⁴ Deverá fazê-lo sempre no mais curto espaço de tempo possível, de forma a suspender todo e qualquer potencial efeito adveniente da imputação recíproca de direitos de voto. Poderia entender-se que o pedido de elisão deve ser apresentado no mesmo prazo em que a comunicação de participação qualificada deve ser feita. Contudo, esse dever é apenas uma das várias consequências jurídicas eventualmente decorrentes da imputação de direitos de voto. Outra, porventura mais relevante, por se revelar mais onerosa, é a constituição do dever de lançamento de oferta pública de aquisição, que nasce com a constituição de uma relação de domínio, evidenciada pela ultrapassagem, por via da imputação de direitos de voto, de determinadas faixas percentuais relativamente ao capital social com direito de voto. Uma vez que a constituição deste dever é imediata, deve igualmente ser imediata a apresentação de pedido que visa evitar que este dever se constitua. Não obstante a existência de mecanismos corretivos, como a prova negativa de domínio, prevista no art. 187.º, n.º 2.º, será sempre mais cautelosa uma apresentação de pedido de elisão antes de verificados os pressupostos formais de que depende a constituição daquele dever.

3. Conclusões

A questão chave para a qual se apresenta uma resposta é, então, a seguinte: a previsão de cláusulas relativas à transmissibilidade de ações permitirá às partes instituir um exercício concertado de influência?

Admitindo, por um momento, que raciocinamos fora do âmbito da al. h) do n.º 1 do art. 20.º, somos levados à conclusão de que, tipicamente, as cláusulas relativas à transmissibilidade de ações geram imputação *apenas a uma das partes*, aquela que tem o poder de determinar, ou tão só influenciar, o sentido em que serão exercidos os direitos de voto. Assim sucede, a título de exemplo, com uma simples opção de compra (*call option*), em que os direitos de voto inerentes às ações que daquela sejam objeto se imputam exclusivamente ao titular da opção³⁵, por aplicação da al. e) do n.º 1 do art. 20.º.

Para além disso, não só a imputação é, em tais casos, unívoca, como o efeito necessário decorrente do efetivo exercício de uma tal convenção de transmissibilidade configura, as mais das vezes, pura demonstração de inexistência de qualquer atuação concertada. O exercício de uma opção de compra, incidente, por exemplo, sobre a totalidade das ações detidas por determinada pessoa, promove, necessariamente, a transferência da respetiva titularidade para a esfera jurídica de um terceiro, deixando de fazer sentido falar-se de atuação concertada³⁶.

Mas se as cláusulas relativas à transmissibilidade de ações têm, em princípio, aqueles efeitos sobre a imputação de direitos de voto, como explicar que as mesmas possam, ao mesmo tempo, fundamentar uma atuação concertada?

A resposta encontra-se não no efeito típico das referidas cláusulas de transmissibilidade, leia-se, nas consequências do seu exercício, mas precisamente na relevância da relação instituída entre as partes de um tal acordo enquanto aquele efeito não ocorre. A suscetibilidade de tais cláusulas fundamentarem um exercício concertado de influência verifica-se na medida em que, *na pendência do seu exercício*, podem ser invocadas por qualquer

³⁵ Ainda que a imputação dos mesmos direitos de voto se haja de fazer também ao titular das ações, tal resulta já de um outro *título*, não a opção de compra (que reside na sua contraparte) mas a titularidade de ações (n.º 1 do art. 20.º).

³⁶ O exercício da opção de compra faz cessar a relação bilateral anteriormente existente entre o seu titular e o titular das ações, de tal forma que, inexistindo qualquer outro tipo de relação que os una (por exemplo, um qualquer modo de *detenção por conta*), não haverá senão um único sujeito a quem imputar direitos de voto (o *novo* titular das ações). Nesse caso, a ausência de uma relação intersubjetiva afigura-se suficiente para afastar a ideia de *concertação*.

das partes para *compelir* a outra a chegar a um entendimento relativamente à sociedade (que se dirá comum), podendo inclusivamente concretizar-se num entendimento quanto ao exercício dos direitos de voto.

Assim sucederá, por exemplo, com a contratação de uma opção de venda (*put option*), por via da qual o seu titular impõe à contraparte o correspondente dever de adquirir as ações por aquelas detidas, perspetivada enquanto mecanismo de *pressão* para que ela, não interessada em adquirir as ações, se sinta compelida a adotar em relação à sociedade um determinado comportamento, sob pena de, não o fazendo, ver-se inelutavelmente constituída na obrigação contratual de proceder a uma aquisição indesejada.

Um outro exemplo que ilustra o que se acaba de dizer encontra-se na celebração de um acordo por via do qual uma das partes tenha a possibilidade de *compelir* a outra a, independentemente da sua vontade, alienar a sua participação a terceiro (*drag along*). Perante uma concreta assembleia geral onde se proponha a distribuição de dividendos, e em face de um pré-acordado (embora não concretizado num acordo de voto juridicamente vinculativo) objetivo partilhado de exercício conjunto de influência (*p. ex.*, o *enriquecimento* da sociedade, pela não distribuição de dividendos), o acionista que se poderia ver forçado, pela sua contraparte, a vender as ações e que, nesse momento, poderia até ter interesse em votar favoravelmente uma tal distribuição, *ver-se-á compelido* a conformar o sentido em que irá exercer o seu direito de voto com a vontade anteriormente formada em conjunto com a sua contraparte. Não o fazendo, corre o risco de as suas ações virem a ser transferidas para terceiro, na sequência do exercício da referida cláusula de *drag along*³⁷.

Por esse motivo, enquanto a cláusula de *drag along* não é exercida – e caso as partes não demonstrem, inequivocamente, que a relação contratual estabelecida é independente da influência, efetiva ou potencial, sobre a sociedade participada –, deverá entender-se que há concertação entre as partes (por se presumir que a cláusula existe enquanto mecanismo de vinculação ao cumprimento de uma atuação concertada) e consequente imputação de direitos de voto; se aquela cláusula vier a ser exercida, o acionista que se encontrava em situação de sujeição fica sem as ações,

³⁷ A coercibilidade inerente a um tal tipo de acordos acaba por se revelar, em certas circunstâncias, *mais forte* do que as consequências jurídicas decorrentes da celebração de um acordo de voto, sobretudo quando neste último caso não se preveja qualquer consequência para as situações de incumprimento das partes. Quanto mais aquelas cláusulas se assumem como mecanismo de coercibilidade, menos (juridicamente) vinculativo terá de ser o acordo.

deixando de haver objeto de concertação e, como tal, deixando de haver imputação recíproca de direitos de voto.

Assim, admitindo que os acordos relativos à transmissibilidade de ações podem ter múltiplos propósitos subjacentes, para que a elisão da presunção possa ser obtida terão as partes de evidenciar a racionalidade da celebração do acordo em causa e explicitar os seus termos, com intuito de demonstrar, para além de qualquer dúvida, que o motivo da sua celebração é outro que não o exercício de influência, efetiva ou potencial, sobre a sociedade participada³⁸.

É essa a prova que as partes que pretendem beneficiar da não imputação recíproca dos direitos de voto deverão promover junto da CMVM. Caso não sejam bem-sucedidas no afastamento da presunção, deverá afirmar-se a imputação³⁹ recíproca e analisar-se, em concreto, as consequências jurídicas da mesma em sede de *transparência* (art. 16.º) e de identificação da emergência de uma participação de controlo, em termos que poderão espoletar o dever de *lançamento de oferta pública de aquisição* sobre a sociedade participada (art. 187.º).

³⁸ É o que sucede, por exemplo, nos casos em que a cláusula de transmissibilidade das ações resulta da previsão de um *direito de disposição para terceiro* em contratos de financiamento (penhor financeiro): neste caso, o direito que a entidade financiadora reserva para si é o de vender a terceiro as ações que lhe foram dadas em garantia, dessa forma obtendo liquidez pela alienação de um ativo que, de outra forma, estaria imobilizado na pendência do acordo de financiamento. Neste caso, e porque a função da inserção da referida cláusula – sustentada em previsão legal que claramente identifica o motivo da sua admissibilidade – é a mera satisfação do interesse patrimonial da entidade financiadora – que se compromete, as mais das vezes, a não exercer quaisquer direitos de voto e a fazer retornar ao titular originário as ações, caso seja convocada alguma assembleia geral para que este, e só este, os possa exercer – é possível ilidir a presunção demonstrando-se que a existência daquela cláusula é independente da influência efetiva ou potencial sobre a sociedade visada, ou o mesmo será dizer, demonstrando-se que a previsão daquela cláusula resulta da natureza de financiamento do contrato em que se insere, ao mesmo tempo que decorre de um interesse exclusivamente patrimonial (e já não societário) do sujeito que dela beneficia.

³⁹ Sendo de resto esse o princípio geral defendido por OSÓRIO DE CASTRO, referindo, no que à imputação de direitos de voto diz respeito, que «*Recomendar-se-á, ainda de outra banda, uma interpretação lata dos preceitos em causa, como forma de garantir em tanto quanto possível a transparência visada. Os participantes aos quais não convenha a comunicação da aquisição ou alienação da participação qualificada não deixarão de tentar explorar as insuficiências legais; será mister dificultar-lhes a tarefa, optando-se, na dúvida, pela afirmação da existência do dever*» (sublinhado nosso), in *A Imputação de Direitos de Voto...*, ob. ant. cit., pág. 166.

IV. DESENVOLVIMENTOS RECENTES NO DIREITO COMUNITÁRIO

A atuação em concertação refere-se a um concreto modo de relacionamento entre acionistas, de cuja existência e verificação a lei procura extrair determinadas consequências jurídicas, a mais *gravosa* das quais a imposição do dever de lançamento de oferta pública de aquisição.

Porém, nem todas as formas de relacionamento acionista que se entendam constituir modo de atuação concertada devem originar aquela consequência.

Na verdade, nem todas as situações relacionais – incluindo aquelas a que estejam subjacentes direitos de voto que, uma vez agregados, formem uma participação de domínio (conjunto) – terão como propósito o exercício de influência dominante sobre a sociedade e, caso efetivamente não o tenham, não permitirão sustentar o juízo que está na base da imposição do dever de lançamento de oferta pública de aquisição. Casos haverá, pois, em que as partes atuam *de forma coordenada* sem que tal signifique que, em conjunto, exercem influência dominante sobre a sociedade⁴⁰.

De resto, o ativismo acionista que, ao invés de dirigido ao controlo da gestão, se venha a corporizar numa atuação concertada que vise questionar a gestão, controlar a sua atuação e escrutinar os procedimentos instituídos, poderá ser potenciador da promoção de boas práticas de governo societário. E a efetividade de uma tal intervenção não seria porventura significativa se os acionistas não tivessem oportunidade de, ultrapassando a insignificância da medida das participações individualmente detidas, se agregarem entre si, coordenando a sua atuação com vista à prossecução de algum daqueles propósitos. Poderá pensar-se, a título de exemplo, na possibilidade de dois ou mais acionistas se concertarem para impedir, inviabilizar ou, pelo menos, alertar para a realização de determinadas transações com partes relacionadas, potencialmente prejudiciais para a sociedade.

Como este, muitos outros exemplos se poderiam encontrar. E de cada um deles poderíamos retirar uma mesma conclusão, a de que a atuação

⁴⁰ A este propósito cumpre-nos invocar o ilustrativo exemplo, avançado por Hugo MOREDO SANTOS, *Transparência, OPA obrigatória e imputação de direitos de voto*, *ob. ant. cit.*, pág. 443: se dois acionistas, que em conjunto detêm já mais de metade dos direitos de voto, se concertam para eleger em assembleia geral um determinado presidente da mesa da assembleia geral – porventura porque o reputam absolutamente independente, idóneo e competente para salvaguardar, com equidistância, os interesses de todos os envolvidos na vida da sociedade, em particular no que respeita à condução das assembleias gerais e cumprimento dos deveres legalmente delegados naquela figura jurídica – poderá daí retirar-se, inelutavelmente, que o acordo de voto em causa é revelador de que as partes passam a dominar, conjuntamente, a sociedade?

concertada pode visar a prossecução de interesses diversos daqueles a que está associada a consequência do dever de lançamento de oferta, podendo, em particular, constituir instrumento de supervisão de boas práticas de governo societário.

Nessa medida, e porque a definição de pessoas que atuam em concertação encontra também referencial no art. 2.º, n.º 1, al. d) da Diretiva das OPA, tornou-se premente circunscrever as hipóteses em que a atuação concertada não deve ser entendida como instrumento de exercício concertado de influência dirigido à obtenção de controlo (ou frustração da sua alteração), não devendo, como tal, originar a constituição do dever de lançamento de oferta.

Em consequência, a EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (ESMA) divulgou⁴¹, no seguimento de iniciativas da Comissão Europeia, uma declaração relativa à cooperação entre acionistas e atuação em concertação, visando, essencialmente, fornecer uma base de segurança baseada num entendimento comum quanto à identificação de situações que não devem ser legitimamente entendidas como formas de atuação concertada que originem o dever de lançamento de oferta pública de aquisição.

No documento em causa prevê-se uma lista ("*White List*") com identificação de situações relacionais estabelecidas (ou a estabelecer) entre acionistas, que, em princípio, não deverão ser consideradas como situações de atuação concertada para efeitos de imposição do dever de lançamento de OPA. São elas:

- Interpelações ao órgão de administração sobre assuntos relacionados com políticas e práticas societárias;
- Exercício de direitos relacionados com assembleias gerais (convocar, acrescentar pontos à ordem do dia ou apresentar propostas);
- Coordenação e exercício conjunto do direito de voto relativamente a:
 - o Política de remuneração dos órgãos sociais;
 - o Aquisição ou alienação de ativos da sociedade;
 - o Redução, aumento de capital ou implementação de programas de recompra de ações;
 - o Nomeação ou destituição de revisor oficial de contas (e/ou auditor externo), bem como determinação da sua remuneração;
 - o Nomeação de peritos ("*special investigator*");

⁴¹ Documento disponível em <https://www.esma.europa.eu/content/Information-share-holder-cooperation-and-acting-under-Takeover-Bids-Directive>.

- o Aprovação dos documentos de prestação de contas;
- o Políticas ambientais e responsabilidade social;
- o Rejeição de transações com partes relacionadas.

A utilidade da referida lista encontra-se, assim, na diminuição da discricionariedade das várias autoridades de supervisão nacionais na identificação de situações que preencham o conceito de pessoas que atuam em concertação da Diretiva – e, como tal, numa maior uniformidade na aplicação do direito comunitário e na diminuição da incerteza jurídica associada à implementação de entendimentos e práticas divergentes –, reservando a imposição do dever de lançamento de oferta para os casos em que uma tal concertação implique, efetivamente, uma alteração de controlo. Mas, ao mesmo tempo, a sua divulgação permite aos acionistas e investidores em geral tomar consciência de que certas práticas não só não conduzem, inelutavelmente, à constituição do dever de lançamento de oferta pública de aquisição, como poderão até constituir importante mecanismo de controlo da gestão e de ativa participação na vida das sociedades, devendo enquanto tal ser fomentadas ao invés de reprimidas.

RESUMO: Tal como os accionistas, os bancos enfrentam custos de agência, enquanto investidores externos na sociedade. Por isso, fazem incluir nos contratos de financiamento certas cláusulas (*covenants*), que lhes garantem poder de influência sobre a gestão societária. Após analisar as manifestações dessa influência, observamos como o direito societário português releva situações de influência sobre a administração e discutimos em que medida podem os bancos ser responsáveis perante a sociedade mutuária. **Palavras-chave:** bancos; *covenants*; administração; influência; responsabilidade.

ABSTRACT: Just like shareholders, banks face agency costs, as outside investors. They therefore include certain covenants in loan agreements that assure them powers to influence corporate management. After examining manifestations of that influence, we observe how Portuguese corporate law treats situations of influence over the management and discuss the extent to which banks may be liable before the borrowing company.

Keywords: banks; covenants; management; influence; liability.

FRANCISCO PINTO DA SILVA *

A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade**

1. Os interesses dos credores bancários e a *corporate governance*

Pode-se dizer que os bancos são investidores nas sociedades comerciais que financiam, tal como os accionistas¹ que subscrevem o capital social de uma sociedade. Os bancos, ao concederem crédito a uma sociedade, estão a aplicar nela o seu dinheiro², fazendo um investimento que

* Mestre em Direito

** O presente texto corresponde a uma versão abreviada da dissertação de mestrado do Autor, apresentada e discutida no âmbito do Mestrado em Direito e Gestão, da Faculdade de Direito e da Faculdade de Economia e Gestão, da Universidade Nova de Lisboa.

¹ Tomamos as sociedades anónimas por referência no presente estudo.

² Na verdade, em termos económicos, os bancos disponibilizam o capital de terceiros aforradores, que fizeram depósitos naqueles mediante remuneração, a entidades que precisam desse capital e que também o remuneram, ficando os bancos com a diferença das taxas de juros que pagam aos aforradores e que cobram aos mutuários. Porém, na medida em que nisto consiste (simplisticamente) a sua actividade, pode-se considerar que, ao concederem empréstimos, os bancos estão a fazer investimentos.

naturalmente se pretende remunerado e que assenta numa cuidadosa análise do risco.

Pois bem, numa grande sociedade cava-se um fosso entre quem investe, seja em capital próprio, seja em capital alheio, e quem gere ou controla a sociedade, que resulta numa assimetria de informação entre investidores e órgão de administração e gera custos de agência³ para os primeiros.

Por isso, os accionistas (*shareholders*) que investem na sociedade preocupam-se com a forma como o órgão de administração conduz os seus destinos. Do mesmo modo, os credores financeiros (*debtholders*), sejam eles instituições financeiras (*private debt*) ou obrigacionistas (*public debt*), preocupam-se com a forma como o dinheiro que investiram é gerido. A generalidade dos investidores, internos e externos, enfrenta custos de agência, que não respeitam exclusivamente, portanto, à tradicional oposição entre *ownership* e *control*.

Apesar disto, porém, segundo a teoria das finanças empresariais – que assume como objectivo único da empresa a maximização do seu valor – o principal foco das regras de *corporate governance* deve incidir na protecção dos accionistas⁴. Fora do seu âmbito ficam, portanto, segundo tal perspectiva, as relações da empresa com os outros *stakeholders*, nomeadamente os trabalhadores e os credores, cuja tutela cairá assim no âmbito do mercado e da liberdade contratual⁵.

E efectivamente, as regras de *corporate governance*, sejam normas legais ou de natureza recomendatória, focam-se na protecção dos interesses dos accionistas. É a eles que é devida lealdade por parte dos administradores,

³ Os custos de agência incluem: os custos de monitorização, ou seja, os recursos despendidos para fiscalizar a actuação da administração; os custos de ligação, que correspondem aos incorridos pelos administradores na redução do conflito de agência, nomeadamente através de incentivos para si próprios; e as perdas residuais, resultantes da actuação da administração que, apesar daqueles, for contrária aos interesses dos investidores. Cfr. WILLIAM H. MECKLING & MICHAEL C. JENSEN, «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure», *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, n. 4, 1976, disponível em SSRN: <http://papers.ssrn.com/abstract=94043>, pp. 5 e 6.

⁴ Referindo-se, no seu texto, a investidores, mas num sentido mais estrito que o utilizado por nós, não incluindo nele os investidores externos, CARLOS FRANCISCO ALVES, «Uma perspectiva económica sobre as (novas) regras de corporate governance», *Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura – A reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 184.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 180.

segundo o art. 64.º, 1, b)⁶⁻⁷. E são eles, naturalmente, que elegem (art. 391.º, 1)⁸ e podem destituir (art. 403.º, 1) o órgão de administração, que podem determinar a propositura (art. 75.º) ou propor (art. 77.º) acções de responsabilidade^{9 10} e que têm assento na assembleia-geral para controlar a actuação dos administradores (art. 376.º, 1, c)) e deliberar sobre alguns assuntos da vida da sociedade, não obstante a autonomia do órgão de administração em relação àquela (arts. 373.º, 3, e 405.º).

Por seu lado, à parte algumas normas do CSC¹¹ que visam a sua protecção, os credores não têm, à luz do direito societário, uma posição activa relevante na organização societária, nem meios para influenciar e fiscalizar

⁶ Este e os demais artigos citados daqui em diante sem referência ao diploma legal a que pertencem são do Código das Sociedades Comerciais.

⁷ Embora o conceito de interesse social resulte, na redacção actual desta norma, da conjugação de vários interesses, incluindo o dos credores, este é subordinado ao interesse dos sócios: os administradores devem *atender* aos interesses dos sócios e apenas *ponderar* os dos credores, cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de Cuidado e de Lealdade», *Reforma do Código das Sociedades*, série «Colóquios do IDET», n.º 3, Coimbra, Almedina, 2006, p. 45; também PAULO CÂMARA, «O Governo das Sociedades e os Deveres Fiduciários dos Administradores», *Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira* (coord.: Maria de Fátima Ribeiro), Coimbra, Almedina, 2007, p. 174.

O conceito de interesse social é disputado, discutindo-se se coincide totalmente com o interesse dos sócios (tese contratualista) ou se consiste num interesse próprio da sociedade, que pode divergir daquele (tese institucionalista). A actual redacção parece consagrar uma «orientação [só] (moderadamente) institucionalista», cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Corporate Governance em Portugal», *Miscelâneas do IDET*, n.º 6, Coimbra, Almedina, 2010., p. 17.

⁸ Reconhecendo-se na eleição de um administrador, a satisfação de dois interesses: além da «intenção de *dirigir efectivamente a empresa social*», também o «interesse de manter uma proximidade bastante para *controlar, fiscalizar e acompanhar a actividade social*», algo que só o funcionamento colegial do conselho de administração possibilita, cfr. PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, «Studia Iuridica», 62, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 212.

⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Corporate Governance em Portugal», *cit.*, p. 17.

¹⁰ Já os credores apenas podem fazê-lo ao abrigo do art. 78.º, quando o património social já for insuficiente para a satisfação dos seus créditos por terem sido inobservadas disposições legais ou contratuais destinadas à sua protecção.

¹¹ Para além da já referidas, destacam-se as normas sobre conservação do capital (arts. 31.º a 35.º) e as que permitem a sua oposição à fusão e à cisão de sociedades (arts. 101.º-A e 120.º).

o órgão de administração¹². Nomeadamente, não têm a participação orgânica que têm os accionistas¹³.

É compreensível que assim seja, face às diferentes características dos seus investimentos.

O accionista participa nos ganhos e nas perdas da sociedade. A remuneração do seu investimento é variável. A actividade da sociedade pode gerar lucro, caso em que a remuneração do accionista é a distribuição de dividendos, na proporção da sua participação social, ou o aumento do valor dessa participação social; ou pode gerar prejuízo, situação em que o accionista verá reduzido o valor da sua participação social.

Diferentemente, a remuneração do investimento do credor financeiro é fixa, consistindo na taxa de juro negociada em função do risco que este entendeu existir. O credor não vê, em princípio, essa remuneração aumentar em função do sucesso da empresa e do aumento do seu valor. Bem como não sofre com um desempenho que reduza o valor da mesma. Só na proximidade de uma situação de insolvência da sociedade é que o seu investimento é colocado em risco.

Isto é, enquanto o accionista está sujeito ao risco da actividade da empresa, cujo desempenho oscila para cima e para baixo, o credor está apenas sujeito ao risco de insolvência.

O accionista é ainda o último a reaver o seu investimento, em caso de liquidação. O credor é sempre pago antes do accionista.

Há que notar, por outro lado, que, além dos custos de agência, comuns aos dos accionistas, decorrentes de uma gestão ineficiente por parte do órgão de administração, os credores suportam também custos de agência decorrentes de uma gestão alinhada com os interesses dos accionistas que não coincidam com os seus.

Com efeito, existem zonas de conflitos de interesses entre credores e accionistas. Um exemplo: os credores, a quem apenas importa a solvabilidade da sociedade, uma vez que a remuneração do seu investimento é fixa, serão mais avessos ao risco do que os accionistas, cuja remuneração (aumento do valor da sua participação ou do dividendo) varia na medida do valor da empresa. Este conflito será tão mais agudo quanto mais difícil

¹² «According to (the) conventional account (...), creditors do not have their hands on the levers of power» DOUGLAS G. BAIRD & ROBERT K. RASMUSSEN, «Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, 2006, disponível em: [http://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue5/BairdRasmussen154U.Pa.L.Rev.1209\(2006\).pdf](http://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume154/issue5/BairdRasmussen154U.Pa.L.Rev.1209(2006).pdf), p. 1215.

¹³ Excepção será a assembleia de obrigacionistas (art. 355.º), mas cujo papel é praticamente limitado ao seu direito de informação, a exercer por intermédio do seu representante, nos termos dos arts. 293.º, 359.º, 1, c) e d), e 2.

for a situação da sociedade: num momento de dificuldade, os accionistas têm um incentivo maior para tomar decisões de investimento mais arriscadas, uma vez que terão pouco mais a perder em caso de fracasso¹⁴, mas muito a ganhar em caso de sucesso, colhendo todos os proveitos daí resultantes¹⁵. Para os credores, ao invés, os ganhos elevados que possam decorrer de uma decisão arriscada interessam pouco, uma vez que a sua remuneração é fixa, enquanto o insucesso dessa decisão representará a perda de parte ou da totalidade do seu investimento.

Não é apenas nos momentos críticos da vida da sociedade que os interesses de credores e accionistas divergem. Por exemplo, aos credores não interessará uma política de distribuição de dividendos que favoreça o fluxo de dinheiro para os accionistas com prejuízo para a garantia de solvabilidade da empresa¹⁶.

Perante estas diferenças de incentivos, compreende-se que os bancos procurem exercer uma influência conservadora sobre as decisões de gestão, que tem, no entanto, associado um risco de desaproveitamento de boas oportunidades de valorização da empresa ou mesmo de desvalori-

¹⁴ Dada a sua condição, já aludida, de *residual claimants*.

¹⁵ KLAUS M. SCHMIDT, «The Economics of Covenants as a Means of Efficient Creditor Protection», *The Law and Economics of Creditor Protection – A Transatlantic Perspective*, Haia, Eds. Horst Eidenmüller & Wolfgang Schön, 2008, disponível em:

<http://www.et.vwl.unimuenchen.de/personen/professoren/schmidt/publikationen/papers/creditorprotect.pdf>, pp. 87-92, chama-lhe «gambling for resurrection».

¹⁶ WILLIAM W. BRATTON, «Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process», *European Business Organization Law Review (EBOR)*, Volume 7, n. 1, Mar 2006, disponível em SSRN: <http://papers.ssrn.com/abstract=902910>, pp. 39-87, identifica os seguintes custos de agência enfrentados pelos credores face aos accionistas: (i) diluição do crédito, pela contracção ulterior de empréstimos por parte da sociedade devedora; (ii) alienação de activos ou a sua transferência para os accionistas, com prejuízo da garantia dos credores; (iii) sub-investimento – nos casos em que a situação líquida da sociedade é negativa e os accionistas não têm, por isso, incentivo para aproveitar oportunidades de investimento cujo retorno potencial não seja suficiente para tornar positiva a situação líquida da sociedade e reverta, assim, exclusivamente para os credores; e (iv) substituição de activos e investimentos de risco – a aplicação de proveitos resultantes da alienação de activos em investimentos arriscados.

Semelhantemente, PAULO CÂMARA, «O regime jurídico das obrigações e a protecção dos credores obrigacionistas», *Direito dos Valores Mobiliários*, Volume IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 325, enumera, a propósito do conflito de interesses entre obrigacionistas e accionistas, mas com igual pertinência para a posição dos bancos, alguns campos da gestão empresarial potencialmente geradores de conflitos de interesses entre credores e accionistas: (i) alteração da política de investimentos ou do objecto social, com maior risco para a sociedade ou deixando de realizar investimentos previstos; (ii) endividamento ulterior, com garantias especiais sobre o património social; (iii) política de distribuição de dividendos.

zação, em dissonância com o interesse dos accionistas em maximizar os seus lucros.

Os credores bancários procuram então reduzir pela via contratual os seus custos de agência e por algum meio influenciar a gestão da sociedade em que aplicaram o seu dinheiro, com a inclusão de *covenants* nos contratos de financiamento que celebram. O seu intuito é garantir a solvabilidade do seu crédito, conservando, tanto quanto possível, as circunstâncias em que tomaram a decisão de conceder o financiamento.

Através de tais cláusulas, os bancos adquirem influência decisória em assuntos tão importantes da vida da sociedade como a sua política financeira, a sua política de investimentos ou a sua estratégia empresarial, afigurando-se essa influência, em muitos casos, tão ou mais intensa do que a exercida pelos accionistas¹⁷, provocando o esbatimento da divisória formal entre investidores *internos* e investidores *externos* na sociedade¹⁸.

2. A influência dos bancos na administração societária: as cláusulas de salvaguarda (*covenants*)

A utilização dos denominados *covenants*, tendo surgido no espaço anglo-americano, vem-se propagando na Europa continental, fruto da

¹⁷ Este poder dos bancos pode inclusivamente levantar questões relevantes de transparência do controlo das sociedades abertas e de eficiência do mercado de capitais. Com efeito, se, por exemplo, é obrigatória a comunicação da aquisição de participações qualificadas em sociedades abertas, bem como de acordos parassociais que visem adquirir, manter ou reforçar aquelas (arts. 16.º e 19.º do Código dos Valores Mobiliários), dentro da lógica de que «(...) o valor das acções depende, em grande parte, da capacidade de quem detém o poder na sociedade» (cfr. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, «Estrutura Organizatória das Sociedades», *Problemas do Direito das Sociedades*, série «Colóquios do IDET», n.º 1, Coimbra, Almedina, 2006., p. 104), então vale a pena reflectir sobre a influência que os bancos podem ter dentro das sociedades, tão grande ou maior que aquela, por exemplo, de um titular de 10% dos direitos de voto numa sociedade. Tanto mais se atendermos a que os contratos de financiamento e o seu conteúdo são quase invariavelmente secretos.

¹⁸ Realidade assinalada por alguns autores: «(...) certo é, no que toca aos financiadores, que a tradicional distinção entre proprietários e não-proprietários da empresa perde razão de ser, deixando de ser possível afirmar que os primeiros têm o controlo sobre a sociedade, ao contrário dos segundos (...)», cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?», *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I, n.º 1, 2009, p. 96 e pp. 107-108; «(...) these covenants can obliterate the difference between debt and equity.», cfr. DOUGLAS G. BAIRD & ROBERT K. RASMUSSEN, «Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance», *cit.*, p. 1217.

integração dos mercados financeiros e da contratação internacional¹⁹. A sua utilização na prática comercial bancária portuguesa é cada vez mais frequente²⁰.

Os *covenants* configuram obrigações acessórias (à obrigação principal de restituição do capital mutuado, acrescido de juros) para a sociedade financiada, positivas ou negativas, conforme imponham ou proíbam determinadas condutas.

Estas cláusulas são sempre acompanhadas pela estipulação de que o seu incumprimento é causa de exigibilidade antecipada de todo o empréstimo²¹. E tal ocorrência pode ser suficiente para precipitar a sociedade numa situação de insolvência; tanto por si só, como pelo efeito dominó que pode provocar nas restantes obrigações da sociedade (por causa da existência de cláusulas *cross-default*, como a seguir se verá, ou simplesmente pelo alerta que representa para os outros credores). Esta circunstância confere, assim, efectividade ao controlo dos bancos sobre a administração.

¹⁹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?», *cit.*, p. 103; JOANA PEREIRA DIAS, «Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a pari passu, a negative pledge e a cross default», Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, Vol. IV – Novos Estudos de Direito Privado, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 881-882.

²⁰ A utilização destas cláusulas reveste particular relevância no âmbito da estrutura contratual dos financiamentos de projectos (*project finance*), sendo, aqui podemos dizê-lo, invariável, com grande preponderância sobre a utilização de garantias reais ou pessoais, cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Project Finance (Primeiras Notas)», Miscelâneas do IDET, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 127 e 153-154. Os bancos são os principais, senão únicos, financiadores do projecto, assumindo assim a maior proporção do risco. Como tal, é natural que procurem particularmente proteger a sua posição, prevenindo além destes *covenants*, outros mecanismos adicionais de garantia. Para um elenco e respectiva análise, cfr. BRUNO FERREIRA, «Mecanismos de garantia em Project Finance», *Temas de Direito Comercial*, colecção «Cadernos o Direito», n.º 4, Coimbra, Almedina, 2009., pp. 140-179.

²¹ Deve, porém, relacionar-se esta habitual estipulação com o art. 780.º do Código Civil, que estabelece os fundamentos para a exigibilidade antecipada das obrigações, quando o prazo é estabelecido em benefício do devedor – *v.g.* a insolvência do devedor e a diminuição das garantias de cumprimento por motivo a ele imputável –, sendo discutível que a violação de um *covenant* possa, à luz desta norma, fundar a exigibilidade antecipada do capital mutuado, nomeadamente por constituir uma diminuição de garantias por causa imputável ao devedor. Segundo BRUNO FERREIRA, *Contratos de Crédito Bancário e Exigibilidade Antecipada*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 205, as regras legais de exigibilidade antecipada não têm natureza injuntiva, sendo, portanto, admissíveis as cláusulas contratuais que afastem a sua aplicação. JOANA PEREIRA DIAS, «Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a pari passu, a negative pledge e a cross default», *cit.*, pp. 999-1005, entende que o art. 780.º é imperativo na tutela mínima que consagra, mas permite um alargamento convencional dos fundamentos de exigibilidade antecipada.

A verdade, porém, é que, mais do que forçar o pagamento imediato do capital mutuado, a ameaça de vencimento antecipado tem o propósito (e o efeito) de assegurar uma posição de supremacia negocial para os bancos imponem constrangimentos adicionais, em caso de violação de *covenants* ou em qualquer outro evento de crédito previsto²².

Vejam-se os tipos de *covenants* mais comuns:

As **cláusulas *pari passu*** visam evitar a subordinação do crédito face a outros credores comuns da sociedade, presentes e futuros, exigindo uma graduação igual entre estes e aquele.

As **cláusulas *negative pledge*** consistem na proibição de prestar garantias sobre qualquer activo em favor de terceiros com prejuízo para a garantia geral do crédito dos bancos, que se veria, na prática, subordinado aos créditos daqueles. Esta proibição serve assim os objectivos de preservar a igualdade de tratamento dos credores e, mais indirectamente, de limitar endividamento adicional.

As **cláusulas *cross-default***²³ configuram como evento de crédito, considerando-se imediatamente exigível todo o capital mutuado, o incumprimento por parte da sociedade de qualquer outra obrigação com terceiros.

Os ***covenants financeiros*** são cláusulas que obrigam a sociedade financiada a respeitar determinados índices financeiros, assumindo uma dupla função: por um lado condicionam substantivamente a gestão da sociedade, por outro lado, funcionam como um alarme²⁴. Com efeito, na medida em que as condições financeiras da empresa dependam da actuação do

22 DOUGLAS G. BAIRD & ROBERT K. RASMUSSEN, «Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance», *cit.*, pp. 1228 e 1232; FREDERICK TUNG, «Leverage in the board room: the unsung influence of private lenders in corporate governance», *UCLA Law Review*, Vol. 57, n. 1, 2009, disponível em <http://www.uclalawreview.org/pdf/57-1-3.pdf>, pp. 134, 151-152 e 159-160; SUDHEER CHAVA & MICHAEL R. ROBERTS, «How does financing impact investment? The role of debt covenants», *The Journal of Finance*, Vol. LXIII, n. 5, October 2008, disponível em: http://finance.wharton.upenn.edu/~mrrrobert/published_files/jofi_1391.pdf, p. 2086.

23 Sobre estas três cláusulas, v. JOANA PEREIRA DIAS, «Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a *pari passu*, a *negative pledge* e a *cross default*», *cit.* e PESSOA JORGE, «A Garantia Contratual da Igualdade dos Credores nos Empréstimos Internacionais», *Separata da Comemoração do XX Aniversário*, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa, Direcção-Geral das Contribuições e dos Impostos, 1983, pp. 135-176; v. também NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, Nuno, «Modalidades de Negociação e de Contratação de Empréstimos Internacionais», *Modalidades de Negociação e Contratação de Empréstimos Internacionais*, colecção «Cursos», Vol. 1, Oeiras, seminário organizado pelo Instituto Nacional de Administração, 1983, pp. 146-162, que se lhes refere (p. 162) como a «trilogia básica dos contratos de empréstimo externo».

24 FREDERICK TUNG, «Leverage in the board room: the unsung influence of private lenders in corporate governance», *cit.*, p. 136.

órgão de administração, os *covenants* financeiros servem como orientações disciplinadoras da sua política financeira, por exemplo, limitando a dissipação do dinheiro em caixa; na parte em que as condições financeiras da empresa dependem de factores externos e conjunturais, estes *covenants* funcionam na negativa, servindo o seu incumprimento de alerta precoce para os bancos relativamente à situação da sociedade devedora, permitindo-lhes tomar atempadamente as medidas que entenderem²⁵.

Alguns dos índices financeiros mais comuns visam limitar o endividamento adicional, uma vez que este aumenta o risco do crédito em causa. Exemplos são o *debt-equity ratio* (razão entre a dívida e o património líquido) ou o *leverage ratio* (razão entre a dívida total e o EBITDA), não podendo ser excedidos determinados valores.

Outros incidem sobre o *cash-flow* da sociedade, como o *coverage ratio*²⁶, para salvaguardar a solvabilidade e a cobertura do serviço da dívida, impondo-se que o *cash-flow* gerado se mantenha acima de um determinado múltiplo da despesa total de juros, relativamente a certo período. Implicitamente, limita-se também o endividamento²⁷.

São também, invariavelmente, previstos **deveres de informação** para a sociedade financiada, que a obrigam a fornecer aos bancos toda a informação contabilística da sociedade, dentro de determinados prazos; a comunicar determinadas ocorrências que possam ter reflexo no risco do crédito (relacionadas, por exemplo, com contencioso, infracções regulatórias ou alterações estatutárias); e, de uma forma geral, toda a informação de natureza económica e financeira, solicitada pelos bancos.

Com estas imposições, visa-se dar conta da situação financeira da sociedade em geral e certificar o cumprimento dos *covenants* financeiros, bem como se estabelece uma via aberta de comunicação com o órgão de administração.

As cláusulas que impõem **restrições ao investimento** visam refrear as tendências de sobreinvestimento dos gestores e em particular os investimentos arriscados, preservando a capacidade da sociedade para restituir o capital mutuado.

²⁵ PHILIP R. WOOD, *Law and Practice of International Finance*, «International business & law series», Nova Iorque, Clark Boardman, 1984, p. 6-30.

²⁶ FREDERICK TUNG, «Leverage in the board room: the unsung influence of private lenders in corporate governance», *cit.*, pp. 136-137.

²⁷ Para mais exemplos de *covenants* financeiros, PHILIP R. WOOD, *Law and Practice of International Finance*, *cit.*, p. 6-30 ss e PETER BELMONT, «Practical and Commercial Aspects of Eurocurrency Lending», *Modalidades de Negociação e Contratação de Empréstimos Internacionais*, colecção «Cursos», Vol. 1, Oeiras, seminário organizado pelo Instituto Nacional de Administração, 1983, p. 63.

Podem assumir diversas formas²⁸, mas geralmente consistirão na imposição de limites em valores absolutos – por exemplo, ao investimento em bens de capital (*capital expenditures*) – ou na submissão de todo e qualquer investimento financeiro ou aquisição de activos, fora do âmbito da actividade normal da sociedade²⁹, à prévia autorização do banco credor.

Com as cláusulas que impõem **restrições ao financiamento**, os bancos procuram evitar a diluição do seu crédito, mormente num cenário de insolvência, bem como evitar o maior risco decorrente de uma maior alavancagem financeira.

Estas restrições podem assumir, como vimos, a forma de *covenants* financeiros, impondo *ratios* de nível de endividamento a respeitar, mas frequentemente significam a proibição expressa de contratar qualquer financiamento ou a sujeição de todas as decisões de financiamento aos bancos credores, conferindo-lhes um controlo mais imediato sobre esta matéria.

As cláusulas com **restrições à disposição de activos** pretendem essencialmente: evitar a alienação de activos concretos – por exemplo, uma unidade de produção – da sociedade devedora, que serviram de base à decisão de financiamento por parte dos bancos credores; evitar a alienação de activos por preço que não corresponda ao seu justo valor ou que não seja imediatamente e integralmente pago, trocando-se assim o activo por um crédito de cobrabilidade incerta; restringir, indirectamente, o investimento, com substituição de activos, impedindo entradas significativas de *cash-flow* que pudessem ser aplicadas em investimentos arriscados; e evitar indirectamente a alteração de ramo de actividade³⁰.

Geralmente, a redacção das cláusulas é bastante limitativa, sujeitando aos bancos credores todas as decisões de alienação de activos, mas prevêem-se excepções para flexibilizar a gestão societária, como, por exemplo, as transacções operadas no âmbito da actividade corrente da sociedade.

Dada a sua assiduidade em contratos de financiamento, importa referir que há ainda um conjunto de **alterações fundamentais** na sociedade devedora que os bancos credores recorrentemente limitam de forma expressa nos contratos de financiamento, sujeitando-as à sua aprovação. Trata-se

²⁸ Uma forma de limitar, indirecta mas fortemente, os investimentos é através de um «*sweep covenant*», que obriga a amortizações da dívida quando ocorra alguma receita extraordinária ou quando o dinheiro em caixa exceda um determinado montante. Desta forma, a sociedade devedora nunca se vê com fundos disponíveis para fazer investimentos significativos. Cfr. FREDERICK TUNG, «Leverage in the board room: the unsung influence of private lenders in corporate governance», *cit.*, p. 138.

²⁹ DOUGLAS G. BAIRD & ROBERT K. RASMUSSEN, «Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance», *cit.*, p. 1231.

³⁰ PHILIP R. WOOD, *Law and Practice of International Finance*, *cit.*, p. 6-28.

de alterações de condições delimitadoras da identidade da sociedade, que os bancos consideraram fundamentais no momento de conceder o crédito. As alterações fundamentais mais frequentemente acauteladas são a cessação, redução, suspensão ou alteração da actividade societária; modificações importantes na organização da sociedade; a transferência da sede para outro país; a fusão, cisão ou transformação da sociedade; a dissolução e liquidação da sociedade; e a alteração da estrutura accionista.

Repare-se, no entanto, que – com excepção da redução da actividade e de modificações na organização – a decisão sobre estas matérias (*i.e.* cessação, suspensão ou alteração da actividade, transferência da sede para outro país, fusão, cisão ou transformação da sociedade e dissolução e liquidação da sociedade) cabe à assembleia geral ou, no caso da alteração da estrutura accionista, pertence à esfera dos accionistas individualmente considerados.

Como tal, só faria sentido, em bom rigor, regular contratualmente estas alterações fundamentais como causas de vencimento antecipado, porque não estão na disponibilidade do conselho de administração³¹.

Surgem, assim, dúvidas sobre a admissibilidade de cláusulas deste tipo, à luz do nosso direito. Com efeito, estas cláusulas não podem ser transpostas para a nossa prática contratual, sem mais, do ordenamento societário dos EUA, em que, diferentemente do nosso, o órgão de administração tem bastante mais autonomia face à assembleia geral sobre muitas destas matérias³².

Estas cláusulas poderão, porventura, fazer sentido se, paralela à da sociedade, houver uma vinculação dos accionistas, o que pode ser concebível em algumas sociedades anónimas com poucos accionistas ou com o capital pouco disperso, como é comum em Portugal. Ou, nos casos das restrições à fusão, cisão ou transformação da sociedade, se forem interpretadas como limitando a elaboração e apresentação por parte do conselho

³¹ Notando isso mesmo, quanto à alteração da estrutura accionista, PHILIP R. WOOD, *Law and Practice of International Finance*, *cit.*, p. 6-26: «Transfer of shares in the borrower is uncontrollable by covenant since the loan agreement does not bind the shareholders: where ownership is an issue, it may be rendered an event of default if the ownership changes».

³² Para um confronto do nosso ordenamento com o norte-americano, no que toca à diferente distribuição da competência, entre órgão de administração e assembleia geral, para decidir sobre algumas destas matérias de gestão (em particular, alteração da actividade da sociedade, deslocação da sede social, fusão da sociedade e dissolução da sociedade), cfr. EDUARDO SÁRAGGA LEAL, «O poder de gestão dos accionistas nas sociedades anónimas», *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 5, Vol. 9, Março de 2013, pp. 260-287.

de administração à assembleia geral de projectos de fusão ou de cisão³³ ou de relatório justificativo da transformação da sociedade.

Por fim, cabe referir as também típicas **restrições à distribuição de dividendos**, através da sua sujeição à prévia autorização do banco credor. Ao limitar as distribuições de dinheiro ou bens aos accionistas, pretende evitar-se a transferência para estes de activos da sociedade, com prejuízo da garantia dos credores, e preservar a situação existente à data do financiamento ou até melhorando a posição do credor bancário, se a sociedade estiver a gerar lucros. Indirectamente, reduz-se ainda o risco de sub-investimento atrás referido^{34 35}.

Diga-se que estas cláusulas também não são isentas de dúvidas. De facto, uma vez que, à luz do direito português, a distribuição de dividendos depende de deliberação dos accionistas sobre a proposta de aplicação de resultados (art. 376.º, 1, b)), a admissibilidade entre nós destas cláusulas é questionada³⁶. Parece-nos que cláusulas destas só poderão ser redigidas (ou interpretadas) como uma restrição à proposta pelo órgão de administração de distribuição de dividendos.

Por outro lado ainda, o art. 294.º (e o 217.º) impõe a distribuição de pelo menos metade dos lucros do exercício legalmente distribuíveis, salvo diferente cláusula estatutária ou deliberação em assembleia geral tomada por maioria de três quartos do capital social³⁷. Como tal, para a eficácia de *covenants* que limitem *totalmente* a distribuição de dividendos, poderá ter de concorrer, de qualquer modo, o acordo dos accionistas, à semelhança do que se disse a propósito das cláusulas sobre alterações fundamentais.

Conclui-se, portanto, que a influência que os bancos se reservam através dos contratos de financiamento afecta as decisões do órgão de admi-

³³ Seja como for, nota-se que, com uma limitação nestes termos das operações de fusão e de cisão, alcança-se mais do que a protecção legal dada aos credores, consubstanciada na possibilidade de oposição da sua parte, que estará sempre sujeita à observância dos requisitos do art. 101.º-A.

³⁴ V. *supra* nota 16.

³⁵ WILLIAM W. BRATTON, «Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process», *cit.*, p. 12.

³⁶ Cfr. PAULO CÂMARA, «O regime jurídico das obrigações e a protecção dos credores obrigacionistas», *cit.*, p. 336, nota 76. Importa assinalar também aqui que, no ordenamento societário norte-americano, de onde estas cláusulas são originárias, a decisão de distribuir dividendos cabe exclusiva e discricionariamente ao órgão de administração, cfr. EDUARDO SÁRAGGA LEAL, «O poder de gestão dos accionistas nas sociedades anónimas», *cit.*, p. 270.

³⁷ Rebatendo o carácter supletivo dessa obrigatoriedade, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 155 e 324-325.

nistração em muitos assuntos que são materialmente de gestão societária. E toca não só na maior, mas também na mais importante parte da gestão³⁸.

3. A relevância no direito societário da influência de outros sujeitos sobre o exercício de funções de administração

Na relação de agência, que emerge da separação entre *ownership* e *management*, os administradores – os *agents* – gerem bens e interesses alheios, dos sócios que investiram na sociedade – os *principals*.

Existe sempre, assim, em maior ou menor grau, uma autonomia dos administradores das sociedades. E é esta circunstância que justifica a necessidade da sua responsabilização, enquanto *agents*, perante o *principal*, de acordo com o binómio jurídico autonomia-responsabilidade³⁹. Nisto consiste o princípio que estabelece a *correlação entre poder de direcção e responsabilidade* na exploração da empresa (*ubi commoda, ibi incommoda*).

Este princípio articula-se com outros dois princípios do funcionamento e organização das sociedades: o princípio da *intangibilidade do inte-*

³⁸ Observando uma influência semelhante no panorama norte-americano, FREDERICK TUNG, «Leverage in the board room: the unsung influence of private lenders in corporate governance», *cit.*, p. 141: «(...) lenders commonly influence – sometimes even dictate – critical corporate policy choices, especially as to financial and investment policy and management turnover». Entre nós, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, «Estrutura Organizatória das Sociedades», *cit.*, p. 106: «Merece destaque o poder que os credores, nomeadamente instituições de crédito, podem ter sobre a sociedade, quer condicionando as decisões empresariais, quer, até, impondo a nomeação de administradores da sua confiança (...)». Uma breve nota apenas: ambos os autores referem um controlo que se estende até à designação de administradores. O primeiro fá-lo, porém, com referência ao ordenamento jurídico norte-americano, onde os *board directors* têm competência exclusiva para designar e destituir os *managers* ou *officers*, que gerem efectivamente a sociedade e que podem nem pertencer ao *board*; nesse contexto, os bancos podem efectivamente exercer uma influência sobre o órgão de administração no sentido de, por exemplo, destituir um *CEO* e designar outro. O segundo só se poderá referir, no contexto português, a um poder sobre a sociedade num sentido amplo que abranja o(s) sócio(s) de controlo, junto do(s) qual(is) os bancos poderão exercer uma influência de molde a designar certa pessoa para o órgão de administração; esse concreto poder será um poder *de facto*, não contratualmente previsto e exercido sempre nos bastidores.

³⁹ Expondo todo este raciocínio, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais», *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. 1, Março de 2009, pp. 11-32.

resse próprio da sociedade e o princípio da *indelegabilidade e inalienabilidade dos poderes cometidos aos órgãos sociais*, mormente dos poderes de gestão⁴⁰.

Em primeiro lugar, o nosso direito parece reconhecer às sociedades um interesse próprio, autónomo e independente⁴¹ de outros interesses que orbitam à sua volta, como sejam o dos sócios ou o de determinado sócio, individual ou outra sociedade comercial, controlador ou não, ou ainda os interesses de credores. E é este interesse, da sociedade, que releva no exercício das funções de administração (art. 64.º, 1, b)).

Em segundo lugar, a nossa lei societária é taxativa no elenco dos órgãos a que comete essas funções, que, como vimos, competem quase exclusivamente ao conselho de administração, nas sociedades anónimas (arts. 405.º e 431.º); e só excepcionalmente admite a deslocação desse poder de direcção social⁴², como se verá adiante.

Ou seja, uma vez que os administradores devem actuar com autonomia, mas visando a satisfação de um interesse da sociedade próprio e independente, não subordinado a outros interesses, o Código das Sociedades Comerciais contém um conjunto de normas que correlativamente estabelece a responsabilidade civil dos administradores e disciplina ainda algumas situações em que outros sujeitos ou entidades, a quem a lei não confiou competências para administrar, exerçam de alguma forma, ao lado ou no lugar daqueles, influência na gestão societária, nomeadamente quando o façam atendendo a interesses próprios.

⁴⁰ Estes três princípios são listados por ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, p. 515 (nota 1002), entre os argumentos de vários autores estrangeiros, ali identificados, para defender a ilicitude dos «contratos de gestão» (pelo qual um sujeito ou entidade se obriga a gerir uma empresa de uma sociedade, por conta desta, mediante retribuição).

⁴¹ *Idem, ibidem.*, pp. 106 ss (também pp. 285 e 444), refere que o paradigma clássico do direito societário foi sempre um paradigma individualista, da sociedade com vontade e interesse social próprios e autonomia patrimonial e organizativa, contrastando-o com a realidade das situações de domínio (em sentido amplo) e com os riscos que daí surgem para a sociedade dominada.

⁴² *Idem, ibidem.*, p. 579, fala de uma regra geral de independência e indelegabilidade do desempenho das funções de administração social, concretizada no conjunto de normas respeitante ao dever de exercício pessoal do cargo (arts. 252.º, 4 e 5; 391.º, 6; 425.º, 5) e ao sistema de divisão de competências entre sócios e administradores (arts. 17.º, 2; 259.º e 373.º, 3); cfr. também ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?», *cit.*, p. 108, que refere uma «postura de restritividade [do Código das Sociedades Comerciais], no que toca à deslocação do poder de direcção social».

Atente-se na figura do **sócio controlador**⁴³: o art. 83.º, 4 estabelece que se um sócio influenciar a actuação dos administradores, com base no seu poder de os destituir, incorrendo estes, por tal actuação, em responsabilidade perante a sociedade ou outros sócios, tal sócio será responsabilizado solidariamente com eles.

Rui Pereira Dias aponta à norma uma óbvia finalidade de *protecção do património da sociedade e dos sócios*, na medida em que se alarga o leque de sujeitos a quem os lesados podem exigir uma indemnização. Destaca, porém, como fundamento principal do art. 83.º, 4, a *autonomia da formação da vontade da sociedade, perante influências violadoras das regras de repartição de competências entre os órgãos sociais*^{44 45}. Nas suas palavras, há «um sancionamento da conduta do sócio, em virtude de, no aspecto organizatório, ter desrespeitado as regras de repartição de competências (...)»⁴⁶. Esta censura pelo desrespeito de tais regras enquadra-se com a existência, segundo o seu entendimento, na esteira de Coutinho de Abreu, de um *dever de lealdade* dos sócios, de que esta norma será manifestação⁴⁷, aqui surgindo como proibição de exercício de influência danosa para a sociedade ou outros sócios.

Parece-nos também ser essa a finalidade última da norma: a de disciplinar situações em que, sofrendo o órgão de administração, legalmente competente para as funções, uma influência exógena, existe um risco de preterição do interesse social – que os administradores deveriam prosseguir de forma independente – em favor de interesses individuais do sócio que exerce essa influência, sem competências para tal, e que poderão divergir dos da sociedade e ser lesivos para esta e para os outros sócios⁴⁸.

As **relações de domínio** são uma potencial (e provável) fonte de influência por parte da sociedade dominante sobre a administração de outra sociedade, dependente, trazendo para esta um perigo de desvio à

⁴³ Sobre a responsabilidade deste sujeito, cfr. RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência Sobre a Administração de Sociedades Anónimas – Uma Análise de Direito Material e Direito de Conflitos*, Coimbra, Almedina, 2007.

⁴⁴ *Idem*, *ibidem*, pp. 112 ss.

⁴⁵ Proximamente relacionada com o referido princípio geral da *indelegabilidade e inalienabilidade dos poderes cometidos aos órgãos sociais*.

⁴⁶ RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência Sobre a Administração de Sociedades Anónimas*, *cit.*, p. 128.

⁴⁷ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Corporate Governance em Portugal», *cit.*, p. 34; RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência Sobre a Administração de Sociedades Anónimas*, *cit.*, p. 121.

⁴⁸ Em termos semelhantes, TERESA ANSELMO VAZ, «A responsabilidade do accionista controlador», *O Direito*, Ano 128, III-IV, Julho-Dezembro, 1996, pp. 333-334.

autonomia decisória do seu órgão de administração e à prossecução independente do seu interesse social, em favor de um outro interesse social, da sociedade dominante⁴⁹, tal como vimos acontecer em relação ao exercício de influência do sócio controlador que vimos acima.

O Código das Sociedades Comerciais prevê, entre as formas de coligação de sociedades, a figura da relação de domínio. O art. 486.º, 2, no entanto, limita-se a enunciar circunstâncias que fazem presumir uma «influência dominante»: uma participação maioritária do capital, a titularidade da maioria dos votos e a possibilidade de designar a maioria dos membros de órgão de administração ou de fiscalização. Pelo que a figura não tem uma definição fechada.

Seja como for, o nosso direito societário não consagrou um regime específico para os limites, forma ou consequências da influência pela sociedade dominante⁵⁰, nomeadamente em relação à responsabilidade⁵¹, ficando esta sujeita às regras societárias gerais.

Isto significa que a sociedade dominante não pode exercer um domínio sobre a administração da sociedade dependente além daquilo que lhe é legalmente permitido pela sua qualidade de sócia. Pelo que, se o fizer, e (apenas se) estiverem preenchidos os respectivos pressupostos, poderá ser responsabilizada ao abrigo do art. 83.º, 4, enquanto sócia controladora.

Outra das figuras de coligação de sociedades que o nosso Código das Sociedades Comerciais tipifica é a **relação de grupo**, em que o exercício de influência por parte da sociedade-mãe sobre a administração da sociedade-filha aparece como particularmente intenso⁵².

Essa influência decorre de dois instrumentos possíveis: o contrato de subordinação e o domínio total⁵³.

⁴⁹ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 285.

⁵⁰ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?», cit., p. 111.

⁵¹ Criticando a opção do legislador, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, cit., p. 448 ss.

⁵² Utilizaremos o termo «sociedade-mãe» para abranger a sociedade directora e a sociedade totalmente dominante e o termo «sociedade-filha» para abranger a sociedade subordinada e a sociedade dependente.

⁵³ O exercício de influência de uma sociedade sobre outra, numa relação de grupo, verifica-se nestas duas situações. O terceiro instrumento que a lei tipifica como causa constitutiva de uma relação de grupo é o contrato de grupo paritário, em que duas sociedades, independentes entre si, voluntariamente se subordinam a uma gestão comum, mas paritária, sem domínio de uma sociedade sobre outra, pelo que não lhe dedicaremos mais do que esta referência.

Pelo contrato de subordinação, uma sociedade subordina a gestão da sua própria actividade à direcção de uma outra sociedade, quer seja sua dominante, quer não (art. 493.º, 1).

O domínio total resulta da participação totalitária de uma sociedade no capital de outra, podendo ser inicial, se uma sociedade constituir uma sociedade (anónima) de cujas acções ela seja inicialmente a única titular (art. 488.º), ou superveniente, se uma sociedade adquirir a totalidade do capital de uma sociedade preexistente (art. 489.º).

Ao contrário do que fez com a relação de domínio, a lei societária atribuiu um regime específico à figura da relação de grupo⁵⁴, que configura uma verdadeira entorse às regras gerais do direito comum das sociedades⁵⁵, constituindo não só uma derrogação da autonomia e independência das sociedades mas também do primado do seu interesse social próprio, enquanto orientador da sua administração.

Por um lado, legitima-se o exercício, por parte de uma sociedade, de uma influência (um verdadeiro poder de direcção) sobre a administração de outra sociedade. Com a celebração de um contrato de subordinação – bem como numa situação de domínio total – é atribuído à sociedade-mãe, pelo art. 503.º, 1, o direito de dar instruções vinculantes ao órgão de administração da sociedade-filha.

Por outro lado, segundo o n.º 2 do mesmo artigo, se o contrato não dispuser em contrário, a sociedade-mãe tem mesmo o direito de dar instruções que sejam desvantajosas para a sociedade-filha, desde que atendam os seus interesses ou o interesse do grupo, que se sobrepõem, portanto, ao interesse social da sociedade-filha.

Pois bem, como contrapeso deste alargamento dos poderes do órgão de administração da sociedade-mãe, face às regras gerais do direito societário, prevê-se também um alargamento dos seus deveres e responsabilidades.

Desde logo, os membros do órgão de administração da sociedade-mãe devem actuar com a mesma diligência na administração do grupo com que actuam na administração da sua própria sociedade, como resulta do art. 504.º, 1.

Depois, também são responsáveis perante a sociedade-filha, nos mesmos termos em que são responsáveis perante a sua própria sociedade, conforme o disposto no art. 504.º, 2.

⁵⁴ Referimo-nos, sobretudo, ao núcleo mais significativo do regime das relações de grupo, previsto a propósito do contrato de subordinação, nos arts. 501.º a 504.º, mas aplicável também às situações de domínio total, por remissão expressa do art. 491.º.

⁵⁵ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades, cit.*, p. 487, nota 935, pp. 607 ss e *passim*.

Face à intensidade e amplitude do controlo intersocietário que se permite nas relações de grupo, a lei foi ainda mais longe, determinando que a sociedade-mãe deve compensar as perdas anuais que a sociedade-filha sofra, durante a existência da relação de grupo, por qualquer razão, sendo esta compensação, porém, exigível apenas após o termo da relação de grupo (art. 502.º, 1). Deste modo, a sociedade-mãe é obrigada a deixar a sociedade-filha na mesma situação em que a encontrou.

Referimo-nos, por fim, à figura do **administrador de facto**, que, não tem previsão expressa no nosso CSC⁵⁶ e cuja construção e adensamento se deve à doutrina, sendo habitualmente qualificados os seguintes sujeitos como administradores de facto⁵⁷:

- i. sujeito que actua notoriamente como administrador de direito, mas cujo título de designação padece de algum vício ou irregularidade, seja por invalidade da deliberação de designação ou por caducidade (*v.g.* incompatibilidade ou incapacidade supervenientes, destituição ou renúncia), ou que simplesmente não tem qualquer título de designação;
- ii. sujeito, com uma relação com a sociedade, mas ostentando estatuto diverso do de administrador (*v.g.* sócio maioritário, director-geral, procurador), que desempenha, na realidade, funções de gestão com a autonomia própria dos administradores de direito;
- iii. sujeito sem qualquer cargo na sociedade que determina habitualmente a actuação dos administradores de direito.

O sujeito da alínea iii. corresponde ao administrador *oculto* ou *indirecto*, o *shadow director* que, no Reino Unido, é autonomizado do *de facto*

⁵⁶ A figura tem expressão legal, porém, no art. 227.º, 3, do Código Penal, com relevância para vários crimes (insolvência dolosa e negligente, frustração de créditos e favorecimento de credores), no art. 24.º, 1, da Lei Geral Tributária e no art. 82.º, 3, a), do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE); sobre os dois primeiros preceitos, cfr. JOÃO MIGUEL SANTOS CABRAL, «O administrador de facto no ordenamento jurídico português», *Revista do CEJ*, n.º 10, 2.º semestre de 2008, pp. 145 ss; sobre os dois últimos, cfr. J.M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, série «Cadernos do IDET», n.º 5, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 107 ss. Com relevância e sobre que nos pronunciaremos mais à frente, ainda os arts.186.º e 189.º, 2 também do CIRE.

⁵⁷ J. M. COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS, «Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores», *Miscelâneas do IDET*, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2004., pp. 40-41 e RICARDO COSTA, «Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto», *Temas Societários*, série «Colóquios do IDET», n.º 2, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 29-30, apresentam sistematizações próximas das situações de administração de facto.

director, mas considerado pela maior parte da doutrina⁵⁸ como administrador de facto, para efeitos de responsabilização.

Os traços caracterizadores usualmente apontados à actuação do administrador de facto, para identificação da figura, são, assim, os seguintes: *i*) o exercício de funções de gestão legalmente reservadas ao órgão de administração; *ii*) a ausência de legitimação formal; *iii*) o exercício de modo continuado⁵⁹; e *iv*) a autonomia decisória, própria dos administradores de direito, seja em substituição ou em colaboração com os administradores designados⁶⁰; se não numa posição de domínio, numa posição de paridade e nunca subordinadamente.

É evidente a necessidade de responsabilizar estes sujeitos. Por um lado, assegura-se que a administração societária seja desempenhada de forma legalmente correcta, em respeito pelos deveres gerais de gestão, havendo lugar a responsabilidade se assim não for. Por outro, sanciona-se a ingerência no poder de administração por sujeitos externos ao órgão legalmente competente⁶¹.

A nossa lei societária contém alguns afloramentos da figura⁶². O art. 83.º, 4, e o art. 504.º, 2, respeitantes ao sócio controlador e às sociedades directora e totalmente dominante, respectivamente, atrás referidos, tutelam algumas situações que podem preencher o conceito de administrador de facto. E também o art. 80.º, que estende a aplicação das normas de

⁵⁸ JOÃO MIGUEL SANTOS CABRAL, «O administrador de facto no ordenamento jurídico português», *cit.*, p. 138, J. M. COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS, «Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores», *cit.*, p. 43, e RICARDO COSTA, «Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto», *cit.*, pp. 29-30.

⁵⁹ Neste sentido, cfr. RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência Sobre a Administração de Sociedades Anónimas*, *cit.*, pp. 131-132. Em sentido diverso, JOÃO MIGUEL SANTOS CABRAL, «O administrador de facto no ordenamento jurídico português», *cit.*, pp. 133-135 e RICARDO COSTA, «Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto», *cit.*, p. 39, admitem a relevância de um comportamento ocasional, pelo que hesitam na consideração do carácter reiterado da actuação como requisito para a identificação da figura.

⁶⁰ «(...) Bastará uma comparticipação na administração da sociedade com os titulares formais...», cfr. RICARDO COSTA, «Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto», *cit.*, p. 31 (nota 5).

⁶¹ Novamente se faz apelo dos referidos princípios: há que correlacionar o exercício de poder com a devida responsabilidade; há que respeitar a organização societária e preservar a competência do órgão de administração; há, por fim, que salvaguardar o interesse social que, em algumas das situações de administração de facto referidas, pode estar em risco (v.g. os casos do sócio maioritário ou do administrador *oculto* ou *indirecto*).

⁶² Como nota RICARDO COSTA, «Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto», *cit.*, p. 35 (nota 10).

responsabilidade a «outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração».

Alguma doutrina⁶³ vê neste art. 80.º uma base de apoio geral para a figura do administrador de facto.

Contudo, Coutinho de Abreu e Elisabete Ramos⁶⁴ questionam, por um lado a suficiência e por outro a utilidade do art. 80.º para responsabilizar o administrador de facto, preferindo, uma aplicação directa, por interpretação extensiva, dos arts. 72.º e seguintes aos administradores de facto⁶⁵, amparando-se na *ratio* de tais normas.

Seja como for, o resultado será sempre o mesmo: a sujeição aos arts. 72.º e seguintes. Seja directamente ou por remissão do art. 80.º.

Conclui-se, portanto, pelas situações enunciadas, que, quando as regras gerais de autonomia e independência do órgão de administração – ou seja, a *indelegabilidade e inalienabilidade das competências de administração* e a *intangibilidade do interesse próprio da sociedade* no exercício das funções de administração – são desrespeitadas com um exercício ilegítimo⁶⁶ de uma influência sobre a administração da sociedade, o princípio da *correlação entre poder e responsabilidade* assume relevância, censurando a actuação inerente dos sujeitos que vimos e impondo a sua responsabilização.

E quando, excepcionalmente (na relação de grupo), a própria lei, em derrogação daquelas duas regras, legitima a direcção da administração de uma sociedade por outra sociedade, bem como o desvio ao interesse social daquela, é a mesma lei que reforça a *correlação entre poder e responsabilidade*, prevendo regras especiais de protecção da sociedade objecto da influência e de responsabilização da sociedade influenciadora.

⁶³ Cfr. TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades perante os Credores Sociais: A Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 76; MARIA ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, «Stvdia Ivridica», 67, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 180 ss. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores das sociedades por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 468 ss, também reconhece à norma potencial para ser aplicada ao administrador de facto, nomeadamente, ao sócio que assuma funções de gestão (e não caiba na previsão do art. 83.º).

⁶⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS, «Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores», *cit.*, pp. 44-45.

⁶⁵ No mesmo sentido, cfr. RICARDO COSTA, «Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto», *cit.*, pp. 36-40.

⁶⁶ Apesar de não existir na lei, como nota TERESA ANSELMO VAZ, «A responsabilidade do accionista controlador», *cit.*, pp. 395 e 402, uma proibição genérica expressa de exercício de influência sobre a administração.

Assim, se neste segundo caso, a responsabilidade surge como sanção respectiva do poder de influência na administração, naqueles primeiros casos, funda-se ainda na ilegitimidade desse exercício.

4. A responsabilidade dos bancos pela influência sobre a administração

4.1. Enquadramento legal da influência dos bancos; o art. 80.º do CSC

Perante isto, resulta evidente a necessidade de enquadrar legalmente a influência que os bancos exercem sobre a administração das sociedades.

As normas relativas às situações de influência na administração que abordámos não se afiguram vias simples e lineares para a disciplina da influência dos bancos credores. Confrontando, no entanto, essa influência, nos termos em que a analisámos, com os traços que vimos definirem a figura do administrador de facto, podemos constatar que os bancos: *i)* podem influenciar indirecta mas determinadamente o exercício de funções de gestão legalmente reservadas ao órgão de administração; *ii)* sem legitimação formal; *iii)* de modo continuado; e *iv)* com total autonomia decisória, se não numa posição de domínio, numa posição de paridade, face aos administradores de direito.

É verdade que os bancos não se ocupam de toda a administração das sociedades, nem da preparação de todas as decisões da «alta direcção», conforme melhor se verá adiante, mas muitas das decisões mais importantes da gestão têm invariável e imprescindivelmente o seu contributo, ainda que as mais das vezes pela negativa, o que nos leva a ponderar o seu posicionamento, pelo menos, numa posição de paridade com os administradores de direito na tomada de decisões.

Quanto ao apoio legal para responsabilizar os administradores de facto, alguma doutrina – a que prefere a aplicação directa das normas de responsabilidade previstas para os administradores de direito – oferece resistência no enquadramento dos administradores *indirectos* ou *ocultos* no art. 80.º.

No entanto, independentemente de os credores bancários poderem ou não preencher o conceito de administrador de facto e de se reconhecer ou não no art. 80.º tutela adequada para a figura, é pertinente questionar se a influência dos bancos pode, em concreto, por si mesma, enquanto situação socialmente típica, encontrar uma disciplina capaz no art. 80.º.

O âmbito de aplicação do artigo, que estabelece que «as disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ou administradores aplicam-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração»,

não é de alcance fácil. Não sendo claro que pessoas são estas, parece-nos evidente que foi intenção do legislador proceder a um alargamento do círculo de pessoas responsáveis pela administração, segundo um critério funcional⁶⁷. Por todos os motivos explicados⁶⁸, impõe-se a responsabilização de quem desempenhe funcionalmente a administração, ainda que não o faça formalmente.

Os argumentos dos Autores contra o recurso ao art. 80.º, para responsabilizar o administrador de facto, prendem-se com a sua insuficiência, uma vez que a sua letra (em particular a expressão «confiadas») parece excluir a maioria das realidades de administração de facto, abarcando apenas os administradores cujo título padeça de alguma irregularidade⁶⁹, e com a sua desnecessidade, porque a aplicação directa, de acordo com uma interpretação funcional, das regras do art. 72.º e seguintes seria bastante.

Mas, sendo assim, a extensão operada pelo legislador, no art. 80.º, até nem servirá para nada, se antes puder ser operada pelo intérprete. Mais facilmente aceitamos uma interpretação integrada do sistema que confira algum sentido ao art. 80.º, ainda que em alguns casos se tenha de superar a letra, «alargando-a» para melhor cumprir aquele que parece ser o seu propósito.

É o que faz Maria de Fátima Ribeiro⁷⁰, não ficando presa à expressão «confiadas» que, nas suas palavras, «parece pressupor um acto de vontade de alguém (legitimado) que incumbe outrem dessas funções» e concluindo, por maioria de razão, que o preceito deve ser aplicado a outras pessoas que tomem tais funções por iniciativa própria, nomeadamente sócios que as assumam espontaneamente.

Admite-se que a redacção do preceito poderá não ser a ideal, mas a sua interpretação deverá ser tão aberta quanto possível, de modo a cumprir aquela que nos parece ser a sua função, de reforçar o princípio que estabelece a *correlação entre poder e responsabilidade* e até o princípio da

⁶⁷ MARIA ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, cit., p. 185.

⁶⁸ Como coloca sinteticamente TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades perante os Credores Sociais: A Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária*, cit., p. 78, o art. 80.º impede «que seja mais vantajosa uma situação à margem da lei [poder sem responsabilidade] do que uma situação regular».

⁶⁹ MARIA ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, cit., p. 186, e JOÃO MIGUEL SANTOS CABRAL, «O administrador de facto no ordenamento jurídico português», cit., p. 143.

⁷⁰ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, cit., pp.469-470.

indelegabilidade e inalienabilidade das competências de administração, assim contribuindo para a coerência do sistema⁷¹.

Assim, a justificar-se a responsabilização dos bancos credores, parecem-nos que este art. 80.º surge como a via mais capaz. A sua letra é suficientemente ampla para albergar os bancos credores na sua *ratio*, pois permite (certamente, pelo menos, não veda) que se afirme que uma sociedade, ao contratar um financiamento, «confia» aos bancos algumas funções da sua administração, ou pelo menos uma importante participação no seu exercício. Este preceito que parece ser mal aproveitado pode assim ganhar aqui alguma utilidade.

Para que os bancos sejam responsabilizados através da sua sujeição ao art. 80.º e conseqüente aplicação das regras gerais de responsabilidade, será sempre preciso identificar, porém, no exercício da influência que atrás demonstrámos existir, condutas que preencham os pressupostos da responsabilidade civil e constituam um *facto voluntário do agente, ilícito, culposo, danoso* e um *nexo de causalidade* entre o facto e o dano⁷².

4.2. Influência positiva e negativa

É costume distinguir-se entre *covenants* positivos e negativos, consoante imponham obrigações positivas ou antes proíbam ou restrinjam determinados comportamentos.

Os bancos acautelam-se para evitar responsabilidades, pelo que as cláusulas que procuram influenciar as principais matérias de gestão são, quase sempre, como vimos, redigidas na negativa, especificando-se também eventos de crédito *ex ante*, de modo a que essa influência seja exercida de forma indirecta⁷³.

Cabe, então, delimitar as condutas, possibilitadas pelos poderes de que os bancos dispõem, que podem gerar responsabilidade, ou seja, o *facto voluntário* relevante.

Há que distinguir duas situações.

⁷¹ Na expressão de ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, «Responsabilidade Civil dos Administradores», *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 335, «o artigo 80.º do Código das Sociedades Comerciais é fundamental para a robustez do sistema de responsabilidade civil dos administradores instituído».

⁷² São estes os pressupostos enumerados por JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª edição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 525 ss.

⁷³ DOUGLAS G. BAIRD & ROBERT K. RASMUSSEN, «Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance», *cit.*, p. 1236; WILLIAM W. BRATTON «Bond Covenants and Creditor Protection: Economics and Law, Theory and Practice, Substance and Process», *cit.*, p. 9.

O órgão de administração submete uma decisão à aprovação do banco credor. O banco *aprova* a decisão do órgão de administração. Neste caso, não se poderá dizer que a actuação do banco sobre a administração tenha sido *determinante*. O banco *não determinou* o sentido da decisão. Como tal, não lhe deve ser atribuída a autoria de nenhuma dessas decisões, eventualmente ilícitas e danosas. Aqui, o órgão de administração não viu a sua autonomia coarctada.

Diferentemente agora, o órgão de administração da sociedade pretende, por exemplo, fazer determinado investimento, comprar ou alienar determinado activo. O banco *não aprova* essa intenção. Nestes casos, o sentido das decisões é efectivamente determinado pelos bancos; pode-se afirmar que aqui a influência dos bancos é efectivamente *determinante* da administração da sociedade, pelo que a autoria da decisão é atribuível ao banco. A determinação dos bancos configura a própria decisão de gestão.

E como se verá, uma determinação negativa não é de todo irrelevante, uma vez que são concebíveis situações em que dela resultem consequências gravosas para a subsistência da empresa⁷⁴.

4.3. Deveres de cuidado e deveres de lealdade – art. 64.º do CSC

Necessário agora será verificar a ilicitude dessas condutas. Se se considerar que, pelo exercício, em certas circunstâncias, de uma influência determinante, podem ser aplicadas aos bancos as normas gerais de responsabilidade dos administradores (via art. 80.º), as suas decisões terão então de ser avaliadas, ainda que de forma adaptada, à luz dos deveres gerais de gestão do art. 64.º.

O art. 64.º contém o núcleo fundamental do critério de licitude na gestão da sociedade⁷⁵, enunciando os deveres fundamentais dos administradores.

⁷⁴ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades*, cit., pp. 474, ss. também distingue a relevância de uma influência positiva e de uma influência negativa, para efeitos de apreciação da existência de uma relação de domínio. Concluindo, por princípio, que só uma influência positiva configurará uma *influência dominante*, o Autor não deixa, porém, de admitir (pp. 480-481) situações em que uma influência negativa possa «colocar em xeque a própria sobrevivência económica» da sociedade participada, dando como exemplo a situação em que for vedada «a reconversão empresarial da sociedade participada ou a reorganização da sua actividade económica, tornada indispensável em face de alterações profundas da procura ou do mercado (v.g. o bem produzido pela empresa deixou de ser procurado, o serviço fornecido por ela tornou-se obsoleto)».

⁷⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais», cit., p. 19.

A imposição de tais deveres aos bancos credores deve, naturalmente, confinar-se aos momentos em que eles determinem, nos termos que acabámos de ver, decisões da administração da sociedade, que é quando se manifesta o seu poder e a sua qualidade de *insider*. É o exercício do seu poder que exige correlativamente a imposição desses deveres. Fora desse contexto, ainda que nas relações com a sociedade devedora, será portanto, descabido considerar a sua sujeição a deveres de cuidado e de lealdade.

O art. 64.º, 1, a) dispõe que os administradores devem observar *deveres de cuidado*, «revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado»⁷⁶.

A previsão legal do dever de cuidado compreende, como se vê, um elenco de manifestações desse dever⁷⁷. Coutinho de Abreu prefere, porém, concretizar o dever de cuidado, nos seguintes deveres⁷⁸: i) dever de controlo, consistente na obrigação de se prestar «atenção à evolução económico-financeira da sociedade e ao desempenho de quem gere (administradores e outros sujeitos, designadamente trabalhadores de direcção)», para o que relevará a «disponibilidade» e o «conhecimento da actividade da sociedade», referidos no artigo 64.º, 1, a); ii) dever (procedimental) de «preparar adequadamente as decisões», que impõe a recolha e o tratamento da «informação razoavelmente disponível em que assentará a decisão»⁷⁹; iii) dever de «tomar decisões (substancialmente) razoáveis», relevando aqui a «diligência de um gestor *criterioso* e ordenado» e a «competência técnica» mencionadas no art. 64.º, 1, a).

Só os últimos dois deveres (de tomar decisões procedimentalmente e substancialmente razoáveis) é que terão pertinência para a actuação dos

⁷⁶ Numa formulação proposta por J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de Cuidado e de Lealdade», *cit.*, p.19, «os administradores hão-de aplicar nas actividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias».

⁷⁷ Que, segundo, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. 2, Outubro de 2009, p. 63, não configuram deveres autónomos, mas antes a explicitação do modo de cumprimento do dever de cuidado.

⁷⁸ Mais detalhadamente, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, *cit.*, pp. 19 ss, mas também «Deveres de Cuidado e de Lealdade», *cit.* pp. 20 ss. e «Corporate Governance em Portugal», *cit.*, pp. 30 ss.

⁷⁹ Também aludindo a uma obrigação de preparar cautelosamente as decisões e à obtenção de informação suficiente para tomar decisões, respectivamente, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», *cit.*, p. 63, e PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 91.

credores bancários, cuja influência se exprime precisamente na tomada de decisões e só aí, como referimos, se justificar a imposição dos deveres gerais de administração. Quanto à primeira concretização do dever de cuidado, os bancos, conseguem, de facto, um controlo bastante apertado, nomeadamente, da «evolução económico-financeira da sociedade», mas não deve isso configurar uma obrigação. Sem prejuízo, porém, de o controlo e a informação de que dispõem poderem ter relevância na apreciação concreta do cumprimento dos outros dois deveres.

Assim, face ao poder de determinação de decisões de gestão de que dispõem, fará sentido que os bancos estejam obrigados a fazê-lo de forma procedimental e substancialmente correcta.

Por um lado, se o banco impuser uma decisão ao órgão de administração sem a tomar com um mínimo de informação e análise, seja sobre a situação da empresa, seja sobre a proposta ou o negócio concretos que estiver a negar, estará a violar o dever de cuidado, por não estar a proceder com a diligência necessária.

Por outro lado, se a decisão imposta pelo banco for tomada sem critério e se revelar, por exemplo, face à evolução da empresa ou do mercado, substancialmente irrazoável, nomeadamente pela evidência da sua perniciosidade para a sociedade (e mesmo para a salvaguarda do seu próprio crédito, apesar de tomada ao abrigo de cláusulas estipuladas precisamente com o objectivo oposto) estará também a violar o dever de cuidado⁸⁰.

A diligência exigida no cumprimento destes deveres, variará segundo as circunstâncias, ao abrigo da flexibilidade da expressão legal dos deveres de cuidado, estando mais próxima, por exemplo, da exigida a um administrador não executivo, com um papel de monitorização, do que da exigida a um administrador executivo, devendo, no entanto, ser considerado o vasto e frequente acesso a informação da sociedade.

O art. 64.º, 1, b), por seu lado, dispõe que os administradores devem observar *deveres de lealdade*, «no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros

⁸⁰ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p.22 explica que, atendendo à «discricionariedade empresarial», «o administrador não viola o dever de tomar decisões razoáveis se escolhe, não a melhor solução, mas uma das soluções compatíveis com o interesse da sociedade». Em sentido praticamente idêntico, concluía PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas*, cit., p. 93, que «a ilicitude tende a restringir-se a situações de dolo ou de negligência grosseira». Referimo-nos no texto, portanto, aos casos em que o prejuízo daquela decisão seja tão evidente, que não caiba no âmbito da «discricionariedade empresarial», ou seja, no conjunto das decisões razoáveis.

sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores».

Já referimos a discussão em torno do significado do «interesse social» aqui plasmado, parecendo claro que o interesse da sociedade prevalece sobre o dos sócios e que esta redacção encerra um conceito de interesse social moderadamente institucionalista, ao considerar (num plano subordinado) os interesses de outros *stakeholders*.

Por seu lado, Ana Perestrelo de Oliveira sugere uma sujeição genérica dos credores controladores a deveres de lealdade, nos mesmos termos que os sócios e, no ordenamento norte-americano, Jeffrey John Hass defendeu a sujeição de credores a deveres fiduciários análogos aos do sócio controlador, em certas circunstâncias⁸¹.

Surge então a questão de saber a quem será devida lealdade por parte dos bancos credores, ou seja, quais os interesses que estes podem e devem considerar, nas decisões de gestão que tomem⁸². É que a lealdade exigida aos sócios poderá não coincidir com a exigida aos administradores.

Com efeito, a propósito da discussão doutrinária do conceito, Coutinho de Abreu afirma não ser possível uma noção unitária de interesse social, sendo que, nas relações dos sócios com a sociedade, será válida uma noção de pendor mais contratualista, enquanto interesse comum dos sócios enquanto tais. Já o interesse social a prosseguir pelos administradores é temperado por um institucionalismo, presente nas referências a outros interesses do art. 64.º, 1, b) ⁸³.

Essa distinção parece-nos fazer sentido em resultado da diferente posição de uns e outros. O dever de lealdade dos sócios perante a sociedade terá um conteúdo mais negativo: os sócios têm o direito de defender o seu interesse, mas dentro dos limites do interesse social⁸⁴; têm o dever de

⁸¹ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, «Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?», *cit.*, p. 123; JEFFREY JOHN HASS, «An insight into lender liability: an argument for treating controlling creditors as controlling shareholders», *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 135, n. 5, Jun 1987, pp. 1321-1363.

⁸² A relevância dos interesses a prosseguir pelos credores controladores é notada por DOUGLAS G. BAIRD & ROBERT K. RASMUSSEN, «Private Debt and the Missing Lever of Corporate Governance», *cit.*, p. 1243: «creditors' self-interest must lead them to exercise control in a way that maximizes the value of the business. Levers of power can do bad as well as good, and there is little reason to think that creditors with control rights will advance anyone else's interest except to the extent it advances their own».

⁸³ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de Cuidado e de Lealdade», *cit.*, pp. 33-35; (equivalente a *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011, p. 293 ss).

⁸⁴ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de Cuidado e de Lealdade», *cit.*, p. 22 (nota 13);

não agir de modo incompatível com o interesse social⁸⁵, nomeadamente, o dever, como vimos a propósito do sócio controlador, de não usar a sua posição para determinar a gestão societária, muito menos em seu proveito e em detrimento do interesse social (comum a todos os sócios enquanto tais).

Ao invés, o dever de lealdade dos administradores será o «dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se portanto de promover o seu próprio interesse ou interesses alheios»⁸⁶. São aqui identificáveis, portanto, uma dimensão positiva e uma dimensão negativa do dever⁸⁷. Ou seja, aos administradores, por disporem dos poderes necessários para o efeito (poderes-função), exigir-se-á uma conduta positiva no cumprimento do dever de lealdade, de prossecução do interesse social⁸⁸.

Pois bem, a posição dos credores bancários, que lhes permite determinar, ainda que negativamente, a gestão da sociedade é mais semelhante à posição dos administradores do que à dos sócios, pelo que fará sentido a sujeição, no âmbito do exercício da sua influência na administração, a um dever de lealdade de conteúdo mais próximo daquele que vincula os administradores do que daquele que obriga os sócios. Isto é, o interesse social que não-de respeitar será um mais de acordo com o art. 64.º, 1, b), pontuado por institucionalismo, e não um contratualista, da comunidade dos sócios.

A sujeição ao art. 64.º, 1, b) e a consequente ponderação dos seus próprios interesses, pode ser assim concretizada: *i)* os bancos deverão ter em conta o interesse da sociedade na medida em que seja comum a todos (o que ocorrerá na maioria dos casos: a todos interessa a sustentabilidade da empresa); *ii)* não deverão ser obrigados, naturalmente, a prosseguir um interesse social puramente contratualista e tomar aquelas decisões que beneficiem os sócios em detrimento dos seus próprios interesses, sobretudo em cenários de crise da empresa, em que os conflitos de interesses se agudizam (*v.g.* distribuição de bens, investimentos de maior risco, que é

⁸⁵ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Corporate Governance em Portugal», *cit.*, p. 34-35; (equivalente a *Curso de Direito Comercial, cit.*, p. 312).

⁸⁶ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades, cit.*, p. 25.

⁸⁷ PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 90; semelhantemente, PAULO CÂMARA, «O Governo das Sociedades e os Deveres Fiduciários dos Administradores», *cit.*, p. 173.

⁸⁸ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de Cuidado e de Lealdade», *cit.*, p. 22 (nota 13).

suportado pelos credores); *iii*) os bancos apenas não deverão sobrepor os seus interesses aos da sociedade⁸⁹.

4.4. Outros mecanismos de tutela face à influência dos bancos

Importa ponderar, fora do direito das sociedades, outros mecanismos alternativos e complementares de tutela da sociedade face à conduta dos bancos.

Consideremos, em primeiro lugar, a responsabilidade civil extracontratual por factos ilícitos, prevista no art. 483.º do Código Civil. Coloca-se a questão de saber se os bancos poderão, pelo exercício de influência sobre a administração da sociedade mutuária, estar a agir ilicitamente, por violar alguma norma destinada a proteger interesses alheios.

Cabe, então, considerar os arts. 74.º e 75.º do RGICSF.

Neste diploma, são estabelecidas regras de conduta para os bancos no exercício da sua actividade, dispondo o art. 74.º, sob a epígrafe «outros deveres de conduta», que «os administradores e os empregados das instituições de crédito devem proceder, tanto nas relações com os clientes como nas relações com outras instituições, com diligência, neutralidade, lealdade e discrição e respeito consciencioso dos interesses que lhes estão confiados».

O art. 75.º, depois, vem precisar o critério de diligência, especificando que «os membros dos órgãos de administração das instituições de crédito, bem como as pessoas que nelas exerçam cargos de direcção, gerência, chefia ou similares, devem proceder nas suas funções com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, de acordo com o princípio da repartição de riscos e da segurança das aplicações e ter em conta o interesse dos depositantes, dos investidores, dos demais credores e de todos os clientes em geral».

Para averiguar se a conduta dos bancos pode gerar responsabilidade nesta variante da ilicitude (violação de disposição legal destinada a proteger interesses alheios) importa verificar o preenchimento de três requisitos⁹⁰: *i*) que à lesão dos interesses do particular corresponda a violação

⁸⁹ JEFFREY JOHN HASS, «An insight into lender liability: an argument for treating controlling creditors as controlling shareholders», *cit.*, pp. 1355-1356 sublinha que o credor não pode usar o seu controlo para seu proveito em detrimento dos accionistas e outros credores: «any control exerted over the board must work for the corporation's best interests and not solely for those of the controlling creditor».

⁹⁰ JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral, cit.*, pp. 539-542.

de uma norma legal; ii) que a tutela dos interesses particulares figure, de facto, entre os fins da norma violada; iii) que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar.

Quanto ao primeiro ponto, parece possível que a sociedade devedora sofra danos provocados por uma influência na sua gestão por parte de um banco, por ter sido exercida sem a diligência adequada ou sem a consideração pelo seu interesse, mormente, pela sua sustentabilidade, a que estes artigos obrigam.

Quanto ao segundo e terceiro requisitos, o seu preenchimento é mais evidente no art. 74.º, que impõe aos administradores deveres «nas relações com os clientes», do que no art. 75.º, cujos deveres são impostos no âmbito do seu exercício de funções nos bancos, apenas fazendo referência aos interesses a ter em conta nessa actuação. Neste segundo preceito, não é claro que o interesse tutelado não seja primordialmente o do banco⁹¹, exigindo-se apenas um equilíbrio, na condução dos seus destinos, com os interesses daqueles sujeitos, para protecção do interesse colectivo do sistema financeiro. Pode ocorrer, de facto, que os interesses desses círculos de pessoas sejam apenas reflexa e indirectamente tutelados pela tutela do interesse do banco ou do interesse geral e indiscriminado.

Em boa verdade, é bastante controvertido que qualquer uma destas normas possa, só por si, gerar responsabilidade para os bancos⁹², mas a sua utilidade não pode ser desconsiderada, caso a caso.

O segundo mecanismo a que fazemos referência, reside no incidente de qualificação da insolvência como culposa, em particular, nos arts. 186.º e 189.º, 2, do CIRE. Estas normas equiparam expressamente os administradores de facto aos de direito para efeitos da determinação dos pressupostos e das consequências da qualificação da insolvência como culposa. Assim, na medida em que um credor bancário possa, em alguns casos

⁹¹ Para SUSANA AZEVEDO DUARTE, «A Responsabilidade dos Credores Fortes na Proximidade da Insolvência da Empresa: A Celebração de Acordos Extrajudiciais e a Tutela dos Credores Fracos», *Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais* (coord.: Maria de Fátima Ribeiro), Coimbra, Almedina, 2013, pp. 208-210, não está em causa apenas o interesse exclusivo do banco e estes deveres não respeitam apenas às suas relações internas.

⁹² *Idem, ibidem*, mais especificamente no art. 75.º do RGICSF, reconhece nestes preceitos normas de protecção, sublinhando, porém, a importância de confinar a operatividade da responsabilidade civil com base nestas normas a condutas particularmente graves; no mesmo sentido, AUGUSTO DE ATHAYDE, *Curso de Direito Bancário*, Vol. I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 390-391. Em sentido contrário, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, p. 321, argumentando que a natureza vaga e imprecisa destas normas, que considera programáticas, não permite a responsabilização dos bancos pela sua violação.

limite, como se viu, preencher os requisitos de identificação do administrador de facto, tais normas poderão consubstanciar uma tutela complementar, não apenas dos restantes credores, mas também, em certa medida, da sociedade insolvente, face a uma actuação danosa por parte dos bancos.

O art. 186.º, 2, do CIRE estabelece que a insolvência de uma empresa deve ser considerada culposa quando tenha sido criada ou agravada com dolo ou negligência de administradores de direito ou de facto, enumerando diversos comportamentos que fazem presumir de forma inilidível a sua qualificação como culposa.

Algumas das condutas dos bancos credores poderão caber em alguma das alíneas deste preceito, configurando, nomeadamente, um exercício de actividade em proveito pessoal e prejuízo da empresa (alínea e)) ou a prossecução, no seu interesse pessoal, de uma exploração deficitária, sabendo ou devendo saber que tal resultaria numa situação de insolvência (alínea g)).

Como consequência, o art. 189.º, 2, do CIRE determina, depois, quais as sanções aplicadas às pessoas afectadas pela qualificação, referindo novamente os administradores de facto.

Destacamos aqui a perda de quaisquer créditos detidos sobre a insolvente (art. 189.º, 2, d), do CIRE), traduzindo uma situação de confisco-sanção⁹³. Para além de favorecer a posição dos restantes credores, esta sanção não deixa de ter uma dimensão protectora e compensatória da própria sociedade insolvente, na medida em que, por exemplo, a sua recuperação seja viabilizada através de um plano de insolvência.

Sublinhe-se, porém, que este mecanismo de tutela é menos amplo, pois opera apenas no âmbito de um processo de insolvência e limitado a condutas com dolo ou culpa grave, que criem ou agravem situações de insolvência, e nos três anos anteriores ao início do processo.

4.5. *Covenants* e responsabilidade dos bancos

Cabe agora considerar os *covenants* atrás analisados e averiguar de que forma podem configurar ou propiciar decisões ilícitas e danosas sobre a administração, por parte dos bancos e, assim, reunidos os restantes pressupostos da responsabilidade civil, gerar responsabilidade.

Nem todos os *covenants* influenciam a administração da mesma forma. Não se vislumbra como as cláusulas de *pari passu*, *negative pledge* e *cross*

⁹³ LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 281.

-default possam configurar decisões de administração ou condutas que provoquem ilicitamente danos à sociedade. O mesmo se diga quanto aos **covenants financeiros**. Embora possam condicionar a actuação do órgão de administração, muito dificilmente será defensável que a sua estipulação é *a priori* ilícita e causa adequada de, por exemplo, uma situação de insolvência.

Vejamos então as cláusulas que conferem aos bancos poderes decisórios sobre matérias de administração.

Ao abrigo de cláusulas com **restrições ao investimento**, imaginemos que o banco veta uma qualquer aplicação financeira, que se revela depois muito rentável e que permitiria aliviar substancialmente as dificuldades financeiras da sociedade, que sofre assim danos na forma de lucros cessantes. Não será defensável que esta decisão possa configurar um facto ilícito à luz do art. 64.º, 1, do CSC e gerar responsabilidade. A incerteza e risco inerentes a este tipo de investimentos nunca permitirá afirmar com segurança que a sua não realização está a impedir um encaixe elevado e que por isso é uma decisão substancialmente irrazoável. Uma decisão destas nunca extravasará a «discricionariedade empresarial».

Mas imaginemos, por outro lado, que o banco impede a aquisição de um *software* ou de equipamentos mais modernos, indispensáveis para a empresa se manter competitiva. Noutro exemplo, uma empresa ganha a concessão da prestação de um serviço público, garantindo a obtenção de largas receitas durante 10 anos, mas o banco impede a aquisição dos equipamentos necessários à prestação do serviço. Imagine-se que não existe qualquer razão objectiva que justifique estas posições e que o banco toma estas decisões sem qualquer análise do investimento em causa, nem apreciação da conjuntura externa ou da situação financeira da sociedade, ou que até toma uma decisão informada, mas sem qualquer justificação lógica. Já será defensável que a decisão do banco possa configurar um facto ilícito, em violação do art. 64.º, 1, a), culposo e causador de danos, cuja gravidade poderá até comprometer a subsistência da empresa.

Consideremos agora as **restrições ao financiamento**. Imaginemos que o banco impede que uma empresa, cuja enorme facturação anual afasta preocupações sobre a sua viabilidade, recorra a financiamento, comprometendo com isso a capacidade da empresa fazer face às suas obrigações de curto prazo ou a uma qualquer despesa extraordinária e assim precipitando a empresa numa situação de insolvência. Noutro exemplo, mais concreto, imagine-se que uma empresa de construção naval em dificuldades tem celebrado um contrato com uma encomenda de enorme valor, mas não tem disponibilidade financeira para adquirir as matérias-primas necessárias para a construção dos navios e o banco impede a contratação,

já acertada, de um financiamento para esse efeito com uma outra instituição de crédito. Também aqui parece defensável que uma decisão destas seja ilícita, por se afigurar, nestas circunstâncias concretas, manifestamente irrazoável, ou que seja tomada com base numa inexistente ou deficiente análise da situação comercial e financeira da empresa, em violação de deveres de cuidado, e provocando assim danos, na forma de lucros cessantes, que precipitam o seu encerramento.

Também as cláusulas que restringem as **disposições de activos** vedam inúmeros negócios ou sujeitam-nos à aprovação dos bancos. Imagine-mos que uma sociedade recebe uma proposta de compra, em condições extraordinariamente vantajosas, de um edifício ou de um terreno, que não sejam fundamentais ou sequer afectos à sua actividade, o que permitiria sanar a sua situação financeira. O banco impede a venda, sem considerar o mérito do negócio, nem a situação financeira da sociedade. Neste contexto, a decisão do banco violará o art. 64.º, 1, a) e os deveres de tomar decisões procedimental e substancialmente correctas.

Consideremos algumas situações proporcionadas por cláusulas que visam impedir **alterações fundamentais**: uma sociedade pretende encerrar um ou mais estabelecimentos de exploração deficitária; uma sociedade que produz e distribui um produto, pretende deixar de fazer a distribuição que lhe é muito dispendiosa e passar a recorrer a terceiros, com muito menor custo, realocando os recursos à actividade rentável da produção. Imagine-se que a tomada destas decisões é essencial para aliviar a asfixia que tais estabelecimentos/actividades provocam nas finanças da empresa. O banco veda-lhes estas medidas ao abrigo da proibição da redução da actividade da empresa (e também da disposição de activos) e de reorganização empresarial. A decisão é tomada sem qualquer análise das circunstâncias ou sem justificação, violando deveres de cuidado, ou até com o mero intuito de preservar os activos, afectos a essas actividades, para garantir, pelo menos parcialmente, o seu crédito, ainda que tal precipite uma situação de insolvência, violando deveres de lealdade. Nestas situações, porém, será mais difícil defender a irrazoabilidade da decisão, falhando o requisito da ilicitude, ou que a decisão, sendo razoável, mas tomada sem qualquer informação ou sem consideração pelo interesse da sociedade, seja causa adequada de uma eventual situação de insolvência, falhando o requisito do nexo de causalidade.

Como se vê, nem todos os *covenants* restringem a gestão da mesma forma e, dentro dos que possibilitam uma influência mais directa, nem todos são susceptíveis de gerar responsabilidade para os bancos credores. Em todos os exemplos que vimos, a riqueza das situações concretas pode oferecer circunstâncias que agravarão ou atenuarão a ilicitude das decisões

dos bancos e que estreitarão ou alargarão o nexo de causalidade entre elas e os danos sofridos pela sociedade. Mas concebe-se a responsabilização dos bancos por decisões tomadas ao abrigo, particularmente, de cláusulas com restrições ao investimento, ao financiamento e à disposição de activos.

5. Conclusão

Vimos como os credores bancários exercem influência na administração das sociedades comerciais, através da inclusão dos *covenants* nos contratos de financiamento, chegando o seu poder a ser, por vezes, tão ou mais extenso e intenso quanto o de outros actores no quadro societário.

Vimos como é que a lei regula situações de influência sobre a administração, à luz dos princípios fundamentais da organização e funcionamento societário, em concreto, a *indelegabilidade e inalienabilidade das competências do órgão de administração*, a *intangibilidade do interesse social* e a *correlação entre poder e responsabilidade*, evidenciando a necessidade de dar enquadramento legal ao exercício de influência dos bancos.

Reconhecemos no art. 80.º do CSC alcance suficiente para disciplinar a actuação dos bancos credores, sendo fundamental, porém, delimitar cautelosamente a sua sujeição às normas de responsabilidade dos administradores, nomeadamente aos deveres gerais de administração, do art. 64.º, 1, do CSC.

Outros mecanismos de tutela residem na possibilidade, não isenta de dúvidas, de responsabilização dos bancos, perante a sociedade mutuária, com base na identificação de normas de protecção dos interesses desta nos arts. 74.º e 75.º do RGICSE, cuja violação possa gerar responsabilidade por via do art. 483.º, 1 do CC; e nas sanções previstas para os administradores de facto, em caso de insolvência culposa, no art. 189.º, 2 do CIRE.

Apesar de estarmos quase sempre perante determinações negativas, tal não impede que se concebam algumas situações-limite em que decisões dos bancos possam surgir como ilícitas e causadora de danos à sociedade.

Estamos cientes da sensibilidade que a questão da responsabilização dos credores bancários encerra e não defendemos, por princípio, nem a ilicitude destas cláusulas, tendo em conta, nomeadamente, as vantagens económicas da sua construção, nem uma acentuação particular da responsabilização dos bancos credores, cujos efeitos poderiam revelar-se nefastos⁹⁴. No entanto, se a responsabilização de administradores perante a

⁹⁴ SUSANA AZEVEDO DUARTE, «A Responsabilidade dos Credores Fortes na Proximidade da Insolvência da Empresa: A Celebração de Acordos Extrajudiciais e a Tutela dos Credores

sociedade já não é de verificação propriamente fácil, a simples colocação da hipótese de responsabilização dos credores bancários também não representa para eles um grande sinal de risco, dado que, como vimos, a própria forma como estipulam o seu controlo reduz à partida o conjunto de situações em que estes podem, através da sua actuação, violar deveres legais e causar danos à sociedade, tornando também a sua demonstração mais difícil.

O que fazemos é, desde logo, chamar a atenção, por um lado, para a frequência, e por outro, para a intensidade do poder de influência dos bancos, ponderando uma cuidadosa responsabilização em determinadas situações-limite, que ofendam mais violentamente os princípios fundamentais do direito societário.

Fracos», *cit.*, p. 201 assinala que «uma excessiva responsabilização das instituições de crédito poderia paralisar o mercado(...)».

Textos para publicação

A Revista aceita a apresentação de textos inéditos para publicação, sujeita a parecer favorável da Comissão de Redação e à disponibilidade de espaço.

Cada texto não deverá exceder 75.000 caracteres (contando espaços e incluindo notas de rodapé) e deverá observar as seguintes regras gráficas:

- Nomes de autores referidos em texto: em caracteres normais
- Nomes de autores referidos em notas: em maiúsculas pequenas
- Títulos de livros (monografias e obras coletivas): em itálico
- Títulos de textos inseridos em revistas e em obras coletivas: entre aspas, em caracteres normais
- Nomes das revistas: em itálico
- Sinal de aspas primacialmente usado: « » (as chamadas aspas francesas ou baixas)
- Ausência de espaço entre uma palavra e um sinal de pontuação
- Uso das abreviaturas adotadas pela Revista (v. lista inserida nas primeiras páginas)
- Os textos deverão ser enviados por correio eletrónico para *dsr@almedina.net* ou por via postal para:

DSR – Direito das Sociedades em Revista
Secretariado da Redação
Edições Almedina, SA
Rui Dias
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80
3000-167 Coimbra

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME

MORADA

CÓD. POSTAL

 -

 LOCALIDADE

TELEFONE

 N.º CONTRIBUINTE

PROFISSÃO

EMAIL

2 NÚMEROS AVULSO **€40**

ASSINATURA (2 NÚMEROS/ANO) **€35** (DESCONTO DE **12,5%**)
 COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLuíDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA

DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA (2 NÚMEROS) DO ANO

_____ DATA

 -

 -

ASSINATURA

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
 ASSINATURA DA REVISTA DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA – JOAQUIM MACHADO, S.A.,
 Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
 Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net

