

DIREITO DAS SOCIEDADES *em Revista*

DOUTRINA

O Código Comercial de 1833

Rui Pinto Duarte

Os tetos estatutários de voto: breve nótula

José Engrácia Antunes

(Uma nota sobre) a responsabilidade contraordenacional das sociedades comerciais insolventes

Alexandre Soveral Martins

A evolução, no direito alemão, do regime de dissolução (*não necessariamente total*) das sociedades em nome colectivo por iniciativa de algum dos seus sócios

Manuel Nogueira Serens

Responsabilidade tributária dos administradores de empresas em contexto de insolvência – reflexões

Catarina Serra

A participação (real) no capital social de uma SA pelos seus trabalhadores e membros executivos do órgão de administração: formas da sua concretização à luz do CSC

Elda Marques

Proposta de novas penas acessórias inseridas no Anteprojeto do Código Penal de Macau respeitante à responsabilidade penal das pessoas coletivas: diálogo entre o direito das sociedades comerciais e o direito penal

Hugo Luz dos Santos

As *empresas sociais* e o seu financiamento: as sociedades e os fundos de empreendedorismo social

José Luís Dias Gonçalves

ÍNDICE

- 5 Abreviaturas

DOCTRINA

- 13 O Código Comercial de 1833
Rui Pinto Duarte
- 37 Os tetos estatutários de voto: breve nótula
José Engrácia Antunes
- 49 (Uma nota sobre) a responsabilidade contraordenacional das sociedades comerciais insolventes
Alexandre Soveral Martins
- 57 A evolução, no direito alemão, do regime de dissolução (*não necessariamente total*) das sociedades em nome colectivo por iniciativa de algum dos seus sócios
Manuel Nogueira Serens
- 89 Responsabilidade tributária dos administradores de empresas em contexto de insolvência – reflexões
Catarina Serra
- 117 A participação (real) no capital social de uma SA pelos seus trabalhadores e membros executivos do órgão de administração: formas da sua concretização à luz do CSC
Elda Marques
- 159 Proposta de novas penas acessórias inseridas no Anteprojeto do Código Penal de Macau respeitante à responsabilidade penal das pessoas coletivas: diálogo entre o direito das sociedades comerciais e o direito penal
Hugo Luz dos Santos
- 197 As empresas sociais e o seu financiamento: as sociedades e os fundos de empreendedorismo social
José Luís Dias Gonçalves

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
EIRL	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
GmbHR	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
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique
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
TRLSA	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

 **DOUTRINA**

RESUMO: O presente texto versa o primeiro código comercial português, em especial quanto às suas origens, aos seus conteúdos e às suas características.

Palavras-chave: código comercial; Ferreira Borges; sociedades comerciais.

ABSTRACT: This paper addresses the first Portuguese commercial code, especially in what concerns its origins, contents and characteristics.

Keywords: commercial code; Ferreira Borges; companies.

RUI PINTO DUARTE*

O Código Comercial de 1833*

1. Notas gerais

O Código Comercial de 1833 (adiante, por vezes, «o Código») foi o primeiro código comercial português, mas a sua relevância na história do direito português vai ainda além disso, pois foi o primeiro código português no sentido moderno da palavra: uma lei destinada a inovar (não apenas a compilar), contendo um conjunto de regras organizado «de modo sintético, sistemático e científico»¹. Tiveram de passar muitos anos antes que surgissem em Portugal outros diplomas de alcance afim, designada-

* Advogado

* A oportunidade para este texto surgiu de um convite – que muito agradeço – para escrever uma entrada sobre o tema para uma obra intitulada *Dicionário Crítico da Revolução Liberal Portuguesa, 1820-1834*, coordenada por Rui Ramos, Nuno Gonçalo Monteiro, José Luís Cardoso e Isabel Corrêa da Silva, que será publicada em 2020. A minha resposta a esse convite será uma versão resumida e adaptada do que agora dou a ler.

¹ A noção de código que se formou no século XIX era frequentemente formulada com recurso a tais adjetivos. Na literatura portuguesa, tal noção encontrou expressão emblemática no seguinte trecho de LUIZ DA CUNHA GONÇALVES: «A *codificação*, porém, tem hoje um sentido técnico. Não é a simples *colecções*, *compilações* *incorporações* ou *consolidações* de leis que se pode dar o nome de *código*, que é um corpo jurídico ordenado sintética e sistematicamente, segundo um plano científico, e compreendendo as regras relativas a um certo ramo de direito. O que a codificação faz é reduzir a fórmulas concisas, quasi a máximas jurídicas, o pensamento diluído em uma ou mais leis sobre cada um dos institutos jurídicos abrangidos por um determinado ramo do direito, e bem assim o fruto das investigações científicas; é organizar cientificamente o direito, reduzindo-o a um sistema de princípios da vida social, além de lhe dar a indispensável unidade, que está implícita no sistema.» (*Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. I, Coimbra Editora, 1929, pp. 112 e 113).

mente o primeiro código penal (em 1852) e o primeiro código civil (em 1867)¹.

O Código foi escrito por José Ferreira Borges. O texto tornado lei foi exatamente o que saiu da sua pena, sem qualquer intervenção de outrem. Daí ser muito frequentemente referido como «Código de Ferreira Borges».

Na carta de apresentação do texto do código «A Sua Magestade Imperial O Senhor D. Pedro Duque de Bragança», datada de 8 de junho de 1833 (inserida em várias edições do Código, incluindo na primeira feita na Imprensa Nacional, em 1833), Ferreira Borges sugeriu que à sua obra fosse dado o nome daquele a quem se dirigia, com as seguintes palavras: «A constituição Carolina, o código Fernando, as ordenanças de Luís XIV, o código Napoleon conservão ainda os nomes dos monarcas que os adoptarão, e não é esta das paginas menos nobres, que a historia guardou a seus nomes». Tal não veio a suceder, embora o relatório de um decreto de 17 de dezembro de 1833, que dispôs sobre vários problemas de direito transitório, relativos à aplicação do Código e de diplomas complementares do mesmo, tenha começado com os seguintes dizeres: «Achando-se já publicado o Codigo Commercial Portuguez, que póde com razão denominar-se o Codigo de D. Pedro [...]».

2. O reconhecimento oficial da autoria do Código

A autoria do Código foi reconhecida em vários atos do Estado. Os primeiros desses reconhecimentos oficiais terão sido os que constaram do relatório assinado por José da Silva Carvalho (datado de 18 de setembro de 1833) que precedeu o decreto de aprovação do Código e da carta do Regente (datada do mesmo dia) ao próprio Ferreira Borges, a informá-lo da emissão do decreto e da sua nomeação para «Supremo Magistrado do Commercio, e Juiz Presidente do Tribunal Commercial de segunda instancia»².

¹ Sobre a codificação em Portugal, v. NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português Fontes de Direito*, 6.^a ed., Gulbenkian, pp. 496 e ss., e «Codificação em Portugal», in *Dicionário da História de Portugal* (coord. Joel Serrão), reimpressão, vol. II, Livraria Figueirinhas, 2002, e MÁRIO REIS MARQUES, *O Liberalismo e a Codificação em Portugal Subsídios para o Estudo da Implantação em Portugal do Direito Moderno*, Coimbra, 1987 (separata do volume XXIX do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*), em especial pp. 147 e ss.

² Nos termos do art. 1010 do Código, o presidente do tribunal superior de comércio era o supremo magistrado do comércio. O arts. 1011 e 1014 atribuíam-lhe funções que exce- diam em muito o que hoje cabe ao presidente de um tribunal.

Pouco tempo depois, o Código valeu a Ferreira Borges o privilégio consistente em durante catorze anos ter o exclusivo da sua venda, nos termos de declaração assinada por José da Silva Carvalho, com data de 25 de novembro de 1833, do seguinte teor: «Manda o Duque de Bragança, Regente, em Nome da Rainha, declarar ao Conselheiro José Ferreira Borges, que a venda do Codigo Commercial lhe pertence segundo o §.24 do artigo 145 da Carta Constitucional pelo espaço de quatorze annos nos termos do Alvará de 28 de Abril de 1809 §.6.º; não podendo outrem imprimi-lo, vende-lo, ou importa-lo impresso em paiz estrangeiro durante aquelle tempo, debaixo das penas da Lei» (declaração reproduzida em várias edições do Código, nomeadamente na impressa no Porto, Typographia Commercial Portuense, 1836 – p. 411).

Mais tarde, alguns meses antes da sua morte, a autoria do diploma valeu ainda a Ferreira Borges a concessão de uma pensão (carta de lei de 9 de abril de 1838, cujo artigo único tinha o seguinte teor: «É concedido ao Auctor do Codigo Commercial Portuguez, José Ferreira Borges, a Pensão annual de oitocentos mil réis»).

3. Vigência

O decreto que aprovou o Código teve data de 18 de setembro de 1833. Foi completado por dois outros decretos da mesma data:

- Um, que, nos termos seu art. 2.º, aboliu «[...] toda a Jurisdição Judicial contenciosa, que pelas Leis actuaes pertence ao Tribunal da Junta do Commercio, Agricultura, Fabricas, e Navegação, e bem assim a que pertencia ao Conselho do Almirantado, Juizo de India e Mina, e Ouvidorias da Alfandega»;
- Outro que se compunha das seguintes determinações:

«Art. 1.º Será immediatamente Constituido o Tribunal Commercial de Segunda Instancia, estabelecido no Codigo Commercial Portuguez.

Art. 2.º Serão igualmente constituidos os Juizos Commerciaes de Primeira Instancia nas Cidades de Lisboa e Porto.

Art. 3.º Além dos Juizes Commerciaes de Primeira instancia declarados no Artigo precedente, crear-se-hão para o futuro sucessivamente em outras terras do Reino, e seus Dominios, aquelles que as circumstancias tornarem necessarios.»

O já referido decreto de 17 de dezembro de 1833 cujo relatório crismava o Código como «de D. Pedro» dispôs, como se avançou, sobre vários

problemas de direito transitório, relativos à aplicação do Código e de tais diplomas complementares³.

O início da vigência do Código deu-se em 14 de janeiro de 1834, por força de portaria de 24 mesmo mês, que declarou que «[...] o dito Codigo Commercial se deve considerar em vigor e legitimamente publicado desde o dia quatoze de Janeiro corrente, em que se constituíram nesta Cidade os Tribunaes do Commercio de Primeira e Segunda Instancia [...]».

O fim da vigência do Código deu-se em 31 de dezembro de 1888, por força da Carta de Lei de 28 de junho de 1888 que aprovou o Código Comercial de 1888, determinando que o mesmo vigorasse a partir de 1 de janeiro de 1889, com revogação da generalidade da legislação comercial anterior.

Durante os seus mais de 55 anos de vigência, as matérias reguladas pelo Código foram, porém, objeto de várias leis. No projeto do que veio a ser o Código Comercial de 1888, Veiga Beirão apresentou a seguinte lista das principais: «[...] a modificação do processo para o julgamento de presas, por lei de 28 de janeiro de 1834, a abolição da suprema magistratura do commercio, por decreto de 30 de setembro de 1836, a sujeição de comerciantes não matriculados ao juízo de fallencias, por lei de 2 de julho de 1849, a inclusão em materia commercial de todas as letras da terra, livranças, e bilhetes á ordem, por lei de 27 de julho de 1850, a organização e regulamento das sociedades anonymas, por lei de 22 de junho de 1867, a abolição da relação commercial por decreto de 23 de junho de 1870, a permissão a embarcações estrangeiras do commercio de cabotagem entre certas provincias ultramarinas e os portos portugueses do continente europeu e ilhas adjacentes, por decretos de 30 de julho de 1877, de 21 de outubro de 1880, e de 18 de agosto de 1881, e pela lei de 16 de abril de 1885.»⁴

³ Valendo a pena transcrever as seguintes considerações feitas no relatório que precedeu o diploma acerca da aplicação das leis no tempo: «Esta questão, que desde o tempo dos Jurisconsultos Romanos foi sempre mais ou menos agitada ao momento da publicação de Leis novas, e principalmente de Codigos ou Corpos de Leis, acha-se hoje amplamente discutida por insignes Jurisconsultos modernos, e decidida deste modo. – Em geral, para julgar do effeito retroactivo de uma Lei cumpre attender ao que está consumado, e ao que não está; aos direitos que se acham definitivamente adquiridos, e aos que estão em suspensão. No primeiro caso não tem applicação a Lei nova, é necessário estar pela decisão da Lei antiga; no segundo imperar a Lei nova, e deve applicar-se a sua disposição. Em duas palavras terminam os Sabios Commentadores do Codigo Napoleão =Tudo o que está feito pertence á Lei antiga; tudo o que está por fazer á Lei nova.=».

⁴ *Codigo Commercial Projecto Apresentado à Camara dos Senhores Deputados em Sessão de 17 de Maio de 1887 pelo Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios Ecclesiasticos e de Justiça Francisco Antonio da Veiga Beirão*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1887, p. 4.

Das referidas alterações vale a pena destacar – por ter determinado a livre constituição de «sociedades de responsabilidade limitada» (i.e., de sociedades cujos sócios não respondem pelas obrigações da sociedade) – a lei de 22 de junho de 1867, que, substituindo, na nomenclatura legal, a designação «companhias» pela de «sociedades anónimas», pôs fim ao sistema de autorização casuística que as enquadrava, proclamando, no seu art. 2.º, que as mesmas se constituíam «pela simples vontade dos associados, sem dependência de prévia autorização administrativa e aprovação dos seus estatutos [...]» (regra esta que tinha por exceção, nos termos do parágrafo único do mesmo art. 2.º, «as sociedades que tiverem por fim adquirir bens imóveis, para os conservar no seu domínio e posse mais de dez anos»).

4. Fontes

Ferreira Borges deixou várias indicações sobre as fontes do Código.

No citado escrito de apresentação do texto do trabalho «A Sua Magestade Imperial O Senhor D. Pedro Duque de Bragança», datado de 8 de junho de 1833, escreveu: «Na compilação d’este código tive á vista não só todos os codigos commerciaes, que conheço, isto é, o da Prussia, de Flandres, da França, o projecto do código d’Italia, o código d’Hespanha, e as leis commerciaes da Inglaterra, e o direito da Escocia, mas tambem as ordenanças da Russia e quasi todas as muitas parciaes da Allemanha (graças aos trabalhos de Phoosen e Boucher), além de todas essas collecções maritimas, preciosos monumentos da antiguidade escapados á foice do tempo, e golpes do despotismo.». A descrição não pecará por exagero grande: no seu livro (anterior ao Código) *Jurisprudência do Contracto-Mercantil de Sociedade, segundo a Legislação, e Arestos dos Códigos, e Tribunais das Nações mais Cultas da Europa*, de 1830, Ferreira Borges abona cada uma das proposições com invocações de leis e de textos doutrinários estrangeiros de amplitude semelhante.

No livro (posterior ao Código) *Das Fontes, Especialidade, e Excellencia da Administração Commercial Segundo o Codigo Commercial Portuguez* (Porto, 1835), ao fazer o elogio do seu trabalho, nomeadamente por comparação com o Código Comercial Espanhol de 1829⁵, Ferreira Borges negou

⁵ Sobre este código, com vários ângulos de abordagem, v. CARLOS PETIT, *Historia del Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 2016, *passim*, em especial pp. 315 e ss. Para uma informação sintética acerca do mesmo, v., por exemplo, FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, 2004 (12.ª reimpressão da 4.ª ed., de 1983), pp. 507 e ss.

ter recebido forte influência deste diploma, reconhecendo apenas ter recorrido a ele para aperfeiçoar os preceitos sobre o contrato de comissão: «Para terminarmos a materia deste Appendix nós vamos transcrever a opinião do grande Jurisconsulto *Pardessus* sobre o Codigo Commercial d’Hespanha: e para que possa do discurso de *Pardessus* tirar-se o juizo que elle faria do Codigo Portuguez se a morte o não tivesse já arrebatado, nós declaramos que quando o Codigo do Commercio d’Hespanha nos veio à mão em Londres, nós tínhamos já completa a redacção do nosso Codigo, o que foi para nós uma felicidade, por que se primeiro vissemos o Codigo de Hespanha trepidariamos sobre a ordem que seguimos, e talvez sobre muitas doutrinas à vista d’um Codigo cuja auctoridade devia sernos de grande pezo: assim na auzencia deste Codigo trabalhamos soltos, e só nos servio àcerca das Commissões Commerciaes, em que a esse tempo, era algum tanto mais abundante que o nosso, posto que nós bebemos na mesma fonte a mesma doutrina do Codigo d’Hespanha, isto é, na *Curia Philippica*, e *Labyrinthe del Commercio de Hevia Bolaños*.» (pp. 78 e 79). No entanto, a inspiração na lei espanhola parece ter sido mais forte do que a admitida por Ferreira Borges, como resulta da comparação feita, poucos anos depois, por Gaspar Pereira da Silva de cada artigo do Código com leis estrangeiras⁶.

Uma síntese justa talvez seja a de que as fontes do Código de 1833 foram variadas, tendo a principal sido a do código homólogo da França de 1807, cabendo provavelmente o lugar de segunda fonte estrangeira ao do código comercial da Espanha de 1829.

5. A elaboração do Código

A ideia da elaboração de um código comercial manifestou-se nas cortes constituintes de 1821/1822, no quadro das discussões e iniciativas sobre a renovação legislativa por meio de códigos, e os trabalhos de Ferreira Borges ter-se-ão iniciado nesse tempo. Na ata da sessão de 28 de março de 1821 consta que «o senhor Ferreira Borges leu hum Projeto sobre Direito Maritimo, que se mandou imprimir»⁷ e na da sessão de 6 de julho de

⁶ *Fontes Proximas do Codigo Commercial Portuguez ou Referencia aos Códigos das Nações Civilizadas e ás Obras dos Melhores Jurisconsultos onde se Encontrão Disposições ou Doutrinas Idênticas, ou Similhantes á Legislação do mesmo Codigo*, Porto, 1843 (v., por exemplo, as notas relativas aos artigos 4.º, 6.º, 7.º, 8.º, 10, 12, 13, 15, 24, 26, 28, 29, 30, 31, 32 e 33).

⁷ *Diario das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa*, n.º 44, p. 372.

1821, após o registo das deliberações de constituição de comissões várias, incluindo uma para redigir um código criminal (e «do processo que lhe he respectivo») e outra um código civil (e «do processo que lhe he respectivo») lê-se que «Finalmente se decidiu que o senhor Ferreira Borges continuasse na redacção do Codigo de commercio»⁸.

Em 1823, com data de 14 de fevereiro, foi publicada lei que convidava «[...]qualquer Sabio Portuguez para oferecer um projecto de Codigo Commercial, ou seja separado, ou compreendido no projecto de Codigo Civil», «[...] de maneira que possam ser apresentados ás Cortes na Sessão do primeiro de Dezembro de mil oitocentos e vinte e quatro, ficando este termo improrogavel». O prémio consistiria «[...] em oito contos de reis, pagos pelo Thesouro Publico em mezadas de duzentos mil reis, e em uma medalha do valor de cincoenta mil reis, de que o Author do projecto poderá usar nos dias de festividade nacional, e terá de um lado a figura da Lusitania com os emblemas do Commercio, e do outro a seguinte legenda = Ao Author do Projecto do Codigo do Commercio a Patria =». Havendo dois concorrentes a merecer «a honra do accessit» teriam «[...] ametade do premio pecuniário [...]». Se algum projeto foi então apresentado é discutido⁹, mas a verdade é que a iniciativa não deu lugar a nenhuma lei.

Em data mais próxima da apresentação do projeto do Código, um decreto de 18 de agosto de 1832 criou uma comissão para redigir um código criminal e um código comercial, nos seguintes termos:

«Sendo incompativel com o regimen da Carta Constitucional, e com as luzes do seculo actual aquelle monstruoso Codigo Criminal da Ord do Liv 5.º aonde foram a esmo copiadas as Leis de Caligula, e Néro, e aonde á força de se repetir constantemente =morra de morte natural para sempre = ficam os delictos impunes, ou são conduzidos a graves penas os infelizes, a quem se quer impôr uma pena por acções inteiramente differentes das que figuram no processo. Não existindo igualmente em Portugal um Codigo Commercial, que tracte de decidir com brevidade e justiça as differentes dúvidas que nascem do Commercio, e existindo por outra parte na Europa os melhores modêlos para um e outro Codigo, havendo quem escolha as decisões, e introduza o methodo, precisão, e clareza nas expressões Hei por bem, em Nome da RAINHA, Crear uma Commissão composta de cinco Membros, dos quaes será Presidente o primeiro nomeado, e Secretário o ultimo, para o fim de redigir aquelles dous

⁸ *Diario das Cortes Geraes e Extraordinárias da Nação Portuguesa*, n.º 120, p. 1460.

⁹ V. BARBOSA DE MAGALHÃES, no texto sobre Ferreira Borges, na obra *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX* (dir. José Pinto Loureiro), Conselho Geral da Ordem dos Advogados, 1960, vol. II, pp. 287 a 289.

Códigos, começando pelo primeiro, e fazendo subir á Minha Presença, pela respectiva Secretaria d'Estado, o resultado de seus trabalhos.

Os cinco Membros serão o Conselheiro Joaquim Antonio de Magalhães – Procurador Geral da Corôa – o Doutor Joaquim Antonio de Aguiar, Lente Substituto da Faculdade de Leis na Universidade de Coimbra – o Bacharel João Baptista da Silva Leitão de Almeida Garrett, Official, servindo de Official Maior da Secretaria d'Estado dos Negocios do Reino – o Desembargador da Relação e Casa do Porto Manoel Antonio Vellez Caldeira Castel-Branco – e o Bacharel Felix Pereira de Magalhães, Advogado da mesma Relação.»

A comissão não terá sido prestes a cumprir o seu mandato e Ferreira Borges apresentou o projeto de Código no ano seguinte, datando a carta de apresentação do mesmo, como vimos, de 8 de junho. Uma iniciativa concorrente de Domingos de Almeida Ribeiro foi rejeitada, não tendo tido eco significativo¹⁰.

6. Conteúdos e características

6.1. Áreas de atividade económica visadas pelo Código

No tocante às realidades sociais por ele visadas, o primeiro código comercial português – à semelhança dos demais diplomas de nome análogo – não regulava apenas atividades que na linguagem corrente e na linguagem económica são consideradas comerciais. Sirvam para demonstrar isso:

- A definição de comerciante, que abrangia, além dos negociantes de comissão e dos mercadores de grosso e retalho, os banqueiros, os seguradores, e os fabricantes ou empresários de fábricas (art. 35);
- A definição de mercadores, que abrangia os que faziam fabricar mercadorias (art. 92);
- Os preceitos sobre banqueiros (arts. 87 a 91);
- Os preceitos sobre seguros (arts. 1672 a 1812 – que, embora inseridos no livro sobre o comércio marítimo, também incidiam sobre seguros de outros tipos);
- A regulação do transporte (arts. 170 a 202);
- A regulação da empreitada (arts. 515 a 525);
- A lista de atos comerciais contida nos arts. 204 e 205.

¹⁰ V. BARBOSA DE MAGALHÃES, no seu texto antes citado, p. 289, e LUÍS BIGOTTE CHORÃO, *A Comercialística Portuguesa e o Ensino Universitário do Direito Comercial no Século XIX*, Cosmos, 1998, p. 35.

6.2. Localização no mapa-múndi do Direito

Do ponto de vista da localização no mapa-múndi do Direito dos seus preceitos, o Código caracterizou-se por se ter afastado por excesso do que seria o mero programa de um código comercial, tendo incluído alguns preceitos gerais de direito privado e regulado matérias processuais e de organização judiciária.

No que respeita ao primeiro tipo de extensão, o Código foi condicionado pela inexistência de um código civil, que lhe servisse de ponto de referência, como lugar de regras gerais de direito privado, a que as regras de direito comercial fossem (quase) meras exceções ou especialidades. Isso determinou a inclusão de regras que, caso houvesse um código civil, seriam desnecessárias ou teriam formulação diferente, como, aliás, Ferreira Borges referiu por mais de uma vez.

A primeira terá sido no prefácio (datado de 27 de fevereiro de 1833) do seu *Diccionario Juridico-Commercial*, no qual escreveu:

«Ao tomar a tarefa que empreendemos de compilar um PROJECTO DE CODIGO COMMERCIAL PORTUGUEZ, que temos concluido, apesar de nos empregarmos ha mais de trinta annos no estudo da Jurisprudencia achamos, que mal levariamos ao cabo tão arriscada e difficil empreza, se não fizessesmos de novo e methodicamente um estudo de direito em todas as suas partes, e não só do Direito Commercial como do Civil propriamente dicto, porque mal poderiamos colocar a exceção se não soubessesmos estabelecer a regra. O Diccionario que ora appresentamos é o resultado desse estudo. Já se vê pois que esta obra não será um completo Diccionario de Direito Commercial, porque este somente seria perfeito se cada qual de suas palavras fosse seguida d'um Tractado, e isso nem cabe talvez na vida d'um homem, nem é obra que exista completa em língua alguma das que conhecemos. [...] Nas materias de puro direito civil, e em falta de lei patria expressa preferimos as determinações do *Codigo civil de França*, a mais sabia e preciosa colleccão de direito civil, que conhecemos, e que podia ser com pouquissimas exceções o Codigo geral das nações.»¹¹

A segunda terá ocorrido alguns meses depois, no mencionado escrito de apresentação do texto do código «A Sua Magestade Imperial O Senhor D. Pedro Duque de Bragança», com estas palavras:

«Como o direito commercial é *direito d'exceção*, tornava-se necessário pôr a regra, e dahi a exceção, para evitar o absurdo de legislar exceção a regra

¹¹ Na 2.^a ed., Porto, Typographia de Sebastião José Pereira, 1856, pp. V e VII.

imaginada ou incerta, ou enfim não existente; e para deixar ao mesmo tempo já prompto para o compilador do código civil o fio por onde o nosso código deve necessariamente em harmonia com aquelle atarse, unir-se, e amalgamar-se n'um só e inteiro corpo de legislação.»

Bons exemplos de regras que tenderiam a ser desnecessárias caso o Código tivesse sido precedido de um código civil são as constantes dos três primeiros artigos dedicados à compra e venda (453 a 455), nomeadamente a parte do art. 454 que determinava que «O contracto diz-se perfeito logo que se conveio na cousa e no preço, sem embargo de se não achar entregue a cousa, nem o preço pago». Com palavras claramente inspiradas pelo *Code Civil*¹², ficou consagrada no nosso direito¹³ a regra (que está longe de ser a única solução oferecida pela História e pelo Direito Comparado¹⁴) segundo a qual o acordo de compra e venda determina a transmissão da propriedade, sem necessidade de qualquer outro ato (salvo o disposto quanto aos registos) – regra essa que o Código Civil de 1867 haveria de manter, nos seus arts. 715 e 1549¹⁵.

Quanto ao outro tipo de extensão, o Código pretendeu mesmo ser não apenas um código comercial como um código da organização judiciária

¹² Cujo art. 1583 estabelecia (e estabelece): «Elle [a venda] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. ».

¹³ Sendo de dizer que as Ordenações Filipinas comportavam já a interpretação (defendida, entre outros, por LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, nomeadamente no *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VIII, Coimbra Editora, 1934, p. 346) de dispor no mesmo sentido quando estabeleciam: «Fazendo-se compra e venda de alguma certa cousa por certo preço, depois que o contrato é acordado e firmado pelas partes, não se pode mais alguma delas arrepender sem consentimento da outra. Porque, tanto que o comprador e o vendedor são acordados na compra e venda de alguma certa cousa por certo preço, logo esse contrato é perfeito e acabado, em tanto que dando, ou oferecendo o comprador ao vendedor o dito preço, que seja seu, será ele obrigado de lhe entregar a cousa vendida, se for em seu poder; e se em seu poder não for, pagar-lhe-á todo o interesse, que lhe pertencer, assim por respeito do ganho, como por respeito da perda» (Livro IV, Título II, ortografia atualizada).

¹⁴ V. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 3.ª ed., Princípiã, 2013, pp. 58 e ss.

¹⁵ Do seguinte teor, na grafia da publicação oficial feita em 1867: «Artigo 715.º Nas alienações de cousas certas e determinadas, a transferencia da propriedade opera-se entre os contrahentes, por mero effeito do contracto, sem, dependencia de tradição ou de posse, quer material, quer symbolica, salvo havendo accordo das partes em contrário»; «Artigo 1549.º A cousa comprada pertence ao comprador, desde o momento em que o contracto é celebrado, bem como, desde esse momento, fica o vendedor com direito a haver do comprador o preço estipulado; mas, em relação a terceiro, a venda, sendo bens immobiliarios, só produzirá effeito, desde que for registada nos termos declarados no titulo respetivo.».

em matéria comercial e, em parte, do processo comercial. Isso mesmo foi explicado nos seguintes segmentos do relatório assinado por José da Silva Carvalho (datado de 18 de setembro de 1833) que precedeu o decreto de aprovação do Código:

«Elle contem em particular a Legislação, que respeita á ordem do Processo, e formação do Juízo, abreviada da Legislação Civil actual expurgada dos enredos que a embaraço, e adaptada ao estabelecimento do Jury, guardada a publicidade tão positivamente determinada na Carta Constitucional; [...] Até aqui o Juízo Commercial, ou se achava diversamente dividido, ou confiado a uma Junta, que reunia o Administrativo, e o Judicial, e a um Tribunal, que devendo decidir das mais delicadas Questões de presas, carecia das habilitações, e qualificações essenciaes a seus julgadores. Desde agora o circulo destas matérias concentra-se em um Tribunal, cujo unico attributo é julgar.»

As extensões referidas determinaram que o Código de Ferreira Borges se compusesse de mais preceitos do que os seus precedentes francês e espanhol: 1860 artigos contra 648 e 1219, respetivamente.

6.3. Sistematização

Do ponto de vista da sistematização, o Código seguiu o essencial dos códigos comerciais que o antecederam.

O Código Comercial Francês (de 1807) era dividido em 4 livros intitulados: *Du Commerce en général*, *Du Commerce maritime*, *Des Faillites et des Banqueroutes* e *De La Juridiction Commerciale*.

O Código de Comércio Espanhol (de 1829) era dividido em 5 livros intitulados: *De los Comerciantes y Agentes del Comercio*; *De los Contratos de Comercio en General, sus Formas y Efectos*; *Del Comercio Marítimo*; *De las Quiebras*; *De la Administracion de Justicia en los Negocios de Comercio*. Nessa divisão «de primeiro grau», o diploma espanhol apenas se diferenciava do francês pela inclusão do primeiro livro, que, porém, nada mais era do que a autonomização de algumas matérias que o *Code de Commerce* incluía no seu primeiro livro.

O Código de Ferreira Borges apresentava-se dividido em duas Partes, a primeira intitulada *Do Comércio Terrestre* e a segunda *Do Comércio Marítimo*¹⁶, sendo aquela dividida em três livros denominados «*Das Pessoas do*

¹⁶ Parecendo-me de lembrar as seguintes palavras de M. SALLÉ, comentador das *ordonnances* de Luís XIV: «On peut commercer ou par la voie de la mer, ou par celle de terre. De-là, la division du Commerce, en Terrestre & Maritime» – *L'Esprit des Ordonnances de Louis XIV*, Tome

Comércio», «Das Obrigações Comerciais» e «Das Ações Comerciais», *Organização do Foro Mercantil, e das Quebras*», e esta composta por um livro único.

As influências francesa e espanhola parecem, pois, claras. Vale a pena sublinhar a semelhança com o código espanhol na autonomização de um livro dedicado às «pessoas do comércio» e a originalidade do realce da identidade do direito comercial marítimo.

6.4. Objetivação do âmbito do direito comercial

O Código de 1833 seguiu o movimento, que muitos autores¹⁷ consideraram ter sido iniciado pelo *Code de Commerce*, no sentido de o âmbito do direito comercial e da competência dos tribunais comerciais passarem a determinar-se mais pela natureza dos atos jurídicos em causa do que pela qualidade de comerciantes dos intervenientes, como tinha acontecido nos seus primórdios¹⁸. Entre outros preceitos, manifestou-se isso no título intitulado «Dos Actos Commerciaes, e sua Competencia», o qual compreendia a já referida lista de atos comerciais contida nos arts. 204 e 205, bem como, no artigo seguinte a eles, a determinação: «São da exclu-

Second, A Paris Chez Samsom, M.DCC.LVIII, p. 336 (disponível, por exemplo, em <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k116676m.texteImage>, acedido em 22.1.2019).

¹⁷ Mas não todos, incluindo alguns dos melhores. Por exemplo, GEORGES RIPERT escreveu: «Entre ces deux conceptions [a subjetiva e a objetiva], les rédacteurs du Code n'ont pas pris parti» (*Traité Élémentaire de Droit Commercial*, 3.^a ed., Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1954, p. 5). Atrevendo-me a expressar opinião própria, direi que a objetivação do direito comercial operada pelo *Code de Commerce* foi parcial e destinada sobretudo a resolver questões de competência dos tribunais, como aliás resulta da seguinte passagem dos seus «*Motifs du Livre premier, Titres I à VII*»: «Ainsi, nous n'avons pas pensé qu'il fût nécessaire de dire qu'en France toute personne a droit de faire le commerce; mais bien de fixer le caractère auquel on reconnaît un commerçant, de dire quelles personnes peuvent, et comment elles peuvent le devenir, et nous avons fait un premier titre intitulé *des Commerçans*. Nous avons placé ensuite et immédiatement, pour établir complètement les bases de la juridiction commerciale, quels étaient les actes de commerce. Mais leur nomenclature a été ultérieurement renvoyé au titre de la *Compétence et de la Jurisdiction*».

¹⁸ Sobre a objetivação oitocentista do direito comercial, v. ALFREDO ROCCO, *Princípios de Direito Comercial Parte Geral* (trad. da edição italiana de 1928), Arménio Amado, 1931, pp. 24 e 25, e FRANCESCO GALGANO, «Publico e Privato nella Regolazione dei Rapporti Economici», in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia* (diretto da Francesco Galgano), primeiro volume, Cedam, 1977, e *História do Direito Comercial* (trad. da edição italiana de 1980), Signo, s/d, pp. 84 e ss.

siva competência dos juízes e tribunaes de commercio todas as acçoens e questuens emergentes d'actos de commercio»¹⁹.

6.5. Os «operadores económicos» tidos em vista

Voltando aos conteúdos do Código, merece ser frisado que:

- As pessoas singulares (os comerciantes em nome individual) eram o centro da atenção, sendo as sociedades relegadas para lugar secundário;
- A sociedade em nome coletivo era vista como a «sociedade ordinária», ou seja, constituía o tipo societário vulgar, mais frequente;
- O único tipo de «sociedade de responsabilidade limitada» era o das «companhias», cujo estabelecimento dependia, como já referimos, de autorização casuística do governo (art. 546).

Com efeito, ao regular expressamente as «pessoas do comércio», no seu livro I, o Código só considerava as pessoas singulares. O regime das sociedades constava de um dos títulos do livro dedicado às obrigações comerciais (o XII) – o que seguia os exemplos do código francês e do código espanhol (naquele, o título primeiro do livro primeiro era intitulado «*Des Commerçans*» e só abrangia pessoas singulares; neste, o livro primeiro só abrangia pessoas singulares, sendo a regulação das *compañias mercantiles* objeto do título II do seu livro segundo).

6.6. A regulação das sociedades, em especial

A regulação das sociedades justifica atenção especial, sobretudo por ela revelar como se estava ainda longe dos fulgores do capitalismo.

O Código consagrava a categoria «associações comerciais», na qual englobava companhias, sociedades ordinárias ou em nome coletivo ou com firma, sociedades de capital e indústria, sociedades tácitas, associa-

¹⁹ Na Introdução às suas *Anotações ou Synthese Annotada do Código do Commercio*, Coimbra, Imprensa da Universidade (nova edição, 1874, tomo I, p. XIV), DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL escreveu: «A determinação e precisão dos actos mercantis, e o estabelecimento d'um juízo privativo do commercio são uma das primeiras bases da legislação comercial».

ções em conta de participação e parcerias mercantis, definindo tal categoria genérica e as suas espécies nestes termos:

- «Companhias, sociedades e parcerias mercantis são associações commerciaes inteiramente distintas entre si em direitos e obrigações quer reciprocos dos associados, quer entre estes e terceiros respectivamente (...)» (art. 526);
- «Companhia é uma associação d'accionistas sem firma social, qualificada pela designação do objecto da sua empresa, e administrada por mandatarios temporários, revogaveis, accionistas ou não accionistas, assalariados ou gratuitos» (art. 538);
- «A sociedade em geral é um contracto pelo qual duas ou mais pessoas se unem pondo em commum bens ou industria com o fim de lucrar em todas, ou em algumas das espécies das operações mercantis, e com animo positivo de se obrigar pessoalmente como socios, e voluntariamente» (art. 547);
- «Quando os sócios convencionão commerciar debaixo d'uma firma, que abraça a collecção de seus respectivos nomes, esta sociedade chama-se sociedade ordinaria, ou em nome colectivo ou com firma. Mas desta só podem fazer parte os nomes dos socios, ou alguns, ou um só deles, contanto que a firma contenha a fórmula – *e companhia*²⁰» (art. 548);
- «Diz-se sociedade de capital e industria aquella, que se contrahe por uma parte entre uma ou mais pessoas, que fornecem fundos para uma negociação commercial em geral, ou para alguma operação mercantil em particular: – e por outra parte por um ou mais individuos, que entram na associação com a sua industria somente» (art. 557);
- «Diz-se sociedade tacita aquella, cuja existencia se induz de actos proprios de sociedade, e que regularmente se não costumão fazer sem qualidade social» (art. 565);
- «As associações em conta de participação são verdadeiras sociedades mercantis; e podem definir-se as reuniões, que formão dous ou mais commerciantes, sem firma, para lucro comum e social, trabalhando um, alguns ou todos em seu nome individual somente. Esta sociedade também se denomina momentanea, e anonyma²¹» (art. 571);

²⁰ Itálico no original.

²¹ Frise-se que esta qualificação de «anónima» pouco tem a ver com a do tipo de sociedade assim batizado em 1867, como resulta do que a seguir se escreve, no texto e em nota.

- «Parceria mercantil é em geral toda a associação conjuncta de commerciantes em communhão sem animo de sociedade» (art. 577).

Embora elas só por si sejam ilustrativas, vale a pena fazer algumas notas sobre tais definições.

A primeira para frisar a existência da, posteriormente desaparecida, categoria «associação comercial», que agrupava as espécies companhia, sociedade e parceria.

A segunda para apontar para a parte da definição de sociedade que referia como elemento da mesma o «ânimo positivo de se obrigar pessoalmente como sócios», isto é, a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais²².

A terceira para enfatizar que o tipo de sociedade mais frequente, quase único, era então o da sociedade em nome coletivo – o que, de resto, justificava uma das suas outras designações (sociedade ordinária)²³.

A quarta para sublinhar o uso da palavra «companhia» para designar aquilo que atualmente chamamos «sociedade anónima»²⁴ – expressão esta que, de resto, à época já tinha tomado, em Portugal como em França, o sentido que hoje tem.

A quinta (que é um desenvolvimento da anterior) para recordar que a expressão «sociedade anónima», antes de qualificar as sociedades por ações que são designadas por uma denominação, e não pelos *nomes* dos

²² No verbete «socio» do seu citado *Diccionario Juridico-Commercial*, Ferreira Borges escreveu que «Todo o socio commercial é essencialmente responsavel solidario para com terceiros pelas transacçoens sociaes».

²³ A *ordonnance sur le commerce* de Colbert de 1673 designava-a como *société générale* (v. o art. 1.º do seu título IV). JACQUES SAVARY DES BRUSLONS, no seu *Dictionnaire Universel de Commerce* – publicado postumamente em 1723 pelo seu irmão e colaborador Louis-Philémon (sendo de assinalar que ambos eram filhos do Jacques Savary que escreveu o famosíssimo livro *Le Parfait Négociant* e foi o principal autor material da referida *ordonnance*, por isso, muitas vezes chamada «Código Savary») -, chamava-lhe «société générale & collective ou ordinaire» e definia-a como «celle qui se fait entre deux ou plusieurs Marchands, qui agissent tous également pour les affaires de la Société, & qui font négóce sous leurs noms collectifs, qui sont connus de tout le monde». Até aos finais do século XIX, pelo menos, a sociedade em nome coletivo foi a sociedade por antonomásia [v., por exemplo, JEAN HILAIRE, «Las Sociedades en Nombre Colectivo en la Francia del Siglo XIX», in Carlos Petit (ed.), *Del Ius Mercatorum al Derecho Mercantil*, Marcial Pons, 1997, 1986, pp. 333 e ss., e J. GIRON TENA, *Derecho de Sociedades*, tomo I, *Parte General*, Madrid, edição do autor, 1976, pp. 373 e ss.]

²⁴ O *Code de Commerce* de 1807 usava a expressão «société anonyme». No seu citado livro *Jurisprudencia do Contracto-Mercantil de Sociedade...*, Ferreira Borges utilizou a expressão «sociedade anónima» no seu sentido atual (v. §§ 29 e ss., pp. 33 e ss.), mas no projeto de código deu preferência à designação «companhia».

seus sócios, foi usada, em vários países, para qualificar subtipos de outras espécies de sociedades cujas firmas não revelavam algum ou alguns dos sócios (sendo, pois, nesse sentido que o Código de Ferreira Borges crismava a conta em participação de «anónima»)²⁵.

A sexta para reforçar o destaque dado à já aludida regra (abolida pela lei de 22 de junho de 1867 também atrás referida) segundo a qual a constituição das então chamadas companhias dependia de autorização governamental – de resto, tal como se verificava nos demais países europeus (sendo prototípico o art. 37 do *Code de Commerce* francês de 1807, cuja

²⁵ No seu referido livro sobre as sociedades que precedeu o projeto de código, FERREIRA BORGES, em anotação ao primeiro dos seus parágrafos dedicados à sociedade anónima, escreveu: «Antes deste código [entenda-se, o *Code de Commerce* francês] este nome respeitava a outra casta de sociedade. Segundo JOUSSE ao tit.4. da ORD. de 1673, esta em nada differia da sociedade em participação, A opinião mais san nesse tempo era, que a sociedade anonyma era o *genero* da sociedade em participação e da sociedade em commandita. E verdadeiramente a sociedade em participação é mais anonyma, do que esta de que tractamos. Nós designamos oje esta associação pelo nome COMPANHIA». Convergentemente, na nota ao seu parágrafo sobre a sociedade em participação, acrescentou: «A sociedade em participação, que segundo JOUSSE era no seu tempo qualificada como sociedade anonyma, e sem duvida com muita razão, é aquella que tem logar entre duas pessoas, que convem ter parte n'uma negociação que uma dellas deve fazer em *seu* nome. Ella é sem duvida *anonyma*, por que não tem firma; o seu objecto é variadíssimo; um é o sócio conhecido, que em seu nome faz tudo, e o outro o sócio incógnito» (*Jurisprudencia do Contracto-Mercantil de Sociedade...*, cit., pp. 33, 34 e 39). Ferreira Borges também podia ter citado o já referido *Dictionnaire Universel de Commerce* de JACQUES SAVARY DES BRUSLONS do qual consta o seguinte: «La Société anonyme est celle qui se fait sous aucun nom, mais dont tous les Associés travaillent chacun en leur particulier, sans que le Public soit informé de leur Société; & ils se rendent ensuite compte les uns aux autres des profits & des pertes qu'ils ont faites dans leur négociations. La Société anonyme s'appelle aussi Momentanée, parce que souvent elle ne dure qu'autant de tems qu'il en faut pour acheter & pour partager les marchandises, ou les deniers provenants de la vente qui en a été faite» (verbete *Société*, tomo 3, col. 145); ou então JOSÉ DA SILVA LISBOA, que, no capítulo dos seus *Princípios* dedicado à «sociedade de navio, ou embarcação», escreveu: «As *Sociedades anonymas* são as que não tem nome conhecido, mas que existem realmente em segredo, e mutua confidencia dos Socios, seja por convenção verbal, seja por escritos privados, ou clarezas, que entre si passem reciprocamente para servir-lhes de titulo. Em taes Sociedades os Socios, posto negoceiem, e trabalhem *apparentemente* em separado, e a beneficio particular, com tudo dão-se contas de suas operações a hum tempo ajustado. Chamão-se também as taes Sociedades *momentaneas*, porque de ordinario são de curta duração, e muitas vezes não tem outra mais que a da operação, ou especulação, que a motivou. Taes Sociedades são sempre suspeitas de se dirigirem os contrabandos, e objectos reprovados, e defraudo dos Crédores.» (*Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha...*, Tratado VI, Tom. VI. Part. I e II., Lisboa, Impressão Regia, 1819, p. 17). Sobre o tema, na literatura portuguesa contemporânea, v. MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, *A Monopolização da Concorrência e a (Re-)Emergência da Tutela da Marca*, Almedina, 2007, pp. 43 e ss.

influência sobre a letra do art. 549 do Código de Ferreira Borges é, de resto, notória: «La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Gouvernement, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue...»²⁶.

A sétima para esclarecer que, ao contrário do que se poderia depreender da definição legal da sociedade de capital e indústria, este tipo não correspondia ao das sociedades em comandita, pois eram os sócios capitalistas que tinham obrigações que se estendiam «alem do capital entrado na sociedade» (art. 558) e os sócios de indústria nem podiam contrair em nome da sociedade nem responsabilizavam «o seu patrimonio particular para com os credores della» (art. 560), sendo a sua responsabilidade limitada, desde que não contribuíssem também com «qualquer porção de dinheiro ou cousa estimada» (art. 562). O Código referia-se às sociedades em comandita, mas como modalidade das parcerias mercantis (arts. 580 e 582)²⁷.

²⁶ Regra essa assim justificada nos «*Motifs du Livre premier, Titres I à VII motifs*» do *Code de Commerce*: «Les sociétés anonymes ou par actions ont dû fixer l'attention des rédacteurs du Code. Elles sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises, d'appeler en France les fonds étrangers; d'associer la médiocrité même, et presque la pauvreté aux avantages des grandes spéculations; d'ajouter au crédit public et à la masse circulante dans le commerce. Mais trop souvent des associations mal combinées dans leur origine, ou mal gérées dans leurs opérations, ont compromis la fortune des actionnaires et des administrateurs, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique. Il a donc été reconnu, 1^o. que nulle société de ce genre ne pouvait exister que d'après un acte public, et que l'intervention du Gouvernement était nécessaire pour vérifier d'avance sur quelle base on voulait faire reposer les opérations de la société, et quelles pouvaient en être les conséquences ». Sobre a liberalização da constituição das sociedades anónimas, em obras estrangeiras emblemáticas, v. as páginas clássicas de GEORGES RIPERT, *Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne*, 2.^a ed., Paris, LGDJ, 1951, mormente pp. 56 e ss., e, na literatura mais recente, STEPHEN M. BAINBRIDGE e M. TODD HENDERSEN, *Limited Liability A Legal and Economic Analysis*, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2016, pp. 13 a 15 e 19 e ss.; na literatura portuguesa, v., por exemplo, J. PIRES CARDOSO, *Problemas do Anonimato I Sociedade Anónima Ensaio Económico*, Lisboa, Empresa Nacional de Publicidade, 1943, *passim*, *maxime* pp. 99 e ss.; especificamente sobre a regulação das sociedades por ações no *Code de Commerce*, v., na literatura portuguesa contemporânea, v. PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002 (n.º 62 da coleção *Studia Iuridica* do BFDUC), pp. 57 e ss.

²⁷ Já na sua obra *Jurisprudencia do Contracto-Mercantil de Sociedade, segundo a Legislação, e Arestos dos Códigos, e Tribunaes das Naçoens mais Cultas da Europa* (Londres, 1830), FERREIRA BORGES previa como espécies distintas a sociedade em comandita e a «sociedade de capitães e industria» (v. §§ 23 e ss. e 35 e ss., respetivamente pp. 24 e ss. e 40 e ss.). Sobre o tema, v. BARBOSA DE MAGALHÃES, «Ferreira Borges», na obra *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX* (dir. José Pinto Loureiro), cit., pp. 302 a 304.

6.7. O papel dado aos usos

Apesar de se integrar num movimento político de afirmação da supremacia da lei enquanto fonte de direito, o Código estava longe de expressar a ideia de que os usos seriam por ele tornados irrelevantes. Provas disso são:

- Os arts. 372 e 373, nos quais, ao regular-se o vencimento das letras, se previa que o mesmo pudesse ser a um ou mais usos da vista, esclarecendo-se que tal uso era de 30 dias, a contar da vista ou da data, consoante o saque;
- O art. 642, no qual se estabelecia que, em caso de omissão quer dos estatutos de uma sociedade, quer de preceito legal, o comportamento dos sócios se devia regular «pelos usos e costumes commerciaes e princípios de direito commum fundados na justiça natural»;
- O art. 789, no qual se estabelecia que, na falta de estipulação, a remuneração do comissário seria regulada pelo uso e costume da praça onde fosse exercido o mandato;
- O art. 1698, no qual ao regular-se a ratificação de seguro feito por terceiro, se estabelecia que se, a respeito da mesma, houvesse costume particular da praça da qual as fazendas se expedissem, seria esse costume guardado;
- O art. 1011 no qual, ao regularem-se as competências do supremo magistrado do comércio, se incluía entre elas «conhecer de quaesquer usos e abusos commerciaes, e ouvindo sobre elles todos os tribunaes commerciaes ordinarios firmar por assento no tribunal de commercio da segunda instancia a certeza do uso, ou a abolição do abuso, e communicando o assento tomado a todos os tribunaes de commercio da primeira instancia para respectivamente o fazerem notorio. Sendo porem o uso contra lei expressa, e assentando-se ser preferivel á lei, deverá levar todas as informações e assento tomado ao conhecimento do governo para que a legislatura decida o que melhor convenha».

7. Relevância, méritos e debilidades

O Código de Ferreira Borges teve o mérito de ser o primeiro código português de cunho moderno – ou seja, de obediência às características dos códigos napoleónicos. Não apenas concentrou como renovou as normas do ramo de direito seu objeto, sob influência das leis e das literaturas de

países mais desenvolvidos. Nalguns casos, situou-se mesmo na linha da frente da consagração legislativa de figuras até então só reguladas pelos usos²⁸.

Para se julgar do alcance de tal renovação, há que ter em conta o que eram as leis substituídas pelo Código de Ferreira Borges, quer as leis substantivas, quer as leis judiciais.

O direito comercial português era incipiente: sirva de exemplo ilustrativo não haver regras específicas sobre as sociedades comerciais²⁹ (ao contrário do que acontecia noutros países, mormente em França antes de 1807, por força da *ordonnance sur le commerce* de 1671 de Colbert). Tal incipiência, além do mais, gerava insegurança sobre as regras aplicáveis, atenta, nomeadamente, a possibilidade aberta pela Lei da Boa Razão de recurso às leis estrangeiras para suprir lacunas do direito nacional³⁰. Ao regular pormenorizadamente as matérias comerciais, o Código causou uma alteração profunda.

Diferentemente do sucedido noutros países, em Portugal não se tinha estabilizado uma jurisdição comercial forte³¹. José da Silva Lisboa, no iní-

²⁸ Sirva de exemplo a regulação do cheque – v. PAULO OLAVO CUNHA, *Cheque e Convenção de Cheque*, Almedina, 2009, pp. 26 e 27.

²⁹ Os capítulos [o XXII do tratado V e os VII e VIII da parte primeira do tratado VI] dos *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha...* que José da Silva Lisboa dedica às sociedades mercantis e à «sociedade de navio, ou embarcação» quase não referem leis portuguesas.

³⁰ Possibilidade essa concretizada e desenvolvida (como – invocando Luiz da Cunha Gonçalves – nota MÁRIO REIS MARQUES, *História do Direito Português Medieval e Moderno*, 2.^a ed., Almedina, 2002, pp. 201 e 202) no assento da Casa da Suplicação de 23 de novembro de 1769, que, em sua aplicação, determinou que «[...] a dita Ordenação do Livro terceiro Título cinquenta e nove, não podia, nem pôde ter alguma aplicação aos sobreditos Mercadores, e Homens de Negocio, e que as suas Obrigações, Procurações, e fórmulas dellas, não havendo sido tratadas, reguladas, e decididas pelas Leis deste Reino, se devem sómente regular pelas Leis Maritimas, e Commerciaes da Europa Illuminada, pelo Direito das Gentes, e costumes louvavel e geralmente praticados pelas Nações Comerciantes da mesma Europa, como já expressa, e literalmente está determinado pelo §. 9. da providentissima Lei de 18 de Agosto deste presente anno.» (transcrito em JOSÉ DA SILVA LISBOA, *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha...*, *Tratado IV Das Letras de Cambio*, Lisboa, Impressão Regia, 1819, pp. 102 e 103). Sobre o tratamento do direito subsidiário na Lei da Boa Razão, v. GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, 1975 (separata da *Revista Portuguesa de História*, tomo XIV), pp. 283 e ss. (com referência específica às matérias comerciais nas pp. 294 e 295), e NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português Fontes de Direito*, cit., pp. 466 e ss. e 512 e ss.

³¹ Para uma síntese da evolução da jurisdição comercial portuguesa, v. ISABEL GRAES, *O Poder e a Justiça em Portugal no Século XIX*, AAFDL, 2014, p. 390, e, na literatura mais antiga, o próprio FERREIRA BORGES, no citado livro *Das Fontes, Especialidade, e Excellencia...*, pp. XVI e ss., e DIOGO PEREIRA FORJAZ DE SAMPAIO PIMENTEL, *Anotações ou Synthese Annotada do Codigo do Commercio*, cit., tomo I, pp. XIV e XV, nota 2. Especificamente sobre o tribunal

cio do Tratado VII dos seus *Princípios*, depois de fazer o elogio dos tribunais de comércio, criados pelos «mais iluminados Governos», afirmava que «Entre nós ainda não há propriamente hum Tribunal para conhecer das causas do Commercio» – afirmação que ilustrava com a descrição dos vários foros em que as questões mercantis podiam ser decididas³². O Código tentou pôr fim a esse estado de coisas, organizando o foro comercial (arts. 1004 e ss.), com competência exclusiva para julgar «todas as acçoens e questoens emergentes d’actos de commercio» (art. 206).

Como qualquer alteração legislativa de monta, independentemente dos méritos que tenha, o Código sofreu críticas desde o primeiro dia. O próprio Ferreira Borges deixou memória de algumas no seu livro *Das Fontes, Especialidade, e Excellencia...*³³. As censuras iniciais versaram aspectos que, à distância, não parecem ter interesse significativo para um juízo atual sobre o diploma.

Talvez um dos primeiros julgamentos que continue hoje a merecer atenção, até por provir de um jurista de relevo, tenha sido o de M. A. Coelho da Rocha, que, embora lhe tenha assinalado defeitos que outros depois sublinhariam, fez do Código o seguinte balanço positivo:

«§ 326. Por este tempo, por Decreto de 18 de Setembro de 1833, foi publicado e mandado observar o *Código Commercial*, obra do conselheiro José Ferreira Borges, no qual se acha regulado tudo o que diz respeito ás pessoas, obrigações, organização do foro, e fórma do processo commercial, com uma segunda parte sôbre commercio marítimo. O seu auctor compilou as mais providentes disposições dos Codigos das nações cultas da Europa, os quaes já pela Lei de 18 de Agosto de 1769 tinham sido declarados subsidiarios para supprir a falta de legislação patria n’este objecto. Porém accumulou n’ella definições e principios geraes, que em obra d’esta natureza muito bem se poderiam dispensar. E por isso que foi extrahido de differentes leis, que o compilador confessa ter *copiado com religião*, nota-se em muitos logares d’esteCodigo confusão nas materias, e irregularidade na redacção: em outros a inserção de principios deslocados, e sem uso. Este Codigo proveitoso poderia concorrer para o melhoramento do commercio, se a decadencia geral da nação, e outras causas, o não empecessem.»³⁴

do consulado, v. PEDRO ORTEGO GIL, *Reis e Mercadores O Consulado de Lisboa (1592-1602)*, AAFDL, 2012.

³² *Princípios de Direito Mercantil e Leis de Marinha...*, *Tratado VII Dos Tribunaes, e Causas de Commercio*, Lisboa, Impressão Regia, 1819, pp. 1 e ss.

³³ V., sobretudo, os apêndices III e IV.

³⁴ *Ensaio sobre a Historia do Governo e da Legislação de Portugal para Servir de Introduccão ao Estudo do Direito Patrio*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 3.^a ed., 1851, pp. 240 e 241.

O Código foi, porém, objeto de julgamentos mais severos, durante o século XIX. Sirvam de exemplo os de Diogo Forjaz de Sampaio e de Veiga Beirão.

Aquele fez o seguinte balanço:

«Todavia este alguns defeitos tem. Já não queremos arguil-o do methodo casuistico: o systema contrario seria mais logico, e, ainda que o não pareça, presta-se a menos arbitrariedade. Comtudo o auctor seguiu o que mais geralmente está adoptado. Mas em vez de preceitos succintos e precisos o codigo está recheado de definições e explicações, que tinham melhor cabimento em um compendio. Materias de direito civil encontram-se por alli espalhadas, especialmente no que respeita á theoria das obrigações. A sua dicção e redacção nem sempre offerecem a necessaria clareza; por isso não são raras, entre contradicções apparentes, outras reaes, ou faltas de coherencia de artigos. A digestão, distribuição, ligação e collocação das materias não são em regra boas; frequentes vezes se repetem em artigos e logares differentes os mesmos principios e disposições, e tractam-se em sitios separados doutrinas, que deviam ser desenvolvidas junctamente. Falta-lhe emfim um systema geral de codificação, debaixo do qual se desenvolvesse uniforme o pensamento do auctor. Relevam porém alguns d'estes defeitos as circumstancias particulares do paiz na epocha da sua promulgação. Apenas sahido d'uma crise, que tendo destruido o edificio politico abalou com as novas instituições e leis as leis e instituições antigas, na confusão propria da passagem d'umas para outras idéas sociaes, politicas e economicas, o codigo não podia deixar de usurpar atribuições alheias, porque muitas das pessoas menos lidas nas doutrinas comerciais, em cujas mãos todavia tinha de andar sempre, careciam, para saber a lei em que viviam, de que tudo ahi lhes fosse bem e claramente determinado. Por outro lado é desculpável que o auctor do codigo procurasse supprir até certo ponto a falta do codigo civil, consignando em legislação principios juridicos, apenas ensinados pelos escriptores de direito, colligindo outros espalhados pelo *mare magnum* da legislação portugueza, e, como o direito commercial é lei especial, procurando estabelecer antes d'esta a regra geral.»³⁵

O segundo de tais autores – responsável político pelo código comercial de 1888 – escreveu:

«O direito civil, pois, ficou tratado no nosso codigo commercial, *com mais amplidão do que em nenhum outro codigo commercial se acha tratado*.

O trecho faz parte do suplemento ao texto original que Coelho da Rocha introduziu na segunda edição (de 1843) da sua obra em causa.

³⁵ *Anotações ou Synthese Annotada doCodigo do Commercio*, cit., tomo I, pp. XLVIII e XLIX.

Depressa, porém, se conheceram os inconvenientes d'este amalgame do direito geral com o especial, inconvenientes, que, ao depois, mais se accentuaram com a publicação do código civil.

De facto ficava havendo fundamento para, em muitos casos, previstos, por igual, na legislação comum e na lei particular, vir em duvida qual a disposição a applicar. N'uma especie de simples direito civil deveria recorrer-se ás prescrições anteriores ao código commercial, ou ás, n'este, de novo, incluídas, visto serem posteriores? E, quando se tratasse de uma questão em que se achassem envolvidos interesses privativamente civis e outros commerciaes, qual das leis regularia? Devendo ser as duas, como fazer a delimitação dos termos em que uma ou outra devia reger? As questões levantavam-se, sobretudo e principalmente, com respeito á apreciação e effeitos dos contratos matrimoniaes dos commerciantes, e á classificação dos créditos contra falidos.

A publicação do código civil não melhorou a situação. O proposito de Ferreira Borges de deixar no código de commercio o *fio* por onde este se devia atar com aquelle, ficou prejudicado, como era natural, pelo decurso do tempo, com o progresso de sciencia, e pela mudança de circumstancias, occorridos de 1833 para cá, que fizeram variar o proprio systema adoptado no código commercial. Continuaram, pois, as mesmas duvidas, levantavam-se iguaes questões, aggravadas ainda pela incerteza se o código civil, como lei posterior, revogára, em muitos pontos, o proprio código de commercio.

O resultado da inserção da lei civil na de commercio foi, não só o conflicto de jurisdições, que já é mau, mas o conflicto da legislação, que ainda é peor»³⁶

Mais equilibrado, ainda no mesmo século, parece ter sido o juízo de Eduardo Saldanha, que, repetindo as críticas citadas, lhes antepôs, porém, o seguinte elenco de benefícios:

«a) deu effectividade pratica aos principios da liberdade commercial e industrial, preconizados pela constituição de 1822 e pela carta constitucional de 1826;

b) poz termo ao arbitrio que a applicação da lei de 18 de agosto de 1769 conferia aos juizes na decisão das differentes questões;

c) precisou os direitos e obrigações dos commerciantes;

d) fixou a competência do foro mercantil, pela determinação dos actos de commercio.»³⁷

³⁶ *Codigo Commercial Projecto*, cit., pp. 11 e 12.

³⁷ *Estudos sobre o Direito Commercial Portuguez*, I, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1896, p. CXLIII.

Durante o século XX, apesar de se inspirarem nos anteriores, os balanços, designadamente os feitos por ocasião do seu centenário, foram sendo cada vez mais generosos – como resulta do estudo que Barbosa de Magalhães dedicou a Ferreira Borges e do julgamento que aí fez do Código³⁸. Nos tempos recentes, são de referir as páginas que Menezes Cordeiro dedica ao diploma, que, no essencial, repetem tal julgamento, ainda que com novo enquadramento³⁹.

Em favor do mérito do Código joga decisivamente o facto de com ele Portugal se ter adiantado a muitas nações europeias na codificação do direito comercial, designadamente à Itália (em cujo espaço surgiu em 1842 o código da Sardenha, alargado ao reino unificado em 1865⁴⁰) e à Alemanha (na qual o primeiro código comercial – anterior à unificação política do país – foi publicado em 1861)⁴¹. Isso não significou que a economia portuguesa se adiantasse à de outros países europeus, mas representou um feito no plano jurídico.

³⁸ V. «Ferreira Borges», na obra *Jurisconsultos Portugueses do Século XIX* (dir. José Pinto Loureiro), cit., pp. 276 e ss.

³⁹ *Direito Comercial*, 4.^a ed. (com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro), Almedina, 2016, pp. 95 e ss.

⁴⁰ V., por exemplo, ALFREDO ROCCO, *Princípios de Direito Comercial Parte Geral*, cit., pp. 26 e 27.

⁴¹ V., por exemplo, KARSTEN SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5.^a ed., Carl Heymanns, 1999, pp. 43 e 44.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto uma breve análise da prática consistente na fixação estatutária de limites ao exercício do voto dos acionistas em assembleia geral (“tetos estatutários de voto”), bem como a sua disciplina jurídica (em particular, a prevista no CSC).

Palavras-chave: Sociedade Anónima; Estatutos Sociais; Blindagem Estatutária; Voto; Tetos Estatutários de Voto.

ABSTRACT: This paper aims at a brief analysis of the so-called voting caps, a common practice of the articles of association of corporations, as well as of its legal regulation (in particular, the one provided for by the Companies Act).

Keywords: Corporation; Articles of Association; Voting Rights; Voting Cap.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

Os tetos estatutários de voto: breve nótula

§1 Noção Geral

I. Designa-se genericamente por “*teto de voto*” (“voting cap”, “Höchststimmrecht”, “clause de plafonnement”, “misura massima di voto”, “blindagem de voto”) o mecanismo de blindagem estatutária que, em derrogação do princípio geral da proporcionalidade entre capital e voto, consiste na fixação de limites ao exercício do direito de voto por parte dos acionistas em assembleia geral.¹⁻²

¹ Sobre a figura, vide entre nós ABREU, J. Coutinho, *Art. 384 (Votos)*, in: “Código das Sociedades Comerciais em Comentário”, vol. VI, 124-136, Almedina, Coimbra, 2013; CASTRO, C. Osório, *Participação no Capital das Sociedades Anónimas e Poder de Influência*, in: 36 “Revista de Direito e de Estudos Sociais” (1994), 333-356; CORDEIRO, A. Menezes, *Art. 384 (Votos)*, in: “Código das Sociedades Comerciais Anotado”, 947-950, Almedina, Coimbra, 2009; CORREIA, A. Ferrer/XAVIER, V. Lobo, *As Limitações ao Poder de Voto dos Accionistas e as Acções do Estado e do I.P.E.*, in: 119 “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (1986), 97-101, 132-134, 164-166; EREIO, J. Torres, “One Share, One Vote” – Os Tetos de Voto e as Alterações Introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 20/2016, in: 44 “Actualidad Jurídica Uría Menéndez” (2016), 96-106; MARCELO, P. Lopes, *A Blindagem da Empresa Plurissocietária*, Almedina, Coimbra, 2002; SILVA, V. Pragosa, *Sobre as Alterações Estatutárias nas Sociedades Anónimas: A Questão dos Tectos de Voto*, Diss., Coimbra, 2015.

² Sobre a figura noutros ordenamentos, vide BAUMS, Theodor, *Höchststimmrechte*, in: “Die Aktiengesellschaft” (1990), 221-242; CASTELLS, A. Recalde, *Limitación Estatutária del Derecho de Voto en las Sociedades de Capitales*, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1996; COURET, Alain, *Le Plafonnement du Droit de Vote dans les Sociétés Anonymes*, in: “Droit et Patrimoine” (1993), 49-53; RESCIO, G. Alberto, *Tetti di Voto, Tetti di Partecipazione*, in: 2 “Rivista di Diritto Societario” (2016), 294-331.

II. A figura foi expressamente admitida no direito português, encontrando-se atualmente prevista e regulada no *art. 384.º, n.º 2, b) e n.º 3 do Código das Sociedades Comerciais (CSC)*, nos seguintes termos: “2 – O contrato de sociedade pode: (...) b) Estabelecer que não sejam contados votos acima de certo número, quando emitidos por um só acionista, em nome próprio ou também como representante de outro. 3 – A limitação de votos permitida na alínea b) do número anterior pode ser estabelecida para todas as ações ou apenas para ações de uma ou mais categorias, mas não para acionistas determinados”.

§2 Sentido e Finalidades

I. O direito das sociedades anónimas repousa no princípio fundamental da *proporcionalidade entre capital e voto*, segundo o qual à titularidade de uma ação corresponde a titularidade de um voto (“one share, one vote”): esse princípio encontra-se consagrado entre nós no *art. 384.º, n.º 1 do CSC*, o qual dispõe que “(n)a falta de diferente cláusula contratual, a cada ação corresponde um voto”¹. Ao contrário das sociedades de pessoas, cujo governo assenta numa lógica de funcionamento “*intuitus personae*” e numa regra de *sufrágio democrático* «um sócio – um voto», as sociedades de capitais (de que a sociedade anónima constitui o verdadeiro protótipo legal) apresentam uma característica fisionomia “*intuitus pecuniae*” que gravita em torno de uma regra de *sufrágio censitário* «uma ação (ou fração nominal de quota) – um voto», de acordo com o qual, por conseguinte, é o montante do capital investido na corporação social que decide do peso relativo da voz de cada membro na condução dos respetivos destinos.

II. Este princípio jurídico-societário nodal, todavia, encontra-se hoje sujeito a numerosas *exceções legais e estatutárias*, que podem assim constituir fonte de recorrentes situações de divergência entre capital e voto. Entre as exceções previstas na lei, de natureza imperativa, pense-se, por exemplo, na exclusão do direito de voto em caso de conflito de interesses e de impedimentos de voto (*arts. 29.º, n.º 3, “in fine”, 384.º, n.º 6 do CSC*), na suspensão dos direitos de voto relativos às ações próprias (*art. 324.º, n.º 1, a) do CSC*), na privação do voto relativo às ações não liberadas e em

¹ Sobre este princípio nodal, ANTUNES, J. Engrácia, *Direito das Sociedades*, 8ª edição, 404 e ss., Ed. Autor, Porto, 2018; para uma análise comparatística e empírica, bem como um confronto entre as suas vantagens e desvantagens económicas, vide SHEARMAN & STERLING/ISS/ECGI, *Report on the Proportionality Principle in the European Union*, Brussels, 2007.

mora (art. 384.º, n.º 4 do CSC), ou na inibição do exercício do voto como sanção para ilícitos jurídico-comerciais vários (v.g., art. 105.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, art. 192.º do Código dos Valores Mobiliários, art. 168.º do Regime Geral da Atividade Seguradora e Resseguradora). Mas tais exceções podem ter igualmente a sua origem nos *estatutos sociais*, revestindo então natureza voluntária: por exemplo, assim acontecerá quando tais estatutos prevejam certas categorias especiais de ações privadas de voto (“maxime”, ações preferenciais sem voto: cf. arts. 24.º, 302.º, 341.º e segs. do CSC) ou, inversamente, quando estabeleçam condicionantes positivas ou negativas ao cômputo ou à relevância do direito de voto (art. 391.º, n.º 2 CSC).²

III. Uma dessas exceções de natureza estatutária e voluntária reside justamente na figura dos *tetos ou limitações ao exercício do poder de voto*, cuja admissibilidade foi expressamente consagrada entre nós na citada alínea b) do n.º 2 do art. 384.º do CSC. Semelhante figura – também conhecida e admitida em vários ordenamentos jurídico-societários estrangeiros (“voting cap” nos Estados Unidos da América, “Hochststimmrecht” na Alemanha, “voto limitato ad misura massima” em Itália, “clauses de plafonnement” em França) – teve historicamente subjacente a si o objetivo fundamental de *temperar a fisionomia oligárquica do funcionamento das sociedades anónimas* decorrente do princípio da proporcionalidade capital-voto, permitindo a estas, por via da conformação dos seus estatutos sociais, colocar balizas ao poder maioritário de voto de acionista ou acionistas detentores de participações de capital significativas em homenagem à proteção do acionista minoritário ou do pequeno investidor.³

IV. Este objetivo político-legislativo originário do instituto, todavia, acabou por ser secundado e até suplantado por uma pluralidade de *outras finalidades ou utilizações práticas*. Entre as mais comuns, podem referir-se as

² Para uma panóplia das exceções do primeiro tipo, vide COELHO, E. Lucas, *Direito de Voto dos Accionistas nas Assembleias Gerais das Sociedades Anónimas*, 43 e ss., Rei dos Livros, Lisboa, 1987; para uma indagação das virtualidades ínsitas às últimas, vide CASTRO, C. Osório, *Participação no Capital das Sociedades Anónimas e Poder de Influência*, 333 e ss., in: “Revista de Direito e de Estudos Sociais” (1994), 333-356.

³ Sobre esta “ratio” originária, vide ABREU, J. Coutinho, *Art. 384 (Votos)*, 128, in: “Código das Sociedades Comerciais em Comentário”, vol. VI, 124-136, Almedina, Coimbra, 2013; CORREIA, A. Ferrer/XAVIER, V. Lobo, *As Limitações ao Poder de Voto dos Accionistas e as Acções do Estado e do I.P.E.*, 99, in: 119 “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (1986), 97-101, 132-134, 164-166; SILVA, V. Pragosa, *Sobre as Alterações Estatutárias nas Sociedades Anónimas: A Questão dos Tectos de Voto*, 23, Diss., Coimbra, 2015.

de proteger as sociedades abertas contra ofertas públicas de aquisição hostis (“feindlicher Übernahmen”)⁴, de assegurar a coesão do “núcleo duro” acionista e a manutenção do controlo da sociedade perante a entrada de novos acionistas controladores (“präventiver Konzernschutz”)⁵, ou até de garantir a imunidade ao controlo estrangeiro de sociedades de capitais públicos em reprivatização ou de setores empresariais-chave (“Absicherung öffentlichen Einflusses”).⁶

§3 Origem Histórica. Direito Comparado

I. A figura dos tetos estatutários de voto tem raízes históricas profundas no ordenamento jurídico português, tendo sobrevivido incólume, apesar das vicissitudes de percurso, a mais de um século de evolução legislativa.⁷

II. Com efeito, a versão originária do art. 183.º, § 3 do *Código Comercial de 1888* impunha que nenhum acionista “qualquer que seja o número das suas acções poderá representar mais da décima parte dos votos conferidos por todas as acções emitidas, nem mais de uma quinta parte dos votos que se apurassem na assembleia geral”. Este sistema de imposição legal de uma limitação de voto aos grandes acionistas das sociedades anónimas – que conheceu entretanto exceções em favor do Estado e outras entidades públicas, ao abrigo de legislação especial (Decreto n.º 12 251, de 30 de agosto de 1926) – só viria a ser abandonado quase cem anos mais tarde, não apenas pelas dificuldades que criava para a formação de maiorias estáveis

⁴ CORDEIRO, A. Menezes, *A OPA Estatutária como Defesa contra Tomadas Hostis*, 136, in: 68 “Revista da Ordem dos Advogados” (1998), 133-145; MARCELO, P. Lopes, *A Blindagem da Empresa Plurissocietária*, 39 e ss., Almedina, Coimbra, 2002; SERRA, A. Lapa, *Limitação ao Exercício do Direito de Voto e OPA Obrigatória*, 15 e ss., Diss., Lisboa, 2011.

⁵ CASTELLS, A. Recalde, *Limitación Estatutária del Derecho de Voto en las Sociedades de Capitales*, 85 e ss., Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1996; KROPFF, Bruno, *Konzerneingangskontrolle bei der qualifizierte konzerngebundenen Aktiengesellschaft*, in: “Festschrift für Reinhard Goerdeler”, 259-278, IDW, Düsseldorf, 1987.

⁶ Um exemplo bem conhecido da utilização combinada de um sistema de limitação estatutária do poder de voto e da concessão ao acionista Estado de um regime de isenção em face do mesmo, como forma de permitir a manutenção do controlo público sobre uma sociedade comercial de capitais mistos em processo de reprivatização, é o da empresa alemã “Volkswagen AG” (cf. BAUMS, Theodor, *Höchststimmrechte*, 225, in: “Die Aktiengesellschaft” (1990), 221-242).

⁷ Sobre ela já se pronunciava o VISCONDE DE CARNAXIDE, na sua conhecida obra *Sociedades Anonymas – Estudo Theorico e Pratico de Direito Interno e Comparado*, 356, França Amado Editor, Coimbra, 1913.

nas assembleias gerais e pelo privilégio de voto com que indiretamente assim brindava os pequenos acionistas, mas sobretudo em virtude do seu defraudamento progressivo através do recurso a acionistas de complacência. Nesta sequência, o *Decreto-Lei n.º 154/72, de 10 de maio*, veio dar nova redação ao citado § 3 do art. 183.º do CCom, que passou assim a consagrar uma *mera faculdade estatutária* de criação de limites ao voto: “Os estatutos podem limitar o número de votos de que cada accionista dispõe na assembleia, quer pessoalmente, quer por procurador, admitindo-se que o façam para todas as acções ou apenas para acções de uma ou mais categorias, mas não para accionistas determinados; a limitação não funciona, todavia, nos casos em que a lei ou os estatutos exijam para a validade das deliberações sociais uma certa maioria de capital, salvo quando aqueles estabeleçam diversamente, e não funciona também em relação aos votos que pertençam ao Estado ou a entidades para o efeito a ele equiparadas por legislação especial”.⁸

III. Com a *publicação do CSC em 1986*, os tetos de voto passaram a ser regulados no seu art. 384.º, n.º 2, al. b) e n.º 3, com uma redação praticamente idêntica à atualmente em vigor, exceção feita às ações do Estado ou entidades a ele equiparadas que continuaram a beneficiar de uma *isenção* à aplicação dos tetos de voto⁹. Com a *reforma de 2006*, seria eliminado o regime de isenção em favor do Estado e entidades públicas previsto na parte final do n.º 3 do art. 384.º do CSC, conquanto simultaneamente se tenha criado uma isenção aos tetos de voto relativamente às ações a privatizar, nos termos do art. 60.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006¹⁰. Apenas em 2011, através do art. 2.º do *Decreto-Lei n.º 90/2011, de 25 de julho*, seria definitivamente erradicado o privilégio estadual ainda subsistente.

⁸ Sobre esta origem e evolução histórica, vide FURTADO, J. Pinto, *Código Comercial Anotado*, vol. II, tomo II, 504 e ss., Almedina, Coimbra, 1979; CORREIA, A. Ferrer/XAVIER, V. Lobo, *As Limitações ao Poder de Voto dos Accionistas e as Acções do Estado e do I.P.E.*, 98, in: 119 “Revista de Legislação e de Jurisprudência” (1986), 97-101, 132-134, 164-166.

⁹ Era a seguinte a redação originária do n.º 3 do art. 384.º do CSC: “A limitação de votos permitida pelo n.º 2, alínea b), pode ser estabelecida para todas as acções ou apenas para acções de uma ou mais categorias, mas não para accionistas determinados, e não vale em relação aos votos que pertençam ao Estado ou a entidades a ele equiparadas por lei para este efeito”. (itálicos nossos).

¹⁰ Rezava assim o referido artigo: “As ações a privatizar, nos termos da lei, constituem sempre uma categoria especial de ações, à qual, salvo disposição legal em contrário, não é aplicável a limitação da contagem de votos permitida na alínea b) do n.º 2 do artigo 384.º do Código das Sociedades Comerciais”.

IV. Finalmente, o *Decreto-Lei n.º 20/2016, de 20 de abril*, viria a reafirmar o princípio geral da proporcionalidade entre capital e voto no domínio particular das instituições de crédito, obrigando os acionistas destas últimas a proceder a uma reavaliação periódica da justificação dos eventuais tetos estatutários de voto existentes, facilitando ainda a sua alteração ou revogação.¹¹

V. Se a disposição do art. 384.º, n.º 2, b) do CSC não representa assim propriamente uma novidade na história do direito societário nacional, também não se pode dizer que constitua um exemplo isolado no quadro do *direito comparado* – bem pelo contrário. Com efeito, figuras congêneres à do citado preceito português são conhecidas na maior parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiros. Assim, na *Alemanha*, o § 134, Abs. I (2) da “*Aktiengesetz*” dispõe que os estatutos sociais poderão fixar um montante máximo de voto (“*Höchstbetrag*”) ou um escalonamento dos votos (“*Abstufung*”) para os acionistas de sociedades não cotadas em bolsa de valores que sejam titulares de uma pluralidade de ações¹². No mesmo sentido, em *Itália*, consagra o art. 2351, “*comma*” 3, do “*Codice Civile*”, que os estatutos de sociedades podem prever, relativamente às ações detidas por um mesmo acionista, um limite máximo (“*misura massima*”) ou estabelecer escalões (“*scaglionamenti*”) ao direito de voto¹³. De igual modo, em *Espanha*, dispõe o art. 188.º, n.º 3 da “*Ley de Sociedades de Capital*” que os estatutos sociais podem fixar um número máximo de votos emitidos por um mesmo acionista, por sociedades com ele agrupadas, ou por terceiros que atuem de forma concertada¹⁴. E disposições congêneres (ou seus

¹¹ Sobre este diploma legal, EREIO, J. Torres, “*One Share, One Vote*” – Os Tetos de Voto e as Alterações Introduzidas pelo *Decreto-Lei n.º 20/2016*, in: 44 “*Actualidad Jurídica Uría Menéndez*” (2016), 96-106; GOMES, J. Ferreira/REIS, Nádia, *O Decreto-Lei n.º 20/2016 e a Desblindagem dos Estatutos das Instituições de Crédito*, in: IX “*Revista de Direito das Sociedades*” (2017), 322-356.

¹² Na versão original: “Für den Fall, dass einem Aktionär mehrere Aktien gehören, kann bei einer nichtbörsennotierten Gesellschaft die Satzung das Stimmrecht durch Festsetzung eines Höchstbetrags oder von Abstufungen beschränken”. Sobre o preceito, vide BAUMS, Theodor, *Höchststimmrechte*, in: “*Die Aktiengesellschaft*” (1990), 221-242.

¹³ Na versão original: “Lo statuto può altresì prevedere che, in relazione alla quantità delle azioni possedute da uno stesso soggetto, il diritto di voto sia limitato a una misura massima o disporne scaglionamenti”. Sobre o preceito, por último, RESCIO, G. Alberto, *Tetti di Voto, Tetti di Partecipazione*, in: 2 “*Rivista di Diritto Societario*” (2016), 294-331.

¹⁴ Na versão original: “En la sociedad anónima, los estatutos podrán fijar con carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, sin perjuicio de la aplicación a las sociedades cotizadas de lo establecido en

equivalentes funcionais) podem ser encontradas em sistemas jurídico-societários tão diversos quanto o *direito francês* (art. L-225-125 do “Code de Commerce” de 2000)¹⁵ ou o *direito brasileiro* (art. 110, § 1, da “Lei das Sociedades Anónimas” de 1976).

§4 Regime Jurídico

I. O regime jurídico dos tetos estatutários de voto encontra-se nuclearmente previsto e regulado no art. 384.º, n.º 2, b) e n.º 3 do CSC, sendo, todavia, de ter igualmente presentes um conjunto de outras disposições complementares, quer de natureza legal (art. 386.º, n.º 5 do CSC, art. 182.º, n.º 1, b) e c) e n.º 2 do Código dos Valores Mobiliários, art. 13.º-C do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras), quer de natureza autorregulatória (ponto I.4 do “Código do Governo das Sociedades” da CMVM). Este regime é caracterizado por um conjunto de traços distintivos fundamentais, a seguir sumariados.

II. Desde logo, quando aos tipos societários abrangidos, o regime jurídico dos tetos de voto aplica-se a sociedades anónimas *fechadas* (reguladas pelo CSC) e sociedades anónimas *abertas* (também reguladas pelo Código dos Valores Mobiliários)¹⁶. Não obstante seja inquestionável a admissibilidade de tais cláusulas no contexto do direito positivo português, é mister chamar a atenção para duas notas particulares no caso específico das sociedades abertas¹⁷. Por um lado, deve ter-se presente a Recomendação I.4 do “Código de Governo das Sociedades (CMVM)” de 2013: “I.4. Os

el artículo 527”. Sobre o preceito, GUILLARTE, Sánchez-Calero, *La Limitación del Numero Máximo de Votos Correspondientes a un Mismo Accionista*, in: “Revista de Derecho Bancario y Bursátil” (1991), 271-239.

¹⁵ COURET, Alain, *Le Plafonnement du Droit de Vote dans les Sociétés Anonymes*, in: “Droit et Patrimoine” (1993), 49-53.

¹⁶ Questão importante é a de saber se e em que condições será admissível a *introdução, modificação e supressão* de tetos estatutários de voto: para a primeira questão, cf. SILVA, V. Pragosa, *Sobre as Alterações Estatutárias nas Sociedades Anónimas: A Questão dos Tectos de Voto*, 30 e ss., Diss, Coimbra, 2015.

¹⁷ Existem ordenamentos jurídicos estrangeiros que excluem a admissibilidade dos tetos estatutários de voto em sociedades abertas (v.g., na Alemanha, o § 134, Abs. I (1) da “Aktiengesetz” apenas abrange as “nichtbörsennotieren Gesellschaften”); a razão de ser de tal exclusão radica, segundo alguns, nos efeitos negativos que as mesmas podem despoletar em sede do regular e eficiente funcionamento do mercado de capitais, frustrando também a existência de um mercado de controlo societário e perpetuando administrações ineficientes (“market for corporate control”) (ADAMS, Michael, *Höchststimmrechte, Mehrfa-*

estatutos das sociedades que prevejam a limitação do número de votos que podem ser detidos ou exercidos por um único acionista, de forma individual ou em concertação com outros acionistas, devem prever igualmente que, pelo menos de cinco em cinco anos, será sujeita a deliberação pela assembleia geral a alteração ou a manutenção dessa disposição estatutária – sem requisitos de quórum agravado relativamente ao legal – e que, nessa deliberação, se contam todos os votos emitidos sem que aquela limitação funcione”¹⁸. Por outro lado, como já assinalámos, para um setor particular de sociedades abertas – as instituições de crédito (arts. 3.º e 14.º, n.º 1, b) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras) que tenham o seu capital aberto ao investimento público –, o legislador português abriu o caminho para a sua progressiva eliminação através do Decreto-Lei n.º 20/2016, de 20 de abril.¹⁹

III. Depois ainda, quanto às modalidades dos tetos de voto, a lei portuguesa – ao dispor que “(...) não sejam contados votos acima de um certo número (...)” (art. 384.º, n.º 2, alínea b) do CSC) – referiu-se exclusivamente ao estabelecimento por via estatutária de um *limite máximo de votos*: cabem aqui, quer o método numérico (v.g., nenhum acionista poderá emitir ou exercer mais do que um determinado número de votos fixado nos estatutos), quer o método percentual (v.g., nenhum acionista poderá emitir ou exercer votos superiores a uma certa percentagem dos votos correspondentes ao capital social ou superiores a uma determinada percentagem dos votos emitidos ou apurados em assembleia geral). Conquanto não previsto diretamente na letra da lei, não se vê razão suficiente para que não possam ser adotados outros métodos atípicos de limitação, desde que conformes ao conteúdo imperativo da norma em apreço ou de outras normas jurídico-societárias injuntivas: pense-se assim, por exemplo, no método dos escalões de voto, consagrado expressamente nos direitos germânico e italiano (v.g., os estatutos sociais preveem um exercício integral do direito de voto para os acionistas titulares de ações cujos votos correspondam a menos de 10% desse capital, um exercício limitado a metade dos votos para aqueles que sejam titulares de ações representativas de 10%

chstimmrechte und sonstige wundersame Hindernisse auf dem Markt für Unternehmenskontroll, in: “Die Aktiengesellschaft” (1990), 63-78).

¹⁸ Cf. ainda art. 245.º-A do Código dos Valores Mobiliários (relatório de governo societário) e os arts. 1.º e 2.º do Regulamento CMVM n.º 4/2013, de 18 de julho (in: DR, IIª série, de 1.8.2013). Sobre o relevo normativo dos chamados “códigos de governo societário” (“corporate governance codes”, “corporate governance Kodex”), vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito das Sociedades*, 40 e ss., 8ª edição, Ed. de Autor, Porto, 2018.

¹⁹ Cf. *supra* § 3 (IV).

a 25% desse capital, e uma exclusão de votos que ultrapassem 25% do capital).²⁰

IV. Depois ainda, os limites ou escalões de voto estatutariamente previstos deverão tomar por referência as *ações* da sociedade anónima, podendo ter por objeto, quer a totalidade das ações ordinárias em geral, quer apenas as ações pertencentes a certa ou certas categorias de ações (art. 384.º, n.º 3 do CSC). Em homenagem ao princípio da igualdade de tratamento dos acionistas, está assim vedado que os estatutos limitem o voto por referência a acionistas individuais ou concretos²¹ ou em função de fatores alheios ao número de votos ou ao capital social (v.g., determinadas qualidades pessoais dos acionistas votantes, tais como a nacionalidade ou sede, o montante das prestações realizadas à sociedade no decurso do último exercício social, etc.).²²

V. Por fim, cumpre salientar que o funcionamento da limitação estatutária de voto toma por referência os votos emitidos por *cada acionista* da sociedade anónima, seja em nome próprio, seja em representação de outro acionista (cf. parte final da alínea b) do n.º 2 do art. 384.º do CSC). Por razões que se prendem com a salvaguarda da eficácia do sistema – que poderia ser facilmente posta em causa ou mesmo defraudada através da interposição real ou fictícia de terceiros –, tem a doutrina nacional e estrangeira entendido ser admissível que as cláusulas estatutárias de limitação de voto atribuam também relevância para estes efeitos à chamada *titularidade indireta ou material*, designadamente mediante a remissão para

²⁰ Sobre este sistema de escalonamento, vide GEßLER, Ernst/HEFERMEHL, Wolfgang/ECKARDT, Ulrich/KROPFF, Bruno, *Aktiengesetz Kommentar*, Band II, 304, Franz Vahlen, München, 1974; HOFFMANN-BECKING, Michael, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band IV (“Die Aktiengesellschaft”), 496, Beck, München, 1999.

²¹ Esta proibição do estabelecimento estatutário de limites de voto para acionistas individuais – consagrada expressamente no direito societário atual (art. 384.º, n.º 3, “in fine” do CSC) e pretérito (art. 183.º, § 3 do CCom: cf. FURTADO, J. Pinto, *Código Comercial Anotado*, vol. II, 505, Almedina, Coimbra, 1979) – explica-se fundamentalmente pela necessidade de prevenir a sua instrumentalização como sucedâneo do voto plural, o qual, como é sabido, é vedado pelo direito português das sociedades anónimas (art. 384.º, n.º 5 do CSC).

²² Cf. os exemplos dados por HOFFMANN-BECKING, Michael, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band IV (“Die Aktiengesellschaft”), 522, Beck, München, 1999. No mesmo sentido, entre nós, CASTRO, C. Osório, *Participação no Capital das Sociedades Anónimas e Poder de Influência*, 338, in: “Revista de Direito e de Estudos Sociais” (1994), 333-356; COELHO, E. Lucas, *Direito de Voto dos Accionistas nas Assembleias Gerais das Sociedades Anónimas*, 53, Rei dos Livros, Lisboa, 1987.

critérios legais de imputação de participações de capital (v.g., art. 483.º, n.º 2 do CSC) ou de direitos de voto (v.g., art. 20.º, n.º 1 do Código dos Valores Mobiliários), por forma a considerar como imputáveis a um mesmo acionista, não apenas os direitos de voto de que este seja titular direto ou formal, mas também aqueles que pertençam a outras pessoas singulares ou pessoas coletivas cujo exercício, mercê de circunstâncias várias, aquele esteja em condições de influenciar.²³

VI. A encerrar esta análise do regime jurídico dos tetos de voto, cumpre ainda chamar a atenção para existência de dois tipos de *exceções*: com isto queremos advertir que os efeitos jurídicos decorrentes de blindagens estatutárias ao poder de voto dos acionistas de uma sociedade anónima podem ser afastados ou conformados por força de disposição da lei (*exceções legais*) ou até dos próprios estatutos (*exceções estatutárias*). Entre as primeiras, sirvam de exemplo o art. 386.º, n.º 5 do CSC – que veio consagrar a irrelevância de tais blindagens no plano da formação de maiorias qualificadas aferidas em função do capital da sociedade²⁴ –, o art. 182.º-A do Código dos Valores Mobiliários – que veio transpor para a ordem jurídica portuguesa a chamada “breakthrough rule”, segundo a qual, se o contrato de sociedade não previr a suspensão das restrições ao direito de voto quando, por efeito de uma OPA, o oferente atinja 75% do capital social com direito de voto, será sempre possível proceder à eliminação dessas restrições por uma maioria de 75% dos votos emitidos, contando-se esses votos sem quaisquer limitações estatutárias –²⁵, e o art. 13.º-C, n.º 3 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras – que

²³ Neste sentido, expressamente, a lei germânica (§ 134, Abs. I (3) e (4) da “Aktiengesetz”) e a lei espanhola (art. 188.º, n.º 3 da “Ley de Sociedades de Capital”). Entre nós, a favor de solução semelhante no quadro do direito português, pronunciou-se C. Osório de CASTRO, que salienta justamente que “a não ser assim, o legislador, fazendo a lei, conformar-se-ia com o «dolo», admitindo a fraude consistente em o acionista atingido pela limitação de votos transmitir parte dos títulos a sócios mais ou menos «pintados»” (*Participação no Capital das Sociedades Anónimas e Poder de Influência*, 339, in: “Revista de Direito e de Estudos Sociais” (1994), 333-356).

²⁴ Advirta-se que a regra é que os quóruns deliberativos sejam fixados por referência aos votos emitidos (art. 386.º, n.ºs 1, 3 e 4 do CSC), existindo apenas uma única matéria social, no Título IV do CSC, que toma por referência o capital social: a distribuição de lucros (art. 294.º do CSC). Sobre esta regra, vide VENTURA, Raúl, *Alterações do Contrato de Sociedade*, 49, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 1988.

²⁵ Sobre esta regra, vide SILVEIRA, B. Almeida, *OPA e a Limitação Estatutária ao Exercício dos Direitos de Voto*, 43 e ss., Diss., Lisboa, 2015; mais desenvolvimentos em PAPADOPOULOS, Thomas, *Legal Aspects of the Breakthrough Rule of the European Takeover Bid Directive*, in: “Takeover Regulation: A Legal Approach”, Icfai University Press (IUP), 2008.

veio prever que as blindagens estatutárias de voto em instituições de crédito caducam automaticamente no termo de cada período quinquenal caso os acionistas nada tenha deliberado sobre a matéria²⁶. Entre as últimas, cum-pre salientar que os tetos estatutários de voto podem ser conformados ou modelados através de disposição dos próprios estatutos, já que, tal como aos acionistas é permitido consagrar no pacto social uma blindagem de voto, assim também lhes deve ser lícito adaptar, na observância dos limites da lei imperativa, o âmbito e conteúdo dessa mesma blindagem: assim, por exemplo, é admissível que os estatutos sociais estipulem um limite ao voto associado apenas a uma determinada categoria de ações (art. 384.º, n.º 3 do CSC), ou, inversamente, um direito especial de isenção em face de um sistema de limitação aplicável em geral às ações ordinárias.²⁷

§5 A “Praxis” Nacional

I. Os tetos de voto constituem um mecanismo de blindagem estatutária difundido entre algumas das principais empresas do PSI-20.²⁸

II. Entre os exemplos conhecidos, contam-se a “EDP – Energias de Portugal, S.A.” (art. 14.º, n.ºs 3 a 5 dos Estatutos Sociais), a “REN – Redes Energéticas Nacionais, SGPS, S.A.” (art. 12.º, n.ºs 3 e 4 dos Estatutos Sociais), o “Millennium BCP” (art. 26.º dos Estatutos Sociais), a “Pharol, SGPS, S.A.” (art. 13.º, n.ºs 10 e 11 dos Estatutos Sociais), a “INAPA – Investimentos, Participações e Gestão, S.A.” (art. 13.º-A dos Estatutos Sociais), e a “COMPTA – Equipamentos e Serviços de Informática, S.A.” (art. 11.º, n.ºs 2 e 3 dos Estatutos Sociais).

²⁶ Sobre esta regra, vide ABRELI, J. Coutinho, *De Novo a Banca: Tetos de Voto; Gestores Públicos a Céu-Aberto*, 17 e ss., in: IX “Direito das Sociedades em Revista” (2017), 13-23; EREIO, J. Torres, “One Share, One Vote” – Os Tetos de Voto e as Alterações Introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 20/2016, 102 e ss., in: 44 “Actualidad Jurídica Uría Menéndez” (2016), 96-106.

²⁷ Recorde-se a prática pretérita consistente em, nos estatutos de várias sociedades portuguesas em processo de reprivatização, ser criada uma categoria especial de ações, de que era titular o Estado português, conferindo um direito especial de isenção relativamente a uma blindagem estatutária do poder de voto estabelecida nos mesmo estatutos para o conjunto das ações ordinárias (v.g., arts. 5.º e 10.º dos Estatutos da “Portucel, S.A.”, na sequência da primeira fase de reprivatização aprovada pelo Decreto-Lei n.º 56/95, de 31 de março).

²⁸ É muito controversa a questão das vantagens e desvantagens da blindagem estatutária, bem como, consequentemente, da eficiência económica da “desblindagem” de sociedades abertas com tetos de voto: num sentido favorável, MARCELO, P. Lopes, *A Blindagem da Empresa Plurissocietária*, 22, Almedina, Coimbra, 2002; num sentido oposto, GOMES, J. Ferreira/REIS, Nádida, *O Decreto-Lei n.º 20/2016 e a Desblindagem dos Estatutos das Instituições de Crédito*, 332 e ss., in: IX “Revista de Direito das Sociedades” (2017), 322-356.

RESUMO: O Supremo Tribunal Administrativo tem decidido de modo uniforme que a dissolução das sociedades comerciais que se segue à respetiva declaração de insolvência deve ser equiparada à morte da pessoa humana no que diz respeito aos processos contraordenacionais em que seja arguida, daí resultando a extinção destes. O autor procura apresentar argumentos que devem levar a uma diferente solução.

Palavras-chave: Insolvência/Dissolução de Sociedade Comercial/Contraordenações.

ABSTRACT: If commercial companies are declared insolvent and dissolved, the Portuguese Supreme Administrative Court uniformly decides that administrative offences proceedings against the debtor must be extinguished as if companies were natural persons. The author disagrees, and presents his arguments.

Keywords: Insolvency/Dissolution of the commercial company/Administrative offences proceedings.

ALEXANDRE SOVERAL MARTINS*

(Uma nota sobre) a responsabilidade contraordenacional das sociedades comerciais insolventes**

Introdução

Embora o título deste texto seja «A responsabilidade contraordenacional das sociedades comerciais insolventes», irei tratar apenas de um aspeto relativo a essa responsabilidade. Esta breve nota tem por objeto jurisprudência constante do STA que considera que a declaração de insolvência da sociedade comercial conduz à dissolução imediata desta. Até aqui, nada há a dizer.

Porém, o STA também retira daquela dissolução imediata uma outra conclusão. Em muitos Acórdãos daquele Tribunal Superior podemos ler

* Professor da
Faculdade de Direito
da Universidade de
Coimbra

** O texto que se segue constitui o fio condutor da conferência que proferi no dia 30.11.2018, integrada no Colóquio de Direito Tributário organizado pela Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal e que teve lugar no Auditório do Conselho Regional de Coimbra da Ordem dos Advogados. Agradeço ao Senhor Conselheiro Carlos Luís Medeiros de Carvalho e à Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal o convite que me foi dirigido para abordar o tema que foi objeto da minha conferência.

que a dissolução da sociedade comercial subsequente à sua declaração de insolvência é equiparada à morte da pessoa física. É o que vemos escrito, por exemplo, nos Acs. STA de 14.11.2018 (Proc. n.º 03044/12.6BELRS), de 28.02.2018 (Proc. n.º 01314/17), de 01.06.2016 (Proc. n.º 0470/16) e de 27.01.2016 (Proc. n.º 0870/15), para só referir alguns dos mais recentes. Feita a equiparação da dissolução da sociedade comercial à morte da pessoa física, o STA aceita em seguida a extinção do procedimento contraordenacional que corra contra a devedora insolvente. O STA considera aplicável àqueles casos o art. 61.º, a), do Regime Geral das Infrações Tributárias (RGIT), segundo o qual o procedimento contraordenacional se extingue, designadamente por «morte do arguido». É também convocado o art. 62.º do RGIT, que tem o seguinte teor: «A obrigação de pagamento da coima e de cumprimento das sanções acessórias extingue-se com a morte do infrator».

Quanto a esta segunda conclusão, e salvo o devido respeito, a minha discordância é radical¹: não há razões suficientes que permitam equiparar a dissolução da sociedade comercial à morte do arguido que seja pessoa humana. Não é aceitável que a referida dissolução acabe por valer como uma extinção pequenina, uma «extinçãozinha», uma morte «assim-assim» ou uma morte «mais ou menos». Passo a apresentar os argumentos em que baseio a minha leitura, sendo certo que vários deles (mas não todos) surgem frequentemente esgrimidos nas alegações de recurso reproduzidas, em parte, nas decisões judiciais que analisei, e que estas nem sempre lhes dão o devido valor.

1. A extinção da sociedade com o registo do encerramento do processo após o rateio final

O primeiro argumento que quero trazer para cima da mesa é o que se retira do art. 234.º, 3, do CIRE. Com efeito, decorre desse preceito que a sociedade comercial se considera extinta, no caso da liquidação, com o registo do encerramento do processo após o rateio final.

Se a sociedade comercial se considera extinta após o registo do encerramento do processo, é evidente que não se pode considerar extinta/morta

¹ V. tb., muito antes, CATARINA SERRA, «Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores», DSR, 4, 8, 2012, p. 75-101, a p. 79 e ss., e, da mesma autora, «Evolução recente do Direito da Insolvência em Portugal», in *Insolvência e contencioso tributário*, e-book, CEJ, Lisboa, 2017, p. 9-28, a p. 25 e s..

antes. Não se pode considerar extinta/morta, designadamente, quando é declarada a sua insolvência ou se dissolve.

Assim, só com aquele registo do encerramento é que faz sentido a equiparação à morte da pessoa física. Outra solução é contrária à lei. Até ao registo do encerramento do processo de insolvência a sociedade comercial continua a existir: vale por dizer que não morreu (nem pouco, nem muito).

2. A declaração de insolvência e a proteção do devedor

Olhar para a declaração de insolvência como significando a extinção da sociedade comercial é o mesmo que, a meu ver, não ter na conta que me parece devida o relevo da declaração de insolvência. A declaração de insolvência não é a desgraça. A desgraça já existia. A declaração de insolvência é, isso sim, um momento de um processo que visa organizar a desgraça.

Na verdade, a declaração de insolvência serve também para proteger o devedor. Por isso é que nos efeitos da declaração de insolvência vamos encontrar, precisamente, o porto seguro que é o art. 88.º do CIRE. Estou a referir-me à «suspensão de quaisquer diligências executivas ou providências requeridas pelos credores da insolvência que atinjam os bens integrantes da massa insolvente», bem como ao obstáculo à «instauração ou ao prosseguimento de qualquer ação executiva intentada pelos credores da insolvência». Trata-se de uma medida que permite ao devedor ter tempo para respirar² e preparar a eventual recuperação.

A proteção do devedor resulta também dos efeitos que decorrem da declaração de insolvência quanto aos negócios em curso. A regra que encontramos no art. 102.º, 1, do CIRE é a da suspensão dos contratos bilaterais ainda não cumpridos por qualquer das partes; «Sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes, em qualquer contrato bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento».

Equiparar a sentença de declaração de insolvência à morte da pessoa física só pode justificar-se, parece-nos, por uma compreensão da declaração de insolvência que a confunde com a «velha» declaração de falência

² Nesses termos, quanto ao *stay* anglo-saxónico, GERALD MCCORMACK/ANDREW KEAY/SARAH BROWN, *European Insolvency Law. Reform and Harmonization*, Elgar, Cheltenham/Northampton, 2017, p. 239.

anterior ao CIRE. Esse regime poderia ajudar a entender o Ac. do STA de 16.11.2005 (na sequência de recurso para Uniformização de Jurisprudência), em que a dissolução por declaração de falência era equiparada à morte da pessoa física. Mas os tempos e a lei mudaram³. O peso da doutrina que escrevia antes do CIRE tem, por isso, que ser medido de outra forma.

Por isso, convém lembrar que, no caso de uma sociedade comercial em situação de insolvência atual, a sua recuperação só é possível após, precisamente, a declaração de insolvência. Essa recuperação só poderá ter lugar com o plano de recuperação (com um plano de insolvência que seja plano de recuperação), e este só pode ser aprovado após a declaração de insolvência.

Ou seja: a declaração de insolvência é também um meio para obter a recuperação através de plano de insolvência. A possibilidade de ser aprovado um plano de insolvência que preveja a recuperação da sociedade insolvente com a continuidade desta revela fazer pouco sentido considerar que a declaração de insolvência e dissolução equivalem à morte da sociedade.

Nem se diga, como aparece escrito no Ac. STA de 14.11.2018 já mencionado (seguindo, aliás, o que já era dito no Ac. STA 638/14, de 02.07.2014), que a Fazenda Pública é que tinha de alegar que a sociedade teria prosseguido a sua atividade. Com efeito, nada há na lei que justifique essa exigência: o que é certo é que a sociedade não se extingue/morre com a declaração de insolvência ou com a sua consequente dissolução. E se não se extingue/morre nesse momento, não faz sentido equiparar a dissolução à morte da pessoa humana.

3. A declaração de insolvência e a liquidação da massa insolvente

No caso da sociedade comercial declarada insolvente, a liquidação que ocorre logo após a declaração de insolvência é pouco mais, por enquanto, do que o nome de uma fase processual. Com efeito, há que ter em conta que a assembleia de apreciação do relatório pode determinar a suspensão da liquidação da massa insolvente: é o que dita o art. 156.º, 3, do CIRE.

Mais. O próprio administrador da insolvência, em regra, só pode começar a vender bens após o trânsito em julgado da sentença de declaração da insolvência e da assembleia de apreciação do relatório: isso resulta agora do art. 158.º, 1.

³ Em abono da verdade, deve ser dito que o CPEREF também previa nos arts. 231.º e ss. a possibilidade de acordo extraordinário entre o falido e certos credores, e o CPC continha a figura da concordata suspensiva.

4. A declaração de insolvência e a administração da massa pelo devedor

O CIRE admite que, verificados certos pressupostos, tenha lugar a administração da massa pelo devedor insolvente (cfr. os arts. 223.º e ss. do CIRE). E isso pode acontecer quando o devedor seja uma sociedade comercial. Só isso já permite ver que a equiparação entre a dissolução da sociedade comercial que se segue à declaração de insolvência e a morte da pessoa física não faz sentido. Não faria sentido termos uma administração da massa insolvente por uma sociedade considerada extinta/morta.

Se a administração da massa insolvente pelo devedor é determinada na sentença de declaração de insolvência (art. 36.º, 1, e), do CIRE), a apreensão dos bens do devedor não tem lugar. Com efeito, o art. 228.º, 3, do CIRE mostra que naquele caso é apenas com a decisão do juiz que põe termo à administração da massa insolvente pelo devedor que se dá a apreensão dos bens do devedor.

Mas há mais. É que a entrega da administração da massa insolvente ao próprio devedor conduz a que, em regra, a liquidação só se inicie após ser retirada a administração ao devedor (art. 225.º do CIRE). Os próprios membros dos órgãos da sociedade mantêm as remunerações a que tinham direito (art. 227.º, 1, do CIRE). Soluções que não são conciliáveis com a equiparação entre a dissolução que resulta da declaração de insolvência e a morte do infrator pessoa humana.

5. A manutenção em funcionamento dos órgãos da sociedade

Vamos agora supor que a administração da massa insolvente é retirada ao devedor insolvente e entregue ao administrador da insolvência. Mesmo nesses casos o art. 82.º, 1, do CIRE é claro ao estabelecer que os órgãos sociais do devedor se mantêm em funcionamento. Que sentido faria ter em funcionamento órgãos de uma sociedade considerada extinta/morta?

A manutenção em funcionamento dos órgãos sociais diz respeito aos órgãos de administração e fiscalização. Mas essa manutenção em funcionamento também diz respeito à coletividade dos sócios ou, para quem assim prefira, à assembleia geral. E isto é particularmente importante porque um dos fundamentos para o encerramento do processo de insolvência é, precisamente, o do pedido do devedor com base na cessação da situação de insolvência (art. 230.º, 1, c), do CIRE). Essa cessação da situação de insolvência pode ser consequência do funcionamento dos órgãos sociais. Pode ser consequência dos passos dados pelos sócios e administradores.

Como justificar, então, que a dissolução da sociedade resultante da declaração de insolvência seja equiparada à morte do infrator pessoa humana?

6. O encerramento do processo de insolvência e o consentimento dos credores

Mas há ainda outros argumentos para contestar a solução que tem sido adotada pelo STA. Desde logo, porque o encerramento do processo de insolvência pode resultar do pedido do devedor fundado em consentimento dos credores (art. 230.º, 1, c), do CIRE).

Agora, nem sequer é preciso que tenha cessado a situação de insolvência. Por aqui se vê também que não será adequado equiparar a dissolução da sociedade em consequência da declaração de insolvência, por um lado, à morte da pessoa física, por outro.

7. Os bens que integram a massa insolvente

O que acabei de dizer é importante também por uma outra razão. Ao contrário do que por vezes vemos escrito em vários Acórdãos, não considero correto dizer que todos os bens do devedor declarado insolvente passam necessariamente a integrar a massa insolvente. Os bens isentos de penhora não são, em regra, integrados nessa massa (art. 46.º, 2, do CIRE). E nesses bens impenhoráveis também podemos encontrar bens que pertencem a pessoas coletivas e, em particular, a sociedades comerciais. Basta ver o que sobre a matéria estabelece o CPC nos seus arts. 736.º (bens absoluta ou totalmente impenhoráveis) e 737.º (bens relativamente impenhoráveis).

Por isso também se compreende a solução que encontramos no art. 82.º, 1, do CIRE: os órgãos sociais do devedor mantêm-se em funcionamento após a declaração de insolvência, e poderão ter de administrar os bens do insolvente que não integram a massa insolvente.

8. O art. 65.º do CIRE

Nalguns Acórdãos do STA invoca-se, em apoio da solução de que discordamos, um argumento que assenta na atual redação do art. 65.º do CIRE. Para citar duas decisões recentes, nos Acs. STA de 24.01.2018 e de 12.09.2018 (recursos 1311/17 e 505/18, respetivamente) afirma-se que

daquele preceito se retira que as obrigações declarativas e fiscais se extinguem com a deliberação de encerramento da atividade do estabelecimento (nos termos do n.º 2 do art. 156.º).

Sucedem, porém, que o argumento retirado do art. 65.º, 3, do CIRE prova demais: com efeito, se as obrigações declarativas e fiscais se extinguem com a deliberação de encerramento da atividade do estabelecimento, então, acrescento eu, não se extinguem com a declaração de insolvência e com a dissolução. E é questionável se a lei tem ali em vista também as consequências de anteriores incumprimentos de obrigações declarativas e fiscais.

Por outro lado, na falta da deliberação de encerramento do estabelecimento, as «ditas obrigações fiscais passam a ser da responsabilidade daquele a quem a administração do insolvente tenha sido cometida e enquanto esta durar». Mas essa é mais uma razão para não se ser forçado a equiparar o que não deve ser equiparado: não deve ser razão para equiparar a declaração de insolvência e a dissolução à extinção/morte da sociedade.

Se, na falta de deliberação de encerramento, as «ditas obrigações fiscais passam a ser da responsabilidade daquele a quem a administração do insolvente tenha sido cometida e enquanto esta durar», das duas, uma: ou só aqueles administradores são responsáveis; ou também a administrada é responsável. Se a administrada também é responsável, seria contraditório que fosse responsável e estivesse extinta/morta: não se vê como pode ser responsável e estar extinta/morta. Se só aqueles administradores são responsáveis, também não se entende por que razão se quer proteger a sociedade através da extinção/morte.

Note-se ainda que o art. 65.º, 4, trata da responsabilidade dos administradores do insolvente: não trata dos administradores da insolvência. Uns e outros não se confundem. Uns e outros não têm competências sobrepostas necessariamente. E se há administradores do insolvente, é porque este último não se extinguiu/morreu⁴.

⁴ O regime do art. 65.º do CIRE é, no mínimo, confuso. Com efeito, impunha-se que fosse feita claramente a distinção entre responsabilidade pelo cumprimento das obrigações e responsabilidade tributária, entre administradores do insolvente e administradores da insolvência, entre o regime aplicável ao que sucedeu antes da declaração de insolvência e o que vale para o que aconteceu depois. Quanto ao que ocorre após a declaração de insolvência, deveria ser possível compreender as diferenças entre o período anterior à assembleia de apreciação do relatório e o período posterior a esse momento, ou o que sucede se não há assembleia de apreciação do relatório.

9. Para terminar

Certamente que o STA não equipara a dissolução da sociedade comercial que é consequência da declaração de insolvência à morte do infrator pessoa humana por entender que a sociedade comercial se extingue naquele momento. Poderá haver quem diga que a equiparação tem lugar para se alcançar a extinção do processo contraordenacional e o que daí resulta quanto aos autos acumulados, reversões e futuras reclamações de créditos no processo de insolvência. Mas se o objetivo é esse, o caminho deve ser outro.

Que a morte da pessoa física conduza à extinção do procedimento contraordenacional é algo que se torna facilmente compreensível se tivermos em conta que, naquele caso, as finalidades de prevenção especial deixam de fazer sentido. O morto não pode continuar a praticar factos que constituam contraordenações. E julgo que a finalidade de repressão não será eficaz quanto a esse infrator.

No caso de uma sociedade comercial declarada insolvente isso não é assim. E nem deveria ser assim, se pensarmos que a recuperação merece ter prevalência sobre a liquidação (art. 1.º, 1, do CIRE). A sociedade dissolvida em resultado da declaração de insolvência pode continuar a adotar comportamentos que constituam contraordenações e a finalidade de repressão ainda será eficaz enquanto a sociedade não se extinguir. Basta pensar que as obrigações declarativas a que se refere o art. 65.º, 1, «subsistem na esfera do insolvente e dos seus legais representantes, os quais se mantêm obrigados ao cumprimento das obrigações fiscais, respondendo pelo seu incumprimento» (art. 65.º, 2, do CIRE). Isto parece significar que o dever de elaborar e depositar as contas anuais também permanece sobre o devedor e os seus legais representantes. Tanto mais que os «titulares dos órgãos sociais podem renunciar aos cargos logo que procedam ao depósito das contas anuais com referência à data de decisão de liquidação em processo de insolvência» (art. 82.º, 2, do CIRE).

A solução que tem sido defendida pelo STA também envolve um risco moral (*moral hazard*). Ao decidir como tem decidido, a jurisprudência do STA aqui analisada cria o risco de o processo de insolvência ser utilizado em conluio entre devedor e credores amigos, já com plano de recuperação acordado entre eles, só para levar à extinção dos processos contraordenacionais. Depois, tudo seria cozinhado no plano de insolvência que os mesmos credores estariam dispostos a aprovar.

RESUMO: O artigo trata dos principais aspectos da evolução do regime de dissolução das sociedades em nome colectivo, consagrado no ADHGB (1861) primeiro, e no HGB (1897) depois, dando conta das particularidades desse regime, decorrentes, já do paradigma de *co-operação máxima* em que assenta a disciplina de tais sociedades, já do *princípio da conservação* da empresa social.

Palavras-chave: dissolução (*total* ou *parcial*) da sociedade em nome colectivo por *simples vontade* de um dos sócios; dissolução da sociedade em nome colectivo com fundamento em *motivo grave*; exclusão do sócio da sociedade em nome colectivo como *alternativa* à sua dissolução; paradigma de *co-operação máxima*; paradigma de *co-operação mínima*.

ABSTRACT: This paper deals with the main aspects of the evolution in the winding-up regime of registered partnerships («sociedades em nome colectivo»), as regulated in the ADHGB (1861), first, and then in the HGB (1897). It gives an account of the particularities of this regime, emerging either from the *maximal cooperation* paradigm underlying such companies' legal discipline, or from the *principle of conservation* of the corporate enterprise.

Keywords: (full or partial) winding up of the registered partnership by simple will of a partner; winding up of the registered partnership on the basis of *serious motive*; partner's exclusion as an *alternative* to winding up; *maximal cooperation* paradigm; *minimal cooperation* paradigm.

M. NOGUEIRA SERENS*

A evolução, no direito alemão, do regime de dissolução (*não necessariamente total*) das sociedades em nome colectivo por iniciativa de algum dos seus sócios**

1. O art. 123 do *Algemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (doravante, ADHGB), promulgado em 1861, previa expressamente a possibilidade de uma sociedade em nome colectivo ser dissolvida por “*denúncia*” (*Kündigung*) do respectivo contrato e por “*decisão judicial*” (*gerichtliche Entscheidung*), e o mesmo veio depois a acontecer com o § 131 Nr. 6 do *Handelsgesetzbuch* (doravante, HGB), promulgado em 1897 (falamos da versão originária do referido preceito, que vigorou até à reforma de 1998).

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona (Lisboa)

** Estudo destinado ao Livro em Homenagem ao Professor Doutor Wladimir Brito.

O regime daquela primeira causa de dissolução constava do art. 124 ADHGB, ao qual corresponde, no quadro do HGB, o § 132.

Por força destes dois preceitos, uma sociedade que tivesse sido constituída por tempo indeterminado (ou por toda a vida de um sócio ou cujo contrato, findo o prazo por que fora inicialmente celebrado, fosse tacitamente prorrogado: art. 123, Abs. 1 Nr. 5 e Abs. 2 ADHGB; § 134 HGB), poderia ser dissolvida por (acto de) vontade de qualquer dos sócios, sem que, para o efeito, se lhe exigisse a invocação de qualquer motivo (o chamado “*ordentliche Kündigungsrecht*”); a eficácia da declaração (*unilateral*) de denúncia – que não estava sujeita a forma especial, e cujos destinatários eram os restantes sócios, e não a sociedade² – era, porém, condicionada à observância de um prazo, digamos, de pré-aviso (*Kündigungsfrist*), que a lei fixava em seis meses, os quais se haveriam de contar tendo como referência o fim do “ano social” (*Geschäftsjahr*), pois que a denúncia só se tornaria efectiva nessa data (*Kündigungstermin*). Sendo estes os dois únicos requisitos a que os referidos preceitos (do ADHGB e do HGB) sujeitaram a validade da denúncia do contrato de sociedade em nome colectivo (e também, diga-se, da sociedade em comandita simples), que tivesse sido constituída por tempo indeterminado (doravante, por comodidade de exposição, referindo-nos à sociedade em nome colectivo constituída por tempo indeterminado, estamos também a referir-nos à sociedade desse tipo constituída por toda a vida de um sócio e àquela outra cujo contrato, findo o prazo por que fora inicialmente celebrado, fosse tacitamente prorrogado), não tardou a pôr-se a questão de saber se o exercício do correspondente direito, não obstante se mostrar conforme com esses dois requisitos, podia ser, ainda assim, paralisado com base no princípio da boa-fé e/ou do abuso de direito.

2. Sem pôr em causa a relevância do *dever de fidelidade*, no quadro das relações entre os sócios, a jurisprudência e a maioria da doutrina sempre se mostraram muito reservadas quanto à violação desse dever em consequência do exercício do direito de denúncia. E isto para evitar a subversão do regime instituído pelo legislador, que quis o exercício desse direito liberto de peias, em *nome* da liberdade (pessoal e económica) de todos e de cada

² Referindo a possibilidade de, por cláusula contratual, se impor a observância de uma certa forma, bem como a possibilidade de, por essa mesma via, prever que os sócios gerentes fossem destinatários da declaração de denúncia, cfr. P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 131, anots. 8 s., e V. EMMERICH, in: *Heymann-Handelsgesetzbuch* § 132, anots. 3 e 4, e A. BAUMBACH/K. DUDEN/K. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, § 132, anot 3.

um dos sócios. Há, porém, quem defenda ³ que a alegabilidade da exceção do abuso de direito (ou da contrariedade à boa-fé) só teria esse efeito (de “fazer entrar pela janela” o que o legislador “fizera sair pela porta”) se, concluindo-se pela sua procedência, se houvesse necessariamente de concluir pela *ineficácia* da denúncia. É certo que não se poderia excluir que, em certos casos (nomeadamente, naqueles em que fosse patente a *intenção* de prejudicar os consócios), a conclusão tivesse de ser essa, em aplicação dos §§ 138, 226 e 826 BGB ⁴. Mas estes seriam, necessariamente, casos excepcionais⁵. O que significa que, em regra, a procedência da exceção do abuso de direito (ou da contrariedade à boa-fé) teria outra consequência jurídica: a emergência de uma obrigação de indemnizar a cargo do denunciante (e não mais do que isso).

As tentativas para limitar (ou, quando menos, *refrear*) o exercício do direito de denúncia (dos sócios das sociedades em nome colectivo constituídas por tempo indeterminado) são também perceptíveis na evolução da doutrina sobre a aplicação do § 723 Abs. 2 BGB às sociedades em nome colectivo (e às sociedades em comandita simples). Por força desse preceito, a *denúncia intempestiva* (inobservância de um *prazo congruo* de pré-aviso) do contrato de sociedade civil, que tenha sido constituída por tempo indeterminado ou por toda a vida de um sócio (§§ 723 Abs. 1 e 724), posto que eficaz – e supondo que não existe “um motivo grave” (*einen wichtigen Grund*) que a justifique – faz com que o (sócio-)denunciante incorra numa obrigação de indemnizar ⁶.

Trata-se de uma solução imposta pelo *dever de fidelidade* e que reflecte os perigos inerentes à consagração da *ordentliche Kündigung*: sem essa *peia* (ao exercício do direito de denúncia), os sócios da sociedade civil constituída por tempo indeterminado – e isto quer se tratasse de uma “*schlicht zivilistische Gesellschaft*”, quer se tratasse de uma “*Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft*”⁷) – viveriam constantemente, íamos a dizer, com o “credo na boca”.

3. Em relação à necessidade de defesa (da *empresa comum*) dos sócios de uma sociedade em nome colectivo (constituída por tempo indeterminado) contra as denúncias intempestivas do respectivo contrato, prevale-

³ Cfr., por exemplo, P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 132, anots. 18 e 19.

⁴ Cfr. P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 132, anots. 19 e 20, com outras referências bibliográficas.

⁵ Cfr., para além de P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, anots. 19 e 20, V. EMMERICH, in: *Heymann-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 7.

⁶ Cfr., *ex pluribus*, K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 1762 s., e F. KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, 81.

⁷ Sobre esta distinção, cfr. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 1702 s.

ceu durante muito tempo o entendimento de que ela fora devidamente acautelada no § 132 HGB (e, já antes, no art. 124 ADHGB): o sócio, que pretendesse pôr termo à relação societária, não tinha que justificar esse seu comportamento, mas (sob pena de ineficácia da respectiva declaração) estava obrigado a comunicar essa sua intenção aos restantes sócios com um certo prazo de antecedência que a lei – supletivamente, todos hoje o dizem (cfr. já a seguir) – fixava em seis meses. Vale isto por dizer que, segundo esse entendimento, uma denúncia do contrato de sociedade em nome colectivo (constituída por tempo indeterminado), que cumprisse esse *Kündigungfrist* (ou qualquer outro que as partes tivessem fixado no contrato), teria de ser sempre considerada tempestiva (assim se arredando a possibilidade de aplicação do § 723 Abs. 2 BGB às sociedades em nome colectivo e às sociedades em comandita simples).

Porventura ainda minoritário, existe hoje, contudo, um sector da doutrina que não exclui a possibilidade da intempestividade da denúncia – com a consequente aplicação do § 723 Abs. 2 BGB (obrigação de indemnizar a cargo do denunciante) –, não obstante a respectiva declaração ter sido feita dentro do prazo legal ou, se for esse o caso, dentro do prazo contractual⁸.

4. Visando instituir e disciplinar *relações duradouras*, assentes num princípio *co-operativo*, o contrato de sociedade é, pela natureza das coisas, restritivo da liberdade pessoal e da liberdade de iniciativa económica (e, sendo restritivo desta liberdade, é necessariamente também restritivo da liberdade de concorrência) dos respectivos sujeitos, é dizer, dos sócios. E será tanto mais restritivo dessas liberdades quanto *mais duradouras* forem as relações que por ele se instituem e disciplinam e quanto maior for o *grau de co-operação* que, à luz dessas mesmas relações, esses sujeitos impõem a si próprios.

Neste quadro, um legislador, que fizesse da defesa das faladas liberdades uma preocupação maior – *maxime*, da liberdade de iniciativa económica, que é a base da liberdade de concorrência –, poderia tomar uma de duas opções: (i) não permitir a constituição de sociedades (civis ou comerciais) senão por períodos relativamente curtos (sem prejuízo, é claro, de decorrido o tempo por que fora constituída uma sociedade, os seus sócios poderem, se fosse esse o seu interesse, constituir uma *nova* sociedade do mesmo ou de outro tipo); (ii) ou, permitindo a constituição de sociedades (civis ou comerciais) por períodos longos, incluso sem qualquer limite

⁸ Neste sentido, cfr., por exemplo, V. EMMERICH, in: *Heymann-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 7, e P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 132, anot. 22.

temporal, não contemporizar com *exacerbações* do princípio co-operativo (v. g., impondo, para todas as sociedades, o regime da livre transmissibilidade das participações sociais, recusando validade às obrigações de não-concorrência cujos sujeitos passivos fossem sócios de uma sociedade de qualquer tipo).

Aquela primeira opção, que, em tempos idos, aflorou em algumas leis de sociedades anónimas – referimo-nos às leis publicadas em vários Estados norte-americanos, nos começos do século XIX, que não autorizavam a constituição de sociedades desse tipo por mais de 20 anos⁹ –, nunca foi verdadeiramente considerada: a *estabilidade* e a *conservação* das iniciativas empresariais (colectivas, no caso) sempre constituiu, por razões económico-sociais que se crêem chegadas ao *interesse geral*, um valor preeminente¹⁰. E que dizer da segunda opção?

Também ela, ao que sabemos, nunca foi assumida por inteiro. É verdade que existem (há muito) sociedades cuja disciplina se aproxima desse paradigma, a que poderíamos chamar de “*co-operação mínima*” – e essas são, é claro, as sociedades nas quais a *base da empresa comum*, não são as pessoas dos sócios, mas o dinheiro (ou quaisquer outros bens susceptíveis de avaliação pecuniária) que essas pessoas (*necessariamente*) desembolsam (ou alienam).

Mas também é verdade que existem (igualmente há muito) sociedades cuja disciplina assenta num outro paradigma, a que chamaríamos de “*co-operação máxima*” – e essas são, é claro também agora, as sociedades nas quais a *base da empresa comum* são as pessoas dos sócios, e não o dinheiro (ou quaisquer outros bens susceptíveis de avaliação pecuniária) que elas (*eventualmente*) desembolsem (ou alienem). Naquelas primeiras sociedades, que se dizem – *et pour cause* – “sociedades de capitais”, independentemente de serem constituídas por tempo determinado ou indeterminado (“*per omnia saecula saeculorum*”), o legislador defende (*tant bien que mal*) a liberdade de iniciativa económica dos sócios, obstando a que estes sejam “*prisioneiros*” da participação social (afloramento do princípio a que poderíamos chamar de *liberdade de desinvestimento*)¹¹.

⁹ Cfr. M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência*, 355, nota 729.

¹⁰ Sobre o *princípio da conservação* da empresa social, *vide*, entre nós, A. FERRER CORREIA, *Sociedades fictícias*, 200, nota 2, AVELÂS NUNES, *Direito de exclusão*, 47 s., e ANTÓNIO CAEIRO, in: *Temas*, 263 s.

¹¹ Entre nós, no que respeita aos sócios das sociedades por quotas, é possível “*prendê-los*” à respectiva participação social, coarctando-lhes, por conseguinte, a sua liberdade de iniciativa económica, por um período não superior a dez anos (cfr. art. 229.º, n.º 1, CSC). Sendo este o *prazo máximo* por que o sócio de uma sociedade por quotas, cujo contrato proíba a cessão de quotas, pode ser impedido de exercer o direito de exoneração

Olhemos agora para as sociedades nas quais a *base da empresa comum* são as pessoas dos sócios, e não o dinheiro (ou quaisquer outros bens

ad nutum, nada obsta a que, por cláusula contratual, se lhe atribua esse direito decorrido um período mais curto (cinco anos, por exemplo); no mesmo sentido, cfr. RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas*, I, 602; defendendo que as cláusulas que atribuam o direito de exoneração decorrido período mais curto não são válidas ou, pelo menos, não valem com esse sentido, cfr. PAULO A. V. HENRIQUES, *Desvinculação unilateral*, 58 s.

É claro que os sócios das sociedades por quotas poderiam ser feitos “prisioneiros” das respectivas participações sociais (quotas, costuma chamar-se-lhes) por uma outra forma mais subtil, mas não menos eficaz. Afastando-se do paradigma a que chamamos de “co-operação mínima”, o nosso legislador – na esteira, aliás, do seu congénere alemão (GmbH-Gesetz) – optou por não consagrar, no quadro da disciplina da sociedade por quotas, o regime da imperatividade da livre cessão das participações sociais. No silêncio do contrato – e aqui uma diferença (não despicienda) em relação à Lei de 11 de Abril de 1901 (e à própria GmbH-Gesetz) –, uma transmissão feita a “estranhos” (*scilicet*: que não seja “entre cônjuges, entre ascendentes ou descendentes ou entre sócios”), sem o consentimento da sociedade, não produz efeitos em relação a esta (cfr. arts. 228.º, n.º 2, e 229.º, n.º 5, CSC). Trata-se de um *estorvo* à recuperação da liberdade de iniciativa económica por parte dos sócios. E para que não possa ser transformado num meio (*enviesado*) de os tornar “prisioneiros” das suas quotas – restringindo-lhes a liberdade de iniciativa económica por todo o sempre, *contra a sua vontade* –, o legislador cuidou de impedir que a sociedade se fique pela manifestação da vontade de os não “libertar”: “Se a sociedade recusar o consentimento [para a cessão de quotas], a respectiva comunicação dirigida ao sócio incluirá uma proposta de amortização ou de aquisição da quota; se o cedente não aceitar a proposta no prazo de quinze dias, fica esta sem efeito, mantendo-se a recusa do consentimento” – assim se lê no art. 231.º, n.º 1, CSC. Relevante é também a cominação do n.º 2 deste preceito: “A cessão para a qual o consentimento foi pedido torna-se livre: a) se for omitida a proposta referida no número anterior; b) se o negócio proposto não for efectivado dentro dos 60 dias seguintes à aceitação; c) se a proposta não abranger todas as quotas para cuja cessão o sócio tenha simultaneamente pedido o consentimento da sociedade; d) se a proposta não oferecer urna contrapartida em dinheiro igual ao valor resultante do negócio encarado pelo cedente, salvo se a cessão for gratuita ou a sociedade provar ter havido simulação de valor, caso em que deverá propor o valor real da quota, calculado nos termos previstos no artigo 1021.º do Código Civil, com referência ao momento da deliberação; e) se a proposta comportar diferimento do pagamento e não for no mesmo acto oferecida garantia adequada”. A obrigação, assim imposta à sociedade, de “libertar” o sócio da “prisão” que a sua quota é, não é, porém, absoluta: só se afirma se a quota, para cuja transmissão foi pedido o consentimento, “estiver há mais de três anos na titularidade do cedente, do seu cônjuge ou de pessoa a quem tenham, um ou outro, sucedido por morte” (art. 231.º, n.º 3, CSC); percebe-se mal (é o mínimo que pode dizer-se) que este prazo, à semelhança do que acontecia nos correspondentes preceitos do “Anteprojecto de Coimbra” (arts. 60.º, n.º 4, e 56.º), não coincida com o do já referido art. 229.º, n.º 1, CSC.

Continuando a pensar apenas no direito português, e agora no que respeita à disciplina da sociedade anónima, importa dizer que ela se aproxima mais do paradigma de “co-operação mínima”. Na verdade, conquanto admita a constituição de sociedades desse tipo por tempo

susceptíveis de avaliação pecuniária) que elas (*eventualmente*) desembolsem (ou alienem) – as sociedades em nome colectivo e as sociedades em comandita simples, que se dizem, por isso mesmo, “sociedades de pessoas”. A sua disciplina reflecte as tais *exacerbações* do princípio co-operativo, subjacente à própria ideia de contrato de sociedade. Por outras palavras, essa disciplina assenta no paradigma de “*co-operação máxima*”.

5. Em relação à sociedade em nome colectivo – que é a expressão mais acabada (do tipo doutrinário) das “sociedades de pessoas” – e a provar isso mesmo, está o clássico entendimento de que, em princípio, todos os sócios são gerentes, e, mesmo que o não sejam, sobre eles impenderá sempre a obrigação de não concorrerem com a sociedade, estando-lhes também vedada a transmissão das respectivas participações sem o consentimento (expresso) dos co-sócios e, por arrastamento, concebendo-se esses bens, que são as participações sociais, como bens não penhoráveis (entre nós, e no que respeita ao direito actual, cfr. arts. 191.º, n.º 1, 180.º, 182.º e 183.º, n.º 1, CSC).

Feita esta opção a favor de uma disciplina das sociedades em nome colectivo e das sociedades em comandita simples (quanto à disciplina destas últimas sociedades é muito antiga, entre nós e lá fora, a técnica da remissão para aquela que foi instituída para as primeiras) assente no paradigma de “*co-operação máxima*”, o legislador podia ter cuidado da defesa da

indeterminado, o legislador não permite que os sócios (accionistas) sejam despojados da sua liberdade de iniciativa económica quando já não é essa a sua vontade: “O contrato de sociedade (anónima) não pode excluir a transmissibilidade das acções” – assim se lê no art. 328.º, n.º 1, primeira parte, CSC. Como é sabido, desde a promulgação da Lei n.º 15/2017, de 3 de Maio, as acções são obrigatoriamente nominativas, sendo que, em relação a elas, o legislador sempre admitiu que o contrato introduzisse alguns *estorvos* à sua transmissibilidade. Entre esses vários estorvos avulta o da necessidade do consentimento, que pode não ser da competência da assembleia geral (dos arts. 328.º, n.º 2, alínea a), e 329.º, n.º 1, CSC). Mas, e à semelhança do que vimos acontecer em relação às sociedades por quotas, para que a necessidade de consentimento da sociedade anónima para a transmissão das acções nominativas se não transforme num meio (*enviesado*) de tornar os titulares das acções desse tipo “prisioneiros” da participação social que elas representam – restringindo-lhes a liberdade de iniciativa económica por todo o sempre, contra a sua vontade –, o legislador cuidou de impedir que a sociedade se fique pela manifestação da vontade de os não libertar. Outro não é, obviamente, o sentido do n.º 3 do art. 329.º CSC. Acresce que – e neste ponto a disciplina do tipo volta a aproximar-se do paradigma de “*co-operação mínima*” – essa obrigação de a sociedade anónima “libertar” os sócios (hoje obrigatoriamente titulares de acções nominativas) é absoluta: afirma-se independentemente do tempo por que o cedente teve as respectivas acções na sua titularidade.

liberdade de iniciativa económica dos sócios de tais sociedades impondo a sua constituição por *um período determinado*, e relativamente curto¹².

Acautelando-se por essa forma a (*recuperação da*) liberdade de iniciativa económica dos sócios, far-se-ia, porém, perigar a *estabilidade* das iniciativas empresariais desenvolvidas no seio das referidas sociedades. Por um lado, o período máximo de duração, imperativamente fixado para todas essas sociedades, poderia, em concreto, revelar-se insuficiente para a consolidação de muitas das respectivas iniciativas empresariais; por outro lado, no caso de tais iniciativas terem conseguido consolidar-se no referido período, e mesmo que a sua prosperidade fosse coisa pacífica, correr-se-ia o risco de, decorrido esse período, as ver desaparecer, sem que nenhum dos *indivíduos* que estavam na sua base tivesse manifestado essa vontade.

Terá sido, pois, em nome da estabilidade e da conservação das iniciativas empresariais, promovidas por (ou sob a forma de) sociedades em nome colectivo (e também por sociedades em comandita simples) – estabilidade e conservação, essas, que, por razões económico-sociais (chegadas, também elas, ao *interesse geral*, se apresentam como um valor preeminente –, que o legislador (desde há muito) optou por admitir a sua constituição por períodos muito longos, incluindo os mais longos de todos, que são aqueles que não conhecem qualquer termo, os quais se dizem, por isso mesmo, indeterminados.

Assim fazendo, e porque se não quis descaracterizar o respectivo tipo (aproximando a sua disciplina do paradigma de “*co-operação mínima*”), houve que encontrar uma (outra) forma de acautelar a (*recuperação da*) liberdade de iniciativa económica dos seus sócios. Nas sociedades constituídas *por tempo indeterminado*, reconheceu-se-lhes a faculdade de *livre denúncia* (condicionada ou não à observância de um determinado prazo de pré-aviso) – neste sentido, para além dos já referidos art. 124 ADHGB e §132 HGB, poder-se-iam citar o art. 1869 do Código civil francês, na sua versão originária ¹³ e, entre nós, o § 5 do Título XLIV do Livro IV das

¹² Dez anos já seria um período excessivo, mas, como atrás vimos, foi esse o tempo que o nosso legislador – afastando-se (*mal*) do “Anteprojecto de Coimbra” (“são válidas as cláusulas que proíbam a cessão de quotas, mas os sócios terão sempre, neste caso, direito de exoneração, uma vez *decorrido o prazo de três anos sobre o seu ingresso na sociedade*”: assim rezava o art. 56.º do referido Anteprojecto) – “condenou” o sócio da sociedade por quotas a ser “prisioneiro” da respectiva participação social; adiante veremos que, em relação às sociedades em nome colectivo, esse pode ser também o “tempo de prisão” dos respectivos sócios.

¹³ “La dissolution de la société par la volonté de l’une des parties ne s’applique qu’aux sociétés dont la durée est illimitée, et s’opère par une renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi, et non faite à contretemps”.

Ordenações Filipinas¹⁴, o art. 693 do Código comercial de 1833¹⁵, o art. 1278.º do Código civil de 1867¹⁶ e o § 1.º do art. 120.º do Código comercial de 1888, na sua versão originária¹⁷. Assentando esta solução, digamolo com o Professor J. Baptista Machado¹⁸, num “princípio superior de direito imanente ao instituto de autonomia contratual e que preclui a possibilidade de esta se exprimir em termos de manifesta irracionalidade – em termos de verdadeira ‘autofagia’, consumindo-se a si própria através da excessividade da sua vinculação”¹⁹ –, impunha-se que ela também cobrasse aplicação na hipótese de a sociedade ser constituída *por tempo determinado*, apresentando-se, porém, o respectivo prazo de duração como “excessivamente longo”.

Não cabe dúvida de que, sendo a sociedade em nome colectivo constituída por toda a vida de um dos seus sócios, a liberdade de iniciativa económica desse mesmo sócio é tão (auto-)restringida como o seria se a sociedade (com o mesmo padrão de *co-operação*) fosse constituída por tempo indeterminado. Significa isto que a sociedade constituída por toda a vida de um sócio, por mais curta que esta venha a revelar-se, tem sempre um prazo de duração “excessivamente longo” – para o sócio em causa a sociedade durará tão “excessivamente” como duraria se o respectivo contrato tivesse sido celebrado por tempo indeterminado.

Merece por isso aplauso a opção do legislador alemão (art. 123 ADHGB e § 134 HGB; § 724 BGB) de equiparar, para efeitos de denunciabilidade do respectivo contrato, as sociedades em nome colectivo (e também as sociedades em comandita simples e as sociedades civis) constituídas por toda a vida de um sócio às sociedades desse(s) tipo(s) constituídas por

¹⁴ “E assi mais se desfaz a Companhia, quando algum dos companheiros a renunciar, dizendo aos outros per si, ou per seu Procurador, que não quer mais ser seu companheiro, e isso quando no contracto da Companhia se não declarou o tempo, que havia de durar”.

¹⁵ “Não havendo convenção verbal ou escripta ácerca do tempo de duração da sociedade, qualquer dos sócios pode fazer dissolver a sociedade desde o momento, em que fizer saber aos mais sócios a sua vontade”.

¹⁶ “A dissolução da sociedade, pela renúncia de algum dos sócios, só é permitida, nas sociedades de duração ilimitada (...)”.

¹⁷ “As sociedades em nome colectivo dissolvem-se pela morte ou interdição de qualquer dos sócios e, sendo por tempo indeterminado, pela simples vontade de um dos sócios”.

¹⁸ *Obra Dispersa*, I, 650.

¹⁹ Sobre o princípio da proibição dos vínculos obrigacionais perpétuos, na doutrina portuguesa, cfr. ainda, e por exemplo, ANTUNES VARELA, *Obrigações*, 98, nota 1, M. J. ALMEIDA COSTA/A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais*, 44, C. MOTA PINTO, *Teoria*, 622 s., A. PINTO MONTEIRO, *Denúncia*, 59, nota 50, *ID.*, *Distribuição comercial*, 134 s., J. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento*, 73, nota 146, e PAULO A. V. HENRIQUES, *Desvinculação unilateral*, 210 s.

tempo indeterminado²⁰. Dada a *ratio* dessa equiparação, que é obstar a que haja um sócio vinculado *ad perpetuum* (*scilicet*: por todo o tempo da sua vida), impunha-se ir mais longe: haver como constituídas por tempo indeterminado as sociedades às quais fora fixada uma duração que ultrapassasse o presumível tempo de vida de algum dos seus sócios – o presumível tempo de vida de algum dos seus sócios, e não a duração normal da vida humana, note-se.²¹

Esta solução não foi, contudo, contemplada pelo legislador alemão em nenhum dos Códigos comerciais, nem no Código civil. Mas, como nos informa P. Ulmer²², foi durante muito tempo defendida pela maioria da doutrina, e chegou a ser acolhida pelo RG²³. Fazendo uma interpretação literal do § 134 HGB, a generalidade dos autores alemães²⁴ acabou por se afastar desse entendimento, e passou a defender que uma sociedade cujo prazo de duração, *contratualmente fixado*, ultrapasse o tempo presumível de vida de algum ou de todos os seus sócios não pode ser havida como “constituída por toda a vida de um sócio” e, por conseguinte, não pode ser equiparada, para efeitos de denunciabilidade do respectivo contrato, à sociedade constituída por tempo indeterminado (§ 132 HGB).

De todo o modo, mesmo os defensores desta interpretação do § 134 HGB reconhecem que, em certos casos, se impõe concluir pela *nulidade* da cláusula contratual que fixe à sociedade uma duração que ultrapasse o tempo normal da vida humana; é certo que, nesta hipótese, ainda estaremos em presença de uma sociedade constituída por tempo determinado (e daí a inaplicabilidade do referido preceito do HGB), mas, dada a excessividade da sua duração, se ela apresentar o tal padrão de *co-operação máxima* de que atrás falámos, a referida cláusula assumirá carácter “*amordaçante*”, aplicando-se-lhe, por isso mesmo, o § 138 BGB²⁵.

²⁰ Entre nós, essa equiparação – de que não encontramos rasto nos Códigos comerciais de 1833 e de 1888 e civil de 1867; na nossa doutrina mais antiga, ocupando-se da questão, *vide* CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, VII, 327 s. – consta do art. 1002.º, n.º 1, do actual Código civil e do art. 185.º, n.º 1, alínea a), CSC.

²¹ Para se considerar que uma sociedade, em cuja constituição participava um indivíduo com setenta anos de idade, tinha sido constituída por tempo indetenninado, não seria necessário que a duração dessa sociedade fosse fixada, por exemplo, em 99 anos – no caso, um prazo de duração de 30 anos, por exemplo, já seria suficiente para esse efeito.

²² In: *Staub-Großkommentar HGB*, § 134, anots. 3 e 7.

²³ Cfr. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 1511, nota 45

²⁴ As excepções mais relevantes foram as vozes de A. BAUMBACH/K. DUDEN/K. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, § 134, anot. 1, e M. NITSCHKE, *Die Personengesellschaft*, 370, nota 40.

²⁵ Neste sentido, cfr., por exemplo, H. P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit*, 235 s., *ID.*, *Handbuch*, I 398, anot. 633, e P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, §134, anot. 7; sobre a actual posição deste último Autor, cfr. *Münchener Kommentar BGB*, § 723, anot.

6. Da afirmação, com base nesse fundamento, da nulidade da cláusula que fixasse um prazo de duração à sociedade “excessivamente longo” – e supondo que essa nulidade não se propagava a todo o contrato (para os defensores da interpretação literal do § 134 HGB, a regra seria, aliás, a *nulidade parcial: utile per inutile non vitiatur*) – resultava, como consequência lógica, a atribuição aos respectivos sócios do *ordentliche Kündigungsrecht*, nos termos do § 132 HGB (a sociedade em causa passava a ser havida como constituída por tempo indeterminado).

O recurso ao § 138 BGB, para afirmar a nulidade das cláusulas contratuais que, não obstante determinarem com precisão o tempo por que é constituída a sociedade, lhe atribuem uma “duração excessiva”, é também admitida pelo BGH ²⁶ A este propósito, o mais alto tribunal alemão distingue entre as cláusulas que, determinando com precisão o tempo por que é constituída a sociedade, lhe atribuem uma duração não superior a 30 anos, e as que lhe atribuem uma duração que seguramente ultrapassa o tempo normal da vida humana (99 anos, por exemplo).

No primeiro caso, e em princípio, mesmo que as respectivas sociedades apresentem, como nós dizemos, um padrão de *co-operação máxima*, não ocorre violação do § 138 BGB, ou seja, em princípio, as referidas cláusulas não podem ser consideradas “amordaçantes”; no segundo caso, já estaremos, porém, perante cláusulas com esse cunho, as quais, por força do referido preceito, padecem de nulidade. K. Schmidt ²⁷, pensando apenas nas sociedades em nome colectivo (e nas sociedades em comandita simples) cujos sócios sejam pessoas humanas – é chegada a altura de lembrar que, na análise até agora feita, não pensámos senão nessas sociedades – aceita a referida distinção, mas dá-lhe um outro enquadramento jurídico-dogmático: (i) uma cláusula contratual que atribua à respectiva sociedade uma duração *superior* a 30 anos contraria a *ratio* do § 134 HGB e, por essa razão – por essa razão, e não por contrariedade aos bons costumes (§ 138 BGB), o que significa que estamos perante um “*limite inflexível*” –, não pode cobrar validade (esta solução está muito próxima da que foi consagrada pelo nosso legislador, que equiparou, para efeitos do direito de exoneração dos sócios, as sociedades civis e as sociedades em nome colectivo constituídas por período superior a 30 anos às sociedades dos

46; referindo-se aos “contratos amordaçantes”, isto é, “desmedidamente limitadores da liberdade pessoal e económica de uma das partes”, cfr., entre nós, C. MOTA PINTO, *Teoria*, 552.

²⁶ Cfr. a jurisprudência citada por K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 1511, e P. ULMER, in: *Münchener Kommentar BGB*, § 723, anot. 47.

²⁷ Cfr. *Gesellschaftsrecht*, 1512.

mesmos tipos constituídas por tempo indeterminado: art. 1002.º, n.º 1, *in fine*, do Código civil e art. 185.º, n.º 1, alínea a), CSC); (ii) uma cláusula contratual que atribua à respectiva sociedade uma duração *inferior* a 30 anos poderá, atentas todas as circunstâncias do caso concreto, violar o § 138 BGB ²⁸.

7. Tornemos ao *ordentliche Kündigungsrecht*, previsto no art. 124 ADHGB e no § 132 HGB (e, como já dissemos, no Código civil francês, na versão que vigorou até à Lei n. 78-9 de 4 de Janeiro de 1978, e nos nossos Códigos comerciais e civil do século XIX, que, nesse ponto, não trouxeram aliás qualquer novidade em relação às Ordenações Filipinas).

Sabendo já que a consagração desse direito responde à necessidade de defender a liberdade de iniciativa económica dos sócios, bem se compreende que não haja lugar para a sua derogabilidade ou mesmo para a sua renunciabilidade: a limitação à autonomia da vontade, que assim se afirma, tem por escopo, digamo-lo com o Professor Orlando de Carvalho, “defender a autodeterminação da pessoa – a sua concreta ou real autodeterminação – contra o formal livre arbítrio da lei da oferta e da procura” ²⁹.

Não obstante a persistente reafirmação da *imperatividade* do referido direito – em relação às sociedades civis, cuja disciplina (§§ 705 a 740 BGB) é, por força do § 105 Abs. 2 HGB, aplicável às OHG e às KG, a imperatividade do *ordentliche Kündigungsrecht* encontra-se expressamente consagrada (§ 723 Abs. 3 BGB) –, a maioria da doutrina e a própria jurisprudência alemãs sempre se mostraram condescendentes em relação a muitos acordos (*scilicet*: cláusulas contratuais) que, sem o excluir por inteiro, redundam na dificultação do seu exercício.

Neste quadro, avulta o entendimento, já antigo, segundo o qual os sócios de uma determinada sociedade em nome colectivo podem fixar

²⁸ Na hipótese de uma OHG ter como sócio outra OHG ou uma AG ou uma GmbH, e o respectivo contrato estipular que a sociedade dura pelo tempo por que durar a sociedade-sócio, *quid iuris*? Num primeiro momento, parece ter prevalecido o entendimento de que, numa hipótese como a descrita, a sociedade teria, por aplicação do § 134 HGB, de se considerar constituída por tempo indeterminado (cfr. os autores citados por H. P. WESTERMANN, *Handbuch*, I 393, anot. 623). Actualmente, a maioria da doutrina defende que esse preceito só é aplicável se a sociedade-sócio tiver sido constituída por tempo indeterminado; no caso de esta ter sido constituída por tempo determinado, a OHG da qual é sócio terá de entender-se também assim constituída; neste sentido, cfr., por exemplo, H. P. WESTERMANN, *Handbuch*, I 393, anot. 623, E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 134, anot. 5, P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 134, anot. 6, V. EMMERICH, *Heymann-Handelsgesetzbuch*, § 134, anot. 4, e I. KOLLER, in: *Ingo Koller/Wulf-Henning Roth/Winfried Morck – Handelsgesetzbuch*, § 134, anot. 2.

²⁹ Cfr. *Teoria Geral*, 17

um período durante o qual não exercerão o *ordentliche Kündigungsrecht*; só depois de decorrido esse período (de 10, 15 ou, no exemplo figurado por H. P. Westerman ³⁰, mesmo de 30 anos !), que valerá como *duração mínima* da sociedade, é que esta passa a ser considerada como constituída por tempo indeterminado, podendo então – e só então – os sócios exercer o falado direito, observando o *Kündigungsfrist* do § 132 HGB ou um outro mais longo eventualmente fixado no contrato ³¹⁻³².

³⁰ Cfr. *Handbuch*, I, 396, anot. 629.

³¹ Afirmando a validade das cláusulas de “exclusão temporária” do *ordentliche Kündigungsrecht* e de alargamento do *Kündigungsfrist*, cfr., entre muitos outros, para além de H. P. WESTERMANN, *Handbuch*, I 396, anot 629, E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 14, P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 132, anots. 23 a 25, V. EMMERICH, in: *Heymann-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 16, A. BAUMBACH/K. DUDEN/K. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 9, e U. STUHLFELNER, in: *Heidelberger-Kommentar HGB*, § 132, anot. 17.

³² Essa orientação da doutrina e da jurisprudência alemãs, favorável à validade das cláusulas de “exclusão temporária” do *ordentliche Kündigungsrecht* (dos sócios das sociedades em nome colectivo constituídas por tempo indeterminado), *ressoa* na norma do art. 185º, n.º 1, alínea a), CSC. Por força deste preceito, mesmo quando a sociedade em nome colectivo tenha sido constituída por tempo indeterminado (ou por toda a vida de um sócio ou por período superior a 30 anos), os sócios só poderão exercer o seu direito de exoneração *ad nutum* – e, na feliz expressão de PAULO A. V. HENRIQUES, *Desvinculação unilateral*, 32 (cfr. tb. a nota 18), “o direito de exoneração é o herdeiro universal do direito de renúncia” (ou, numa outra terminologia, do direito de denúncia *ad nutum*) – decorridos 10 anos de vinculação nessa qualidade (sobre o cômputo deste prazo, no caso de ter ocorrido a transmissão *mortis causa* da parte social, com opiniões divergentes, cfr. PAULO A. V. HENRIQUES, *Desvinculação unilateral*, 54, nota 65, e RAÚL VENTURA, *Novos estudos*, 286). Significa isto que, no silêncio do respectivo contrato, os sócios de uma sociedade em nome colectivo com a referida característica são feitos “prisioneiros” das suas participações sociais durante 10 anos, com a consequente restrição da sua liberdade de iniciativa económica: durante esse período ficam despojados do poder de exoneração *ad nutum*, ou seja, são colocados numa posição análoga àquela em que, por via de uma cláusula de “exclusão temporária” do *ordentliche Kündigungsrecht*, inserta no respectivo contrato de sociedade, podem ser colocados os sócios de uma sociedade em nome colectivo constituída por tempo indeterminado, no quadro do direito alemão E será que esse “tempo de prisão” dos sócios da sociedade em nome colectivo constituída por tempo indeterminado (ou por período legalmente equivalente) só se afirma no silêncio do respectivo contrato? Poderão os sócios *alargar*, por meio de uma cláusula contratual, adrede estipulada, o seu “tempo de prisão”? E, se em vez do alargamento do seu “tempo de prisão”, os sócios pretenderem encurtá-lo, utilizando o meio que foi há pouco referido, *quid iuris*? No fundo, e como já todos percebemos, estas várias questões reconduzem-se a esta outra: A regra legal dos 10 anos tem carácter imperativo enquanto período máximo e/ou enquanto período mínimo? Ocupando-se desta questão, e embora admita expressamente a possibilidade de entendimento diverso, PAULO A. V. HENRIQUES, *Desvinculação unilateral*, 55 s., conclui pela imperatividade dessa regra legal na dupla vertente acabada de apontar (*id est*, quer enquanto período mínimo, quer enquanto período máximo).

8. Complacente, como vínhamos dizendo, em relação às cláusulas de “exclusão temporária” do *ordentliche Kündigungsrecht* e de alargamento do

Por nossa banda, consideramos que os sócios de uma sociedade em nome colectivo constituída por tempo indeterminado (ou por um período legalmente equivalente) são livres de subordinar o exercício do direito de exoneração *ad nutum* à titularidade da participação social durante um período inferior ao fixado no art. 185.º, n.º 1, alínea a), *in fine*, CSC, estando-lhes, porém, vedado subordinar o exercício desse direito ao decurso de um período mais longo. Imperativa enquanto período máximo, a regra (dos 10 anos) do referido preceito é, pois, dispositiva enquanto período mínimo.

Quanto à justificação da imperatividade da regra naquela primeira vertente, nada temos a acrescentar ao que é dito por PAULO A. V. HENRIQUES, *Desvinculação unilateral*, 56 s. – para aí remetemos, pois. O carácter dispositivo da regra na segunda vertente (*id est*, enquanto período mínimo) não carece, verdadeiramente, de ser justificado: é o mais conforme com a liberdade de iniciativa económica das pessoas(-sócios), e seria estranho – tão estranho que nos pareceria até inconstitucional (*ex vi* arts. 61.º, n.º 1, e 80.º, alínea e), CRP) – que o legislador tivesse querido obrigar essas pessoas a ser menos livres do que elas desejavam ser. Não há-de, por certo, faltar quem diga que este nosso entendimento, que, em última instância, implica a validade de uma cláusula contratual atribuindo aos sócios o direito de exoneração no “dia seguinte” ao da constituição da sociedade, contende com o interesse geral, na medida em que a sua consecução reclama que as iniciativas empresariais sejam coroadas de êxito e, para que tal aconteça, será mister propiciar-lhes, mormente na sua fase inicial, condições de estabilidade. Por outra palavras, contra a interpretação que aqui fazemos do art. 185.º, n.º 1, alínea a), CSC, não faltará quem diga que ela não atende aos interesses ligados à conservação da empresa explorada por (ou sob a forma de) uma sociedade em nome colectivo constituída por tempo indeterminado (ou por um período legalmente equivalente), pois que, logo na fase inicial da afirmação dessa empresa no mercado, abre as portas às perturbações do seu desenvolvimento. A objecção só procederia se o legislador tivesse impedido os sócios de uma sociedade em nome colectivo com essa característica de a dissolverem por *mutuus dissensus* sem que tivesse decorrido um certo prazo sobre a data da sua constituição – esse prazo deveria, obviamente, coincidir com aquele durante o qual os sócios ficariam impedidos de exercer o direito de exoneração *ad nutum*. Se olharmos para o art. 194.º, n.º 1, CSC, fácil será, porém, verificar que o legislador não pôs qualquer restrição desse tipo à dissolução da sociedade por vontade dos sócios. Esta liberdade que os sócios têm de a todo o momento dissolverem a sociedade por *mutuus dissensus* não é só apanágio das sociedades em nome colectivo: também se afirma, por exemplo, em relação às sociedades por quotas (art. 270.º, n.º 1, CSC), e daí que nos pareça de duvidosa constitucionalidade a proibição constante do art. 240.º, n.º 6, *in fine*, CSC, de os sócios de uma sociedade desse tipo, através de urna cláusula contratual adrede estipulada, preverem o direito de exoneração *ad nutum*. Restará dizer que, defendendo-se – como nós aqui fazemos – a validade das cláusulas contratuais que, afastando o regime do art. 185.º, n.º 1, alínea a), *in fine*, CSC, reconheçam aos sócios o direito de exoneração logo “no dia seguinte” ao da constituição das respectivas sociedades, o exercício desse direito continuará, ainda assim, a conhecer os dois seguintes limites (extrínsecos): necessidade de observância de um prazo cóngruo de pré-aviso e não ser contrário à boa-fé.

Importará ainda fazer aqui referência ao regime do direito de exoneração *ad nutum* dos

sócios das sociedades civis constituídas por tempo indeterminado (ou por um período igualmente equivalente). Ao contrário do que acontece no quadro do art. 185.º, n.º 1, alínea a), CSC, o art. 1002.º, n.º 1, do Código civil não condiciona o exercício desse direito à manutenção da socialidade por qualquer período. Em nossa opinião, este silêncio da lei poderá (quando muito) abrir a porta à validade das cláusulas contratuais de “exclusão temporária” do exercício do direito de exoneração *ad nutum* dos sócios das sociedades civis constituídas por tempo indeterminado (ou por um período legalmente equivalente) – admitindo que “a fixação de um prazo mínimo [de inadmissibilidade do direito de exoneração] pode resultar implicitamente do próprio objectivo da sociedade”, cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código*, II, 316. A questão que a seguir se há-de pôr é a de saber se tais cláusulas serão sempre válidas, é dizer, se serão válidas qualquer que seja o tempo por que excluem o exercício do falado direito, ou se, para cobrarem validade, a exclusão desse mesmo direito, que nelas se prevê, não pode ir além de um *certo* período.

Todos haveremos de concordar que a primeira solução, carecendo de toda a lógica, é insustentável. Situemo-nos, pois, no âmbito da segunda, sendo certo que, uma vez aí, importará saber por quanto tempo é que, sem violação da *ratio* do art. 1002.º, n.º 1, do Código civil, poderão os sócios de uma sociedade civil constituída por tempo indeterminado (ou por um período legalmente equivalente) excluir, *através de uma cláusula adrede estipulada*, o exercício do seu direito de exoneração *ad nutum*. Consideramos que esse período não pode ser superior a 10 anos: aplicação da regra fixada no art. 185.º, n.º 1, alínea a), CSC (na sua vertente imperativa, é dizer, enquanto período máximo) por extensão teleológica. Neste ponto aproximamo-nos da posição de PAULO A. V. HENRIQUES, *Desvinculação unilateral*, 66. Mas já não concordamos com este Autor no que respeita – e fazemos uso das suas próprias palavras (*ob. cit.*, p. 64) – à “possibilidade de aplicação analógica do critério legal do período de 10 anos ao contrato de sociedade civil”. Em ambas as suas vertentes – liberdade de iniciar uma actividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e liberdade de gestão e actividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário) –, a liberdade de iniciativa económica é considerada pela Constituição como um direito fundamental, e não apenas como um princípio objectivo da organização económica (cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição anotada*, notas II e III ao art. 61.º). Como direito fundamental que é, a liberdade de iniciativa económica beneficia da analogia com os direitos, liberdades e garantias (art. 17.º CRP). Desta sorte, embora se reconheça que a “lei pode conformar com grande liberdade o seu *exercício* [o exercício da liberdade de iniciativa económica, entenda-se], estabelecendo *restrições* mais ou menos profundas” (cfr. J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição anotada*, nota III ao art. 61.º), não nos parece (constitucionalmente) admissível que tais restrições possam ser impostas por *analogia* ou, dizendo de outro modo, por outra forma que não seja a de uma *lei expressa* (sobre os pressupostos de validade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, cfr., por todos, J. J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição anotada*, notas VI a XV ao art. 18.º, e J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Direitos fundamentais*, 298 s.). E a verdade é que seria isso que aconteceria se aceitássemos a “aplicação analógica do critério legal dos dez anos ao contrato de sociedade civil”. Por um lado, no silêncio desse contrato (e respeitando ele a uma sociedade civil constituída por tempo indeterminado ou por um período legalmente equivalente) sobre as condições de exercício do direito de exoneração *ad nutum* dos sócios, estes só poderiam exercer esse direito decorridos que fossem 10 anos sobre a data da aquisição dessa sua qualidade. Por outro lado, e porventura mais grave para

Kündigungsfrist – e isso, como diz P. Ulmer³³, em nome do interesse dos sócios “*an möglichst weitgehender Bestandssicherung des gemeinsamen Unternehmens*” – a doutrina alemã desavém-se sobre a sorte das cláusulas que, afastando esse direito *in perpetuum*, estatuem sobre um seu “sucedâneo”. Daremos aqui dois exemplos de cláusulas desse tipo: as que “substituem” o *ordentliche Kündigungsrecht* pela livre transmissibilidade das participações sociais e as que o “substituem” pela faculdade de os sócios exigirem a transformação da sociedade numa “sociedade de capitais” (mormente, numa AG ou numa GmbH).

No primeiro caso, o sócio fica (teoricamente, quando menos) com a possibilidade de em qualquer momento, e por acto de simples vontade, se libertar da “prisão” que a titularidade da participação social representa, com a consequente recuperação da sua liberdade de iniciativa económica. Outra não é, já o sabemos, a finalidade do reconhecimento do *ordentliche Kündigungsrecht*. Contudo, entre ambos os institutos existe uma diferença de monta, que os críticos da sua “sucedaneidade”³⁴ não deixam de apontar: a titularidade do referido direito significa que o sócio só permanecerá na sociedade enquanto for essa a sua vontade, ao passo que para dela se apartar, pela via da transmissão da respectiva participação social, terá de encontrar um terceiro interessado, correndo assim o risco da *aversão* que essa participação possa suscitar – aversão tanto mais verosímil quanto é certo que falamos de uma participação social impregnada de elementos personalísticos (*v. g.*, responsabilidade pessoal e ilimitada, obrigação de não concorrência). Mesmo alguns autores que assim pensam e que, por conseguinte, rejeitam a “substituição” do *ordentliche Kündigungsrecht* pela livre transmissibilidade das participações sociais não deixam, porém, de reconhecer validade às cláusulas contratuais que, afastando esse direito *in*

a liberdade de iniciativa económica, se acaso se atribuisse carácter imperativo à regra legal (fixada no art. 185.º, n.º 1, alínea *a*), CSC), enquanto período mínimo, os sócios de uma sociedade civil constituída por tempo indeterminado (ou por um período legalmente equivalente), mesmo que a *vontade de todos eles* fosse no sentido de não subordinar o exercício do direito de exoneração *ad nutum* à titularidade da participação social durante certo tempo, para assim preservarem a sua liberdade de iniciativa económica, estariam impedidos de o fazer – e isto, não já por existir uma lei que *expressamente* assim o determinasse, mas por *analogia*. Parece-nos, com todo o respeito o dizemos – com todo o respeito, e também sem qualquer arrogância de saber –, uma solução insustentável.

³³ In: *Staub-Großkommentar HGB*, § 132, anot. 25.

³⁴ Cfr., por exemplo, E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 13, P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 132, anot. 29, e A. ANDÖRFER, *Ausschluß*, 34.

perpetuum, atribuem ao sócio a faculdade de exigir a aquisição da participação social pela própria sociedade ou pelos outros sócios³⁵.

Em relação às cláusulas que “substituem” o *ordentliche Kündigungsrecht* pela atribuição aos sócios da faculdade de exigirem a transformação da sociedade numa “sociedade de capitais”, há quem defenda que são nulas ³⁶, mas também há quem as considere válidas ³⁷; pelo meio, digamos assim, temos ainda aqueles que consideram que essas cláusulas só são válidas se a transmissão das participações sociais na nova sociedade não ficar dependente do consentimento desta ³⁸ e aqueles que dizem que elas só serão nulas se, apesar da alteração do tipo, a socialidade continuar impregnada de *elementos personalísticos* (caso da GmbH com um leque mais ou menos vasto de obrigações de prestações acessórias) ³⁹.

9. Sem chegarem à exclusão pura e simples do *ordentliche Kündigungsrecht* ou à sua substituição por outros institutos, os sócios das OHG (constituídas por tempo indeterminado), com a tal preocupação de que fala P. Ulmer “*an möglichst weitgehender Bestandssicherung des gemeinsamen Unternehmens*”, sempre cuidaram de introduzir *restrições* ao seu exercício.

Na prática, tais restrições significavam, muitas vezes, a própria exclusão do referido direito: por exemplo, obrigação de o denunciante pagar uma certa soma, a título de cláusula penal, e subordinação da eficácia da denúncia ao consentimento dos outros sócios ou da própria sociedade ⁴⁰.

Quando, por força do contrato de sociedade (aproveitando, como veremos já a seguir, da norma do §138 HGB e, já antes, da do art. 127 ADHGB), o exercício do *ordentliche Kündigungsrecht* implicava a dissolução

³⁵ Neste sentido, para além de E. GEßLER e P. ÜLMER, *últs. obs. cit.*, *últs. locs. cit.*, cfr. H. P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit*, 239 s., A. BAUMBACH/K. DUDEN/K. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, §132, anot. 10, e V. EMMERICH, in: *Heymann-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 14.

³⁶ Cfr., por exemplo, E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot 13, e H. P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit*, 240 s.

³⁷ Cfr., por exemplo, V. EMMERICH, in: *Heymann-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 14, e K. SCHMIDT, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 132, anots. 27 e 29.

³⁸ Assim: A. ANDÖRFER, *Ausschluß*, 82.

³⁹ Assim: P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 132, anot. 31. Sobre as chamadas “*Nebenleistungs-AG*” e “*Nebenleistungs-GmbH*”, cfr. M. NOGUEIRA SERENS, *A monopolização da concorrência*, p. 218 s. e 232 s.

⁴⁰ Afirmando a nulidade destas restrições ao exercício do *ordentliche Kündigungsrecht*, ou melhor, das cláusulas contratuais que as estatuissem – e, embora nunca se tivesse excluído a possibilidade de essa nulidade atingir todo o contrato de sociedade, a regra sempre foi a da sua nulidade parcial –, vide E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot 18, P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 132, anots. 36 e 37, e V. EMMERICH, in: *Heymann-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 15.

da socialidade em relação ao denunciante, e já não a dissolução da própria sociedade, eram frequentes as cláusulas que fixavam *ex ante* o valor da quota de liquidação (*v. g.*, valor resultante do último balanço aprovado, acrescido ou não da percentagem que correspondesse à participação social nas reservas ocultas, mas sem levar em conta o valor de *goodwill* da empresa), ou que regulavam o respectivo modo de pagamento (*v. g.*, dilatando-o no tempo, e a realizar em prestações, com ou sem vencimento de juros) ou, finalmente, que impunham ao denunciante uma obrigação de não-concorrência, com uma duração temporal mais ou menos dilatada, e cujo sujeito activo era a própria sociedade. A sorte destas outras cláusulas contratuais foi sempre muito discutida. Mas este é um ponto que não cabe aqui desenvolver ⁴¹.

Nos termos do § 138 HGB e, já antes, do art. 127 ADHGB, os sócios de uma OHG (ou de uma KG) constituída por tempo indeterminado podiam arredar o regime do § 131 Nr. 6 HGB, que já era o do art. 123 ADHGB, prevendo que o efeito do exercício do *ordentliche Kündigungsrecht* por parte de um dos sócios seria a dissolução da relação societária do sócio em causa, e não a dissolução da própria sociedade.

As cláusulas contratuais com esse conteúdo ⁴² significavam que o sócio, ao qual interessasse recuperar, em certo momento, a sua liberdade de ini-

⁴¹ Para o efeito, cfr. E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 18, e § 138, anot. 276, P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 132, anots. 33 a 35, V. EMMERICH, in: *Heymann-Handelsgesetzbuch*, § 132, anots. 16 e 17, U. STUHLFELNER, in: *Heidelberger Kommentar HGB*, § 132, anot. 7, e § 138, anot. 11, A. BAUMBACH/K. DUDEN/K. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 11, e § 138, anot. 36, e K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 1462 s.; sobre as convenções de liquidação de quota pelo último balanço, cfr., entre nós, A. FERRER CORREIA, in: *Estudos jurídicos*, II, 215 s.

⁴² Cláusulas que, a par das que afastavam a dissolução da sociedade em caso de morte ou de falência de um dos seus sócios, se diziam de “*continuação da sociedade*”. Nas sociedades bipessoais *ab initio*, porque não se concebia que a sociedade pudesse continuar com um único sócio (cfr., por todos, P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 38, anot. 10, e E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 2; na literatura jurídica portuguesa, sobre o problema das sociedades unipessoais, *vide* a obra clássica do Professor FERRER CORREIA, já atrás citada, *Sociedades fictícias e sociedades unipessoais*, 195 s.), eram admitidas as cláusulas segundo as quais, ocorrendo um causa de dissolução da sociedade, atinente à pessoa de um dos sócios, o outro sócio teria direito a que lhe fosse *adjudicada a “empresa social”*, que assim subsistiria na sua titularidade exclusiva, com a obrigação de indemnizar o ex-sócio ou, se fosse esse o caso, os seus herdeiros; por analogia com o § 142 HGB, de que falaremos adiante, uma cláusula· inserta num contrato de sociedade *pluripessoal* (entenda-se: com três ou mais sócios), na qual se previsse a continuação da sociedade, por exemplo, em caso de morte, de falência e de denúncia de algum dos sócios, poderia, em certos casos, ser entendida como “cláusula de adjudicação” (*Übernahmeklausel*), no sentido exposto, se, à data da ocorrência de algum daqueles factos, existissem ape-

ciativa económica, podia fazê-lo, *apartando-se da sociedade*, deixando-se, porém, aos seus consócios a possibilidade de continuarem a exploração da empresa comum; significando isto, as referidas cláusulas conseguiam, afinal, conciliar a defesa da liberdade de iniciativa económica dos sócios das OHG constituídas por tempo indeterminado com os interesses ligados à conservação da empresa comum.

De resto, foi a crescente acentuação desses interesses, favorecida pelo *legado* das teorias institucionalistas – necessidade de olhar a sociedade, não apenas como contrato, mas também como entidade (ou, se não quisermos ter medo das palavras, como instituição) –, que levou a que em muitos ordenamentos jurídicos (sirvam de exemplos o italiano e o português) o direito de denúncia *ad nutum* (o “direito de renúncia”, na terminologia do nosso Código civil de 1867 que era também a do Código civil francês) tivesse evoluído para o direito de exoneração *ad nutum*, passando então a valer a regra (*imperativa?*) da dissolução parcial da sociedade.

Na Alemanha também há novidades nesta matéria. Com a reforma do HGB, introduzida pela Lei de 22 de Junho de 1998, a denúncia deixou de constar do elenco legal das causas de dissolução da sociedade em nome colectivo (e da sociedade em comandita simples). Agora, nos termos do § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 HGB, a denúncia motiva a “segregação” (*Ausscheiden*) do sócio que a concretize, e não mais do que isso. Por outras palavras, à luz do referido preceito, a denúncia do contrato de sociedade em nome colectivo (e do contrato de sociedade em comandita simples) por parte de um dos seus sócios é agora causa de dissolução da relação societária desse sócio, e não causa de dissolução da própria sociedade – e isto mesmo que esta fique reduzida à unipessoalidade. Mas só é assim no silêncio do contrato de sociedade.

Em todo o caso, a alteração do regime legal supletivo, que deixou de ser o da dissolução da sociedade em consequência da denúncia do respectivo contrato por algum dos seus sócios, para passar a ser o da *continuação da sociedade* sem o (sócio-)denunciante – com a consequente *revogação* do § 138 HGB – é deveras significativa: em nome dos interesses ligados à estabilidade e à conservação das empresas, o legislador alemão abandonava, também ele, a ideia proveniente do direito romano, ideia segundo a qual

nas dois sócios (cfr., para além de P. ÜLMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 38, anot. 10, e E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 132, anot. 2, V. EMMERICH, in: *Heymann-Handelsgesetzbuch*, § 138, anot. 2, e A. BAUMBACH/K. DUDEN/K. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, § 138, anot. 6).

a sociedade deixava, digamos, de fazer sentido quando algum dos seus sócios a repudiava e, repudiando-a, repudiava os seus consócios⁴³.

⁴³ No nosso Código comercial de 1833, e como decorria do já referido art. 693 (cfr. *supra*, nota 14), o exercício do direito de denúncia *ad nutum* que cabia aos sócios das sociedades constituídas por tempo indeterminado – nas palavras dos Autores (anónimos) da *Explicação* ao referido Código (obra publicada em 1846, e que consta do catálogo da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com o número de registo 3 925; cfr. p. 250), “porque seria duro ligar as vontades por toda a vida, permite-se a cada socio retirar-se quando quizer, salvo o prejuizo social” – tinha por efeito a dissolução da própria sociedade. Por outro lado, o art. 699 atribuía esse mesmo efeito à morte de um dos sócios, não relevando para o caso o “prazo de duração” da sociedade; mas, por força desse mesmo preceito, se a sociedade tivesse mais de dois sócios, a morte de um deles só “operava a dissolução social entre todos” se não houvesse “convenção em contrário”. Nestes termos, caberia perguntar se três ou mais pessoas que constituíam uma sociedade por tempo indeterminado, e que eram livres de clausular a *continuação da sociedade* em caso de morte de uma delas (ainda que apenas com as supérstites, e não com os herdeiros da que falecesse), também podiam clausular nesse sentido para a hipótese de uma delas exercer o seu direito de denúncia *ad nutum* (ou ter sido sujeita a “quebra”, que, como diziam os *Explicadores*, era “a morte comercial do sócio”, ou vir a padecer de “innsânia”, que, sempre nas palavras dos *Explicadores*, implicava a sua sujeição “á curatella” – cfr. arts. 698 e 701 do referido Código). Esta questão continuou sem resposta no Código civil de 1867. Como se dizia no art. 1276.º, a sociedade acabava, *inter alia*, “pela morte ou pela interdição de algum dos sócios” (n.º 4.º) e “pela renúncia de algum dos sócios” (n.º 5.º). Todavia, e por força do disposto no corpo do art. 1278.º, a renúncia de algum dos sócios – a renúncia que não assentasse numa “causa legítima” (art. 1279.º; cfr. *infra*, nesta nota), importa frisá-lo – só constituiria causa de dissolução da sociedade se esta tivesse “duração ilimitada” – na opinião de AVELãs NUNES, *Direito de exclusão*, 71 s., esta norma não seria aplicável às sociedades comerciais; mas como atrás vimos a aplicação do art. 693 do Código comercial de 1833 não conduziria a resultado diferente – e, por via dela, “cada um dos sócios de sociedade de duração indeterminada” não se poderia arrogar o “direito à dissolução da sociedade”: o seu direito seria o de poder sair da sociedade quando entendesse (em vez do “*direito de renúncia*”, aí tínhamos já o “*direito de exoneração*”), não sendo obrigado a permanecer nela indefinidamente, e para que produzisse efeito (acrescentava o § 1.º do mesmo artigo) teria de ser feita de boa-fé, em tempo oportuno e notificada aos sócios, sendo que a renúncia se teria de considerar feita de *má-fé* quando o sócio renunciante pretendesse apropriar-se exclusivamente dos benefícios, que os sócios se propunham colher em comum (§ 2.º), e seria havida por *inoportuna* se as coisas não estivessem no seu estado integral, ou se a sociedade pudesse ser prejudicada, com a dissolução, nesse momento (§ 3.º). [Sobre estes três parágrafos do art. 1278.º do nosso Código civil de 1867, que eram quase uma tradução do art. 1869, 2.ª parte, e do art. 1870 do Código civil francês, na sua versão originária, vide CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, VII, 330 s.; o princípio da proibição da “renúncia de má-fé” e da “renúncia intempestiva” já tinha, aliás, consagração nas Ordenações Filipinas: “Porém, quando o companheiro, que renunciar a Companhia no dito caso [duração ilimitada], o fizer por *manha e engano*, nem por isso ficará desobrigado da Companhia” (Livro IV, Título XLIV, § 6); “Da mesma maneira não poderá

10. Ensinou a experiência que as sociedades em nome colectivo e as sociedades em comandita simples – continuemos só a pensar nestas duas

hum companheiro renunciar a Companhia quando a tal renúnciação fôr em prejuízo della, ou ainda durasse o tempo della” (§ 7.)

Atribuindo à renúncia, à interdição e à morte de algum dos sócios a mesma consequência, que era, como vimos há momentos, a dissolução da sociedade, o legislador só considerava (pelo menos expressamente) essa consequência arredável no último caso: “a sociedade continuará, contudo, ainda que faleça algum dos sócios – assim se lia no corpo do art. 1277.º –, se tiver sido estipulado que, nesse caso, a sociedade continuaria com os seus herdeiros, ou com os sócios existentes” (sobre as formas por que podia ser convencionalizada a continuação da sociedade com os herdeiros do sócio falecido, *vide* CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, VII, 316 s.). Na parte em que admitia, à semelhança, aliás, do Código civil francês (art. 1868, na sua versão originária), a validade de uma estipulação contratual prevendo a continuação da sociedade com os sócios sobreviventes e os herdeiros do sócio falecido – outra era, diga-se, a solução da Ordenações Filipinas (Livro IV, Título XLIV, § 4), que alguns diziam ser também a do Código comercial de 1833 (art. 699) –, a norma em causa rompia com a tradição romanista. Com efeito, no direito romano, excepção feita para as “sociedades de publicanos” (*societates vectigalium*), os sócios só podiam clausular que, após a morte de um deles, a respectiva sociedade continuaria com os supérstites. E, ao que parece, essa era a única “cláusula de continuação” admitida pelos jurisconsultos romanos. Desta sorte, embora tivesse dado aquele passo no sentido da validade das cláusulas prevendo a continuação da sociedade com os herdeiros do sócio que falecesse (claramente influenciado pelas soluções do Código civil francês, tributárias dos ensinamentos de Pothier), é bem possível que o legislador do Código civil de 1867 se não quisesse afastar mais da tradição romanista, e tivesse *silenciado* as “cláusulas de continuação” da sociedade em caso de renúncia ou de interdição de algum dos sócios, exactamente porque lhe repugnou admitir a sua validade. Em tal hipótese, que nos parece a mais verosímil, poder-se-ia, pois, dizer que o *silêncio falava*, excluindo-se, consequentemente, a existência de qualquer lacuna: a falta de determinações sobre as referidas cláusulas “não seria contrária ao plano do legislador”, antes “conforme com esse plano” estando assim afastada a aplicação, por analogia, do art. 1277.º Em nossa opinião, a diferença entre o regime do Código comercial de 1833 e o do Código civil de 1867 cingir-se-ia ao seguinte: o primeiro *parecia* não admitir a validade das cláusulas prevendo que, em caso de morte de algum dos sócios, a sociedade continuaria com os sobreviventes e com os herdeiros do sócio falecido (fidelidade à tradição romanista, que era também característica das Ordenações Filipinas), ao passo que o segundo admitia *expressamente* a validade dessa cláusulas (*entorse* à referida tradição), mas nem um nem outro admitiam as “cláusulas de continuação” da sociedade em caso de renúncia, de interdição ou de “quebra” de algum dos seus sócios (com diferente opinião, cfr., porém, CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, VII, 328: “a sociedade pode continuar entre os outros sócios, independentemente de cláusula prévia nos termos do art. 1277.º; e o renunciante terá, apenas, o direito de reclamar o seu quinhão, conforme o estado da sociedade nêsse momento ou pelo último balanço anterior”; no que respeita à sociedade em nome colectivo, e sempre nas palavras do mesmo Autor, *Comentário*, I, 296, “a renúncia de um sócio não implica a liquidação da sociedade, a qual pode continuar com os outros sócios”). Em relação às sociedades em nome colectivo, com o Código comercial de 1888, essa diferença tornou-se bem mais significativa. Continuou, é certo, a

formas de sociedade –, quando não eram constituídas por tempo indeterminado, não deixavam ainda assim de apresentar carácter (mais ou menos) duradouro. Por outro lado, assentando a sua disciplina, e como já várias vezes dissemos, no paradigma de “*co-operação máxima*”, a ligação pessoal entre as partes dos respectivos contratos, é dizer, entre os sócios das sociedades desse(s) tipo(s), é necessariamente muito estreita. Ambas as características explicam que, desde há muito, se admita a sua dissolução com fundamento em “*justa causa*”: tratou-se, no fundo, de aplicar ao contrato de sociedade em nome colectivo (e ao contrato de sociedade em comandita simples) um princípio geral de direito, que é aquele que permite que uma relação contratual duradoura, mormente quando a sua constituição ou desenvolvimento implica uma ligação pessoal mais estreita, seja dissolvida antes de decorrido o prazo de vigência que as partes estabeleceram, para tanto, houver *motivo*, que há-de necessariamente ser um “*motivo grave*”.

No direito alemão, a dissolução da sociedade em nome colectivo (e da sociedade em comandita simples), antes de decorrido o prazo fixado no respectivo contrato para a sua duração, com fundamento em “*motivo grave*” (*wichtige Grund*), era expressamente admitida no art. 125 ADHGB, ao qual corresponde, no quadro do HGB, o § 133. Aquele primeiro preceito, conquanto já exigisse a *intervenção do tribunal* – a *vontade* de um dos sócios em dissolver a sociedade com fundamento em “*motivo grave*”, sendo condição necessária, não constituía, porém, condição suficiente para a consumação desse evento –, não atribuía à respectiva decisão efeito constitutivo: a dissolução da sociedade verificava-se no momento em que o sócio intentava a competente acção se o “*motivo grave*”, cuja existência invocava, viesse a ser confirmado pelo tribunal ⁴⁴.

preceituar-se que as sociedades em nome colectivo se dissolviam pela morte ou interdição (e, como dizia CUNHA GONÇALVES, *Tratado*, VII, p. 295, “a palavra *interdição* abrangia também a falência”) de qualquer dos sócios e, sendo por tempo indeterminado, pela simples vontade de um dos sócios; mas esta disposição, que constava do art. 120.º ‘ § 1.º do referido Código, “entender-se-ia sem prejuízo de quaisquer estipulações em contrário” – assim se dizia no § 5.º daquele mesmo artigo. As “cláusulas de continuação” das sociedades em nome colectivo em caso de renúncia ou de interdição de algum dos seus sócios recebiam assim a benção do nosso legislador. Com esta inovação, e pensando apenas na cláusula de continuação da sociedade em caso de renúncia de algum dos sócios, a sua inclusão num contrato de sociedade em nome colectivo constituída por tempo indeterminado significava que a empresa social já não seria posta em causa por um simples acto de vontade de algum dos sócios.

⁴⁴ A decisão tinha, portanto, “apenas efeito declaratório” – cfr. P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 133, anot. 2.

No âmbito do § 133 HGB, a dissolução da sociedade só se consuma com o trânsito em julgado da respectiva sentença: é esta, enquanto “acto de soberania estadual” – o que não significa que deva assegurar “*Staatsinteressen*”⁴⁵ –, que conforma a situação jurídica, tendo, portanto, efeito constitutivo.

Esta outra solução, que atrasa o mais possível a dissolução da sociedade, é menos desfavorável aos interesses ligados à conservação da respectiva empresa; por outro lado, é ainda considerada a mais conforme com a certeza e a segurança jurídicas, pois que, dada a *indeterminabilidade* do conceito de “motivo grave”, nem sempre será fácil apurar se um certo facto, circunstância ou situação preenche ou não esse conceito.

É verdade que o legislador cuidou de dar exemplos – violação (dolosa ou com negligência grosseira) por parte de um *outro* sócio (aplicação da regra “*nemo auditur propriam turpitudinem alegans*”) de uma obrigação essencial decorrente do contrato de sociedade ou impossibilidade superveniente do cumprimento de uma obrigação com esse carácter (§ 133 Abs. 2 HGB) –, mas não foi (nem lhe era exigível que fosse) além disso. A partir desses exemplos, e tendo também em conta a vasta experiência jurisprudencial, a doutrina alemã⁴⁶ mostra-se concorde em afirmar que existe “motivo grave”, na acepção do § 133, quando, atentas todas as circunstâncias do caso concreto, deixa de ser exigível ao sócio que intenta a acção de dissolução perseverar na relação societária até ao termo normal da sua dissolução, em particular, quando a relação de confiança recíproca entre os sócios, que constitui o fundamento da sua *co-operação*, se encontra tão degradada que não é expectável que seja retomada em moldes que permitam a realização do interesse comum a todos eles (pensando no “motivo grave” ou “justa causa” como fundamento de resolução da generalidade das “relações duradoiras” –, sobretudo daquelas que na sua constituição ou no seu desenvolvimento impliquem uma ligação pessoal mais estreita” –, J. Baptista Machado⁴⁷ define-o como “qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual, e segundo a boa-fé, não seja *exigível* a uma das partes a continuação da relação contratual; todo o facto capaz de fazer perigar o fim do contrato ou de dificultar a obtenção desse fim, qualquer conduta que possa fazer desaparecer pressupostos, pessoais ou reais, essenciais ao desenvolvimento da relação, designadamente qualquer

⁴⁵ Cfr. H. P. WESTERMANN, *Handbuch*, 1 400, anot. 640.

⁴⁶ Cfr., por todos, P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 133, anot 8, E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 133, anot. 3, e V. EMMERICH, in: *Heymann-Handelsgesetzbuch*, § 133, anot. 3.

⁴⁷ In: *Obra Dispersa*, I, 143.

conduta contrária ao dever de correcção e lealdade – ao dever de *fidelidade* na relação associativa”.

A definição abarca *motivos internos*, ligados à pessoa de um sócio, e *motivos externos*, que se prendem com a realização do fim da sociedade ou com a impossibilidade de o realizar e ainda com determinadas circunstâncias que afectam os fundamentos económicos da própria sociedade. 1) Entre os motivos internos (ou de natureza pessoal, como também poderíamos dizer) contam-se, desde logo, aqueles que o próprio legislador enuncia no já referido § 133 Abs. 2 HGB: violação (dolosa ou com negligência grosseira) por parte de um outro sócio de uma obrigação essencial decorrente do contrato de sociedade ou impossibilidade superveniente do cumprimento de uma obrigação com esse carácter.

Importa dizer que não é qualquer violação (dolosa ou com negligência grosseira) de uma obrigação essencial do contrato de sociedade que é causa da sua dissolução: essa violação há-se ser suficientemente grave, é dizer, há-de ser grave ao ponto de não se poder exigir ao sócio que pede a dissolução da sociedade a continuação desta. E o mesmo vale para o caso de impossibilidade superveniente do cumprimento de uma obrigação essencial por parte de algum dos sócios: essa impossibilidade só constitui um “motivo grave” se a situação que dela decorre abalar as bases da sociedade.

A questão de saber quais as obrigações decorrentes do contrato de sociedade que assumem *carácter essencial* só pode ser resolvida à luz do caso concreto. Mas, e como é da natureza das coisas, esse qualificativo não pode deixar de caber à obrigação de gerir a sociedade de forma criteriosa e ordenada. Consequentemente, uma gestão fraudulenta, que se traduza, por exemplo, na falsificação da escrita, na prática de desfalques, no uso da firma social para a prática de negócios pessoais, constitui um “motivo grave”; e o mesmo vale, por exemplo, em relação a uma gestão desleixada ou a comportamentos descabidos para com os empregados ou à prática de negócios de elevado risco, apesar da advertência dos consócios.

O cunho da essencialidade cabe igualmente à obrigação de salvaguardar a “*lealdade societária*” (*Gesellschaftstreue*) ou, dizendo de outra forma, ao dever de nada fazer que possa prejudicar a reputação dos consócios aos olhos do público ou que possa destruir a relação de confiança no seio do grémio social; nesta perspectiva, constituem “motivos graves”, por exemplo, a delação de um sócio pelo seu consócio, o adultério com a esposa de um consócio, a oposição sistemática e injustificada às medidas tomadas pelos outros sócios, a privação injustificada dos poderes de gerência. “Motivo grave” será ainda o não cumprimento da obrigação de entrada (em bens ou serviços) por qualquer dos sócios; e também o é o

abalo do crédito da sociedade provocado pela falência de um sócio ou pela propalação de um boato sobre o seu grau de endividamento, e ainda o é a doença prolongada de algum dos sócios. 2) Entre os motivos externos, considerados “graves”, e que por isso constituem fundamento para a (interposição da acção de) dissolução da sociedade, conta-se a sua não-rentabilidade prolongada. Esta situação, que tem a ver com a frustração da expectativa dos sócios na realização de lucros, pode afirmar-se sem que tenham ocorrido perdas sensíveis do capital social. Aliás, a existência destas últimas não constitui, por si só, um “motivo grave”: na fase de afirmação da empresa, a acumulação de perdas surge quase sempre como uma inevitabilidade, mas tal não significa que o negócio, passada essa fase, não venha a mostrar-se altamente rentável. Outro motivo externo, considerado “grave”, é a impossibilidade de realizar o fim da sociedade: a radical alteração das condições-de-concorrência, já pela acção dos próprios concorrentes (processo de concentração), já pela acção do Estado (uma nova política fiscal ou aduaneira), que torne inverosímil qualquer possibilidade de a sociedade continuar a ser lucrativa, constitui o exemplo frequentemente apontado ⁴⁸.

11. Unâнимes na afirmação de que o “motivo grave” não pressupõe culpa do sócio em cuja pessoa ele se verifica – bastaria, aliás, atentar nalguns dos factos ou situações, que ainda agora se disseram constituir “motivo grave”, para se concluir isso mesmo (*v. g.*, doença prolongada de algum dos sócios ou propalação de um boato sobre o seu grau de endividamento) –, a doutrina e a jurisprudência alemãs também acentuam, e a uma voz, que a dissolução judicial da sociedade deve ser encarada como o *último recurso*.⁴⁹

Parece existir contradição entre estas duas posições. Com efeito, *dissociando-se* o “motivo grave” da culpa, alarga-se o leque dos factos ou situações susceptíveis de constituir “motivo grave” e, nessa medida, aumentam as hipóteses de uma sociedade vir a ser dissolvida por decisão judicial, que pode conduzir à aniquilação da empresa, que é afinal o resultado por cujo temor se diz que a dissolução judicial da sociedade constitui o último recurso. Se pensarmos que a conservação da empresa só se justifica se esta

⁴⁸ Cfr. P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 133, anot. 38; sobre os outros “motivos graves” internos e externos, para além deste Autor, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 133, anot. 27 a 37, *vide*, por exemplo, E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 133, anots. 7 a 12, e V. EMMERICH, in: *Heymann-Handelsgesetzbuch*, § 133, anots. 8 a 13.

⁴⁹ Nas Palavras de P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 133, anot. 41, “*die gerichtliche Auflösung der äußerste Rechtsbehelf bleiben muß*”.

tiver condições de funcionamento, logo veremos que não há qualquer contradição entre as referidas posições: um determinado facto ou situação, ligado à pessoa de um dos sócios, e para cuja ocorrência este não teve qualquer culpa, pode, na verdade, comprometer de modo tão definitivo o funcionamento da empresa como um facto ou situação, também ele de cariz pessoal, e que decorre de um comportamento culposos de qualquer dos sócios.

12. Na esteira do art. 125 ADHGB, o § 133 Abs. 3 HGB afirmava a nulidade dos acordos que excluíssem o direito de requerer a dissolução da sociedade em nome colectivo (e da sociedade em comandita simples) ou que introduzissem restrições ao seu exercício contrárias ao disposto nas Abs. 1 e 2 do mesmo preceito (“A pedido de um sócio pode ser decretada judicialmente a dissolução da sociedade antes de decorrido o prazo fixado para a sua duração ou, tendo a sociedade sido constituída por tempo indeterminado, sem denúncia, quando existir um motivo grave” – Abs. 1; “um tal motivo existe, nomeadamente, quando um outro sócio viola, dolosamente ou com negligência grosseira, uma obrigação essencial que para ele resulta do contrato de sociedade ou quando o cumprimento de uma tal obrigação se tornou impossível” – Abs. 2).

Tal como vimos acontecer em relação ao *ordentliche Kündigungsrecht*, a doutrina e a jurisprudência nunca entenderam a *indisponibilidade* destoutro direito, que alguns apelidam de “*außerordentliche Kündigungsrecht*”⁵⁰, em termos absolutos. Donde a afirmação da validade, não só dos acordos (*scilicet*: cláusulas contratuais) fixando um catálogo de factos ou situações cuja ocorrência não faz surgir o direito de requerer a dissolução da sociedade ou que só faz surgir esse direito se acrescerem determinadas condições (*v. g.*, estatuir que a doença ou ausência de um sócio só constitui “motivo grave” se ultrapassar um certo período ou se o sócio doente ou ausente não arranjar um substituto para desempenhar as suas tarefas, a quem ele próprio pagará), mas também dos acordos prevendo que a ocorrência de determinados factos ou situações implica sempre o surgimento do falado direito (*v. g.*, estatuir que a interdição ou a ausência ou a doença de um sócio por determinado período constitui sempre “motivo grave”).

Entre os acordos respeitantes ao próprio direito de (requerer a) dissolução da sociedade, e cuja validade é admitida pela generalidade da doutrina e da jurisprudência, contam-se ainda os que prevêm que, ocorrendo “motivo grave”, sobrevirá a dissolução da sociedade em consequência da própria denúncia de algum dos sócios com esse fundamento; a interven-

⁵⁰ Assim, por exemplo, E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 133, anot 1.

ção do tribunal – que pode revelar-se indispensável para resolver um eventual dissídio entre os sócios sobre a existência ou não de “motivo grave” estribante da denúncia – só ocorrerá *ex post*, por via de uma acção declarativa intentada por qualquer dos sócios.

Existe a mesma unanimidade de vistas no que respeita à validade dos acordos prevendo que a interposição da acção de dissolução da sociedade com fundamento em “motivo grave” (ou o exercício do direito de denúncia com esse fundamento – supondo, é claro, que este direito foi contratualmente consagrado como “substituto” do direito de interpor a acção de dissolução) implicará apenas a saída da sociedade do autor dessa acção (ou, se for esse o caso, do sócio-denunciante). Mas já é patente a divisão, no seio da doutrina, sobre a sorte dos acordos pelos quais os sócios, renunciando ao direito de requerer a dissolução da sociedade se ocorrer um “motivo grave” na pessoa de um deles, se obrigam a (só) requerer a exclusão do sócio em causa.

Parece-nos que a razão está do lado dos que negam a validade de tais acordos ⁵¹. É verdade que, como veremos já a seguir, os sócios podem requerer ao tribunal, em vez da dissolução da sociedade, a exclusão do sócio em cuja pessoa se verifica uma circunstância constitutiva de “motivo grave”; mas uma coisa é o sócio renunciar, em concreto ou de forma casuística, ao direito de requerer a dissolução da sociedade, com fundamento em “motivo grave” ligado à pessoa de um seu consócio, abrindo assim mão da possibilidade de, em determinada ocasião, e à luz dos seus próprios interesses, recuperar a sua liberdade de iniciativa económica, outra bem diferente é renunciar a esse direito em abstracto, com a consequente obrigação de nunca aproveitar da existência de um “motivo grave” ligado à pessoa de um consócio para fazer cessar a relação societária, daí decorrendo a impossibilidade de recuperar a sua liberdade de iniciativa económica.

De resto, e vistas bem as coisas, é a ideia da inalienabilidade dessa liberdade que justifica a ilicitude, à luz do § 133 Abs. 3 HGB, dos acordos que sujeitem a interposição da acção de dissolução da sociedade, com fundamento em “motivo grave”, ao consentimento de terceiros ou que façam depender a qualificação de um certo facto ou situação como “motivo grave” de uma deliberação dos sócios nesse sentido⁵².

⁵¹ Neste sentido, cfr. E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 133, anot. 34; contra, P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 133, anot. 78.

⁵² Cfr., por todos, E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, § 133, anot. 34; P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 133, anot. 80, e I. KOLLER, in: *Ingo Koller/Wulf-Henning Roth/Winfried Morck – Handelsgesetzbuch*, § 133, anot. 4.

13. Uma das normas do HGB, que melhor reflecte a preocupação do legislador alemão oitocentista com a conservação da empresa, é a do § 140 Abs. 1, que já tinha aliás correspondente no ADHGB (art. 128)⁵³. Nele se dispõe o seguinte: “Se ocorrer na pessoa de um sócio uma circunstância que, segundo o § 133, permite aos demais sócios exigir a dissolução da sociedade, pode ser pronunciada pelo tribunal, a pedido dos outros sócios, em vez da dissolução, a exclusão daquele sócio da sociedade”.

O âmbito de aplicação deste preceito não coincide com o do § 133: a exclusão de um ou mais sócios só pode ser requerida se puder ser requerida a dissolução da sociedade, mas a inversa não é verdadeira, ou seja, apesar de ser possível requerer a dissolução da sociedade com fundamento em “motivo grave” (§ 133), daí não decorre que seja possível requerer a exclusão de um ou mais sócios (§ 140) – e isto porque os únicos “motivos graves” que, constituindo causas de dissolução da sociedade, constituem, outrossim, causas de exclusão de um ou mais sócios, são aqueles que têm a ver com as pessoas desses sócios.

Uma outra diferença entre os dois preceitos reside no seguinte: a ocorrência de um “motivo grave”, ligado ou não à pessoa de um sócio, faz emergir o direito de *qualquer* outro sócio requerer a dissolução da sociedade, ao passo que, ocorrendo um “motivo grave”, ligado à pessoa de um sócio, a sua exclusão só é possível se a respectiva acção for intentada por *todos* os outros sócios.

Por outro lado, antes da reforma de 1998, o § 140 HGB só colhia aplicação se a sociedade tivesse mais de dois sócios e não ficasse reduzida à unipessoalidade em consequência da exclusão de algum deles: na falta destes pressupostos, a sociedade não poderia continuar, exactamente porque não se concebia que pudesse existir uma sociedade com um único sócio.

No quadro do ADHGB, esta *repugnância* pela unipessoalidade implicava que, nas sociedades com apenas dois sócios (e também naquelas outras que, tendo um número superior de sócios, ficariam reduzidas à unipessoalidade em consequência da exclusão de alguns deles), a ocorrência de “motivo grave” na pessoa de um sócio (ou de alguns sócios) só poderia funcionar como causa de dissolução da respectiva sociedade, com a provável destruição da empresa até então explorada em comum.

Deixou de ser assim com a promulgação do HGB, em cujo § 142 se dispunha o seguinte: “Se existirem apenas dois sócios, e na pessoa de um se verificarem as condições dadas as quais seria possível a sua exclusão da sociedade, se fosse maior o número de associados, o outro sócio poderá

⁵³ Cfr. P. ULMER, in: *Staub-Großkommentar HGB*, § 140, anot. 1.

ser autorizado pelo juiz, a seu requerimento, a assumir a [titularidade da] empresa com todo o activo e passivo sem liquidação.” Esta a tradução que o Professor Ferrer Correia fez do referido preceito, a propósito do qual escreveu o seguinte: “Assim se vê que a possibilidade de exclusão nas sociedades de dois sócios não está (ou não está sempre) condicionada pela admissibilidade das sociedades unipessoais. O sócio, contra o qual foi proposta a acção de exclusão, não poderá defender-se com o argumento de que, uma vez a exclusão decretada, se seguirá inevitavelmente a dissolução da sociedade. Imposta por sentença a exclusão, liquidada e paga ao excluído a sua parte, dissolver-se-á realmente a sociedade (se a lei não consentir a sua persistência com um único associado); mas ter-se-á alcançado a finalidade primária visada pelos contraentes: a conservação da empresa, que subsistirá, na titularidade exclusiva do único ‘sócio’ restante como empresa individual.”⁵⁴

14. Com a reforma de 1998, a restrição, atrás apontada, à aplicação do § 140 HGB foi arredada. E isto por força de um aditamento então introduzido no preceito, que passou a constituir a Abs. 2 Satz. 2, e no qual se lê o seguinte: “*Der Ausschließungsklage steht nicht entgegen, daß nach der Ausschließung nur ein Gesellschafter verbleibt*” (numa tradução livre: o facto de a sociedade ficar, em consequência da exclusão, com um único sócio não preclui a acção de exclusão). Esta alteração do § 140 HGB retirou conteúdo útil ao § 142 HGB, que por isso foi revogado.

Bibliografia

- ANDÖRFER, Adolf – *Ausschluß und Beschränkung der Kündigungsrecht bei Personengesellschaften*, Köln, 1967 (cit.: *Ausschluß*)
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.^a ed., 2004 (cit.: *Direitos fundamentais*)
- BAUMBACH, Adolf/DUDEN, Konrad/HOPT, Klaus J. – *Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, 29. Aufl., München, 1995 (cit.: *Handelsgesetzbuch*)
- CAEIRO, António A. – “A dissolução da sociedade por quotas por acordo dos sócios”, in: *Temas de direito das sociedades*, Coimbra, 1984, p. 249 s. (cit.: in: *Temas*)
- CANOTILHO, J. J./MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a ed., Coimbra, 1993 (cit.: *Constituição anotada*)

⁵⁴ Cfr. *Sociedades fictícias*, 201, nota 2; para mais desenvolvimentos sobre os §§ 140 e 142, vide, por exemplo, P. ULMER, in: *Großkommentar HGB*, 565-585 e 583-609, e E. GEßLER, in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, 1238-1246 e 1250-1256.

- CORREIA, António de A. Ferrer- *Sociedades fictícias e unipessoais*, Coimbra, 1948 (cit.: *Sociedades fictícias*)
- “Convenções de liquidações de quota pelo último balanço e liberalidade”, in: *Estudos Jurídicos – II: Estudos de direito civil, comercial e criminal*, 2.ª ed., Coimbra, 1985, 215 s. (citado: in: *Estudos Jurídicos*, II).
- COSTA, Mário Júlio/CORDEIRO, António Menezes – *Cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, 1986 (cit.: *Cláusulas contratuais gerais*)
- EMMERICH, Volker – In: *Heymann-Handelsgesetzbuch*, Band 2, Zweites Buch, §§ 105-237, Berlin/New York, 1989 (cit.: in: *Heymann-Handelsgesetzbuch*)
- GEßLER, Ernst – In: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*, 2. Band, 4. Aufl., 1965 (cit.: in: *Schlegelberger-Handelsgesetzbuch*)
- GONÇALVES, Luiz da Cunha – *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. II, Lisboa, 1914 (cit.: *Comentário I*)
- *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. VII, Coimbra, 1933 (cit.: *Tratado VII*)
- HENRIQUES, Paulo A. Videira – *A desvinculação unilateral ad nutum nos contratos civis de sociedade e de mandato*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Studia Iuridica*, 54, Coimbra, 2001 (cit.: *Desvinculação unilateral*)
- KOLLER, Ingo – *Handelsgesetzbuch – Kommentar von Ingo Koller/Wulf-Henning Roth/Winfried Morck*, 2. Aufl., München, 1999 (cit.: in: *Ingo Koller/Wulf-Henning Roth/Winfried Morck*)
- KÜBLER, Friederich – *Gesellschaftsrecht – Die privatrechtlicher Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, 4. Aufl., Heidelberg, 1994 (cit.: *Gesellschaftsrecht*)
- LIMA, Pires de/VARELA, J. de Matos Antunes – *Código Civil Anotado*, vol. II (arts. 762.º a 1250.º), 4.ª ed., Coimbra, 1997 (cit.: *Código II*)
- MACHADO, João Baptista – “*Parecer sobre denúncia e direito de resolução de contrato de locação de estabelecimento comercial*”, in: *Obra Dispersa*, vol. I, Braga, 1991, p. 647 s. (cit.: *Obra Dispersa*)
- MONTEIRO, António Pinto – *Denúncia de um contrato de concessão comercial*, Coimbra, 1998 (cit.: *Denúncia*)
- NITSCHKE, Manfred – *Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft*, Bielefeld, 1970 (cit.: *Personengesellschaft*)
- NUNES, António José Avelãs – *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, Coimbra, 1968 (cit.: *Direito de exclusão*)
- PINTO, Carlos Mota – *Teoria geral do Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra, 1985 (cit.: *Teoria*)
- SCHMIDT, Karsten – *Gesellschaftsrecht*, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München, 1997 (cit.: *Gesellschaftsrecht*)
- SERENS, M. Nogueira – *A monopolização da concorrência e a (re-)emergência da tutela da marca*, Coimbra, 2007 (cit.: *A monopolização da concorrência*)
- SILVA, João Calvão da – *Cumprimeento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 1987 (cit.: *Cumprimeto*)

- ULMER, Peter – In: *Handelsgesetzbuch-Großkommentar*, 3. Aufl., Zweiter Band, 1. Halbband, §§ 105-144, Berlin/New York, 1973 (cit.: in: *Staub-Großkommentar HGB*)
- *In. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 2. Halbband, §§ 652-853, 2. Aufl., München, 1996 (cit.: *Münchener Kommentar BGB*)
- VARELA, João de Matos – *Das obrigações em geral*, vol I, 9.^a ed., Coimbra, 1996 (cit.: *Obrigações*)
- VENTURA, Raúl – *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*, Coimbra, 1994, (cit.: *Novos estudos*)
- *Sociedades por Quotas – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra, 1987 (cit.: *Sociedade por quotas*, I)
- WESTERMANN, Harm P. – *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, 1970 (cit.: *Vertragsfreiheit*)
- *Handbuch der Personengesellschaften*, 4. Aufl., Köln, 1994 (cit.: *Handbuch*)

RESUMO: Reflete-se sobre a responsabilidade tributária dos administradores de empresas em contexto de insolvência, abordando-se duas questões: a relevância da decisão final do incidente da qualificação da insolvência para a responsabilidade tributária dos administradores (que recupera actualidade com a nova regra de responsabilidade tributária consagrada no diploma que cria o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas) e a recente declaração de inconstitucionalidade da norma do art. 100.º do Código da Insolvência, quando interpretada no sentido de que a declaração de insolvência aí prevista suspende o prazo prescricional das dívidas tributárias imputáveis ao responsável subsidiário no âmbito do processo tributário.

Palavras-chave: responsabilidade tributária; administradores de empresas; insolvência; recuperação de empresas.

ABSTRACT: The core topic of this paper is tax liability of corporate directors. Two specific issues are addressed: the impact of the qualification of insolvency on tax liability of directors (even more appropriate now that there is a new rule on tax liability in the Regime of Out of Court Corporate Restructuring) and the recent declaration of unconstitutionality of article 100 of the Insolvency Act, insofar as it suspends the prescription of the director's tax obligations.

Keywords: tax liability; corporate directors; insolvency; corporate restructuring.

CATARINA SERRA *

Responsabilidade tributária dos administradores de empresas em contexto de insolvência – reflexões

Introdução

Sob o tema “responsabilidade dos administradores de empresas em contexto de insolvência” reflecte-se, em particular, sobre duas questões¹.

* Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

¹ Estas reflexões foram motivadas pelo convite que me foi endereçado, em nome da Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, pelo Senhor Conselheiro Carlos Carvalho, para intervir no Colóquio de Direito Tributário. O Coló-

A primeira incide sobre a relevância da decisão final do incidente da qualificação da insolvência, ou seja, da sentença que qualifica a insolvência como fortuita ou como culposa, para a responsabilidade tributária dos administradores de empresas. A questão não é nova mas recupera, indiscutivelmente, actualidade com a introdução da nova regra da responsabilidade tributária dos administradores de empresas consagrada no art. 33.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de Março, pressupondo uma breve referência a esta.

A segunda questão respeita directamente aos administradores da empresa enquanto responsáveis subsidiários e à regra da suspensão do prazo de prescrição das dívidas tributárias, prevista no art. 100.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas².

Sendo possível encontrar o conceito de “responsável subsidiário” noutros domínios jurídicos³, ele é, em rigor, um conceito exclusivo do Direito Tributário, designando os sujeitos que assumem responsabilidade por obrigações tributárias que são imputáveis, a título principal, a outros sujeitos⁴. Cabem nesta categoria o titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada (cfr. art. 25.º da Lei Geral Tributária⁵) e o substituto tributário (cfr. art. 28.º da LGT), mas os responsáveis tributários mais habituais são, sem dúvida, os administradores de sociedades (cfr. art. 24.º da LGT)⁶.

quio realizou-se no Auditório do Conselho Regional de Coimbra da Ordem dos Advogados, no dia 30 de Novembro de 2018, correspondendo o presente texto à intervenção que efectuei na ocasião.

² Doravante CIRE.

³ Por exemplo, atendendo a que certos sócios de sociedades comerciais, mais precisamente os sócios das sociedades em nome colectivo e os sócios comanditados das sociedades em comandita, respondem pessoal e subsidiariamente por todas as dívidas da sociedade, pode considerar-se que eles são responsáveis subsidiários.

⁴ A responsabilidade tributária é, em regra, de natureza subsidiária face ao devedor originário ou principal, em conformidade com o disposto nos arts. 22.º, n.º 3, e 23.º da Lei Geral Tributária (LGT) e arts. 159.º e 160.º do Código de Procedimento e Processo Tributário (CPPT), sendo a distinção entre a responsabilidade solidária ou subsidiária uma distinção apenas relevante quando exista pluralidade de responsáveis subsidiários e servindo para estabelecer se a execução reverte contra todos, pela quantia por que cada um é responsável, ou pode reverter exclusivamente contra um deles, pela obrigação integral.

⁵ Doravante LGT.

⁶ Note-se que a responsabilidade prevista no n.º 1 do art. 24.º da LGT se estende, nos termos do n.º 2, aos órgãos de fiscalização e revisores oficiais de contas, desde que se prove que a violação dos deveres tributários da pessoa jurídica resultou do incumprimento das suas funções de fiscalização, e, nos termos do n.º 3, aos técnicos oficiais de contas, desde que se demonstre a violação dolosa dos deveres de assunção de responsabilidade pela

Acontece que a norma do art. 100.º do CIRE foi recentemente declarada inconstitucional, quando interpretada no sentido de que a declaração de insolvência aí prevista suspende o prazo prescricional das dívidas tributárias imputáveis ao responsável subsidiário no âmbito do processo tributário, por violação do art. 165.º, n.º 1, al. i), da Constituição da República Portuguesa⁷. Torna-se, assim, oportuna esta segunda reflexão.

1. A relevância da qualificação da insolvência para a responsabilidade tributária dos administradores de empresas

1.1. Breve contextualização: o (novo) regime de responsabilidade tributária dos titulares de órgãos de administração de empresas

O novo regime de responsabilidade tributária dos titulares de órgãos de administração da empresa (administradores judiciais ou outros) investidos nas funções de administração está consagrado no art. 33.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de Março, que aprova o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas⁸.

Nele se determina que os administradores judiciais ou titulares de órgãos de administração de uma pessoa jurídica ou ente fiscalmente equiparado, que sejam investidos nessas funções na sequência de acordo celebrado nos termos do RERE, da aprovação de plano de revitalização homologado no âmbito de Processo Especial de Revitalização⁹ ou de plano de recuperação aprovado no âmbito de processo de insolvência, são subsidiariamente responsáveis em relação àquelas e solidariamente entre si, pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo ou depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o património da pessoa jurídica ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente para a sua satisfação.

regularização técnica nas áreas contabilística e fiscal ou de assinatura de declarações fiscais, demonstrações financeiras e seus anexos.

⁷ Doravante CRP.

⁸ O Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (doravante RERE) é um novo regime de enquadramento para a celebração de acordos informais e para os acordos informais já celebrados entre a empresa e os seus credores com vista à recuperação daquela. Sobre o RERE cfr. CATARINA SERRA, *Regime Extrajudicial de Empresas – Análise (e) Crítica*, Coimbra, Almedina, 2018.

⁹ Doravante PER.

Em face do teor da norma, estranha-se, desde logo, a sua epígrafe (“Responsabilidade dos administradores judiciais”), que é, primeiro, excessivamente restritiva quanto aos sujeitos abrangidos (não são só administradores judiciais) e, segundo, excessivamente vaga quanto ao tipo de responsabilidade em causa (é só responsabilidade tributária).

Estranha-se, depois, a sua localização, ou seja, que uma norma que versa a responsabilidade tributária e que tem este alcance se encontre fora da legislação tributária e, em particular, na lei que cria o RERE.

É manifesta, aliás, a semelhança entre esta e outras normas formalmente integradas na disciplina geral tributária, designadamente a do art. 24.º, n.º 1, als. a) e b), da LGT, que regula a responsabilidade tributária dos titulares dos órgãos de administração de sociedades comerciais e entes equiparados pelas obrigações tributárias¹⁰, e ainda, em certos termos, a do art. 8.º, n.º 1, als. a) e b), e n.º 8, do Regime Geral das Infracções Tributárias¹¹, que regula a responsabilidade tributária dos titulares dos órgãos de administração de sociedades comerciais e entes equiparados por multas e coimas¹².

¹⁰ Recorde-se que nas als. a) e b) do n.º 1 do art. 24.º da LGT se estabelece, mais precisamente, que “[o]s administradores, directores e gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão em pessoas colectivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis em relação a estas e solidariamente entre si pelas dívidas tributárias cujo facto constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente para a sua satisfação; pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento”. Segundo JOSÉ CASALTA NABAIS [*Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2015 (8.ª ed.), pp. 263-264], trata-se, sem dúvida, de uma distribuição do ónus da prova mais equilibrada do que a solução anterior, constante do (revogado) art. 13.º do Código do Processo Tributário, em que se dizia que “[o]s administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam funções de administração nas empresas e sociedades de responsabilidade limitada são subsidiariamente responsáveis em relação àquelas e solidariamente entre si por todas as contribuições e impostos relativos ao período de exercício do seu cargo, salvo se provarem que não foi por culpa sua que o património da empresa ou sociedade de responsabilidade limitada se tornou insuficiente para a satisfação dos créditos fiscais”.

¹¹ Doravante RGIT.

¹² Recorde-se que nas als. a) e b) do n.º 1 do art. 8.º do RGIT se estabelece, mais precisamente, que “[o]s administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração em pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são subsidiariamente responsáveis pelas multas ou coimas aplicadas a infracções por factos praticados no período do exercício do seu cargo ou por factos anteriores quando tiver sido por culpa

Por comparação com estas normas, é de salientar a inexistência, no art. 33.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de Março, de uma presunção de culpa e, concretamente, de uma presunção de culpa dos administradores judiciais ou titulares de órgãos de administração pela falta de cumprimento das dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo, semelhante àquela que está consagrada no art. 24.º, n.º 1, al. b), da LGT¹³ 14. A intenção do legislador com esta intervenção recente terá sido, justamente, a de afastar a presunção de culpa em tais situações¹⁵.

sua que o património da sociedade ou pessoa colectiva se tornou insuficiente para o seu pagamento; pelas multas ou coimas devidas por factos anteriores quando a decisão definitiva que as aplicar for notificada durante o período do exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento”.

¹³ Se o facto constitutivo se tiver verificado no período de exercício do seu cargo ou o prazo legal de pagamento ou entrega tiver terminado depois deste, o art. 24.º, n.º 1, al. a), da LGT prevê que seja a Autoridade Tributária a provar que foi por culpa dos administradores que o património da pessoa jurídica ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente para a sua satisfação. Esta distribuição do ónus da prova é imputável, segundo ANA PAULA DOURADO (*Direito Fiscal: Lições*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 87) à (maior) probabilidade de a insatisfação da dívida tributária se dever ao gestor que exercia o cargo quando o respectivo prazo de pagamento ou entrega terminou. Saliente-se, por fim, a diferença quanto ao facto relevante para a culpa em cada uma das situações: na al. a), a culpa é pela insuficiência do património da pessoa jurídica ou ente fiscalmente equiparado enquanto na al. b), a culpa é pela falta de pagamento das dívidas tributárias.

¹⁴ Sobre a inaplicabilidade desta norma, em particular, aos administradores judiciais cfr. CATARINA SERRA, “Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – Dois problemas no contexto da insolvência de sociedades”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2012, vol. 8, pp. 75 e s. O regime de responsabilidade tributária dos administradores da insolvência decorre hoje do disposto no art. 65.º do CIRE, podendo dizer-se que lhes cabe apenas uma espécie de “responsabilidade residual”. Quer isto dizer que o administrador da insolvência é responsável pelas obrigações fiscais que se constituam a partir da declaração de insolvência e até que cesse a sua actividade de administração da massa. E quando se verifica a administração da massa pelo devedor [cfr. arts. 36.º, al. e), e 223.º e s. do CIRE] é a este último (ou aos seus representantes legais), e não já ao administrador da insolvência, que incumbe o cumprimento das obrigações fiscais. Sobre a questão da responsabilidade tributária dos administradores judiciais cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 88 e s.

¹⁵ Também para SARA LUÍS DIAS [“Novas medidas no plano fiscal”, in: CATARINA SERRA (coord.), *Seminário de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019 (em curso de publicação)], “[se] [p]rocurou, com esta norma, excluir a aplicação do disposto na al. b) do n.º 1 do artigo 24.º da LGT – que estabelece uma presunção de culpa do gerente ou administrador na insuficiência de património da sociedade para pagamento das dívidas cujo prazo de pagamento termina no período de exercício das suas funções de gestão – aos administradores judiciais, transferindo-se para a Autoridade tributária, com esta nova disposição, o ónus da prova deste pressuposto. O objetivo foi ‘dificultar’ as reversões dos processos

Quem olhe para a norma do ponto de vista dos interesses da Autoridade Tributária dirá certamente que a ausência da presunção de culpa representa a maior fragilidade da norma no art. 33.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de Março, que conduzirá, em última análise, à sua inutilidade prática, tal como sucedeu com o art. 8.º do RGIT.

É verdade que será particularmente oneroso para a Autoridade Tributária provar que a insuficiência do património da empresa para a satisfação das obrigações tributárias se deve à culpa do sujeito, especialmente quando a empresa está em situação de pré-insolvência. Pressupõe, nomeadamente, que se prove que o sujeito afectou os bens a finalidades diferentes daquelas que a lei prevê.

Mas uma solução diferente seria intolerável, sob o prisma quer da justiça material quer da teleologia do sistema. As pessoas em causa asseguram a gestão da empresa em circunstâncias muito difíceis, algumas até a título especial (por causa e enquanto durar o contexto particular em que se encontra a empresa); é de elementar justiça que, para as responsabilizar, a Autoridade Tributária necessite de provar a sua culpa na criação da insuficiência patrimonial da empresa. No caso contrário, tornar-se-ia improvável encontrar quem assumisse o encargo de dirigir empresas em tais circunstâncias, sendo o risco de o património da empresa em situação de crise ser, à partida, insuficiente (ou se tornar insuficiente) muito mais elevado do que o normal¹⁶.

Esta interpretação é reforçada pelo exposto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 81/2017, de 8 de Junho de 2017, dirigido à aprovação de medidas adicionais, designadamente de carácter fiscal, no âmbito do chamado “Programa Capitalizar”¹⁷. Diz-se aí que o “[a]fastamento, no

de execução fiscal que a Autoridade Tributária vem efetuando contra os administradores judiciais, a fim de os responsabilizar pessoalmente pelas dívidas tributárias não pagas durante o período de exercício do seu cargo”.

¹⁶ Mesmo em relação ao art. 24.º da LGT, há quem admita que a necessidade de prova, pelos administradores, da ausência de culpa, desencadeada pela presunção, pode ser um ónus demasiado gravoso para a gestão de empresas. Assim, afirma, por exemplo, José CASALTA NABAIS (*Direito Fiscal*, cit., pp. 263-264) que se trata de uma *diabólica probatio* e, por isso mesmo, demasiado onerosa, susceptível de converter a administração ou gestão das sociedades “numa actividade de alto risco que ou afugenta os administradores ou gestores sérios ou fomenta os mais variados e imaginativos expedientes ilícitos para obstar aos pesados efeitos desse ónus da prova” e que “a solução mais acertada seria a que equipara o regime da responsabilidade dos administradores e gerentes no direito fiscal à do direito das sociedades, constante do art. 78.º do Código das Sociedades”.

¹⁷ O Programa Capitalizar é um programa estratégico de apoio à capitalização das empresas, aprovado pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 42/2016, de 18 de Agosto) com as seguintes áreas estratégicas de intervenção: a simplificação administrativa e o

âmbito do artigo 24.º da lei geral tributária, da regra da inversão do ónus da prova, quanto à responsabilidade relativa a impostos referentes a períodos de tributação anteriores ao início de funções de (i) administradores judiciais ou de (ii) titulares de órgãos de administração de uma sociedade que sejam investidos nessas funções na sequência de acordo celebrado nos termos do Regime Extrajudicial de Reestruturação de Empresas, da aprovação de plano de revitalização homologado no âmbito de Processo Especial de Revitalização ou de plano de recuperação aprovado no âmbito de processo de insolvência” é “um caso de elementar justiça, no caso de administradores judiciais, que em nada contribuíram para a situação anterior ao seu início de funções; nos demais casos, remove um poderoso desincentivo à renovação da gestão que em muitos casos é condição de sucesso dos processos de reestruturação empresarial”.

Em síntese, a norma do art. 33.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de Março, traz duas novidades dignas de especial atenção.

Em primeiro lugar, esclarece que a responsabilidade tributária é extensível às pessoas que não são administradores da empresa em sentido próprio (titulares de órgãos de administração) e exercem estas funções por razões meramente circunstanciais. Estão em causa, por excelência, os administradores judiciais, sendo o título da norma sintomático quanto aos seus destinatários.

Em segundo lugar, atenua os termos em que os administradores em sentido próprio ficam constituídos em responsabilidade tributária, com o afastamento da regra da inversão do ónus da prova consagrada no art. 24.º, n.º 1, al. b), da LGT quando sejam investidos naquelas funções na sequência de acordo de reestruturação do RERE, de plano de recuperação do PER ou de plano de recuperação do processo de insolvência¹⁸.

É de realçar, a propósito, que, embora a lei se refira a “administradores judiciais e titulares de órgãos de administração”, não há razões para excluir quem exerce a administração somente de facto¹⁹ e, já agora, nem

enquadramento sistémico; a fiscalidade; a reestruturação empresarial; a alavancagem de financiamento e investimento e a dinamização do mercado de capitais. A lista de medidas integrantes teve por base as propostas apresentadas pela Estrutura de Missão para a Capitalização de Empresas, criada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2015, de 23 de Dezembro.

¹⁸ O exposto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 81/2017, de 8 de Junho de 2017, já referido, confirma este designio da norma.

¹⁹ No que toca, em especial, à regra da responsabilidade tributária estabelecida no art. 24.º da LGT, a intenção de abranger ambos os casos é manifesta na fórmula “pessoas que exerçam, *ainda que somente de facto*, funções de administração ou gestão” (sublinhados nossos). Outro exemplo paradigmático, fora da legislação tributária, é o art. 186.º, n.º 1,

para excluir quem exerce a administração somente de direito (sendo consensual, sobretudo na jurisprudência, que aquilo que é decisivo é a administração de facto e que esta se presume, *juris tantum*, sempre que existe administração de direito²⁰). Em conformidade com isto, os administradores de facto devem considerar-se abrangidos pelo disposto no art. 33.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de Março, ainda que não sejam titulares, de direito, de órgãos de administração.

No que toca à segunda novidade trazida pela norma do art. 33.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de Março, começa já a dizer-se que “se por um lado se compreende o objetivo de simplificar o caminho aos gerentes e administradores na tentativa de recuperar/reestruturar as empresas que gerem, por outro, parece-nos que a aplicação destas normas nestes casos se possa revelar injusta, desproporcional e até contraditória com o que vem previsto no referido artigo 24.º da LGT, aplicável às restantes situações em que surgem dívidas tributárias, e que estabelece uma solução mais gravosa para os gerentes e administradores que não recorram a um processo de recuperação”²¹. O exposto na Resolução do Conselho de Ministros n.º 81/2017, de 8 de Junho de 2017, antecipa e responde, como se viu, satisfatoriamente a esta crítica.

Se, a final, a Autoridade Tributária acolherá – acolherá bem – esta nova disciplina, menos favorecedora dos interesses públicos de tipo patrimonial, caberá ao tempo demonstrá-lo. A experiência tornará justificado algum cepticismo²².

1.2. A relação entre a culpa para efeitos da qualificação da insolvência e a culpa para efeitos da responsabilidade tributária dos administradores de empresas

A nova norma de responsabilidade tributária dos administradores de empresas reacende, como se disse, uma discussão antiga – a discussão sobre se existe uma relação (directa ou automática) entre a presunção/prova da culpa no domínio da qualificação da insolvência e o requisito da culpa exigido para efeitos da responsabilidade tributária dos administradores de empresas (para efeitos do disposto no art.º 24, n.º 1, da LGT,

do CIRE, no âmbito da qualificação da insolvência, referindo-se a “administradores de direito *ou de facto*” (sublinhados nossos).

²⁰ Cfr., neste sentido, ainda que brevemente, JOSÉ CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, cit., p. 265.

²¹ Cfr. SARA LUÍS DIAS, “Novas medidas no plano fiscal”, cit.

²² Cfr., por exemplo, SARA LUÍS DIAS, “Novas medidas no plano fiscal”, cit.

no art. 8.º do RGIT e, a partir de agora, no art. 33.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de Março).

A questão tem sido discutida na jurisprudência, em sede de oposição à execução fiscal, e desdobra-se, em rigor em duas. A primeira – a que se chamaria “*eficácia externa positiva*” da qualificação da insolvência – é sobre a susceptibilidade de a *sentença de qualificação da insolvência como culposa*, proferida no incidente de qualificação de insolvência, valer para se dar como provada a culpa dos administradores (pela insuficiência patrimonial do devedor principal) que é exigida pelo art. 24.º, n.º 1, al. a), da LGT. A segunda – a que se chamaria, por seu turno, “*eficácia externa negativa*” da qualificação da insolvência – é sobre a susceptibilidade de a *sentença de qualificação da insolvência como fortuita*, proferida no incidente de qualificação de insolvência, afastar a presunção de culpa (pela falta de pagamento das dívidas tributárias) dos administradores consagrada no art. 24.º, n.º 1, al. b), da LGT²³.

Seria tentador – é sempre tentador – fazer uma leitura unitária ou unificadora do sistema jurídico e responder afirmativamente às duas questões. A verdade é que isso não é possível.

Com relevância para ambas as questões, há que compreender que a qualificação da insolvência, quer como culposa quer como fortuita, é o resultado de um incidente processual particular, que, por ser enxertado no processo de insolvência, tem uma finalidade e uma tramitação próprias e pressupostos diferentes de outros processos ou procedimentos que possam igualmente implicar a aferição ou o apuramento da culpa dos administradores. Por esta razão não produz – não pode produzir – efeitos externos ao processo de insolvência, dispondo a lei que ela não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais ou das acções a que se reporta o n.º 3 do art. 82.º do CIRE (cfr. art. 185.º do CIRE). Pela mesma razão ela não é – não pode ser – vinculativa para efeitos de reversão da execução fiscal, sendo irrelevante para aferir da responsabilidade tributária dos administradores.

A culpa que está em causa na qualificação de insolvência é, em particular, um pressuposto diferente da culpa que está em causa na responsabilidade tributária.

²³ Evidentemente, não existindo, como se disse, no art. 33.º da Lei n.º 8/2018, de 2 de Março, qualquer presunção de culpa, só a primeira questão pode pôr-se e isso só nos casos em que, por um lado, a empresa seja declarada insolvente e, por outro, seja aberto o incidente da qualificação da insolvência, já que a abertura do incidente deixou de ser obrigatória a partir de 2012 (com a Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril). Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 302.

Quando se apura a primeira apura-se a culpa *na criação* ou *no agravamento da insolvência*; quando se apura a segunda apura-se a culpa *na insuficiência patrimonial* do devedor principal. Ora, nem sempre a insolvência significa insuficiência patrimonial (há sujeitos que, não obstante estarem em situação patrimonial líquida positiva, estão impossibilitados de cumprir) e nem sempre a insuficiência patrimonial coincide com insolvência (há sujeitos que, não obstante estarem em situação patrimonial líquida negativa, continuam a ter condições de cumprir)²⁴.

Acresce que, assentando o regime da insolvência culposa num sistema de presunções legais (absolutas e relativas), a culpa pode ser presumida. Ora, algumas das presunções resultam de factos que dificilmente são demonstrativos da culpa do sujeito na insuficiência patrimonial do devedor principal. Este é, manifestamente, o caso das presunções enunciadas nas als. *h*) e *i*) do n.º 2 e nas als. *a*) e *b*) do n.º 3 do art. 186.º do CIRE²⁵.

Quanto à segunda questão (da eficácia externa negativa), equacionável no âmbito do art. 24.º da LGT, também ela deve ser respondida negativamente.

A diferença entre o pressuposto da culpa para efeitos de qualificação de insolvência e o pressuposto da culpa para efeitos de responsabilidade tributária torna-se, neste contexto, ainda mais visível: um é a culpa *na criação ou no agravamento da insolvência*; o outro é a culpa *na falta de pagamento das dívidas tributárias*. Este último é claramente mais amplo do que o primeiro. Trata-se da culpa na falta de pagamento das dívidas tributárias, seja qual for a sua causa²⁶. Estão abrangidos todos os actos conducentes à falta de pagamento, podendo esta ser imputável a actos de má gestão (que tornaram o património insuficiente e o pagamento das dívidas tributárias impossível), mas também, como é frequente, a uma decisão de não pagamento (não pagamento “por opção de gestão”)²⁷.

²⁴ Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 58.

²⁵ Cfr., sobre o incidente de qualificação da insolvência e a diferente natureza dos factos em que assentam estas presunções legais, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 298 e s. (esp. pp. 301 e s.).

²⁶ Cfr., no mesmo sentido, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, “Responsabilidade tributária subsidiária – Apontamentos”, in: *Miscelâneas*, n.º 5, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2010, p. 160. Diz a autora que a referência à “falta de pagamento” deixa margem à responsabilização do administrador mesmo quando não haja insuficiência patrimonial.

²⁷ Neste último caso, o administrador omite deliberadamente o pagamento das dívidas tributárias em prol, por exemplo, do pagamento aos trabalhadores ou aos fornecedores, por considerar que é preferencial pagar a estes credores.

Além disso, a qualificação da insolvência como fortuita não envolve necessariamente uma apreciação da culpa, sendo a qualificação supletiva ou residual. Atente-se no art. 242.º, n.º 6, do CIRE, onde se diz que “[s]empre que ocorra o encerramento do processo de insolvência sem que tenha sido aberto incidente de qualificação por aplicação do disposto na alínea i) do n.º 1 do artigo 36.º, deve o juiz declarar expressamente na decisão prevista no artigo 230.º o caráter fortuito da insolvência”.

A questão da eficácia externa negativa da qualificação da insolvência tem surgido com frequência nos tribunais administrativos e fiscais mas, tanto quanto é possível saber, deu origem apenas a duas decisões das instâncias judiciais superiores: o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 21 de Maio de 2015, Proc. 06381/13 (Relatora: ANABELA RUSSO), e o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 17 de Junho de 2015, Proc. 01189/14 (Relatora: ISABEL MARQUES DA SILVA)²⁸. Recentemente, voltou, porém, a ser posta perante o Supremo Tribunal Administrativo. No caso, o recorrente (gerente de uma sociedade por quotas) alegava que a decisão judicial de qualificação da insolvência como fortuita era suficiente para afastar a presunção de culpa na falta de pagamento das dívidas tributárias que incidia sobre ele.

No Acórdão de 28 de Fevereiro de 2018, Proc. 0708/17 (Relatora: DULCE NETO)²⁹, o Supremo Tribunal Administrativo, invocando a sua decisão anterior, considerou que a questão não tinha nem a relevância jurídica nem relevância social fundamentais [i.e., exigidas pelo art. 150.º, n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos³⁰ para o recurso de revista ser admitido] e não conheceu do recurso. Recordou, não obstante, a decisão proferida no Acórdão de 17 de Junho de 2015), em que se esclareceu que “da qualificação da insolvência da devedora originária como ‘fortuita’ não se pode extrair *ipso jure* ou automaticamente o afastamento da presunção de culpa do responsável subsidiário pela falta de pagamento das dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo (art. 24.º, n.º 1, alínea b) da LGT)”^{31/32}.

²⁸ Ambos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>.

²⁹ Também disponível em <http://www.dgsi.pt>.

³⁰ Doravante CPTA.

³¹ A mesma questão havia sido apreciada pelo Tribunal Central Administrativo Sul, no Acórdão de 21 de Maio de 2015, Proc. 06381/13 (Relatora: ANABELA RUSSO) e ficado decidida em sentido próximo. Afirma-se neste Acórdão que, “[d]istintamente do que ocorre com a qualificação de uma insolvência como culposa, a qualificação daquela como fortuita

não traduz qualquer juízo de mérito da conduta (culposa ou não) do gerente (Oponente) mas, tão só, um juízo de que não foram apurados factos que determinassem que nesse sentido (culposo) fosse averiguada a conduta do responsável pela actividade comercial da insolvente. Seja porque a qualificação de uma insolvência como fortuita não tem efeitos externos ao processo de insolvência, seja porquanto a averiguação ali feita tem pressupostos e enquadramento processual e temporal diversos do processo de Oposição Judicial, a qualificação de insolvência como fortuita não equivale à demonstração de inexistência de culpa em processo de Oposição Judicial”.

³² Problema distinto, não obstante relacionado com aquele que se acaba de expor, é o da relevância da qualificação da insolvência para efeitos da dispensa da garantia de que depende o pagamento da dívida tributária em prestações eventualmente prevista em plano de recuperação. Uma vez assente que, em regra, a concessão da dispensa de garantia não contende com o princípio da indisponibilidade dos créditos tributários, deve esclarecer-se em que condições opera esta concessão. A lei determina que a cobrança da prestação tributária se suspende, entre outros casos, no processo de execução fiscal quando haja pagamento em prestações (cfr. art. 52.º, n.º 1, da LGT) e que esta suspensão depende de prestação de garantia idónea nos termos das leis tributárias (cfr. art. 52.º, n.º 2, da LGT), podendo a Autoridade Tributária isentar o executado, mediante requerimento deste, nos casos em que a prestação lhe cause prejuízo irreparável ou exista manifesta falta de meios económicos revelada pela insuficiência de bens penhoráveis para o pagamento da dívida exequenda e acrescido, *desde que não existam fortes indícios de que a insuficiência ou inexistência de bens se deveu a actuação dolosa do interessado* (cfr. art. 52.º, n.º 4, da LGT). Existem, em síntese, dois pressupostos (um positivo e outro negativo) para a dispensa de prestação de garantia: o risco de prejuízo irreparável ou, alternativamente, a manifesta falta de meios e a ausência de indícios fortes de contributo doloso do executado para a inexistência ou insuficiência de bens. É consensual que ao executado cabe alegar e provar o requisito positivo, cumprindo à Autoridade Tributária provar o requisito negativo se quiser indeferir o pedido de dispensa. A pergunta inevitável é a seguinte: poderá a Autoridade Tributária dar o requisito por provado quando a sentença tenha qualificado a insolvência como culposa? Afloram a questão ANABELA RUSSO e FÁTIMA REIS SILVA (“O Processo Especial de Revitalização no espaço de conexão da jurisprudência dos tribunais comuns e dos tribunais tributários”, in: *Revista de Direito da Insolvência*, 2017, n.º 1, pp. 146 e s.). Afirmam as autoras, a certa altura, que, no caso particular do PER, a culpa não chega a ser apreciada porque não está previsto o incidente de qualificação da insolvência. Disto se retira que, para as autoras, a qualificação da insolvência, quando exista, é susceptível de ser relevante para efeitos do art. 52.º, n.º 4, da LGT. O raciocínio suscita imediatamente duas observações: por um lado, na maioria dos casos (execuções contra sociedades comerciais), o sujeito passível de ser afectado pela qualificação da insolvência não é o executado/requerente e beneficiário da dispensa de garantia; por outro lado, pelas razões apresentadas em texto, a qualificação da insolvência não tem – não pode ter –, tão-pouco aqui, eficácia externa (positiva). Tenha-se presente, desde logo, que a insolvência pode ser qualificada como culposa por (mera) culpa grave, e não dolo, dos sujeitos.

2. A responsabilidade tributária dos administradores de empresas e a suspensão do prazo de prescrição das dívidas tributárias

2.1. A declaração de inconstitucionalidade (de certa interpretação) do artigo 100.º do Código da insolvência e da Recuperação de Empresas

Nos termos do art. 100.º do CIRE, “[a] sentença de declaração da insolvência determina a suspensão de todos os prazos de prescrição e de caducidade oponíveis pelo devedor, durante o decurso do processo”³³.

Sucedo que esta norma foi recentemente declarada inconstitucional no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 557/2018, de 23 de Outubro de 2018 (Relator: PEDRO MACHETE)³⁴, quando interpretada no sentido de que a declaração de insolvência aí prevista suspende o prazo prescricional das dívidas tributárias imputáveis ao responsável subsidiário no âmbito do processo tributário, por violação do art. 165.º, n.º 1, al. i), da CRP.

A declaração de inconstitucionalidade não é surpreendente, tendo a norma sido anteriormente julgada inconstitucional em três casos concretos: no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 362/2015, de 9 de Julho (Relator: PEDRO MACHETE), no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 270/2017, de 31 de Maio (Relator: FERNANDO VENTURA)³⁵, e, por fim, na Decisão Sumária do Tribunal Constitucional n.º 162/2018, de 6 de Março de 2018 (Relator: FERNANDO VENTURA)³⁶.

A verdade é que ela contraria uma jurisprudência reiterada do Supremo Tribunal Administrativo³⁷ e, sobretudo, acarreta consequências não des-

³³ Esta norma não tem directa correspondência no Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresas e de Falência (CPEREF). Cfr., no entanto, o art. 29.º, n.º 1, *in fine*, do CPEREF, de onde resultava que, no processo de recuperação, depois de proferido o despacho de prosseguimento, todos os prazos de prescrição e caducidade oponíveis pelo devedor se suspendiam.

³⁴ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

³⁵ Ambos disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>. O primeiro foi objecto de breve comentário de MICAELA AFONSO e ISABEL SOUSA CASTRO [“Comentário ao Acórdão n.º 362/2015 do Tribunal Constitucional, de 9 de Julho de 2015 (DR, II Série, N.º 186, 23 de Setembro de 2015) – Declaração de insolvência e suspensão de prazos de prescrição e de caducidade em processo tributário” (disponível em <http://bdjur.almedina.net/fartigo.php?id=57>)].

³⁶ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/>.

³⁷ Cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo de 5 de Dezembro de 2012, Proc. 01225/12 (Relatora: FERNANDA MAÇAS), de 14 de Maio de 2014, Proc. 0115/14 (Relator: ASCENSÃO LOPES), e de 18 de Junho de 2014, Proc. 0119/14 (Relatora: DULCE NETO). Naturalmente, imediatamente depois do primeiro julgamento de inconstitucionalidade, o

prezíveis para o quadro normativo tributário, mais precisamente, para o seu equilíbrio. Veja-se, pois.

Como se disse, o art. 100.º do CIRE determina a suspensão dos prazos a que está subordinado o exercício dos direitos dos credores contra o devedor. A função desta norma compreende-se plenamente à luz da teleologia do processo de insolvência e dos efeitos que a declaração de insolvência produz.

Como é sabido, a maioria dos efeitos da declaração de insolvência é instrumental ao processo de insolvência, contribuindo para a concretização do seu fim (a satisfação dos credores) – o que equivale a dizer que os efeitos se destinam a tornar mais fácil a satisfação paritária dos interesses dos credores ou, pela negativa, a impedir que, após a declaração de insolvência, algum credor obtenha uma satisfação mais eficaz (mais rápida e mais completa) do que (e em prejuízo de) os restantes, contribuindo para concretizar o princípio da igualdade dos credores.

Tal como os restantes grupos de efeitos, os efeitos sobre os créditos (cfr. arts. 90.º e s. do CIRE) visam aquilo que se pode designar como estabilização do passivo e implicam a compressão generalizada dos direitos dos credores. O princípio fundamental é estabelecido, justamente, no art. 90.º do CIRE, onde se determina que “[o]s credores da insolvência apenas poderão exercer os seus direitos de conformidade com os preceitos do presente Código, durante a pendência do processo de insolvência”. É para compensar esta “perda” que o art. 100.º do CIRE determina que os prazos de prescrição e de caducidade oponíveis pelo devedor ficam suspensos durante o curso do processo de insolvência.

A medida da suspensão apresenta, em síntese, duas vantagens. A primeira, imediata e óbvia, é a garantia de que, não perdendo nenhum credor os direitos de que é titular em resultado do curso do prazo de caducidade ou de prescrição, estes poderão ser exercidos no processo de insolvência. A segunda é a garantia de que, mantendo-se o prazo de caducidade e de prescrição de que dispunham antes da declaração de insolvência, os credores, quando não vejam os seus direitos atendidos no processo de insol-

Supremo Tribunal Administrativo inflectiu a sua posição. Cfr., por exemplo, os Acórdãos de 7 de Outubro de 2015, Proc. 115/14 (Relator: ASCENSÃO LOPES), de 13 de Janeiro de 2016, Proc. 1402/14 (Relator: FONSECA CARVALHO), e de 6 de Dezembro de 2017, Proc. 01115/16 (Relator: FRANCISCO ROTHES).

vência, podem ainda exercê-los na medida do prazo restante³⁸ (i.e., como se não tivesse havido paralisação)³⁹.

A questão que se pôs no Acórdão do Tribunal Constitucional foi a de saber se, ao legislar sobre a prescrição das dívidas tributárias em relação ao responsável subsidiário no âmbito do processo tributário, o Governo havia violado a reserva de competência legislativa da Assembleia da República, enfermando a norma, nesta interpretação, de inconstitucionalidade orgânica.

À pergunta responderam os juízes do Tribunal Constitucional afirmativamente, estribando a sua decisão, essencialmente, em três ideias: que a invocação da prescrição impede a cobrança do imposto, constituindo, portanto, a prescrição uma garantia dos contribuintes⁴⁰; que as garantias dos contribuintes são matéria de competência exclusiva da Assembleia da República, só podendo o Governo legislar sobre elas mediante autorização legislativa (cfr. art. 103.º, n.º 2, e art. 165.º, n.º 1, al. i), da CRP)⁴¹; que, não obstante existir uma lei de autorização legislativa antecedendo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (Lei n.º 39/2003, de 22 de Agosto), ela não consistia autorização suficiente para aqueles efeitos.

Preocuparam-se ainda os juízes do Tribunal Constitucional em apreciar e rebater os argumentos em sentido contrário.

Apreciaram, em primeiro lugar, o argumento de que a suspensão da prescrição constitui uma necessidade (uma “garantia de operacionali-

³⁸ Ilustram a utilidade da medida CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA [*Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado. Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE) Anotado. Legislação Complementar*, Lisboa, Quid Juris, 2015 (3.ª edição), p. 456] com a hipótese em que a sentença de declaração de insolvência é revogada não estando ainda esgotado o prazo da reclamação de créditos nem tendo o credor reclamado o seu crédito. Existem outros exemplos como o encerramento do processo de insolvência por insuficiência da massa nos termos do art. 39.º do CIRE, em que se produz o encerramento antecipado sem haver reclamação de créditos [cfr. art. 36.º, n.º 1, al. j), *ex vi* do art. 39.º, n.º 1, do CIRE].

³⁹ O prazo recomeça a contar no ponto em que a contagem havia sido paralisaada, ou seja, a partir do acto suspensivo (cfr. art. 326.º, n.º 1, do CC), que é, aqui, a sentença de declaração de insolvência.

⁴⁰ O direito à prescrição da obrigação tributária é, de facto, consensualmente considerado uma garantia dos contribuintes, funcionando como um meio de tutela dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares face à Autoridade Tributária.

⁴¹ Diz-se, com efeito, no art. 165.º, n.º 1, al. i), da CRP, que é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre criação de impostos e sistema fiscal e regime geral das taxas e demais contribuições financeiras a favor das entidades públicas, sendo que, de acordo com o art. 103.º, n.º 2, da CRP, é à lei que cria os impostos (lei formal ou decreto-lei autorizado) que cabe definir as garantias dos contribuintes.

dade”) do processo de insolvência, inerente à racionalidade e à teleologia do processo de insolvência, e de que, nessa qualidade, estaria abrangida pela referida lei de autorização, designadamente pelo seu art. 1.º, n.º 2, autorizando o Governo a criar “um processo de execução universal que terá como finalidade a liquidação do património de devedores insolventes e a repartição do produto obtido pelos credores ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência que, nomeadamente, se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente”.

Apreciaram, depois, a alegação de que, em última análise, a lei de autorização conteria uma autorização ao Governo para regular a suspensão da prescrição no seu art. 1.º, n.º 3, al. a), quando aí se dispõe sobre a possibilidade de legislar sobre as “consequências decorrentes do processo especial de insolvência para o Estado e a capacidade do insolvente ou seus administradores”.

Contra a primeira alegação sustentou-se no Acórdão que, se ainda é possível equacionar a hipótese de uma relação de necessidade entre a suspensão de prescrição e a teleologia do processo de insolvência no que toca ao devedor principal, não é possível admiti-la no que toca ao responsável subsidiário: este não é afectado pelos efeitos da declaração de insolvência, não ficando o poder de acção dos credores contra ele paralisado. Diz-se, mais precisamente, no Acórdão, que, “[m]ediante a reversão, a Administração fiscal continua a poder exigir o crédito tributário àquele responsável” e que “a suspensão decorrente do artigo 100.º não impede a Administração fiscal de efetivar a responsabilidade subsidiária por reversão do processo de execução fiscal, com fundamento na ‘fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor principal’ (cfr. o artigo 23.º, n.ºs 1 e 2, da LGT)”.

Contra a segunda alegação, advertiu-se no Acórdão que, para legislar em matéria tributária, é sempre necessário que a lei defina o sentido, o objecto e a extensão da alteração. Ora, no entender dos juízes, a lei de autorização não cumpria estes requisitos.

Se esta última contra-argumentação é integralmente procedente, já a primeira merece reparos.

Reconhece-se que não é possível invocar a teleologia do processo (especial) de insolvência⁴² para estender efeitos da declaração de insolvência a sujeitos diversos do insolvente, como é o caso dos responsáveis subsidiários. O próprio legislador autonomiza estes sujeitos, por exemplo, no art. 88.º, n.º 1, do CIRE, dispondo que a declaração de insolvência impede o

⁴² Cfr., sobre o processo especial de insolvência, CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – A natureza do processo de liquidação aplicável à insolvência no Direito português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, *passim*.

prosseguimento das execuções contra o insolvente *mas não contra os outros executados*, e no art. 88.º, n.º 3, do CIRE, dispondo que o encerramento, em certos termos, do processo de insolvência determina a extinção das execuções suspensas contra o insolvente, *salvo para efeitos do exercício do direito de reversão legalmente previsto*. No que toca, todavia, aos responsáveis subsidiários pelas dívidas tributárias do insolvente, há que ter em conta o quadro estabelecido no Direito Tributário.

2.2. O impacto da declaração de inconstitucionalidade no equilíbrio do sistema tributário

Segundo o art. 23.º, n.º 2, da LGT, a reversão contra o responsável subsidiário só pode ter lugar quando exista “fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor principal”. E o art. 153.º, n.º 2, do Código de Procedimento e Processo Tributário⁴³ reforça esta ideia, determinando que o chamamento à execução dos responsáveis subsidiários depende da verificação da inexistência de bens penhoráveis do devedor e seus sucessores ou da fundada insuficiência do património do devedor para a satisfação da dívida exequenda e acrescido.

Ora, a declaração de insolvência pode, quando muito, induzir a *suspeita* de que ocorre inexistência ou insuficiência de bens mas não permite, por si só, *fundar* ou *comprovar* tal alegação. Só com a liquidação dos bens do devedor, ou seja, já numa fase avançada do processo de insolvência, poderá verificar-se e demonstrar-se aquela inexistência ou insuficiência e, designadamente, apurar-se o (eventual) montante a pagar pelo responsável subsidiário⁴⁴.

Recorde-se que, não obstante a reversão se iniciar, formalmente, com a citação do responsável subsidiário, o art. 23.º, n.º 4, da LGT prevê que a citação seja precedida de audição do responsável subsidiário e inclua a declaração fundamentada dos pressupostos e da extensão da reversão, o

⁴³ Doravante CPPT.

⁴⁴ Compreender-se-á que não se possa aderir ao entendimento expresso no Acórdão no sentido de que, “mediante a reversão, a Administração fiscal continua a poder exigir o crédito tributário àquele responsável” e que “a suspensão decorrente do artigo 100.º do CIRE não impede a Administração fiscal de efetivar a responsabilidade subsidiária por reversão do processo de execução fiscal, com fundamento na ‘fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor principal’ (cfr. o artigo 23.º, n.ºs 1 e 2, da LGT)”. O argumento havia já sido usado antes, nos referidos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 362/2015, de 9 de Julho, e n.º 270/2017, de 31 de Maio, e reproduzido no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 557/2018, de 23 de Outubro de 2018.

que implica que os pressupostos da reversão tenham de ser averiguados em momento anterior e expostos ao responsável subsidiário, sob pena de aquela audição não ter pleno efeito útil. E nem se riposte que o art. 49.º, n.º 1, da LGT determina que a citação tem um efeito interruptivo da suspensão. A citação só pode ter lugar – insiste-se – após a averiguação dos pressupostos da reversão e a sua exposição ao responsável subsidiário, devendo condenar-se (e considerar-se inadmissível) qualquer tentativa de citações “antecipadas” com vista a beneficiar daquele efeito.

A Autoridade Tributária terá, enfim, de aguardar um tempo considerável até poder exercer o direito de reversão contra o responsável subsidiário. Na maioria dos casos, disto resultará que a dívida não vem a ser paga, nem pelo insolvente (dado que o processo de insolvência raramente assegura o pagamento integral das dívidas⁴⁵), nem pelo responsável subsidiário, sendo bem possível que já se encontre prescrita no momento em que se torna, finalmente, possível a reversão⁴⁶ (uma vez que o prazo de que o responsável subsidiário beneficia continuou a correr)⁴⁷. Quer dizer: afas-

⁴⁵ E não existe via alternativa, pois, como é sabido, durante o processo de insolvência, nenhuma execução pode ser proposta contra o insolvente e todas as execuções pendentes se suspendem e, por fim, se extinguem, em determinadas circunstâncias (cfr. art. 88.º, n.ºs 1 e 3, do CIRE). Além disso, quando o insolvente é uma sociedade, nem resta a possibilidade de fazer valer o crédito posteriormente, devendo a sociedade considerar-se extinta na data do registo da decisão de encerramento do processo após o rateio final (cfr. art. 234.º, n.º 3, do CIRE). Sobre a questão da extinção (do momento da extinção) da sociedade, designadamente para efeitos da responsabilidade tributária, cfr. CATARINA SERRA, “Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – Dois problemas no contexto da insolvência de sociedades”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2012, vol. 8, pp. 79-80, e CATARINA SERRA, “A evolução recente do Direito da Insolvência em Portugal – Enquadramento para uma discussão sobre o tema ‘Insolvência e Contencioso tributário’”, in: *Insolvência e Contencioso tributário*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, Coleção Formação Contínua, 2017, pp. 25-26 (disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_Insolvencia_CTributario.pdf)

⁴⁶ Como demonstram os casos repetidamente submetidos à apreciação dos tribunais.

⁴⁷ Coisa semelhante acontecerá se a execução estiver pendente. A execução suspende-se, não se justificando desenvolver ainda a actividade jurisdicional destinada a apurar os pressupostos da responsabilidade tributária. Recorde-se que o art. 23.º, n.º 3, da LGT determina que “[c]aso, no momento da reversão, não seja possível determinar a suficiência dos bens penhorados por não estar definido com precisão o montante a pagar pelo responsável subsidiário, o processo de execução fiscal fica suspenso desde o termo do prazo de oposição até à completa excussão do património do executado, sem prejuízo da possibilidade de adopção das medidas cautelares adequadas nos termos da lei” e que o n.º 7 da mesma norma estabelece que “[o] dever de reversão previsto no n.º 3 deste artigo é extensível às situações em que seja solicitada a avocação de processos referida no n.º 2 do artigo 181.º do CPPT, só se procedendo ao envio dos mesmos a tribunal após despacho do órgão da execução fiscal, sem prejuízo da adopção das medidas cautelares aplicáveis”.

tando-se a possibilidade de suspensão do prazo de prescrição das dívidas imputáveis ao responsável tributário, estas dívidas correm o risco de não ser pagas sempre que o devedor seja declarado insolvente.

Resulta ainda da declaração de inconstitucionalidade uma outra consequência: quebra-se a unidade do regime da prescrição das dívidas tributárias.

Como se sabe, a prescrição das dívidas tributárias é o prazo de que o credor tributário dispõe para cobrar a dívida liquidada⁴⁸, estando tal prazo legalmente fixado, salvo disposição em contrário, em oito anos⁴⁹ (cfr. art. 48.º, n.º 1, da LGT).

O catálogo de causas de suspensão da prescrição está contido no art. 49.º, n.ºs 4 e 5 da LGT⁵⁰, dizendo-se que o prazo de prescrição legal se suspende: em virtude de pagamento de prestações legalmente autorizadas; enquanto não houver decisão definitiva ou transitada em julgado, que ponha termo ao processo, nos casos de reclamação, impugnação, recurso ou oposição, quando determinem a suspensão da cobrança da dívida; desde a instauração até ao trânsito em julgado da ação de impugnação pauliana intentada pelo Ministério Público; durante o período de impedimento legal à realização da venda de imóvel afecto a habitação própria e permanente; e ainda desde a instauração de inquérito criminal até ao arquivamento ou trânsito em julgado da sentença.

Sempre que, além do devedor principal, exista um responsável subsidiário, sendo a dívida a mesma, faz sentido que o regime aplicável seja tendencialmente unitário. Compreende-se, por isso, que o artigo 48.º, n.º 2, da LGT estabeleça a regra de que “[a]s causas de suspensão ou interrupção da prescrição aproveitam igualmente ao devedor principal e aos

⁴⁸ Cfr., por exemplo, MÁRCIA ANTUNES GOMES, “Efeitos da declaração de insolvência sobre a prescrição tributária”, in: *Cadernos de Justiça Tributária*, 2017, n.º 17, p. 11.

⁴⁹ Que se contam, nos impostos periódicos, a partir do termo do ano em que se verificou o facto tributário e, nos impostos de obrigação única, a partir da data em que o facto tributário ocorreu, excepto no imposto sobre o valor acrescentado e nos impostos sobre o rendimento quando a tributação seja efectuada por retenção na fonte a título definitivo, caso em que aquele prazo se conta a partir do início do ano civil seguinte àquele em que se verificou, respectivamente, a exigibilidade do imposto ou o facto tributário. Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *Direito Fiscal – Teoria Geral*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013, p. 164.

⁵⁰ Além das causas enunciadas no catálogo do art. 49.º da LGT, pode haver outras causas de suspensão da prescrição, como comprova o disposto no art. 100.º do CIRE.

responsáveis solidários ou subsidiários”^{51 52}. Esta unidade de regime quebra-se com a declaração de inconstitucionalidade, passando a haver uma regra aplicável ao devedor principal (a declaração de insolvência suspende a prescrição) que não é aplicável ao responsável tributário.

A situação é um resultado inevitável da intersecção dos domínios jurídicos. Não obstante pertencerem, formalmente, ao Direito da Insolvência, as normas reguladoras do processo de insolvência têm efeitos que se repercutem noutros complexos normativos, alterando, por vezes, o equilíbrio destes.

Regressando ao problema principal, aquilo que se passa é que a lei tributária faz depender a reversão de um pressuposto que, na hipótese de processo de insolvência do devedor principal, só é possível apurar em fase muito avançada⁵³. A limitação do direito do credor deve(ria) ter uma contrapartida, mas, com a declaração de inconstitucionalidade, esta já não pode ser encontrada no Direito da Insolvência.

Uma primeira proposta de solução consiste em (re)convocar o legislador tributário. O raciocínio é simples: uma vez quebrada, na lei da insolvência, a unidade do regime da prescrição das dívidas tributárias e existindo, a partir de agora, uma regra aplicável ao devedor principal (a declaração de insolvência suspende a prescrição) que não é aplicável ao responsável tributário, competirá ao legislador tributário recompor a unidade, acrescentando a declaração de insolvência ao elenco de causas gerais de suspensão da prescrição constantes do catálogo do art. 49.º da LGT. Tal permitirá, ao abrigo do art. 48.º, n.º 2, da LGT, a extensão da regra ao responsável subsidiário⁵⁴.

⁵¹ O termo “aproveitam” induz em erro. Enquanto o prazo de prescrição favorece a posição do devedor (aproveita ao devedor), as regras do início da contagem e da suspensão funcionam, sim, em favor do credor (aproveita ao credor).

⁵² Esta regra comporta exceções, concebidas para a protecção do responsável subsidiário em certas situações. Cfr., desde logo, o art. 48.º, n.º 3, da LGT, em que se diz que a interrupção da prescrição relativamente ao devedor principal não produz efeitos quanto ao responsável subsidiário se a citação deste, em processo de execução fiscal, for efectuada após o 5.º ano posterior ao da liquidação.

⁵³ Só assim não será em casos especiais, como o de o facto-índice que deu origem ao requerimento da declaração de insolvência ter sido o da al. e) do n.º 1 do art. 20.º do CIRE (insuficiência de bens penhoráveis para pagamento do crédito do exequente verificada em processo executivo movido contra o insolvente) ou de o processo se encerrar por insuficiência comprovada de bens para a satisfação das dívidas da massa insolvente, conforme previsto no art. 232.º do CIRE (sendo a mesma insuficiência, quando apenas presumível, prevista no art. 39.º do CIRE, em princípio, insuficiente).

⁵⁴ Cfr. MÁRCIA ANTUNES GOMES, “Efeitos da declaração de insolvência sobre a prescrição tributária”, cit., pp. 18 e s.

Esta solução – por via intra-legislativa (através da legislação tributária) – tem o mérito de compreender que a resposta deve ser encontrada fora da disciplina insolvencial. O seu grande inconveniente é que fica na dependência de uma intervenção legislativa que pode nunca se realizar.

Existe uma solução alternativa – por via intra-sistemática (através do sistema jurídico) – que não comporta o inconveniente descrito. Passa ela por convocar a disciplina geral ou comum da prescrição e o princípio fundamental, consagrado no art. 321.º do Código Civil⁵⁵, segundo o qual a prescrição se suspende durante o tempo em que o credor estiver impedido de fazer valer o seu direito, por motivo de força maior, no decurso dos últimos três meses do prazo.

O raciocínio é também simples: se a prescrição tributária tem – não deixa de ter – na sua base o instituto da prescrição civil e o Direito civil é subsidiariamente aplicável à relação jurídico-tributária [cfr. art. 2.º, al. d), da LGT], nada impede que valha também para a prescrição tributária os princípios e regras que informam a prescrição civil⁵⁶, designadamente o princípio geral de que a prescrição se suspende quando o credor não pode exercer o seu direito (cfr. art. 321.º do CC)⁵⁷.

O certo é que, como alguma doutrina teve o mérito de assinalar, a prescrição e a caducidade “têm natureza de institutos comuns, característica que é evidenciada pelo facto de estarem consagradas na Parte Geral do Código Civil (...), “[r]elevam, assim, no contexto da generalidade das relações jurídicas, de natureza privada ou *pública*”⁵⁸.

A declaração de inconstitucionalidade – inconstitucionalidade meramente *orgânica* – do art. 100.º do CIRE não implica – não tem de implicar – a renúncia aos princípios gerais que informam o instituto comum da prescrição⁵⁹, designadamente o princípio de que o prazo de prescrição só

⁵⁵ Doravante CC.

⁵⁶ Cfr., para um exemplo recente de uma decisão neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 21 de Junho de 2017, Proc. 0639/17 (Relator: ASCENSÃO LOPES). Nele se considerou que a determinação do efeito dos actos interruptivos da prescrição pode ser colhida no Código Civil, “atenta a circunstância de, actualmente, inexistir na legislação [tributária] e na LGT qualquer previsão ou regulamentação da matéria”.

⁵⁷ Admitindo expressamente a aplicabilidade subsidiária do art. 321.º do CC no domínio das relações jurídico-tributárias cfr. JESUÍNO ALCÂNTARA MARTINS, “A liquidação e prescrição das dívidas tributárias”, pp. 26-27 (disponível em https://www.occ.pt/dtrab/trabalhos/xviicica/finais_site/123.pdf).

⁵⁸ Cfr. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “Algumas questões sobre prescrição e caducidade”, in: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, volume III, Coimbra. Coimbra Editora, 2011, p. 35 (sublinhado nosso).

⁵⁹ Quer dizer: não se compreende o recuo absoluto do Supremo Tribunal de Justiça.

começa a correr quando o direito puder ser exercido⁶⁰ e o princípio de que a prescrição não deve correr se o credor não tem possibilidade de agir (*agere non valenti non currit praescriptio*)⁶¹, consagrados, respectivamente, nos arts. 306.º e 321.º do CC⁶².

A estreita relação que une os ramos especiais ao Direito geral ou comum é uma relação que, mais do que consentir, pressupõe a aplicabilidade subsidiária do último, naturalmente, desde que não se contrarie o disposto no primeiro e sempre com as devidas adaptações. Por outras palavras, o facto de um caso ser regulado por um ramo de Direito especial não significa que tenha de se abdicar daquilo que no Direito comum se dispõe para os casos do mesmo tipo. Isto é tanto mais verdadeiro quanto, como sucede aqui, se perfilam interesses que não são convenientemente regulados na lei especial e se torna necessário/útil a aplicação do regime comum.

O contra-argumento, frequentemente aduzido, de que não podem ser encontradas na lei geral (civil) regras aplicáveis à matéria tributária, porquanto na relação jurídico-tributária estão em causa interesses especiais ou que reclamam tutela especial⁶³, suscita reservas, pois tende a contrariar aquilo que decorre dos princípios e regras de interpretação do Direito.

A regra de que a lei especial derroga a lei geral implica, tão-só, que não é possível aplicar à relação jurídico-tributária normas como, por exemplo, a do art. 309.º do CC (prazo de prescrição), porque contende com a norma especial do art. 48.º, n.º 1, da LGT. As restantes não têm por que ser afastadas, sendo perfeitamente admissível a sua aplicação, ao abrigo do art. 2.º, al. d), da LGT. O disposto no art. 11.º da LGT não contraria esta conclusão, antes pelo contrário, já que admite o recurso aos outros ramos jurídicos para a interpretação das normas tributárias, proibindo apenas a integração analógica no que respeita às lacunas resultantes das normas

⁶⁰ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Volume I (Artigos 1.º a 761.º), Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 278. Cfr. ainda ADRIANO VAZ SERRA, "Prescrição e Caducidade", in: *Boletim do Ministério da Justiça*, 1961, n.º 105, p. 190.

⁶¹ Admitindo que um dos fundamentos do instituto é o objectivo de sancionar a inércia injustificada do credor, é lógico que ele deixe de correr, além das situações que o direito não possa ser exercido, sempre que circunstâncias particulares dificultem o seu exercício ou justifiquem aquela inércia. Cfr. RITA CANAS DA SILVA, in: ANA PRATA (coord.), *Código Civil Anotado*, Volume I (Artigos 1.º a 1250.º), Coimbra, Almedina, 2017, pp. 379-370.

⁶² Este princípio não é, naturalmente, exclusivo do Direito português, sendo a *suspension in cases of impediment* regulada em muitos outros ordenamentos jurídicos. Cfr. REINHARD ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 129 e s.

⁶³ Pretende-se aludir ao Acórdão do Pleno da Secção de Contencioso Tributário do STA de 15 de Outubro de 2014, Proc. 0431/14 (Relatora: ISABEL MARQUES DA SILVA), a que se voltará adiante.

tributárias abrangidas na reserva de lei da Assembleia da República (cfr. art. 11.º, n.º 4, da LGT).

A norma do art. 321.º do CC concretiza princípios relacionados com os fundamentos da prescrição, tornando-se mais justificada ainda a sua aplicação⁶⁴. Mais do que isso, a norma do art. 321.º do CC radica num princípio jurídico geral, associado ao valor da justiça: como contrapartida de a prescrição se justificar “em nome do interesse particular do devedor, funcionando como reacção à inércia do titular do direito, fundada num imperativo de justiça”⁶⁵, não deverá ser oponível ao credor a inércia que não lhe seja imputável⁶⁶. Ora, nenhum princípio jurídico necessita, para se tornar aplicável, de intermediação normativa, nem muito menos de se encontrar “abrigado” na disciplina especial em que se pretende aplicá-lo.

2.3. O impacto da declaração de inconstitucionalidade sobre a restante interpretação normativa e a interpretação de norma homóloga

Declarada a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 100.º CIRE, interpretada no sentido de que a declaração de insolvência aí prevista suspende o prazo prescricional das dívidas

⁶⁴ Como afirma RITA CANAS DA SILVA [in: ANA PRATA (coord.), *Código Civil Anotado*, Volume I (Artigos 1.º a 1250.º), cit., p. 388], “procura adequar o decurso do prazo (elemento essencial da prescrição) a um dos fundamentos da prescrição (sanção da inércia injustificada), atendendo a situações de impossibilidade ou inexigibilidade de exercício oportuno, com o consequente afastamento do efeito associado à prescrição”.

⁶⁵ Cfr. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “Algumas questões sobre prescrição e caducidade”, cit., p. 39.

⁶⁶ É sabido que o instituto da prescrição serve interesses diversos: a probabilidade de ter sido feito o pagamento; a presunção de renúncia do credor; a consolidação de situações de facto; a protecção do devedor contra a dificuldade de prova do pagamento; a necessidade de segurança jurídica e certeza dos direitos; o imperativo de sanear a vida jurídica de direitos praticamente caducos; e, finalmente, a exigência de promover o exercício oportuno dos direitos e a sanção da inércia ou da negligência injustificada do credor. O que sucede nesta última hipótese, é que “[a] passividade [do credor] sugere que já não está interessado na invocação do direito, por isso se considera que, em tais casos, deixa de merecer tutela jurídica” (cfr. RITA CANAS DA SILVA, in: ANA PRATA (coord.), *Código Civil Anotado*, Volume I (Artigos 1.º a 1250.º), cit., p. 374).

⁶⁷ Em síntese, como afirma REINHARD ZIMMERMANN (*Comparative Foundations of European Law of Set-off and Prescription*, cit. p. 131), “the general policy of the rule [suspension in cases of impediment] is sound. The creditor must have a fair chance of pursuing his claim; otherwise prescription would hit him unduly harshly. He can hardly be said to be acting against the precepts of good faith if he does not pursue a claim which he cannot pursue”.

tributárias imputáveis ao responsável subsidiário no âmbito do processo tributário, podem antecipar-se as consequências.

Podem antecipar-se, primeiro, consequências ao nível da interpretação da parte restante da norma art. 100.º do CIRE no âmbito das obrigações tributárias, ou seja, no que se refere à suspensão dos prazos de caducidade e de prescrição oponíveis pelo devedor principal. Existe a (natural) suspeita de que ela venha a ser também julgada inconstitucional. O Acórdão de 3 de Outubro de 2018, Proc. 0694/17.8BEALM 0789/18 (Relatora: ISABEL MARQUES DA SILVA), proferido apenas na sequência dos julgamentos de inconstitucionalidade, permite confirmá-la.

Entendeu-se neste Acórdão que “[a]s causas de suspensão da prescrição das dívidas fiscais são matéria de garantias dos contribuintes, abrangidas no âmbito da reserva de lei parlamentar (artigos 103.º, n.º 2 e 165.º, n.º 1, alínea i)), quer as respeitantes aos responsáveis subsidiários, quer as respeitantes aos originários devedores, sendo que umas e outras são, nos termos da lei tributária, as mesmas (sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 48.º da LGT), daí que o Governo só possa sobre elas legislar munido de válida autorização legislativa para o efeito, que o Acórdão do Tribunal Constitucional já por duas vezes reconheceu inexistir no que às dívidas tributárias imputadas ao responsável subsidiário no processo tributário respeita (cfr. os acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 362/2015, de 9/07/2015 e n.º 270/2017, de 31/05/2017) (...). Perante os fundamentos que estão na base do juízo de inconstitucionalidade orgânica, da norma do artigo 100.º do CIRE, formulado pelo Tribunal Constitucional, que, na verdade, em rigor, abrangem toda matéria relativa à prescrição das dívidas fiscais, entende-se que os mesmos e, bem assim, o aludido juízo de inconstitucionalidade que daí deriva, são transponíveis também para o caso do devedor originário”⁶⁸.

⁶⁸ Convoca-se o Acórdão do Pleno da Secção de Contencioso Tributário do STA de 15 de Outubro de 2014, Proc. 0431/14 (Relatora: ISABEL MARQUES DA SILVA), para reforçar a ideia de que, também no âmbito do CIRE, “os prazos de prescrição, como os de caducidade, por contenderem com garantias dos contribuintes, estão sujeitos ao princípio da legalidade tributária (cfr. o n.º 2 do artigo 103.º da Constituição e o artigo 8.º, n.º 2, alínea a) da Lei Geral Tributária), encontrando-se abrangidos no âmbito da reserva de lei não apenas a definição dos prazos gerais de prescrição e de caducidade, como também os respectivos factos interruptivos e suspensivos, que os condicionam inelutavelmente. Daí que (...), na ausência de norma legal no CPEREF que prevísse a suspensão do prazo de prescrição em virtude da avocação dos processos executivos ao processo de falência, a conclusão a tirar, necessariamente, era a de que tal facto não tinha efeitos suspensivos do prazo de prescrição. E nem se argumente – (...) –, com a aplicação subsidiária do disposto no n.º 1 do artigo 321.º do Código Civil (suspensão por motivo de força maior) pois que esta causa de suspensão prevista na lei comum, se aplicável, apenas determinaria a suspensão

Decidiu-se, em suma, que, também nesta interpretação, a norma padece de inconstitucionalidade orgânica, em virtude de o Governo não ter legislado ao abrigo de autorização legislativa e de ser inovadora a causa de suspensão ali prevista em matéria das dívidas tributárias. Acrescentou-se ainda que não é lícito buscar no Direito comum causas de suspensão da prescrição de dívidas fiscais não especialmente previstas na legislação tributária.

Não vale a pena repetir que (e por que é que) deve contrariar-se a ideia de que não é lícito convocar as regras da prescrição civil em matéria de prescrição tributária. Neste caso, é, aliás, desnecessário, uma vez que se entende que, na parte em que a norma se refere ao obrigado tributário principal (ao insolvente), não se configura um genuíno problema de inconstitucionalidade.

A lei da insolvência não visa regular relações obrigacionais em particular (ou relações atomisticamente consideradas) nem tipos de relações obrigacionais. Visa, isso sim, um quadro legal tendencialmente unitário, em que a relação jurídico-tributária é regulada, em obediência ao princípio da igualdade entre os credores, como qualquer outra relação obrigacional em participe o insolvente. Por outras palavras; a relação jurídico-tributária não é, em rigor, regulada; ela é, simplesmente, “abrangida”.

Continuar a ver, num contexto deste tipo, o insolvente como um devedor qualificado – como um *contribuinte* – e, portanto, o direito à prescrição das obrigações tributárias como uma sua garantia é manifestamente desadequado, por desatender às especialidades da lei da insolvência.

Se assim não se entendesse, teria de se contestar não só o art. 100.º do CIRE, mas diversas outras normas, uma vez que são vários os efeitos da declaração de insolvência susceptíveis de envolver (outras) restrições às garantias do insolvente “enquanto contribuinte”. Tem-se em vista, em particular, a impossibilidade geral que decorre do art. 81.º do CIRE, de o insolvente extinguir as obrigações – todas as obrigações, seja qual for a sua natureza – por pagamento, dação ou compensação⁶⁹ e, sobretudo, a impossibilidade de exercer, em nome próprio, o direito de acção (direito de acção judicial, direito de oposição e direito de recurso jurisdicional).

da prescrição nos últimos três meses do prazo, e, em qualquer caso, não há que buscar no direito civil causas de suspensão ou interrupção da prescrição não especialmente previstas nas leis tributárias. É que, se o legislador tributário entendeu prever factos especiais a que atribui efeito suspensivo (ou interruptivo), é a esses, apenas, que haverá que reconhecer tal efeito, não sendo lícita a integração de supostas lacunas por via da aplicação subsidiária das normas de direito civil”.

⁶⁹ Veja-se ainda a forte restrição que resulta do art. 99.º do CIRE no que toca à extinção da obrigação por compensação.

Estas medidas, como todas as que sejam indispensáveis à realização dos fins do processo de insolvência e que passem pela modificação da posição jurídica do devedor (convertido em insolvente) e da posição jurídica dos credores, devem considerar-se autorizadas ao abrigo do art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 39/2003, de 22 de Agosto. Julga-se, por outras palavras, que, ao autorizar o Governo a criar “um processo de execução universal que terá como finalidade a liquidação do património de devedores insolventes e a repartição do produto obtido pelos credores ou a satisfação destes pela forma prevista num plano de insolvência que, nomeadamente, se baseie na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente”, a Lei n.º 39/2003, de 22 de Agosto autorizou o Governo a adoptar todas as medidas necessárias à realização dos fins do processo de insolvência. Não deverá, pois, a norma, nessa parte, ser julgada organicamente inconstitucional.

Podem antecipar-se, m segundo lugar, consequências ao nível da interpretação da norma homóloga do art. 100.º do CIRE na disciplina do PER – do art. 17.º-E, n.º 7, do CIRE. Decorre dela também a suspensão dos prazos de prescrição⁷⁰.

Foi o DL n.º 79/2017, de 30 de Junho, que aditou o n.º 7 do art. 17.º-E do CIRE. Prevê-se neste, mais precisamente, que o despacho de nomeação do administrador judicial provisório⁷¹ determina a suspensão de todos os prazos de prescrição e de caducidade oponíveis pela empresa, durante todo o tempo em que perdurarem as negociações e até à prolação dos despachos de homologação ou de não homologação, até ao apuramento do resultado da votação (quando não seja aprovado plano de recuperação) ou até ao encerramento das negociações (quando, por desistência das negociações ou outra causa, as negociações se encerrem sem votação do plano)⁷².

Ora, o DL n.º 79/2017, de 30 de Junho, não foi precedido de qualquer lei de autorização legislativa, pelo que é possível, de igual modo, sustentar-se que, ao introduzir aquela norma, o Governo “invadiu” o domínio

⁷⁰ Trata-se de um dos efeitos substantivos do despacho de abertura do PER. Cfr., sobre o efeito, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 398.

⁷¹ Este equivale ao despacho de abertura do PER. Cfr. CATARINA SERRA, *O Processo Especial de Revitalização na jurisprudência – Questões jurisprudenciais com relevo dogmático*, Coimbra, Almedina, 2017 (2.ª edição), pp. 35 e s.

⁷² Já se disse, noutro contexto, que a introdução desta regra no domínio PER é particularmente útil. E é particularmente útil porque, discutindo-se, na doutrina e na jurisprudência, o alcance a dar ao disposto no art. 17.º-E, n.º 1, do CIRE, mais precisamente, o significado da expressão “ações para cobrança de dívidas”, a norma teve a virtude de acabar com a possibilidade de o prazo prescricional constituir argumento para “forçar” uma interpretação restritiva. Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 398.

reservado à Assembleia da República [cfr. art. 165.º, n.º 1, al. i), da CRP], enfermando esta norma também de inconstitucionalidade orgânica⁷³.

É óbvio que, por enquanto, só o art. 100.º do CIRE foi objecto de fiscalização abstracta e, portanto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade estão confinados a esta (a certa interpretação desta) norma.

Como é sabido, no entanto, os tribunais devem abster-se de aplicar normas que considerem desconformes à lei fundamental (cfr. art. 204.º da CRP)⁷⁴. É de esperar, portanto, que a norma venha a ser também julgada organicamente inconstitucional – e, a certa altura, declarada inconstitucional, em termos semelhantes à norma do art. 100.º do CIRE.

⁷³ Deve salientar-se que, não obstante existir a (mesma) paralisação dos poderes processuais dos credores (*maxime* do direito de execução), a posição deles é distinta no processo de insolvência e no PER. Neste, os credores estão, por um lado, mais longe de conseguir demonstrar a inexistência e a insuficiência de bens do devedor principal, o que dificulta a sua possibilidade de acção contra os responsáveis subsidiários; não é, por outro lado, tão premente propor esta acção, seja porque a situação patrimonial do devedor principal não é, presumivelmente, tão propícia a fazer suspeitar do não pagamento futuro (o devedor não está, presumivelmente, insolvente), seja porque o processo é tendencialmente mais célere e logo que ocorra o encerramento cessam, em princípio, as limitações ao direito de acção dos credores contra o devedor.

⁷⁴ Veja-se o que se diz, por exemplo, no Acórdão, já referido, do Supremo Tribunal Administrativo de 6 de Dezembro de 2017, a propósito da norma do art. 100.º do CIRE antes da declaração de inconstitucionalidade: "(...) a inconstitucionalidade deve ser apreciada por todos os tribunais, que todos têm a obrigação de não aplicar as normas sobre as quais façam um juízo de violação da Constituição ou dos princípios nela consignados (art. 204.º da CRP). Ou seja, o juiz tem o poder-dever de 'desaplicar' a norma que entenda ser inconstitucional (aplicando, então, o direito que remanesça como se a norma desaplicada não existisse), ficando reservado ao Tribunal Constitucional 'declarar' a norma inconstitucional. Em sede de constitucionalidade, a actividade do Tribunal circunscreve-se à fiscalização concreta, só lhe cumprindo formular juízo de inconstitucionalidade de norma cuja aplicação ao caso concreto deva recusar, já que a fiscalização abstracta compete em exclusivo ao Tribunal Constitucional (cfr. art. 281.º da CRP). Por outro lado, as questões respeitantes a violação de princípios e parâmetros constitucionais devem ser obrigatoriamente conhecidas pelo juiz independentemente de terem ou não sido suscitadas".

RESUMO: Neste texto é feita uma análise das formas de concretização jurídico-societária da participação de trabalhadores e membros executivos do órgão de administração no capital social de uma SA, mediante a atribuição das próprias ações.

Palavras-chave: trabalhadores; administradores; participação nos lucros; remuneração; planos de atribuição de ações ou de opções de subscrição ou aquisição de ações; ações próprias; aumento do capital social; assistência financeira.

ABSTRACT: In this text, an analysis of the ways to facilitate the share ownership in public companies by its employees and directors is carried out under the portuguese companies law.

Keywords: employees; directors; profit-sharing; remuneration; stock-grant plans; stock options plans; own shares; raising of capital; financial assistance.

ELDA MARQUES*

A participação de trabalhadores e membros executivos do órgão de administração no capital social de uma SA: formas da sua concretização à luz do CSC

1. Introdução

A participação de trabalhadores (nomeadamente com funções dirigentes) e de membros executivos¹ do órgão de administração nos lucros e resultados empresariais de uma SA pode ser dividida fundamentalmente em duas grandes tipologias, que podem ou não coexistir e que podem, em alguns casos, sobrepor-se: a realizada *diretamente* através da participação nos lucros (*profit-sharing*, *Gewinnbeteiligung*, *Erfolgsbeteiligung*) e a efetivada

* Assistente da
Faculdade de Economia
da Universidade do
Porto

¹ No presente texto abordaremos apenas a participação de administradores com funções executivas no capital social, porquanto apenas a remuneração destes pode conter uma componente variável, nomeadamente a participação nos lucros, nos termos dos arts. 399.º e 429.º CSC. Todas as normas doravante citadas, sem identificação da sua fonte, pertencem ao CSC. Por outro lado, os administradores não executivos não devem ser remunerados com base em ações (incluindo *stock options*), pois, «se forem, não merecerão o qualificativo de “independentes”» – COUTINHO DE ABREU, «Art. 399.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de Coutinho de Abreu), vol. VI, Almedina, 2013, p. 357.

de forma *indireta* através da participação no capital social (*share-ownership*, *Kapitalbeteiligung*).²

No que respeita à participação nos lucros, são diversas as modalidades que pode assumir, nomeadamente³: quanto à origem ou fonte do direito à participação, a participação extracontratual, a contratual e a legal; quanto ao momento da participação, a imediata, a diferida⁴ ou a mista⁵; quanto à abrangência subjetiva, a total ou parcial; quanto ao âmbito de apuramento do lucro, a integral ou limitada à área/secção de trabalho; quanto ao objeto da participação, podendo este consistir em dinheiro, em bens sociais ou em ações da própria (ou de outra) sociedade.⁶ A este respeito, para efeitos do presente estudo, interessa-nos a participação nos lucros em que o objeto da participação consiste na entrega (imediata ou diferida no tempo) de ações da própria sociedade (*share-based profit-sharing*), que é uma forma mista⁷ de participação, contendo tanto elementos de participação nos lucros como de participação no capital.

² Esta distinção foi acolhida, entre outros documentos comunitários, no chamado relatório PEPPER I (The PEPPER Report: Promotion of employee participation in profits and enterprise results in the member States of the European Community, Social Europe, supplement n.º 3, Luxembourg, 1991, acessível em http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/areas/participationatwork/pepper1.pdf; seguiram-se-lhe mais três relatórios (PEPPER II em 1997, PEPPER III em 2006, e PEPPER IV em 2009) – sobre eles, v. o sítio <http://www.eurofound.europa.eu/areas/participationatwork/pepperreports>), elaborado sob a direção do Dr. Milica Uvalic, que resultou de um projeto de investigação, financiado pela Comissão Europeia, com o objetivo específico de obter uma visão geral do «estado da arte» sobre a participação financeira dos empregados nas empresas em que prestam trabalho, através da participação nos lucros e de regimes de participação no capital, sediadas na UE.

³ Seguimos FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros e o dever de participar nas perdas nas sociedades anónimas*, Almedina, 2011, p. 512, a respeito da participação dos trabalhadores nos lucros, mas valendo igualmente, segundo nos parece, relativamente à participação de membros executivos do órgão de administração nos lucros.

⁴ Na participação diferida não há lugar à receção periódica de lucros, que são constituídos em reserva ou outra forma de conservação, que será entregue em caso de verificação de certos eventos (p. ex., lapso temporal, idade, reforma, etc.).

⁵ Num esquema misto de participação, uma parte dos lucros são entregues periodicamente e o remanescente é conservado.

⁶ Sobre a possibilidade de pagamento de dividendos aos acionistas com bens em espécie, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial – Das Sociedades*, Almedina, vol. II, 6.^a ed., 2019, p. 443-444.

⁷ TATIANA SCHASCHL, *Stock Options: Mitarbeiterbeteiligung über Aktienoptionen*, Wien, Manzschel Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2000, p. 9, a respeito de participações sociais da própria empresa em que o empregado presta as suas funções.

Por sua vez, a participação (direta⁸) dos trabalhadores e/ou de membros executivos do órgão de administração no capital social proporciona a participação nos resultados empresariais de modo indireto, isto é, com base na aquisição da titularidade de ações, seja pela eventual valorização das ações, seja pela distribuição de lucros anuais correspondentes às ações subscritas ou adquiridas.⁹

Pela aquisição da titularidade de ações de uma SA, os seus trabalhadores e/ou membros executivos do órgão de administração tornam-se sócios de pleno direito, cabendo-lhes todos os direitos sociais inerentes às ações (ordinárias ou de categoria especial, sem ou com direito de voto) subscritas ou adquiridas. Além do direito ao pagamento de dividendos (distribuídos), os trabalhadores e membros executivos do órgão de administração dispõem, entre outros, do direito de informação nos termos gerais e, se for o caso (i. é, se as ações incorporarem o direito de voto ou, se tendo sido emitidas sem direito de voto, o atribuírem temporariamente¹⁰), do direito de voto.

⁸ A participação no capital social pode ser direta ou indireta, dependendo da circunstância de o trabalhador participar, respetivamente, no capital da sociedade em que exerce funções ou antes numa «instituição» intermediária (p. ex., sob a forma de um organismo de investimento coletivo ou de uma sociedade intermediária, cujo capital social é detido exclusivamente pelos trabalhadores, conhecida por *Belegschaftsgesellschaft*) – v. TATIANA SCHASCHL, *Stock Options* cit., p. 7-9. Na *praxis* anglo-saxónica, é frequente a interposição de um *trust* (figura versátil daquele ordenamento, mas que neste âmbito serve como instrumento de administração fiduciária de ações) para maximizar as vantagens derivadas da gestão especializada e conjunta das ações adquiridas no interesse dos empregados, mormente no quadro de esquemas ou planos de ações. No direito francês, a participação dos trabalhadores nos lucros da sociedade (nomeadamente através da atribuição gratuita de ações) e os sistemas ou planos de poupança empresarial (*plan d'épargne d'entreprise*) articulam-se normalmente mediante a interposição de organismos de investimento coletivo.

⁹ Apesar de tanto a participação no capital social (*share-ownership*), como a participação nos lucros baseada em ações (*share-based profit-sharing*) implicarem a atribuição de ações da sociedade aos seus tabalhadores e/ou membros executivos do órgão de administração, e serem geralmente de caráter coletivo (abrangendo todos ou um grupo de trabalhadores e/ou de membros executivos do órgão de administração), o esquema de *share-ownership* difere do esquema de *share-based profit-sharing*, porque mais frequentemente aquele depende da decisão individual do beneficiário em participar no esquema (ou seja, da vontade de um trabalhador ou membro do órgão de administração em investir em ações da sociedade em que exerce funções), e não, como no caso da participação nos lucros baseada em ações, principalmente da iniciativa da sociedade. No entanto, existem casos mistos: esquemas que preveem a atribuição de ações da sociedade aos seus trabalhadores e/ou membros executivos do órgão de administração, que são financiados através da combinação de recursos financeiros, tanto da sociedade como do beneficiário da atribuição das suas ações.

¹⁰ Cfr. art. 342.º, 3 e 4, d).

A atribuição de verdadeiras ações de uma SA (ou de sociedade do grupo) aos seus trabalhadores ou membros do órgão de administração é a forma tradicional de participação nas sociedades de capital.

Mais recentemente, noutros ordenamentos jurídico-societários, têm sido adotadas formas de participações *virtuais* nas sociedades de capital. As ações virtuais ou «ações fantasmas» («*phantom stocks*» ou «*virtual shares*») ¹¹ são atualmente a forma de participações virtuais mais disseminada na *praxis* estrangeira, mas tb. se encontrando, cada vez mais, as chamadas opções virtuais («*stock appreciation rights*» ou «*virtual options*»). Trata-se apenas de reproduções ou réplicas obrigacionais de ações ou de direitos de opção («*lediglich schuldrechtliche Nachbildungen von Aktien bzw. Optionsrechten*» ¹²), respetivamente. As participações virtuais são configuradas exclusivamente ao abrigo do direito das obrigações, sendo a participação do beneficiário no capital próprio da sociedade modelada puramente numa base financeira. ¹³

Além de participações virtuais que atribuem meras posições creditórias aos seus beneficiários, encontram-se formas combinadas de participações virtuais e reais. P. ex., no caso dos «*stock settled stock appreciation rights*», os beneficiários recebem inicialmente opções virtuais, mas estas, aquando do respetivo exercício, são satisfeitas – nomeadamente, por escolha do emittente –, não por meio de um pagamento em dinheiro, mas pela entrega de ações. Para o efeito, podem ser atribuídas ações próprias da sociedade ou novas ações emitidas em aumento de capital por entradas em espécie (sob a forma de direitos de crédito decorrentes dos «*stock appreciation rights*»). Essas formas combinadas tb. podem prever que os «*stock appreciation rights*»

¹¹ As ações fantasmas são especialmente utilizadas pelas *start-up*, financiadas com *venture capital*, para atrair trabalhadores qualificados e, no caso de uma saída («*exit*») do concedente de capital de risco, conferem ao empregado beneficiário um pagamento correspondente ao valor da sua participação virtual na *start-up* (deduzido de qualquer preço de emissão pré-determinado, se aplicável) – cfr. HOPPE, «Zustimmungspflichten der Hauptversammlung bei der Ausgabe von Phantom Stocks und anderen virtuellen Beteiligungsformen», NZG, 21/2018, p. 812. Informando que, na *praxis* alemã, as empresas jovens, que prosseguem uma política de «*build-to-sell*» e, assim, a venda oportuna da empresa, preferem a atribuição de ações virtuais ou «*phantom stocks*», à atribuição de verdadeiras ações, SCHÖNHAAR, «Ausgestaltung von virtuellen Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen», GWR 2017, p. 293.

¹² FUCHS, «§ 192», *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Auf. 2016, Rn. 85. A respeito das formas de participações virtuais em geral, HOPPE, «Zustimmungspflichten...», p. 811, caracteriza-as como uma réplica obrigacional dos direitos da socialidade («*die schuldrechtliche Nachbildung von Mitgliedschaftsrechten*»).

¹³ SCHÖNHAAR, «Ausgestaltung...», p. 293

sejam compensados apenas parcialmente numa quantia em dinheiro, a fim de facilitar ao beneficiário o pagamento do imposto devido.¹⁴

Cingir-nos-emos, neste texto, à participação de trabalhadores e/ou membros executivos do órgão de administração no capital de uma SA, mediante a atribuição de verdadeiras ações, relegando para um outro estudo a análise e diferenciação das formas de participações virtuais no capital próprio de uma SA.

2. Formas de concretização da participação societária de trabalhadores e administradores executivos

I. A integração como sócios de uma SA dos seus trabalhadores e/ou membros executivos do órgão de administração depende da aquisição por estes da titularidade das suas ações, seja subscrevendo as suas próprias ações mediante a sua emissão em aumento de capital, seja adquirindo derivadamente as suas próprias ações já emitidas.

A aquisição da condição de sócio de uma SA pelos seus trabalhadores e/ou de membros executivos do órgão de administração, em razão da prestação de trabalho ou de exercício de cargo ou função, pode resultar de uma atribuição (gratuita) de ações por valor correspondente à sua participação nos lucros ou, como é cada vez mais comum, no âmbito de um plano contratual (plurianual ou de longa duração)¹⁵ de remuneração (variável) baseado em ações, podendo tratar-se de planos de atribuição (em regra, gratuita) de ações (planos de *stock-grants*), ou de planos de opções de subscrição ou aquisição de ações (conhecidos como *stock options plans*; *Aktieoptionsprogrammen*; *Stock Option-Programmen*).¹⁶

¹⁴ HOPPE, «Zustimmungspflichten...», p. 812.

¹⁵ É habitual que a efetividade de participação em tais planos esteja dependente, entre outras condições, p. ex., da permanência do trabalhador ou administrador na empresa durante um certo período de tempo ou da efetiva condição de trabalhador ou administrador à data do exercício do direito de participação no plano; de limitações à oneração ou transmissão da titularidade das ações por um certo período.

¹⁶ No domínio tributário, é promovida a adoção de fórmulas societárias de participação dos trabalhadores e membros dos órgãos sociais nos lucros e no capital social, pois que o art. 23.º, 2, d) CIRC prevê que as «*remunerações, incluindo as atribuídas a título de participação nos lucros*» se consideram gastos de natureza administrativa e, como tal, dedutíveis ao lucro, para efeitos de cálculo da base tributável do IRC. Por sua vez, o art. 18.º, 11 CIRC, a respeito da periodização do lucro tributável, estatui que «*os pagamentos com base em ações, efetuados aos trabalhadores e membros dos órgãos estatutários (...), concorrem para a formação do lucro tributável do período de tributação em que os respetivos direitos ou opções sejam exercidos*,

Quanto aos trabalhadores, a atribuição gratuita de ações ou de opções de subscrição/aquisição de ações da SA em que prestam trabalho (ou de ações de sociedade do grupo) corresponde sobretudo a uma fórmula societária de possibilitar a sua participação nos lucros¹⁷, que tem em vista manter e fidelizar trabalhadores chave para o sucesso empresarial. De todo o modo, a atribuição aos trabalhadores de ações a título gratuito ou a preço (de exercício da opção) inferior ao preço de mercado não deixa de ser tb. um incentivo retributivo.¹⁸

A respeito dos membros executivos do órgão de administração, a atribuição (gratuita) de ações ou de opções de subscrição/aquisição de ações da SA em que exercem o cargo (ou de ações de sociedade do grupo) tem a natureza de remuneração (variável). A possibilidade de remunerar os administradores executivos mediante participação nos lucros (que pode, quanto ao seu pagamento, consistir na entrega de ações da própria SA em que exercem funções ou de ações de sociedade do grupo) ou com base em ações (mormente no quadro de planos contratuais de atribuição gra-

pelas quantias liquidadas ou, se aplicável, pela diferença entre o valor dos instrumentos de capital próprio atribuídos e o respetivo preço de exercício pago».

¹⁷ FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros cit.*, p. 490, mostra-se a favor da tese que perspetiva as *stock options* em benefício dos trabalhadores como uma forma de possibilitar uma mais valia patrimonial do tipo participação nos lucros, ao invés da tese que os considera uma forma de remuneração do trabalho. No entanto, a A. aponta que os planos de *stock options* podem prosseguir outros objetivos, como, p. ex., a criação de uma estratégia de defesa anti-OPA hostil, ou simplesmente a colocação de um grupo de ações em «mãos amigas».

¹⁸ No campo do direito do trabalho, o art. 260.º, 1, d) CT determina que a participação nos lucros (*«desde que ao trabalhador esteja assegurada pelo contrato uma retribuição certa, variável ou mista, adequada ao seu trabalho»*) não constitui retribuição, removendo assim um dos possíveis obstáculos à participação dos trabalhadores nos lucros, que seria o risco (para o empregador) de as quantias pagas a título de participação nos lucros poderem ser entendidas como integrando o conceito de retribuição – v. LUÍS CORREIA ARAÚJO, «A participação dos trabalhadores nos lucros das sociedades comerciais», *Questões de tutela de credores e de sócios das sociedades comerciais* (coord. de Maria de Fátima Ribeiro), Almedina, 2013, p. 146. Por sua vez, o art. 46.º, 2, r) Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social dispõe que integram a base de incidência contributiva, designadamente, *«os montantes atribuídos aos trabalhadores a título de participação nos lucros da empresa, desde que ao trabalhador não esteja assegurada pelo contrato uma remuneração certa, variável ou mista adequada ao seu trabalho»*. Segundo LUÍS CORREIA ARAÚJO, «A participação dos trabalhadores nos lucros...», p. 147, *«interpretando a norma a contrario sensu, desde que esteja assegurada ao trabalhador pelo contrato uma remuneração (certa, variável ou mista) adequada ao seu trabalho, a participação nos lucros da empresa não é tratada como componente da remuneração do trabalhador, mas antes como um complemento, com regime diferente, excluído da base de incidência contributiva»*.

tuita de ações ou de atribuição de opções¹⁹ de subscrição/aquisição de ações) visa ligar as suas remunerações à *performance* empresarial e, dessa forma, realizar uma identidade de interesses e motivações entre acionistas-investidores e administradores executivos, de modo a que ambas as categorias tenham como objetivo económico o incremento de valor das ações da sociedade, atenuando-se, de certo modo, os problemas chamados de «agência» conexos à dissociação entre propriedade e gestão da empresa.

Mas a remuneração dos administradores executivos com base em ações tb. foi evidenciando riscos de certos desvios, ao nível da gestão²⁰, pelo que as entidades responsáveis pelo desenho da regulamentação e pela supervisão dos mercados financeiros, tanto internacionais²¹, como nacionais²², apresentaram recomendações sobre boas práticas de governo das sociedades, com o intuito de incentivar as sociedades na divulgação pública da informação relativa aos planos relativos a ações e de promover a aprovação desses planos pelos acionistas.

Em Portugal, existe já a obrigação de as sociedades cotadas (bem como outras sociedades, designadamente as integráveis nas «entidades de interesse público») estabelecerem políticas de remuneração e o direito dos acionistas a aprovarem, nos termos da L 28/2009, de 19 de junho (cfr. respetivos arts. 1.º e 2.º)^{23,24}

¹⁹ Sobre o tratamento contabilístico das *stock-options* atribuídas como complemento remuneratório, v. ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, «Remuneração de administradores e planos de aquisição de ações», *CadMVM*, n.º 19, 2004, p. 28 e s.

²⁰ Incentivando estratégias de curto prazo promotoras do aumento rápido da cotação das ações, inclusive a manipulação das contas, com o propósito de venderem com lucro as ações que adquiriram (ou a cuja aquisição têm direito) a preço baixo. V. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2.ª ed., 2010, p. 86.

²¹ Um excuro sobre os desenvolvimentos ao nível internacional, europeu e nacional é feito por FÁTIMA GOMES, «Remuneração de administradores de sociedades anónimas “cotadas”, em geral, e no sector financeiro, em particular», *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011, p. 297 s.

²² O ponto II.3.4. Código de Governo das Sociedades da CMVM 2013 (Recomendações) recomenda que a proposta relativa à aprovação de planos de atribuição de ações, e/ou de opções de aquisição de ações ou com base nas variações do preço das ações, a membros dos órgãos sociais deve ser submetida à assembleia geral e conter todos os elementos necessários para uma avaliação correta do plano.

²³ COUTINHO DE ABREU, «Remunerações dos administradores e transações com partes relacionadas na Diretiva dos Direitos dos Acionistas II», *DSR*, Ano 10, vol. 19, 2018, p. 14, nt. 2.

²⁴ A declaração sobre a política de remuneração aprovada pela assembleia geral das entidades de interesse público está sujeita a divulgação (cfr. art. 3.º da L 28/2009). O art. 1.º, 1 Regulamento da CMVM n.º 4/2013 (Governo das Sociedades) impõe às sociedades emittentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, situado ou a funcio-

A transposição futura da Diretiva 2017/828, de 17 de maio de 2017, para o direito interno incrementará a transparência e informação sobre a remuneração dos administradores.²⁵

II. A concretização jurídico-prática da participação societária de trabalhadores e de administradores com funções executivas envolve a atribuição das próprias ações da SA, sejam ações já emitidas, detidas em carteira ou a adquirir no mercado, sejam ações a emitir *ad hoc* em aumento de capital.

Quer o regime jurídico das ações próprias, quer o regime jurídico do aumento de capital são caracterizados, no direito dos Estados-Membros, por regras rígidas (e comuns, em virtude da transposição da entretanto revogada Diretiva do Capital, atualmente codificada na Diretiva Codificadora do Direito das Sociedades²⁶) em vista à proteção dos acionistas (*maxime* minoritários) e dos terceiros credores. Algumas de tais regras constituem entraves à concretização jurídico-prática da aquisição da titularidade de ações por trabalhadores ou administradores, razão pela qual a entretanto revogada Diretiva do Capital, atualmente codificada na Diretiva Codificadora do Direito das Sociedades, habilita os Estados-Membros a derogar uma parte substancial e estrutural do regime comum harmonizador da tutela da manutenção e intangibilidade do capital social.

Em particular, a Diretiva Codificadora do Direito das Sociedades autoriza os Estados-Membros a não exigir a aprovação pela assembleia geral da aquisição (derivada) de ações próprias, quer pela própria sociedade, quer através de uma pessoa que atue em nome próprio, mas por conta da sociedade, a fim de serem distribuídas aos seus trabalhadores ou aos trabalhadores de uma sociedade coligada (cfr. art. 60.º, 3)²⁷. Admite tb. a

nar em Portugal, o dever de prestação e divulgação de informação por via da elaboração de um relatório detalhado sobre a estrutura e as práticas de governo societário («relatório de governo societário»), contendo, com a sistematização prevista no Regulamento, os elementos mencionados no art. 245.º-A do CódMVM, bem como os elementos informativos complementares previstos no Regulamento e todas as demais informações que sejam relevantes para a compreensão do modelo e das práticas de governo adotadas. O citado Regulamento contém o modelo de relatório de governo societário a ser observado, e que inclui elementos relativos às remunerações dos órgãos sociais, de trabalhadores e colaboradores através de eventuais planos de atribuição de ações ou opções sobre ações.

²⁵ A análise das normas da Diretiva 2017/828 relativas às remunerações dos administradores, comparando-as com as atualmente em vigor no direito nacional, é feita por COUTINHO DE ABREU, «Remunerações...», p. 14 e s.

²⁶ Diretiva 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, relativa a determinados aspetos do direito das sociedades.

²⁷ Estando a sociedade dominada admitida a adquirir ações de sua sociedade dominante nos mesmos termos em que esta pode adquirir ações próprias (67.º), podem assim os Esta-

prestação de assistência financeira para a subscrição ou aquisição de ações pelo ou para os trabalhadores da sociedade ou de sociedade com ela coligada (cfr. art. 64.º, 6). Permite ainda, em virtude de uma generosa regulação constante do art. 84.º, 1, que os Estados-Membros não apliquem, em vista ao favorecimento da participação dos trabalhadores ou de «outras categorias de pessoas, determinadas pela lei nacional»²⁸, no capital: a regra de realização mínima das entradas, inscrita no art. 48.º, 1.º par.; a necessidade de autorização da assembleia geral para a aquisição derivada de ações próprias constante do art. 60.º, 1, a), primeira frase; o regime de aumento do capital (cfr. art. 68.º); a regra da realização mínima das entradas na sequência de aumento de capital por entradas em dinheiro (cfr. art. 69.º); e o regime do direito de subscrição preferencial no aumento de capital por entradas em dinheiro (cfr. art. 72.º). No conjunto, permite-se a participação dos trabalhadores e, no âmbito das derrogações admitidas pelo art. 84.º, 1, parece-nos, tb. dos membros dos órgãos sociais no capital social, mediante a aquisição originária ou derivada de ações de uma sociedade, eventualmente financiada pela participação nos lucros sociais que àqueles seja deferida.

Tb. alguns ordenamentos jurídico-societários da UE²⁹ adotaram algumas dessas derrogações às regras comuns de tutela da manutenção e

dos-Membros não exigir a aprovação pela assembleia geral da sociedade dominante da aquisição derivada das suas ações pela sociedade dominada para a distribuição (efetuada pela dominada) aos trabalhadores da sociedade dominante ou de sociedade coligada com ela, incluindo da própria sociedade dominada.

²⁸ Julgamos poder a lei nacional contemplar os membros dos órgãos sociais, nomeadamente os administradores com funções executivas.

²⁹ No direito alemão, o § 71 Abs. 1 Nr. 2 AktG prevê expressamente, entre outros casos, a licitude da aquisição derivada de ações próprias para serem oferecidas aos trabalhadores da AG ou de uma sociedade com ela realcionada, sem necessidade de uma deliberação da assembleia geral nesse sentido, sendo o mesmo regime aplicável, por força do § 71d S. 2 e 4 AktG, à aquisição de ações de uma AG por sociedade dela dependente. A doutrina dominante alemã entende que um programa de aquisição de ações (*Aktienbezugsprogramme*), no âmbito do qual as ações são adquiridas através do exercício de uma opção atribuída, representa uma oferta aos trabalhadores para aquisição de ações próprias (*Belegschaftsaktien*) no sentido do § 71 Abs. 1 Nr. 2, não sendo necessária igualmente uma deliberação da assembleia geral, segundo o § 193 Abs. 2 Nr. 4 (exigência de indicação, na deliberação social de aumento de capital condicionado – *bedingte Kapitalerhöhung* – para atribuição de direitos de subscrição de ações aos trabalhadores e membros do órgão de administração da AG ou de uma sociedade com ela relacionada, ao abrigo do § 192 Abs 2 Nr. 3, da repartição dos direitos de subscrição, metas de desempenho, períodos de aquisição e de exercício e período de espera para o primeiro exercício (pelo menos quatro anos) – MARCUS LUTTER/TIM DRYGALA, «§ 71», *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band I, 1 Teillieferung (§§ 67-75), 3.ª ed., 2009, p. 200-201, Rn. 82, considerando que a atribuição de um direito de aquisi-

intangibilidade do capital social ou criaram mesmo algumas soluções que facilitam a concretização da participação societária de trabalhadores e/ou membros do órgão de administração.

ção – p. ex. através da atribuição de uma opção sobre ações – e o seu exercício posterior é de ver como um negócio de aquisição e que a norma visa garantir unicamente a aquisição «simplificada», e justificando a ausência de remissão para o § 193 Abs. 2 Nr. 4 na circunstância de, na atribuição de ações aos trabalhadores, não existir o risco de uma auto-satisfação do programa de opções sobre ações pelo órgão de administração. Tb. a favor de que o § 71 Abs. 1 Nr. 2 AktG compreende igualmente a atribuição de direitos a adquirir ações através do exercício de uma opção e de que não é necessária uma deliberação dos acionistas segundo o § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG, v. JENS WAGNER, «Zur aktienrechtlichen Zulässigkeit von Share Matching-Plänen», *BB*, 30, 2010, p. 1741; OECHSLER, «§71», *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 4. Auf. 2016, Rn. 135, 144; Cahn, «§71», *Spindler/Stilz, Aktiengesetz*, 4. Auf. 2019, Rn. 64; com opinião contrária, HÜFFER, «Aktienbezugsrechte als Bestandteil der Vergütung von Vorstandsmitgliedern und Mitarbeitern – gesellschaftsrechtliche Analyse», *ZHR* 161 (1997), p. 220 e s.

Apesar de os membros do órgão de administração e de fiscalização não serem abrangidos pela previsão constante do § 71 Abs. 1 Nr. 2 AktG (licitude da aquisição de ações próprias para serem oferecidas aos trabalhadores, mediante a vontade do órgão de administração), não se pode retirar dessa previsão qualquer proibição geral de atribuição de ações próprias aos membros dos órgãos sociais, podendo essa atribuição ter lugar ao abrigo do § 71 Abs. 1 Nr. 8 (licitude da aquisição de ações próprias dentro do limite de 10% do capital mediante deliberação da assembleia geral). Ao abrigo do § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG, é admitida a atribuição de opções sobre ações aos membros do órgão de administração, mas é necessária a observância do disposto no § 193 Abs. 2 Nr. 4. Cfr., entre outros, MARCUS LUTTER/TIM DRYGALA, «§ 70», p. 199, Rn.76.

Ainda no âmbito da AktG, o já citado § 192 Abs. 2 Nr. 3, admite a deliberação de aprovação ou de autorização de um aumento de capital condicionado (*bedingte Kapitalerhöhung*) para a atribuição de direitos de subscrição (*stock options* de subscrição) de ações aos trabalhadores e membros do órgão de administração da AG ou de uma sociedade com ela relacionada. Antes da atual redação do § 192 Abs. 2 Nr. 3, dada pelo KonTraG de 1998, o aumento de capital condicionado para a concessão de direitos de subscrição de novas ações aos *trabalhadores* requeria uma entrada em espécie sob a forma de direitos de crédito a uma quantia pecuniária em correspondência à participação nos lucros que lhes fosse concedida pela AG (note-se que a participação nos lucros em causa abrange, em concreto, todos os créditos cujo montante tb. depende dos resultados empresariais, contando-se, além da verdadeira participação nos lucros, tb. prémios de desempenho, gratificações, e ainda os chamados *stock appreciation rights*, bem como *phantom stocks*, pois que, em ambos os casos, o direito de crédito depende da cotação das ações ou de um aumento relativo ou absoluto do preço das ações), ou então, segundo o Abs. 2 Nr. 1, o uso de obrigações convertíveis ou com *warrant*. Desde o KonTraG, o aumento de capital condicionado pode ser usado diretamente para atribuição de opções de subscrição de ações aos trabalhadores e ainda de administradores da AG ou de sociedade relacionada, sem a necessidade de uma entrada em espécie nos termos referidos ou da utilização de obrigações convertíveis ou com *warrant*. Apesar de o aumento do capital condicionado originar sempre primeiro uma

No direito interno, com exceção da expressa admissibilidade da prestação de assistência financeira para a subscrição ou aquisição de ações

obrigação de realização de entradas em dinheiro, a AktG permite a substituição dessa obrigação principal de entrada em dinheiro por entradas em espécie segundo o cumprimento de determinados requisitos constantes do § 194. Um das entradas em espécie possíveis é precisamente a entrada com créditos de *trabalhadores* a uma quantia pecuniária em correspondência à participação nos lucros que lhes seja concedida pela AG, prevendo-se a derrogação de alguns dos requisitos do § 194 (cfr. § 194 Abs. 3 AktG). Esta via permanece admissível (apenas) para a atribuição de direitos de subscrição de ações aos trabalhadores, ainda que não tenha tido relevo na *praxis*. Para a atribuição de direitos de subscrição de ações da AG aos seus trabalhadores e seus administradores ou de sociedade relacionada, permanece admissível o uso de obrigações convertíveis ou com *warrant* (que era a via mais utilizada antes da alteração trazida pelo KonTraG à redação do § 192 Abs. 2 Nr. 3), além do uso de opções de subscrição de ações (*nackter Optionen*), que foi expressamente permitido desde então. V. FUCHS, «§ 192», Rn. 62, 77-78. De acordo com a posição majoritária na doutrina alemã (ainda que com várias vozes em sentido contrário), em contraste com a situação da emissão de obrigações convertíveis ou obrigações com *warrants*, na situação de emissão e satisfação de opções nuas (*nackter Optionen*), nos termos do § 192 Abs. 2 Nr. 3, não é necessária a exclusão dos direitos de subscrição dos acionistas, nos termos do § 221 Abs. 4 em conexão com o § 186 Abs. 3, 4, nem um relatório da administração, nos termos do § 186 Abs. 4 S. 2 (analogicamente) AktG – v. FUCHS, «§ 192», Rn. 77-80, apesar de este A. discordar dessa posição dominante.

Por sua vez, o CComf prevê expressamente a licitude da aquisição derivada de ações próprias pelas sociedades (sem necessidade de deliberação dos acionistas) que fazem participar os seus trabalhadores nos seus resultados, que atribuem gratuitamente as suas ações, nas condições previstas nos arts. L. 225-197-1 a L. 225-197-3, ou que atribuem opções de subscrição ou aquisição das suas ações, nas condições previstas nos arts. L225-177 a L225-184 e L225-186-1 (cfr. art. L225-208), devendo as ações ser atribuídas ou as opções de subscrição ou aquisição ser concedidas no período de um ano a contar da aquisição das ações próprias pela sociedade. O CComf regula com algum promenor a configuração do planos de atribuição gratuita de ações e dos planos de opções de ações. Vamos mencionar apenas alguns dos seus aspetos legais. No que respeita à atribuição gratuita de ações, a assembleia geral extraordinária, com base no relatório do órgão de administração e no relatório especial dos ROC, pode autorizar o órgão de administração a proceder, em benefício dos assalariados da empresa ou de certas categorias dentre eles, a uma atribuição gratuita de ações *existentes* ou a *emitir* (art. L 225-197-1, I, 1.º par.). A assembleia geral extraordinária define a percentagem máxima do capital social que pode ser atribuída gratuitamente; o número total de ações atribuídas gratuitamente não deve exceder 10% do capital social à data da decisão de atribuição pelo órgão de administração; esta percentagem eleva-se aos 30% quando a atribuição gratuita de ações beneficie todos os trabalhadores assalariados da sociedade; a diferença entre o número de ações distribuídas a cada assalariado não pode exceder uma proporção de 1/5. Quando a atribuição se refere a ações a serem emitidas, a autorização dada pela assembleia geral extraordinária implica automaticamente, a favor dos beneficiários da atribuição gratuita de ações, a renúncia dos acionistas ao seu direito de subscrição preferencial; o aumento de capital correspondente é efetivamente realizado unicamente para a atribuição definitiva das ações aos beneficiá-

pelos ou para os trabalhadores, o CSC não contém qualquer disposição específica relativa à promoção da concretização da participação societária

rios (art. L 225-197-1, I, 4.º par.). A atribuição de ações aos seus beneficiários é definitiva após um período de aquisição em que a duração mínima, que não pode ser inferior a dois anos, é determinada pela assembleia geral extraordinária; no entanto, a assembleia pode prever a atribuição final de ações antes do final do prazo de carência em caso de invalidez do beneficiário (art. L 225-197-1, I, 5.º par.). A assembleia geral extraordinária também define a duração mínima da obrigação de manter as ações por parte dos beneficiários; este prazo corre a partir da atribuição final das ações, mas não pode ser inferior a dois anos; no entanto, as ações são livremente transmissíveis em caso de invalidez dos beneficiários (art. L 225-197-1, I, 6.º par.). Sob as mesmas condições previstas em relação aos trabalhadores assalariados, admite a atribuição a membros do órgão de administração de ações da sociedade ou de uma sociedade a ela ligada («*société liée*») nos termos previstos no art. L. 225-197-2, se as ações estiverem admitidas à negociação num mercado regulamentado, e se respeitadas as condições mencionadas no art. L. 225-197-6 (cfr. art. L 225-197-1, II). Segundo a doutrina, aquando da atribuição efetiva das ações gratuitas, se se tratarem de ações novas, a criação das ações é realizada por um aumento de capital por incorporação de reservas, podendo abranger qualquer reserva (legal, estatutária) ou prémios (*v. g.*, de emissão, de fusão).

O CComf prevê igualmente com algum detalhe a atribuição de opções de subscrição ou de aquisição de ações. A assembleia geral extraordinária, com base no relatório do órgão de administração e no relatório especial dos ROC, pode autorizar o órgão de administração a conceder, em benefício dos assalariados da empresa ou de certas categorias dentre eles, opções que dão o direito a subscrever ações, fixando o prazo dentro do qual esta autorização pode ser utilizada pelo órgão de administração, que não pode exceder 38 meses (cfr. art. L225-177, 1.º par.). O órgão de administração define as condições em que são concedidas as opções. Estas condições podem incluir cláusulas que proibem a venda imediata de toda ou parte das ações sem que o prazo imposto para a conservação dos títulos possa exceder três anos a partir do exercício da opção (cfr. art. L225-177, 2.º par.). As opções podem ser concedidas ou exercidas mesmo que o capital não tenha sido integralmente pago (cfr. art. L225-177, 3.º par.). O preço de subscrição é definido no dia em que a opção é concedida, pelo órgão de administração, segundo as modalidades determinadas pela assembleia geral extraordinária com base no relatório dos ROC; se as ações não estiverem admitidas à negociação num mercado regulamentado, preveem-se critérios específicos para a determinação do preço de subscrição (cfr. art. L225-177, 4.º par.). Para sociedades cotadas num mercado regulamentado preveem-se períodos específicos de intransmissibilidade de opções sobre ações de modo a impedir um impacto significativo no preço das ações (cfr. art. L225-177, 5.º par.). Quanto à atribuição de opções de subscrição de ações, a autorização concedida pela assembleia geral extraordinária importa a renúncia expressa dos acionistas ao seu direito de subscrição preferencial para as ações que serão emitidas à medida que as opções forem exercidas (art. L225-178, 1.º par.). A assembleia geral extraordinária pode autorizar o órgão de administração a conceder, em benefício dos assalariados da empresa ou de certas categorias dentre eles, opções que dão o direito a adquirir ações, provenientes de uma compra efetuada antes do início da exercitabilidade da opção pela própria sociedade nas condições definidas nos artigos L. 225-208 ou L. 225-209, fixando o prazo dentro do qual esta autorização pode ser utilizada pelo órgão de adminis-

tração, que não pode exceder 38 meses; aplica-se o mesmo regime previsto para as opções de subscrição; o preço da ação, na data da outorga da opção, não pode ser inferior a 80% do preço médio de aquisição realizada pela sociedade nos termos dos artigos L. 225-208 e L. 225-209 (cfr. art. L225-179). Segundo o art. L225-181, o preço fixado para a subscrição ou compra de ações não pode ser alterado durante a vida da opção. No entanto, quando a sociedade realiza uma amortização ou redução de capital, uma mudança na distribuição de lucros, uma atribuição gratuita de ações, uma incorporação no capital de reservas, lucros ou prêmios de emissão, uma distribuição de reservas ou qualquer emissão de títulos de capital ou valores mobiliários que confirmam direito à atribuição de títulos de capital com um direito de subscrição reservado aos acionistas, a sociedade deve tomar medidas para proteger os interesses dos beneficiários de opções nos termos do artigo L. 228-99. De acordo com o art. L225-183, a assembleia geral extraordinária fixará o prazo durante o qual as opções devem ser exercidas. Os direitos decorrentes das opções outorgadas não são transmissíveis até que a opção seja exercida. O art. L225-185, 4.º e 5.º par. estende aos membros do órgão de administração a possibilidade de, sob as mesmas condições previstas em relação aos trabalhadores assalariados, lhes serem atribuídas opções que dão direito à subscrição ou aquisição de ações da sociedade ou de uma sociedade a ela ligada, nos termos previstos no art. L. 225-180, se as ações estiverem admitidas à negociação num mercado regulamentado, e se respeitadas as condições mencionadas no art. L. 225-186.1. O CCit inscreve duas hipóteses de participação dos trabalhadores na propriedade acionista: i) aquela que se realiza com a atribuição extraordinária de lucros aos trabalhadores e, em sua correspondência, com a emissão de especiais categorias de ações ou de instrumentos financeiros diversos das ações por um montante idêntico (cfr. art. 2349); (ii) aquela que sucede em sede de aumento do capital e que consiste em reservar para os trabalhadores da sociedade ou de sociedade controlante ou controlada a subscrição das ações de nova emissão, mediante o exercício de direitos de opção (cfr. art. 2441, 8.º par.). Se ambas as operações podem reconduzir-se em sentido lato ao fim de incentivo da participação acionista dos trabalhadores, elas diferenciam-se contudo ao nível do plano jurídico-operativo. A primeira operação (i) corresponde a um aumento de capital gratuito, cabendo à assembleia extraordinária deliberar a atribuição de lucros aos trabalhadores da sociedade ou de sociedade controlada e o correspondente aumento de capital (em função dos lucros destinados) que permitirá a atribuição gratuita de ações ou de instrumentos financeiros também participativos aos mesmos (cfr. art. 2349), com sacrifício do interesse dos antigos acionistas à percepção do dividendo e reduzindo-se a quota de capital correspondente aos antigos acionistas. É uma forma de gratificação (atribuição de lucros) a favor dos trabalhadores e, ao mesmo tempo, uma forma de poupança forçada imposta aos trabalhadores; os lucros são-lhes atribuídos apenas figurativamente: estes são imputados a capital para efeitos de serem atribuídas ações individualmente aos trabalhadores, que podem ser ações ordinárias ou ações de categorias especiais, se sujeitas a regras especiais relativas aos direitos que correspondem aos acionistas (p. ex., exclusão do direito de voto na assembleia ordinária, exclusão do direito de preferência). Trata-se da única hipótese de aumento gratuito do capital em que a lei consente o sacrifício do direito dos acionistas à atribuição proporcional de ações de nova emissão, reconhecido no art. 2442. A segunda operação (ii) corresponde a um normal aumento de capital mediante a emissão de novas ações ordinárias, estando a única característica peculiar no facto de permitir à maioria excluir o direito de preferência dos antigos acionistas, com a consequente redução da sua

quota de participação no capital social, se as novas ações são oferecidas para subscrição pelos trabalhadores da sociedade, de sociedade controlante ou de sociedade controlada (cfr. art. 2441, 8.º par.). Os trabalhadores podem exercer ou não os direitos de opção de subscrição das ações que lhes forem oferecidas e, se os exercerem, devem efetuar a correspondente contribuição em dinheiro. V. NICCOLÒ ABRIANI/STEFANO AMBROSINI/ORESTE CAGNASSO/PAOLO MONTALENTI, *Le società per azioni*, Trattato di Diritto Commerciale (dirig. Gastone Cottino), Vol. IV, Tomo I, Cedam, 2010, p. 331-333; FRANCESCO GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell' Economia, vol. 29, Padova, Cedam, 2003, p. 131-133.

A respeito da remuneração dos administradores, esta é estabelecida no ato de nomeação ou pela assembleia geral, podendo ser constituída, total ou parcialmente, pela participação nos lucros ou atribuição do direito de subscrever ações de futura emissão a preço determinado (cfr. art. 2389, 1.º e 2.º par. CCit), mas neste último caso o direito de preferência dos antigos acionistas na subscrição das novas ações só pode ser limitado ou excluído mediante deliberação fundada no interesse social (cfr. art. 2441). Por sua vez, o art. 114-bis TUF (*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*), exige que os planos de remuneração baseados em instrumentos financeiros a favor dos membros do órgão de administração, trabalhadores e demais colaboradores sejam aprovados pela assembleia ordinária de sócios e impõe o respeito de algumas condições na respetiva configuração. O CA 2006 prevê disposições específicas para estimular e facilitar os denominados *employees' share schemes* (cfr. sec. 1166). Note-se que um membro do órgão de administração – *director* – pode ser igualmente empregado – *employee* –, quando exerça as suas funções ao abrigo de um contrato de prestação de serviços. Tais planos ou programas de ações para empregados proporcionam o direito de adquirir ações ou títulos de dívida de uma sociedade pelos ou para (*by or for the benefit of employees*) os seus empregados (incluindo administradores) ou ex-empregados (ou pelos ou para os cônjuges, parceiros civis, cônjuges sobreviventes, parceiros civis sobreviventes, ou filhos menores ou enteados de tais empregados ou ex-empregados), ou pelos empregados e seus familiares de qualquer sociedade subsidiária, da sua sociedade *holding* ou de qualquer subsidiária da sua *holding*. Os *employees' share schemes* abrangem igualmente, pois, os planos em que as ações são detidas por *trustees* por um período mínimo de retenção. Geralmente, a sociedade transfere dinheiro para um *trust*, que depois adquire as suas ações já emitidas ou ações que venham a ser emitidas pela sociedade para distribuição pelos empregados abrangidos pelo plano e nas condições e momentos definidos pelo plano; os empregados podem ser obrigados a revender ao *trust* as ações adquiridas no âmbito do plano. No âmbito dos *employee's shares schemes*, a sociedade atribui gratuitamente ações, ações com desconto, opções de aquisição de ações ou outros benefícios obtidos com ações. A dotação financeira (contribuição para o plano previamente definido) consiste na transferência, geralmente constante, de recursos gerados pela própria sociedade promotora. Se as ações da sociedade forem oferecidas aos empregados no âmbito de determinados planos (Share Incentive Plans (SIPs), Save As You Earn (SAYE), Company Share Option Plans, Enterprise Management Incentives (EMIs)) são-lhes concedidas vantagens fiscais; as ações da sociedade atribuídas aos empregados fora de tais planos não terão as mesmas vantagens fiscais. Para mais informações, v. o sítio do governo britânico <https://www.gov.uk/tax-employee-share-schemes/overview>. Entre as disposições específicas estatuídas no CA 2006, tendentes a favorecer os esquemas de participação dos trabalhadores no capital social, estão: a sec. 549 (2), que reconhece

de trabalhadores e/ou de membros do órgão de administração.³⁰ Com efeito, tal como em todas as legislações societárias da UE, o CSC tb. acolheu expressamente o favorecimento da participação no capital social de trabalhadores mediante a prestação de assistência financeira. O art. 322.º, 2, 2.ª frase, recebeu o objetivo político-social comunitário de fomento da participação societária dos trabalhadores, reproduzindo o texto comunitário contido no art. 23.º, 2, 2.ª frase Diretiva do Capital na versão inicial de 1976 (correspondendo atualmente ao art. 64.º, 6, 2.ª frase Diretiva Codificadora do Direito das Sociedades). Admite-se excecionalmente a prestação de assistência financeira (mediante a concessão de empréstimos, adiantamentos de remuneração, prestação de garantias ou qualquer outro

aos administradores o poder de emitir ações (i. é, aumentar o capital), sem necessidade de autorização constante dos estatutos da sociedade (*company's articles*) ou conferida por deliberação dos sócios (a) para atribuição de ações em conformidade com um *employees' share scheme* ou (b) para a concessão de direitos de subscrição de, ou de conversão de qualquer título de capital em, ações emitidas em conformidade com um *employees' share scheme*; a sec. 566, que afasta o direito de preferência dos acionistas na subscrição das ações emitidas quando sejam para ser detidas, atribuídas ou transferidas ao abrigo de um *employees' share scheme*. Exclusivamente aplicáveis a *private companies*, encontram-se disposições que aligeiram as condições gerais de admissibilidade de aquisição derivada de participações próprias quando tal aquisição ocorrer para o propósito ou em conformidade com um *employees' share scheme* – cfr., entre outras, a sec. 691 (3) CA 2006, que execiona a exigência de pagamento pela aquisição de participações próprias aquando da sua compra por uma *limited company*, constante da subsection (2), se uma *private limited company* comprar as participações para o propósito ou em conformidade com um *employees' share scheme*; sec. 693A, que admite a aquisição de participações próprias fora do mercado para o propósito ou em conformidade com um *employees' share scheme*, se a aquisição tiver sido previamente autorizada pela assembleia geral.

³⁰ O CódMVM contém algumas disposições dispensando o prospeto de oferta pública de distribuição (cfr. o art. 134.º, 2, c)) e o propesto de admissão à negociação (cfr. o art. 236.º, 2, c)) relativamente a valores mobiliários oferecidos, atribuídos ou a atribuir a membros dos órgãos de administração ou a trabalhadores, atuais ou pretéritos, pelo empregador, por uma sociedade em relação de domínio ou de grupo com este ou por uma sociedade sujeita a domínio comum, desde que, entre outras condições, esteja disponível um documento com informações sobre o número e a natureza dos valores mobiliários, bem como sobre as razões e características da oferta. Tais valores mobiliários podem ser nomeadamente ações, obrigações e *warrants* autónomos. FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros cit.*, p. 498, entende que as *stock options* não são valores mobiliários, «mas apenas direitos (eventualmente mobilizáveis em mercados)». Se as *stock options* forem valores mobiliários, a mesma A. considera que a sua colocação em benefício dos trabalhadores dará, em regra, origem a uma distribuição privada, sem prejuízo de casos em que são aplicáveis as normas relativas às ofertas públicas de distribuição. Considerando as *stock options* como valores mobiliários para efeitos do art. 134.º, 2, c) CódMVM, na medida em que têm como objeto a atribuição de direitos relativos à aquisição de ações, v. ANGELA BARROS CHAVES, *Stock Option Plans no Âmbito do Trabalhador* (Dissertação de mestrado), UCP, Lisboa, 2012.

negócio de crédito em sentido amplo) para a aquisição ou subscrição de ações da SA assistente pelos ou para os seus trabalhadores (mas não tb. pelos ou para os membros do órgão de administração)³¹ ou de sociedade com ela coligada. A prestação de assistência financeira aos seus trabalhadores ou de sociedade com ela coligada constitui uma das formas de as SA facilitarem a participação daqueles no respetivo capital social.³²

Não obstante a ausência de previsões específicas no CSC, com exceção do art. 322.º, 2, 2.ª frase (mas que é aplicável tão-somente aos trabalhadores), em ordem a possibilitar ou facilitar a aquisição da titularidade de ações pelos trabalhadores e/ou administradores com funções executivas, a sua participação societária pode ser concretizada ao abrigo das regras gerais relativas à participação nos lucros, à aquisição e alienação de ações próprias e ao aumento de capital, por incorporação de reservas ou por novas entradas.

De seguida, expor-se-á o enquadramento jurídico-societário à operacionalização da aquisição da titularidade de ações da SA pelos seus trabalhadores e administradores com funções executivas. Por último, prescrever-se-á se a atribuição das próprias ações (ou de ações de sociedade dominante – cfr. art. 325.º-B, que remete para o art. 322.º), a título gratuito ou a preço inferior ao valor de mercado, aos seus trabalhadores ou administradores executivos constitui uma hipótese subsumível ao instituto da assistência financeira.

2.1. Atribuição (gratuita) de ações da própria SA por valor correspondente à participação nos lucros

A participação nos lucros de uma SA pode ser realizada em benefício de terceiros (não sócios), como administradores e trabalhadores da respetiva sociedade, promotores ou fundadores, entre outros³³.

³¹ V. *infra* 2.3.

³² Não obstante a exceção à proibição de assistência financeira a favor dos trabalhadores da SA (emitente) assistente ou de uma sociedade com ela coligada ter subjacente ou por fundamento o mero fim político-social de incentivo da sua participação no capital social, em consonância com o art. 64.º, 6, 2.ª frase Diretiva Codificadora, podem ser prosseguidos motivos diferentes daquele e ainda que a título principal, como seja o de captação de capital, de obstar a uma OPA hostil, de colocar um pacote de ações em mãos amigas, de embaretecer um IBO (*Institutional Buyout*).

³³ Sobre o assunto, v. FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 522 e s.; PAULO VASCONCELOS, *Apuramento e aplicação de resultados no Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2016, p. 274 e s. Sobre a convenção de atribuição de lucros no quadro de um contrato de subordi-

A referência à expressão «participação nos lucros» por terceiros (não sócios) pode ser empregue em sentido próprio ou verdadeiro ou em sentido impróprio ou aparente.³⁴

2.1.1. «Participação nos lucros» em sentido próprio

Está em causa a «participação nos lucros» em sentido próprio, quando a participação nos lucros atribuída a terceiros assume verdadeira natureza de participação na repartição do lucro distribuível, ao qual concorrem, em primeiro lugar, os sócios.

Com efeito, o direito de quinhão nos lucros constitui um direito geral inerente à condição de sócio (cfr. arts. 21.º, 1, a), e 22.º).

Não obstante, o CSC prevê expressamente a possibilidade de se destinar parte do lucro da sociedade a outros fins ao permitir que possa ser, desde que tal resulte do contrato de sociedade³⁵, usado para remunerar os gerentes ou administradores da sociedade (cfr. arts. 255.º, 3, para as SQ, e 294.º, 4 e 399.º, 2 e 3³⁶, para as SA).³⁷

Especificamente a respeito dos membros do órgão de administração das SA, pode então ser-lhes atribuído o direito a participar nos lucros de exercício distribuíveis (cfr. arts. 32.º e 33.º)³⁸, a título de componente da remuneração, mediante autorização do pacto social, inicial ou supervenientemente, que fixará a percentagem máxima dos lucros de exercício distribuíveis destinada aos administradores (cfr. os arts. 399.º, 2 e 3, e 429.º), sendo que não poderão obter o pagamento da sua parcela nos lucros antes de terem disponibilizado o pagamento dos lucros aos sócios (cfr. art. 294.º, 3).³⁹

nação, cfr. TARSO DOMINGUES, «Art. 508.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de Coutinho de Abreu), vol. VII, Almedina, 2014, p. 325 e s.

³⁴ Baseamo-nos em FÁTIMA GOMES, últ. ob. cit., p. 434, 443, 511 e 515-516.

³⁵ TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Almedina, 2009, p. 296.

³⁶ A remuneração dos membros do órgão de administração só parcialmente poderá ser constituída por uma percentagem dos lucros de exercício, que sejam distribuíveis – TARSO DOMINGUES, *Variações cit.*, p. 298 e s.; COUTINHO DE ABREU, «Art. 399.º», p. 356.

³⁷ Note-se que, em sede de fusão e cisão de sociedades, acautela-se a existência de direitos de terceiros não sócios a participar nos lucros da sociedade incorporada, fundida ou cindida (cfr. arts. 98.º, 1, g), 119.º, o)).

³⁸ Pelo que a remuneração variável não terá lugar se não existirem lucros de exercício distribuíveis – v. FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros cit.*, p. 438.

³⁹ Quando a remuneração variável consistir numa verdadeira repartição de lucros, o tratamento jurídico e contabilístico não pode ser o de despesa (que seria contabilizada na conta de exploração anual), mas o correspondente à aplicação e distribuição de lucros, já depois

De todo o modo, a participação dos administradores⁴⁰ nos lucros distribuíveis, enquanto forma de aplicação de resultados, corresponde a uma distribuição de bens sociais, que está sujeita a deliberação da coletividade de sócios e se encontra tb. limitada pelo disposto nos arts. 217.º, 1, ou 294.º, 1.

No que respeita ao modo de pagamento da parte do lucro anual atribuída aos administradores, ele não tem de ser realizado necessariamente através da entrega imediata de uma quantia em dinheiro (depois de ter sido disponibilizado o pagamento dos dividendos aos sócios – cfr. art. 294.º, 3), podendo haver diferimento da entrega efetiva ao administrador, ou podendo concretizar-se na atribuição (imediata ou diferida) de ações (da própria sociedade ou de outra sociedade) por valor correspondente àquela parte do lucro anual.

Interessa-nos especialmente a participação (verdadeira) nos lucros sob a forma de atribuição das próprias ações. As próprias ações a atribuir aos administradores por valor correspondente à sua participação nos lucros podem ser ações próprias⁴¹ já emitidas (detidas em carteira ou a adquirir⁴² de terceiros). Esta é a forma mais fácil de operar a liquidação do direito de crédito à participação nos lucros sob a forma de atribuição das próprias ações.

Mas as próprias ações a atribuir aos administradores por valor correspondente à sua participação nos lucros podem tb. ser ações novas a emitir em aumento de capital. Aqui parecem-nos possíveis duas hipóteses.

O aumento de capital poder ser por incorporação de uma reserva especificamente criada e destinada a esse fim. Com efeito, não se vê impedimento legal a que a parte do lucro anual atribuída aos administradores seja levada a reserva (reserva com uma finalidade específica, ou seja, com destinação a uma futura distribuição ou incorporação no capital em benefício dos administradores). Não obstante o art. 399.º, 3, limitar a participação aos lucros do exercício distribuíveis, *excluindo* a participação na distribuição de reservas, tal não obsta, a nosso ver, a que uma parcela do lucro de exercício distribuível (que não pode exceder a percentagem máxima

de apurado o saldo da exploração, tal como sucede com o tratamento dado à repartição dos dividendos pelos acionistas – FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros cit.*, p. 439.

⁴⁰ Quando sejam atribuídos aos administradores lucros não distribuíveis, respondem, nos termos do art. 72.º, pelo cumprimento de uma deliberação de distribuição de lucros que viola os limites fixados no art. 31.º, 2.

⁴¹ Neste caso, está em causa a alienação de ações próprias, sendo necessária, em regra, uma deliberação dos sócios (cfr. art. 320.º).

⁴² A aquisição de ações próprias exige, em regra, uma deliberação dos sócios (cfr. art. 319.º).

destinada aos administradores mediante autorização do pacto social) seja afeta a uma reserva a ser futuramente (desafetada e) distribuída aos administradores ou, segundo nos parece, para financiar um aumento de capital por incorporação dessa reserva e a correspondente atribuição (gratuita) de ações aos administradores.⁴³ Apenas está vedada a participação dos administradores na repartição de reservas antigas (ou seja, constituídas sem destinação de fim à sua distribuição aos administradores), que sejam desafetadas arbitrariamente por opção dos sócios.

Mas tb. é equacionável um aumento de capital por entradas em espécie com direitos de crédito dos administradores a participar nos lucros anuais (de um ou vários exercícios) vencidos e devidos (cfr. art. 294.º, 2 e 3).

Já a respeito dos trabalhadores, o CSC não prevê expressamente a possibilidade de participarem nos lucros sociais de exercício distribuíveis, mas tb. não o proíbe.

A previsão expressa de participação dos administradores nos lucros de exercício distribuíveis visou a criação de regras de proteção dos sócios e da sua posição relativa dentro da sociedade (nomeadamente do direito geral ao lucro dos sócios minoritários), mas não impedindo que os sócios favoreçam outros sujeitos.⁴⁴

Quanto ao modo de operar esse favorecimento de outros sujeitos, surtem duas vias de solução defensáveis.

Aquela que passa pela aplicação analógica do disposto no art. 399.º, 2 e 3 (ou seja, exigindo-se que o contrato de sociedade, inicial ou supervenientemente, autorize a participação dos trabalhadores nos lucros de exercício distribuíveis, fixando a percentagem máxima que lhes pode ser destinada), deferindo-se assim uma proteção adicional ao direito geral ao lucro (cfr. o art. 21.º, 1, a)) dos sócios minoritários (a acrescer a outros mecanismos de proteção, nomeadamente ao nível da impugnação de deliberação social abusiva). Em todo o caso, a participação dos trabalhadores⁴⁵ nos lucros distribuíveis, enquanto forma de aplicação de resultados, corresponde a

⁴³ V. ainda *infra* 2.2.2., II.

⁴⁴ FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 517.

⁴⁵ Quando sejam atribuídos aos trabalhadores lucros não distribuíveis, parece não poder aplicar-se-lhes o requisito da culpa previsto no art. 34.º – LUÍS CORREIA ARAÚJO, «A participação dos trabalhadores...» cit., p. 179-180, sugerindo que a solução poderá passar pela responsabilização dos administradores, nos termos do art. 72.º, pelo cumprimento de uma deliberação de distribuição de lucros a trabalhadores que viola os limites fixados no art. 31.º, 2, ainda que o A. reconheça que a aplicação deste artigo pode suscitar dúvidas, uma vez que as normas para as quais remete só preveem a aplicação de tais limites à distribuição de bens a *sócios*.

uma distribuição de bens sociais, que está sujeita a deliberação da coletividade de sócios e se encontra tb. limitada pelo disposto no art. 294.º, 1.

Outra via de solução passa por admitir a participação dos trabalhadores nos lucros de exercício distribuíveis por simples deliberação maioritária dos acionistas, em face da competência deliberativa exclusiva dos sócios quanto à distribuição dos lucros de exercício (que sejam distribuíveis).⁴⁶

É deste entendimento Paulo de Tarso Domingues⁴⁷, segundo o qual a distribuição de lucros compete exclusivamente à coletividade dos acionistas (cfr. art. 376.º, 1, b)), que tem, por isso, competência soberana para decidir, por deliberação maioritária, dar-lhes outros destinos que não em seu proveito exclusivo (através da distribuição entre si ou o da sua afetação a reservas), seja para premiar trabalhadores ou para outros fins (entre outros, filantrópicos, de solidariedade social, de apoio a famílias dos trabalhadores), mas sem que a destinação dos lucros a terceiros coloque em causa o escopo lucrativo do contrato de sociedade na sua dupla vertente, objetiva e subjetiva, sob pena de a deliberação dos sócios ser nula, por violação de norma legal imperativa.

Tb. Fátima Gomes⁴⁸ entende que, na falta de cláusula específica dos estatutos que determine a participação dos trabalhadores nos lucros, a assembleia geral, que aprova a repartição dos lucros, pode, por sua iniciativa e decisão própria, atribuir aos trabalhadores os lucros que a lei destina aos acionistas, uma vez que o direito nacional confere aos acionistas o mais amplo poder de decisão sobre a destinação dos lucros distribuíveis.

À luz do CSC aparece, pois, como admissível, a destinação de uma parte do lucro de exercício distribuível (seja em face de autorização estatutária nos mesmos termos exigíveis quando os beneficiários são os administradores; seja por deliberação maioritária dos sócios) aos trabalhadores.

No que respeita ao modo de pagamento da parte do lucro anual atribuída aos trabalhadores, vale *mutatis mutandis* o que dissemos a propósito da mesma questão a respeito dos administradores: ele não tem de ser realizado necessariamente através da entrega imediata de uma quantia em dinheiro, podendo haver diferimento da entrega efetiva, ou podendo concretizar-se na atribuição (imediata ou diferida) de ações (da própria sociedade ou de outra sociedade) por valor correspondente àquela parte

⁴⁶ Contra a possibilidade de os sócios poderem deliberar a distribuição de lucros aos trabalhadores se expressam OSÓRIO DE CASTRO/ANDRADE E CASTRO, «A distribuição de lucros a trabalhadores de uma sociedade anónima por deliberação da assembleia geral», in *RevOD* (137), vol. I, Almedina, 2005, p. 73 e s.

⁴⁷ *Variações cit.*, p. 298 e s..

⁴⁸ *O direito aos lucros cit.*, p. 514, 516-517.

do lucro anual. A atribuição das próprias ações em correspondência à participação nos lucros pode concretizar-se, além da entrega de ações próprias já emitidas, inclusive mediante aumento de capital por incorporação de reserva constituída com a finalidade específica de realização da participação societária dos trabalhadores, ou seja, para financiar um aumento de capital por incorporação de reserva e a correspondente atribuição (gratuita) de ações aos trabalhadores, ou mediante aumento de capital por novas entradas em espécie com direitos de crédito dos trabalhadores a participar nos lucros anuais (de um ou vários exercícios) vencidos e devidos (cfr. art. 294.º, 2 e 3, aplicável por analogia).

2.1.2. «Participação nos lucros» em sentido impróprio

Com a expressão «participação nos lucros» em sentido impróprio quer-se aludir à participação que não corresponde a uma verdadeira aplicação do lucro distribuível apurado no final do exercício, recebendo os administradores ou trabalhadores⁴⁹ não uma parte dos lucros anuais, mas sim um valor determinado por referência ao valor dos lucros.

Neste caso, a participação nos lucros é apenas uma fórmula de cálculo de uma retribuição, que está dependente do lucro⁵⁰ apenas quanto à determinação do valor e momento do pagamento. A atribuição de uma remuneração variável indexada aos lucros do exercício não traduz uma efetiva participação nos lucros, mas tão só uma fórmula remuneratória determinada *a posteriori* e exigível desde que apurado o montante do lucro anual, sem que se altere a sua natureza retributiva pelo seu caráter variável.⁵¹ Só se existir lucro distribuível e apenas na medida fixada para a retribuição de um sujeito, é que haverá lugar ao pagamento de tal retribuição.⁵²

A atribuição de lucros a terceiros nestes termos é um custo do exercício e não um resultado. É um custo do exercício que tem a especificidade de ver o seu valor determinado por via da aplicação de uma percentagem (ou outra espécie de fração) ao resultado do exercício da sociedade.

⁴⁹ A expressão «participação dos trabalhadores nos lucros», comumente encontrada em normas legais, é empregue em sentido impróprio.

⁵⁰ A atribuição de uma remuneração variável pode tb. ser calculada por referência a uma variável de desempenho ou *performance* empresarial, como volume de faturação, valor acrescentado, ou outro.

⁵¹ FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 438.

⁵² FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 515.

A respeito dos administradores, o tratamento jurídico e contábilístico da respetiva remuneração variável por referência ao lucro de exercício (ou ao lucro distribuível) é equivalente ao da respetiva remuneração fixa: o seu montante é determinado por referência à base de cálculo escolhida, conforme a decisão do órgão ou comissão competente para determinar a remuneração (cfr. art. 399.º, 2)⁵³, e o seu pagamento comporta para a sociedade uma despesa, levada a custo no documento de prestação de contas anuais, diminuindo o resultado do exercício e, conseqüentemente, o possível lucro a repartir em favor dos sócios (ou outros beneficiários).⁵⁴

Quanto aos trabalhadores, compete ao órgão de administração, em representação da sociedade, acordar com o trabalhador, nomeadamente em contrato de trabalho, a respetiva remuneração, incluindo a variável e dependente do lucro distribuível. A remuneração variável que esteja dependente do lucro de exercício constitui uma despesa social, assumida por quem tem competência de gestão da sociedade, sendo tratada contabilisticamente como custo no documento relativo aos proveitos e custos anuais.⁵⁵

Atente-se que tb. esta participação nos lucros em sentido impróprio por administradores e trabalhadores não tem de ser realizada necessariamente através da entrega imediata de uma quantia em dinheiro, podendo ser diferida no tempo e/ou podendo concretizar-se na atribuição de ações por valor correspondente àquela participação.

No caso de a participação (imprópria ou aparente) nos lucros ser satisfeita pela atribuição das ações⁵⁶ da sociedade, este fenómeno pode ter lugar mediante a instituição de prémios em ações ou associado aos denominados planos de atribuição de ações ou planos de opções de subscrição ou aquisição de ações. Em qualquer caso, tratar-se-á de uma remuneração (variável) com base em ações.

⁵³ O seu valor estará sujeito, assim como o montante da remuneração fixa e o montante da remuneração participativa nos lucros de exercício, a duas restrições, impostas à remuneração global: ser adequado à função de cada membro e ter em conta a situação económica da sociedade – Fátima Gomes, *O direito aos lucros* cit., p. 443.

⁵⁴ FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 443.

⁵⁵ TARSO DOMINGUES, *Variações* cit., p. 294; FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 515 ; LUÍS CORREIA ARAÚJO, «A participação dos trabalhadores...» cit., p. 176.

⁵⁶ Neste caso, a eventual aquisição para esse efeito e a alienação de ações próprias exige deliberação dos sócios (cfr. arts. 319.º e 320.º).

2.2. A atribuição de ações existentes e/ou de novas ações no âmbito dos planos de atribuição de ações e dos planos de opções de subscrição ou aquisição de ações

I. A remuneração (variável) de administradores⁵⁷ (e, ainda que mais raramente, tb. de alguns trabalhadores) com base em ações da sociedade é concretizada comumente através da criação de planos de atribuição de ações ou de planos de opções de subscrição ou aquisição de ações.⁵⁸

Em termos genéricos pode dizer-se que, nos planos de atribuição de ações, a sociedade estabelece um programa prevendo atribuir aos trabalhadores e/ou administradores, dentro de certo prazo, gratuitamente ou com desconto ações (a emitir, em aumento de capital, ou já emitidas – detidas em carteira à data da definição do plano ou a adquirir futuramente no mercado).⁵⁹

⁵⁷ A remuneração dos administradores com base em ações próprias é da competência da assembleia geral, não da comissão de remunerações, quando esta exista – COUTINHO DE ABREU, «Art. 399.º», p. 357-358, nt. 28.

⁵⁸ A doutrina alemã refere que os planos de opções de ações, antes da alteração introduzida no § 192 Abs. 2 Nr. 3 AktG pelo KonTraG em 1998, eram executados normalmente mediante o recurso a obrigações convertíveis ou obrigações com *warrant*. Apesar de o legislador ter consagrado, em 1998, a admissibilidade de emissão de opções (*nackte Optionen*, *naked options*) sobre ações para fins remuneratórios de trabalhadores e administradores, aquela via, que era a mais utilizada até 1998, continua a ser possível (cfr. § 192 Abs. 2 Nr. 1). V. tb. *supra* nt. 29.

Tb. entre nós os planos de opções sobre ações podem ser realizados antes mediante a emissão de obrigações convertíveis, obrigações com *warrant* ou mesmo *warrant* autónomos. PAULO CÂMARA, *Manual de direito dos valores mobiliários*, Almedina, 3.ª ed., 2016, p. 169, refere que o *warrant* autónomo é utilizado igualmente nas *stock options*, como forma de retribuição de um trabalhador ou membro de órgão social da sociedade emitente

⁵⁹ Podem ainda existir casos mistos, ou seja, planos que preveem a atribuição de ações da sociedade aos seus trabalhadores ou membros executivos do órgão de administração, que são financiados através da combinação de recursos, tanto da sociedade como dos beneficiários do plano. É o caso, p. ex., de planos de *matching shares*, conhecidos em Inglaterra (*matching shares plans*) e na Alemanha (*Share Matching Pläne*), em que o empregador pode atribuir gratuitamente *matching shares* por cada ação que o administrador ou trabalhador adquirir e mantiver na sua titularidade durante determinado período de tempo. Nestes planos, o administrador ou trabalhador adquire primeiramente ações da sociedade a título oneroso, mas abaixo do preço de mercado; o adquirente pode livremente dispor destas ações-investimento («*investment-Aktien*»); decidindo-se o adquirente a deter tais ações-investimento por um determinado período de tempo, fixado no plano e, além disso, permanecendo pelo mesmo período de tempo como administrador ou trabalhador da sociedade, então recebe, sem efetuar qualquer outro pagamento, uma ação adicional da sociedade (chamada de *matching share*, *matching-Aktie*). V. JENS WAGNER, «Zur aktienrechtlichen Zulässigkeit...», p. 1739 e s.

Os planos de atribuição de opções de subscrição ou aquisição de ações consistem genericamente em programas em que uma sociedade atribui (gratuitamente) aos trabalhadores e/ou administradores, se permanecerem nas suas funções durante o prazo de validade do programa, o direito (potestativo⁶⁰) de subscrever (opção de subscrição de novas ações) ou adquirir (opção de aquisição de ações existentes), dentro de determinado prazo⁶¹, ações da sociedade (ou de outra), mediante um preço predefinido⁶² (geralmente um preço abaixo do seu valor de mercado) ou em condições vantajosas (nomeadamente com um desconto em relação ao preço que venha a ser fixado no mercado aquando da subscrição ou aquisição das ações).⁶³ O beneficiário fica investido no poder de solicitar a subscrição ou aquisição das ações, nas condições constantes do plano ou programa, e a sociedade na obrigação de lhe atribuir tais ações.

A especificidade da operação está na atribuição (a título gratuito) de um direito de opção⁶⁴ ao beneficiário, que apenas a exercerá, se e na medida em que do seu exercício possa retirar vantagens económicas, em especial quando o valor de mercado das ações for superior ao valor (de subscrição ou aquisição) que contratualmente foi fixado para o exercício da opção com vista à sua posterior alienação com lucro.

A subscrição ou aquisição das ações subjacentes às opções não é gratuita, pois que o preço de subscrição ou aquisição é fixado à data da atribuição das opções, requerendo dos beneficiários o respetivo pagamento no caso de exercício da opção. Estar-se-á igualmente diante de um desem-

⁶⁰ COUTINHO DE ABREU, *Governança*, p. 85.

⁶¹ Esta é uma característica do regime de exercício das designadas pela literatura financeira opções europeias (que apenas podem ser exercidas no vencimento), distinguindo-se das opções americanas (que podem ser exercidas a qualquer momento e, por isso, têm mais valor) – v. TEIXEIRA DOS SANTOS, «O mercado de acções e o risco associado às políticas de stock options», p. 14, acessível no sítio <http://www.cmvm.pt/pt/areaTestes/ConferenciaIntervencoes/Documents/433a11e6e4434b6aa5472a5b9335f47b20000601.pdf>.

Segundo Bezzenger, «Eigene Aktien und ihre Preis – auch beim Erwerb mit Hilfe von Kaufoptionen», *ZHR* 180 (2016), p. 29, nt. 74, atualmente são comuns as «amerikanische Option», sendo raras as «europäische Option», que ademais não se encontram mais entre as opções negociadas em bolsa.

⁶² Normalmente o valor nominal – FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 472.

⁶³ As *stock options* podem ser classificadas de diversas formas, atendendo a certos critérios (*premium options, repriced stock options, renewable options, indexed options, reload stock options*) – v. FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 476.

⁶⁴ As *stock options*, sendo uma modalidade de *call option*, dão um direito de aquisição de ações a um determinado preço (de exercício, num determinado período ou momento, estando por isso sujeitas às mesmas variáveis que influenciam o valor de uma opção de compra – TEIXEIRA DOS SANTOS, «O mercado...», p. 11 e s., referindo-se às variáveis que influenciam o valor de uma *call option* e, por conseguinte, igualmente das *stock options*).

bolso pelos beneficiários, ainda que o plano de opções se baseie em contribuições dos beneficiários, designadamente dos trabalhadores, que serão depois contabilizadas para efeito do apuramento do preço de exercício, no caso de exercício das opções, ou devolvidas aos trabalhadores se não exercerem as opções. O trabalhador autorizará deduções salariais a uma determinada taxa da sua remuneração, conforme as condições do plano. Ao trabalhador será atribuído o direito de subscrever ou adquirir, durante certo período e em condições especiais ou vantajosas, o montante de ações correspondente ao valor das deduções salariais.

As *stock options* apresentam a grande vantagem de permitir uma participação dos seus titulares nos resultados positivos da sociedade, sem que os mesmos assumam qualquer tipo de risco.⁶⁵

II. A disponibilidade das próprias ações necessárias para a sua entrega gratuita (ou para a sua oferta com desconto para aquisição) nos planos de atribuição de ações, bem assim para entrega (onerosa, ainda que a preço inferior ao de mercado) das ações aos optantes, no caso do exercício dos direitos de opção nos planos de *stock options*, pode ser obtida mediante a aquisição de ações próprias, nomeadamente através de aquisições em bolsa, ou mediante aumento do capital social.⁶⁶

Não estando previstas regras especiais⁶⁷ em vista da promoção da participação societária de trabalhadores e/ou administradores, a disponibilidade das próprias ações para a satisfação dos planos de ações requer a aplicação do regime regra, previsto no CSC, para a aquisição e alienação de ações próprias e para a emissão de novas ações em aumento de capital.

À data da definição dos planos de atribuição de ações e/ou opções de aquisição de ações, as ações a serem atribuídas, de acordo com o plano de atribuição de ações, ou as ações correspondentes às opções a exercer, nos termos do plano de *stock options*, podem encontrar-se em carteira própria; caso contrário, prever-se-á a recompra de ações próprias no mercado ou a emissão de ações em aumento do capital (no caso de opções, apenas e na medida em que vierem a ser exercidas). No caso de serem atribuídas opções de subscrição de ações, as ações subjacentes não-de ser emitidas em aumento do capital na medida do necessário à satisfação das solicitações de ações em função do exercício das opções.

⁶⁵ FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 477.

⁶⁶ Diferentemente, num sistema de remuneração variável, configurado através de *phantom stocks* ou de *stock appreciation rights*, não há lugar à entrega de ações.

⁶⁷ Relativamente a outros ordenamentos jurídico-societários, v. *supra* nt. 29.

A respeito dos planos de atribuição de ações, aparece como atrativa a combinação de aumento do capital por novas entradas em dinheiro, com exclusão do direito de preferência dos acionistas, e de aquisição de ações próprias. Primeiramente, a SA recorre a um aumento de capital com exclusão do direito de preferência, em que as ações são subscritas pelo seu preço atual no mercado por uma instituição de crédito, que as (re)aliena subsequentemente ao mesmo preço à SA. A SA oferece subsequentemente as ações próprias gratuitamente ou a um preço reduzido aos seus administradores e trabalhadores.⁶⁸

No caso de planos de *stock options*, caso haja lugar a um aumento de capital por entradas em dinheiro com exclusão do direito de preferência dos acionistas, este poderá ter lugar após o exercício das opções e mediante o desembolso do preço de exercício, ainda que abaixo do valor de mercado, pelos optantes. Mas nos programas de *stock options*, a opção pelo aumento do capital passa antes, não raras vezes, pela aprovação pelos acionistas de um aumento de capital imediato e pela colocação das ações para subscrição, em regra por uma instituição de crédito, excluindo o direito de preferência dos antigos acionistas e vinculando a instituição de crédito a alienar as ações aos titulares das *stock options*, nos termos e condições do plano de incentivos aprovado.⁶⁹

Nova tendência na *praxis* além fronteiras é a de as sociedades cotadas em mercado adquirirem, em vez de ações próprias, p. ex., *call-options* sobre ações suas ou *put-options* sobre ações próprias, integradas em autcarteira. O uso destes derivados de capital próprio pode servir para obter uma proteção da sociedade, obrigada à satisfação de planos (de entrega efetiva) de ações, diante da volatilidade do preço das suas ações.

⁶⁸ A doutrina alemã refere que, por razões fiscais, os programas de participação dos *trabalhadores* são realizados mediante uma combinação de aumento de capital com exclusão do direito de preferência e de aquisição de ações próprias. Primeiramente a sociedade recorre a um aumento de capital autorizado (*Genehmigtes Kapital*) com exclusão do direito de preferência, em que as ações são subscritas pelo seu preço atual na bolsa por um banco, que as (re)aliena subsequentemente ao mesmo preço à AG. A AG oferece as ações próprias a um preço reduzido aos seus trabalhadores e submete a diferença, entre o preço de aquisição pago e o preço de alienação reduzido, como custo fiscal – v. CAHN, «§ 71», Rn. 65; MARCUS LUTTER/TIM DRYGALA, «§71», p. 201-202 e nt. 222. No entanto, o processo descrito apenas pode ser implementado, se a sociedade não se obrigar à aquisição das ações subscritas pela instituição de crédito, caso contrário infringiria o § 71 Abs. 2 S. 3, em conexão com o § 71 Abs. 1 Nr. 2 AktG – v. CAHN, «§ 71», Rn. 65.

⁶⁹ FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 494.

A sociedade adquirirá então ações próprias, que são necessárias para a satisfação de um plano de ações, não diretamente no mercado, mas através de *call-options*. Desta forma, pode ser conseguida uma proteção contra uma subida do preço de cotação das ações, permitindo reduzir os encargos financeiros com a aquisição de ações próprias no mercado para satisfazer a entrega de ações.⁷⁰

Menos comum é a aquisição de *put-options* sobre ações próprias, detidas em auto-carreira. Mediante a aquisição de *put-options*, a sociedade obtém uma proteção contra a queda de cotação das ações após a aquisição já sucedida de ações próprias para satisfação futura de entrega de ações suas num plano de ações (proteção contra a «aquisição antecipada»; *Schutz gegen «zu früh kaufen»*).⁷¹ A análise de tais derivados de capital próprio excede o objeto deste estudo.⁷²

2.2.1. Aquisição e alienação de ações próprias para satisfação de planos de atribuição de ações e de planos de stock options

O CSC não prevê, no art. 317.º, a aquisição de ações próprias para serem oferecidas aos trabalhadores como um dos casos de aquisição lícita de ações próprias, o que seria autorizado pela Diretiva Codificadora do Direito das Sociedades.

⁷⁰ KRUCHEN, «Risikoabsicherung aktienbasierter Vergütungen mit eigenen Aktien», AG 18/2014, p. 655 e s. FUCHS, «§ 192», Rn. 84, refere que a configuração do plano de opções pode passar, ao invés de a sociedade atribuir opções sobre ações suas, adquirir opções sobre as suas ações emitidas por terceiros (principalmente instituições de crédito) e transmiti-las aos beneficiários do plano de opções. Neste caso, o encargo financeiro da sociedade reduz-se aos prémios a serem pagos pela aquisição das opções de terceiros.

⁷¹ KRUCHEN, «Risikoabsicherung...», p. 658.

⁷² Tb. não podemos desenvolver estoura prática que consiste em a sociedade celebrar contratos de cobertura financeira de riscos (de subidas imprevisíveis de cotação das ações a adquirir para autocarteira e a atribuir) inerentes à criação de planos relativos às suas ações. Este risco financeiro pode ser minimizado através de mecanismos financeiros com função de cobertura de riscos (*hedging*), desde seguros até operações de bolsa de futuros e opções. A modalidade mais utilizada é a contratação de uma cobertura direta junto de instituição de crédito do montante do incentivo previsto para o plano, eliminando ou reduzindo o risco inerente a subidas imprevisíveis de cotação das ações a adquirir pela sociedade e a atribuir (no caso de planos de *stock options*, se as opções forem exercidas) – v. FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 492.

Não obstante, as ações próprias em carteira, adquiridas (lícita ou ilícitamente) ao abrigo dos arts. 317.^{o73}, 318.^o, 174, e 319.^{o75}, podem ser usadas para atribuição (*rectius*, alienação) aos trabalhadores e membros executivos do órgão de administração, mediante deliberação da assembleia geral (cfr. art. 320.^o).

A satisfação dos planos relativos a ações (no caso de planos de opções de aquisição, na medida em que as opções forem exercidas) passa, em regra, pela atribuição-alienação de ações existentes (já detidas em carteira ou a adquirir no mercado). A atribuição-alienação das ações é feita a título gratuito ou com desconto, no âmbito dos planos de atribuição de ações, e a título oneroso, ainda que em condições vantajosas (ou seja, por preço abaixo do valor de mercado), no âmbito dos planos de atribuição de opções de aquisição de ações.

A alienação de ações próprias não tem de ser necessariamente onerosa, podendo ser gratuita. Com efeito, do art. 320.^o, 1, c) e d), retira-se que a deliberação da assembleia geral deve determinar «a modalidade da alienação» (o que abre a porta a alienações, ou seja, a negócios translativos da propriedade sobre as ações próprias, a título gratuito) e «o preço mínimo ou outra contrapartida das alienações a título oneroso» (admitindo, por conseguinte, *a contrario sensu*, alienações a título não oneroso ou gratuito). Nesta conformidade, a coletividade de sócios pode deliberar a alienação de ações próprias, inclusive a título gratuito, a acionistas⁷⁶ ou a terceiros (incluindo os trabalhadores e membros executivos do órgão de administração). O procedimento deliberativo é afastado quando a própria lei impõe a alienação das ações (ilícitamente adquiridas⁷⁷), estando o órgão de administração igualmente legitimado a decidir⁷⁸ a alienação gratuita das ações (ilícitamente adquiridas) a acionistas ou a terceiros (como tra-

⁷³ A finalidade que preside à aquisição de ações próprias, ao abrigo do art. 317.^o, 2, é juridicamente irrelevante.

⁷⁴ Mas a aquisição de ações não integralmente liberadas fora dos casos previstos nas alíneas b), c), e) e f) do n.º 3 do art. 317.^o estão feridas de nulidade, «fugindo ao esquema sancionatório típico das aquisições ilícitas (obrigação de alienação e anulação de ações – cfr. art. 323.^o, 2 e 3)» – v. MARGARIDA COSTA ANDRADE, «Art. 318.^o», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de Coutinho de Abreu), vol V, 2.^a ed., p. 480.

⁷⁵ A aquisição de ações próprias depende, em princípio, de aprovação dos sócios por deliberação maioritária (cfr. art. 319.^o).

⁷⁶ Se as contrapartes do negócio translativo forem os acionistas, deve ser respeitado o princípio da igualdade de tratamento dos acionistas (cfr. art. 321.^o).

⁷⁷ MARGARIDA COSTA ANDRADE, «Art. 320.^o», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de Coutinho de Abreu), vol V, 2.^a ed., p. 492.

⁷⁸ Se a decisão de alienação causar prejuízos aos acionistas, o órgão de administração responde civilmente nos termos gerais (cfr art. 79.^o).

balhadores e, dentro das condições do plano relativo a ações aprovado previamente pela assembleia geral⁷⁹, membros executivos do órgão de administração).

Por outro lado, dado que, na alienação a título gratuito de ações próprias, se trata da alienação de uma participação já existente, não está em causa, por conseguinte, uma emissão abaixo do par (*Unterpri-Emission*⁸⁰) ou, na falta de valor nominal, abaixo do valor de emissão.

2.2.2. Emissão de novas ações em aumento de capital

I. Não dispondo a SA de ações próprias em carteira em quantidade suficiente ou sendo atribuídas opções de subscrição de ações, torna-se necessário proceder à emissão de ações⁸¹ em aumento de capital.

II. No caso de planos de atribuição de ações, não existindo em carteira ações próprias para a sua atribuição gratuita ou oferta com desconto⁸², pode combinar-se um aumento de capital por entradas em dinheiro (e com exclusão do direito de preferência dos acionistas) com a aquisição de ações próprias, a que já nos referimos no 2.2. Num primeiro momento, o aumento de capital por entradas em dinheiro é subscrito por uma instituição de crédito a preço de mercado, que posteriormente as (re)aliena pelo mesmo preço à SA para satisfação do plano de atribuição de ações.⁸³

⁷⁹ V. *infra* 2.2.3.

⁸⁰ Assim, MARCUS LUTTER/TIM DRYGALA, «§ 71», p. 199-200, Rn. 78, segundo os quais, não estabelecendo o § 71 Abs. 1 Nr. 2 AktG qualquer determinação sobre as condições a que as ações são oferecidas aos trabalhadores, a oferta pode ser gratuita ou onerosa; no caso de oferta gratuita de ações, como se trata de uma posição social já existente, não existe uma *Unterpri-Emission*. A oferta gratuita de ações trata-se de um gasto ou despesa social. Se na determinação das condições da oferta gratuita de ações, o órgão de administração for além do usual («*Rahmen des Üblichen*») e, com isso, prejudicar unilateralmente os acionistas, infringe não o § 71 Abs. 1 Nr. 2, mas o § 93 AktG (atinente aos deveres de cuidado e responsabilidade dos membros da administração).

⁸¹ As ações a emitir podem ser ações de categoria especial, nomeadamente ações preferenciais sem direito de voto, ações preferenciais remíveis, com ou sem direito de voto, nos termos admitidos legalmente. As ações remíveis ficam sujeitas, na sua emissão, a remição em data fixa ou quando a assembleia geral o deliberar (cfr. art. 345.º, 1). Com a sujeição das ações a remissão, a SA pode impedir que, quem deixe de ser trabalhador, continue a ser acionista.

⁸² O pagamento do preço das ações oferecidas com desconto poderá corresponder ao montante das deduções salariais, nos termos previstos no plano de ações.

⁸³ Note-se que a SA não pode obrigar-se a recomprar as ações subscritas pela instituição de crédito, caso contrário estar-se-á diante de uma auto-subscrição indireta proibida (cfr.

Quer o aumento de capital seja deliberado pelos sócios (cfr. arts. 85.º, 86.º), quer pelo órgão de administração, se autorizado pelo contrato (cfr. art. 456.º), em qualquer caso é necessário que o direito de preferência dos acionistas na subscrição de novas ações seja (limitado ou) suprimido por deliberação autónoma dos sócios, tomada pela maioria exigida para o aumento de capital, com fundamento no interesse social⁸⁴ (cfr. art. 460.º, 2 e 3). Após a subscrição das ações pela instituição de crédito, esta (re) aliena as ações à SA, que as integra em autcarteira e as transmite (a título gratuito ou com desconto) aos beneficiários do plano. Quer a aquisição de ações próprias à instituição de crédito, quer a alienação das ações próprias aos beneficiários do plano tem de respeitar o regime constante dos arts. 317.º, 2 e 3, 319.º e 320.º.

Aparecem ainda como admissíveis duas outras operações societárias de aumento do capital social para satisfação do plano de atribuição gratuita de ações, ainda que, em razão da sua complexidade, não sejam usuais na *praxis*.

A atribuição gratuita de ações (já emitidas ou de nova emissão) no âmbito do plano de atribuição de ações pode corresponder, parcial ou totalmente, à participação nos lucros, que seja concedida a administradores executivos e/ou trabalhadores.

A emissão de novas ações pode ter lugar em aumento de capital por incorporação de reserva, cujo valor afeto corresponde aos lucros de exercício distribuíveis (portanto, estando em causa a participação nos lucros em sentido próprio ou verdadeiro), destinados por deliberação dos sócios com a finalidade específica de realização da participação societária dos membros do órgão de administração e/ou dos trabalhadores⁸⁵, a que nos referimos *supra* no 2.1.1. Nesta conformidade, é possível a criação de um plano de atribuição *gratuita* de ações a serem emitidas em aumento

art. 316.º, 2).

⁸⁴ A atribuição de ações da SA aos seus administradores executivos ou trabalhadores ou de sociedade do grupo (mediante a determinação de condições de atribuição, previsão de cláusulas de inalienabilidade de ações) poderá normalmente ser justificada materialmente em virtude dos efeitos positivos para o crescimento dos resultados empresariais que ela traz.

⁸⁵ Solução próxima está consagrada no art. 2349 CCit – v. *supra* nt. 29. A respeito do preceito italiano, FRANCESCO GALGANO, *Il nuovo diritto societario* cit., 2003, p. 133, esclarece que o acionista não tem direito à percepção dos lucros resultantes do balanço anual, estando na arbitrariedade da assembleia deliberar, em conformidade com o art. 2433, 1.º par., sobre a distribuição dos lucros. A deliberação da assembleia que exclua a distribuição, parcial ou total, dos lucros de balanço encontra o único limite do interesse extra-social: será uma deliberação inválida apenas se é adotada para realizar, em vez do interesse social, um interesse extra-social da maioria.

de capital gratuito pelo montante correspondente aos lucros destinados para o efeito por deliberação dos sócios (sem prejuízo do disposto no art. 294.º) e, se os administradores forem beneficiários do plano, desde que respeitadas as condições constantes do art. 399.º, 2 e 3 (autorização de destinação de lucros aos administradores estipulada no pacto social, que fixará a percentagem máxima do lucro destinável), estando em causa a participação de terceiros nos lucros de exercício distribuíveis, mediante o exercício pelos sócios da sua competência exclusiva de deliberar a repartição dos lucros de exercício distribuíveis. Esse aumento de capital gratuito terá de ser aprovado por deliberação dos sócios pela maioria exigida para a alteração do contrato de sociedade (cfr. arts. 383.º, 2, 386.º, 3 a 4) e, apesar de não estar expressamente previsto na lei, reservado (por deliberação autónoma dos sócios), total ou parcialmente (reservando-se apenas um lote de ações) aos trabalhadores e/ou membros executivos dos órgão de administração – com efeito, sendo os sócios os beneficiários do aumento, em princípio, proporcional das respetivas participações no aumento do capital gratuito (cfr. art. 92.º, 2), não se vê razão de fundo que impeça que, por deliberação tomada pela maioria exigida para o aumento de capital, renunciem⁸⁶ a esse aumento proporcional, aceitando a diluição correspondente da sua participação em resultado da atribuição de ações a trabalhadores e/ou administradores executivos.

A emissão de ações para atribuição gratuita aos beneficiários de um plano de atribuição de ações pode ainda resultar de aumento de capital por novas entradas em espécie com direitos de crédito dos administradores executivos e/ou trabalhadores a participar nos lucros anuais distribuíveis (entando-se diante de participação nos lucros em sentido próprio), vencidos e devidos (cfr. art. 294.º, 2 e 3), ou com direitos de crédito vencidos, cujo montante dependa da verificação de lucros de exercício distri-

⁸⁶ FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros* cit., p. 508, nt. 1207, assinala que esta renúncia dos sócios ao direito de participar proporcionalmente no aumento de capital por incorporação de reservas pode suscitar dúvidas quanto à sua admissibilidade, não tomando posição sobre se é suficiente a aprovação por maioria ou se é necessária a unanimidade dos sócios. Note-se, todavia, que a doutrina maioritária não admite, de princípio, a exclusão do direito do sócio a participar no aumento gratuito do capital, ainda que a sociedade invoque o interesse social – v. TARSO DOMINGUES, «Art. 92.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de Coutinho de Abreu), vol. II, 2.ª ed., Almedina, 2015, p. 102 e nts. 12 e 13.

Ao abrigo do art. L225-197,1, I, 4.º par. Ccomf, a autorização dada pela assembleia geral extraordinária à atribuição gratuita de ações a serem emitidas a favor dos beneficiários implica automaticamente a renúncia dos acionistas ao seu direito de subscrição preferencial – v. *supra* nt. 29.

buíveis (como bónus anuais e, portanto, estando em causa a participação nos lucros em sentido impróprio).

III. No caso de planos de atribuição de opções de *subscrição* de ações, se as opções forem exercidas, a emissão de ações terá lugar através de aumento de capital por novas entradas em dinheiro (correspondentes ao pagamento do «preço»⁸⁷ das ações, com ou sem desconto relativamente ao seu valor de mercado), sendo necessária a exclusão ou limitação do direito de subscrição preferencial dos acionistas.

Em virtude da proibição de emissão abaixo do par (abaixo do valor nominal) ou, na falta de valor nominal, da proibição de emissão abaixo do valor de emissão, o preço das ações a emitir não poderá ser inferior ao valor nominal ou, na ausência de valor nominal, inferior ao valor de emissão.

Quer o aumento de capital por entradas em dinheiro seja deliberado pelos sócios (cfr. arts. 383.º, 2, 386.º, 3 a 4), quer seja deliberado pelo órgão de administração, se o contrato de sociedade o autorizar, uma ou mais vezes, estabelecendo as condições para o exercício dessa competência (cfr. art. 456.º), é necessário que o direito de subscrição preferencial dos acionistas seja (limitado ou) suprimido, por deliberação autónoma dos sócios, tomada pela maioria exigida para o aumento de capital, com fundamento no interesse social (cfr. art. 460.º, 3 e 4).

A satisfação das opções de *aquisição* exercitáveis nos planos de *stock options* pode ser obtida mediante a emissão de ações em aumento de capital por novas entradas em dinheiro, subscrito por uma instituição financeira, a qual assumirá a obrigação de as oferecer a terceiros⁸⁸ (aqui os beneficiários do plano de ações), nas condições estabelecidas entre a sociedade e a instituição financeira (cfr. art. 461.º), desde que os acionistas deliberem a supressão ou limitação do seu direito de subscrição preferencial⁸⁹. Esta modalidade indireta de subscrição (cfr. art. 461.º, 1 e 2) pode

⁸⁷ O beneficiário das opções sobre ações, atribuídas gratuitamente no âmbito do plano de *stock options*, terá de desembolsar o valor de exercício da opção (preço da ação, com ou sem desconto). O desembolso poderá corresponder ao montante das deduções salariais, nos termos previstos no plano de *stock options*.

⁸⁸ Contra a subscrição indireta do capital pela instituição de crédito destinada a terceiros se manifestam RAÚL VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 230; TARSO DOMINGUES, «Artigo 461.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de Coutinho de Abreu), vol. VI, 2013, p. 1010.

⁸⁹ Neste sentido, v. FRANCISCO MENDES CORREIA, «Art. 461.º», *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2009, p. 1099.

ser deliberada quer pela assembleia geral (cfr. arts. 85.º, 86.º), quer pelo órgão de administração, se autorizado pelo contrato (cfr. art. 456.º).

2.2.3. Conclusão intermédia: necessidade de aprovação dos planos relativos a ações da SA por deliberação dos sócios

Face ao exposto, implicando os planos de atribuição das próprias ações e de atribuição de opções de subscrição/aquisição das próprias ações atos societários dependentes de deliberação social, nomeadamente a (aquisição e) alienação de ações próprias e/ou aumento de capital com limitação ou supressão do direito de subscrição preferencial (com sacrifício dos interesses dos acionistas diante da diluição da sua participação no capital social), tb. os próprios planos relativos a ações devem ser aprovados por deliberação dos sócios⁹⁰.

Se os membros executivos do conselho de administração forem beneficiários de um plano relativo às próprias ações da SA em que exercem o cargo, a respetiva aprovação depende de deliberação dos sócios (não de comissão de remunerações, quando exista, ou, no modelo germânico, do conselho geral e de supervisão ou de comissão de remunerações, quando exista).⁹¹

Da proposta submetida à assembleia geral relativa à aprovação desses planos constará a descrição das respetivas características, nomeadamente a indicação do número de ações necessárias (ou percentagem de capital necessário) para fazer face à atribuição de ações e/ou ao exercício de opções atribuídas e demais elementos necessários à correta avaliação do plano.

Se o plano de ações implicar apenas a (aquisição porventura e) alienação de ações próprias, é suficiente deliberação social tomada por maioria absoluta. A nosso ver, a (prévia e) necessária aprovação do plano de atribuição de ações ou de opções de subscrição ou aquisição de ações por deliberação maioritária dos sócios torna inclusive dispensável posteriormente a deliberação (autónoma) que aprove a (aquisição porventura e)

⁹⁰ Assim já COUTINHO DE ABREU, *Governança* cit., p. 87. O mesmo A., «Art. 399.º», p. 357-358, nt. 28, anota, ademais, que a remuneração em ações é da competência da assembleia geral, não da comissão de remunerações, quando esta exista.

⁹¹ É de aceitar, porém, que a assembleia de sócios delibere sobre os aspetos essenciais do plano relativo a ações da SA e transfira à comissão de remunerações ou, no modelo germânico, ao conselho geral ou de supervisão ou à comissão de remunerações a competência para estabelecer as demais especificidades e regular os termos da participação de cada administrador executivo individualmente.

alienação de ações próprias, quando o plano durar por menos de 18 meses a contar da respetiva aprovação pela assembleia geral; se o plano durar por mais de 18 meses a contar da respetiva aprovação pela assembleia geral, será necessária formalmente deliberação autónoma de (aquisição porventura – art. 319.º, 1, b) – e) alienação de ações próprias (cfr. art. 320.º, 1, b)).

Se o plano de ações prever, desde logo, a emissão de ações em aumento de capital reservado ou destinado, total ou parcialmente, aos beneficiários do plano de ações, parece-nos ser de exigir a aprovação do plano pela maioria exigida para a alteração do contrato social e, inclusive, a aprovação em separado da exclusão ou limitação do aumento proporcional das participações dos sócios no caso de estar em causa o aumento de capital por incorporação de reserva específica, ou a aprovação da exclusão ou limitação do direito de subscrição preferencial dos sócios no caso de estar em causa o aumento de capital por entradas em dinheiro.⁹² E, para que não seja posteriormente necessária uma deliberação dos sócios de aprovação de aumento do capital por novas entradas em dinheiro, é recomendável (para maior celeridade e simplicidade) que o órgão de administração esteja autorizado, no contrato de sociedade, a aumentar o capital, ou sejam renovados os poderes para o efeito conferidos ao órgão de administração (cfr. art. 456.º).

2.3. Atribuição das próprias ações a título gratuito ou com desconto: preenchimento da hipótese normativa da assistência financeira?

I. Por último, importa averiguar se a atribuição por uma SA das próprias ações (ou de ações de sociedade dominante – cfr. art. 325.º-B, 1, que remete para o art. 322.º)⁹³, a título gratuito ou com desconto, aos trabalhadores ou administradores executivos (ou de sociedade do grupo)

⁹² O CComf estabelece que a aprovação pela assembleia geral extraordinária da atribuição gratuita de ações e da atribuição de opções de subscrição de ações implica automaticamente a renúncia dos acionistas ao seu direito de subscrição preferencial quanto à atribuição gratuita de ações a emitir e quanto às ações a emitir à medida que as opções de subscrição forem sendo exercidas (cfr. arts. L225-197-1, I, 5.º par., e L225-178, 1.º par.) – v. *supra* nt. 29.

⁹³ Ao invés, não colocam particulares questões atinentes ao regime jurídico da subscrição ou aquisição de ações próprias, nem referentes à problemática da assistência financeira, a hipótese de as ações dos planos relativos a ações se tratarem de ações de sociedade dominada (ou de ações de outras sociedades), bem assim os planos de «ações fantasma» (*phantom stocks*), pois, que neste caso, não há uma entrega de ações.

preenche a hipótese legal de prestação de assistência financeira, proibida no art. 322.º, 1, e, em caso afirmativo, a que seja de aplicar a exceção prevista no correspondente n.º 2, 2.ª frase.⁹⁴

II. A prestação de assistência financeira é, de facto, possível se a SA (assistente) atuar ao mesmo tempo como alienante de ações próprias readquiridas ou como emitente de ações novas em aumento de capital⁹⁵.

Por seu turno, a conexão funcional entre o negócio de assistência financeira e a subscrição/aquisição de ações por terceiro estará verificada igualmente, se a assistência financeira concedida por uma SA servir para financiar não apenas a subscrição/aquisição de ações (independentemente da categoria) por terceiro, mas tb. a aquisição e/ou exercício de opções de subscrição ou aquisição das próprias ações (assim como, por hipótese, para a aquisição de obrigações convertíveis em próprias ações ou de outros títulos convertíveis em próprias ações⁹⁶, aquisição e/ou exercício de obrigações com direito de subscrição de próprias ações ou de aquisição de *warrants* autónomos sobre as próprias ações⁹⁷).

No entanto, entendemos que o art. 322.º, 1, proíbe a uma SA a prática de atos de concessão de crédito em sentido lato unicamente (e quando a finalidade subjacente seja a de facilitar ou permitir a subscrição ou aquisição das suas ações por um terceiro, atuando em nome e por conta própria), excluindo-se as atribuições patrimoniais definitivas ou não restituíveis (isto é, prestações da SA que não dão direito à reclamação de restituição do

⁹⁴ A mesma questão pode colocar-se a respeito das ações de uma SA adquiridas por sociedade dela dependente e atribuídas a título gratuito ou com desconto aos trabalhadores ou administradores executivos da SA dominante ou de sociedade com ela coligada (incluindo da sociedade dependente adquirente das ações que atribui), pois que, por força da remissão contida no art. 325.º-B, 1, para o 322.º, está proibida tb. a prestação de assistência financeira por sociedade dominada para a subscrição ou aquisição por terceiro das ações da sua SA dominante.

⁹⁵ O art. 322.º, 1, proíbe a prestação de assistência financeira por uma SA para a subscrição ou aquisição por terceiro das suas ações.

⁹⁶ Como os valores mobiliários representativos de dívida, convertíveis por iniciativa do emitente ou obrigatoriamente convertíveis em ações nos termos fixados nas condições de emissão (cfr. art. 360.º, 2, b)).

⁹⁷ Os *warrants* autónomos sobre valores mobiliários próprios (*naked warrants*) têm como ativo subjacente valores mobiliários emitidos pela própria entidade emitente do *warrant* ou por sociedade que, nos termos do CSC, consigo se encontre em relação de domínio ou de grupo – cfr. PAULO CÂMARA, *Manual cit.*, p. 170.

por ela prestado, como, p. ex., doações, pagamento de dívidas vencidas), porquanto não encerram quaisquer riscos de crédito para a SA.⁹⁸

Ora, a atribuição definitiva das próprias ações a título gratuito ou abaixo do seu valor de mercado ou de transação não contém qualquer elemento (e risco) de crédito para a SA, não preenchendo, por conseguinte, a característica essencial da assistência financeira proibida no art. 322.º, 1.

⁹⁸ Na doutrina alemã, a posição dominante entende que as prestações sem direito de restituição (*«verlorene Zuschüsse»*) com o fim da aquisição de ações por terceiro são abrangidas pela proibição de assistência financeira estatuída no § 71a Abs. 1 AktG – v., entre outros, SCHROEDER, *Das Verbot der Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs – § 71a Abs. 1 AktG und sein Vorbild im englischen Gesellschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, 1995, p. 175 e s.; CAHN, «§ 71a», Rn. 38; MARCUS LUTTER/TIM DRYGALA, «§ 71a», p. 307, Rn. 30. Diversamente, com base na ausência de um elemento de crédito, mas entendendo que tais atuações negociais têm de ser avaliadas à luz do § 57 AktG (proibição de restituição de entradas aos sócios atuais ou futuros), v. HABERSACK, «Finanzielle Unterstützung des Aktienerwerbs nach MoMiG», *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010*, Band I, Berlin, De Gruyter, 2010, p. 744; HASSNER, *Finanzielle Unterstützung zum institutionellen Leveraged Buyout einer Aktiengesellschaft – Eine europäische Betrachtung*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2014, p. 382-383.

Especificamente a respeito da atribuição de ações abaixo do valor intrínseco ou do preço de mercado, a doutrina rejeita a aplicação da proibição de assistência financeira estatuída no § 71a Abs. 1 AktG – cfr. CAHN, «§ 71a», Rn 39 (quanto à atribuição de novas ações no quadro de um aumento de capital mediante exclusão do direito de preferência, por um lado, falta uma prestação a partir do património da sociedade que seja comparável com os casos mencionados na norma e, por outro lado, o § 255 Abs. 2 AktG mostra que a lei assume a eficácia de uma atribuição de ações abaixo do valor; a respeito da atribuição de ações recompradas com exclusão do direito de aquisição dos acionistas no quadro da autorização fixada pela assembleia geral, com base no § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG); MARCUS LUTTER/TIM DRYGALA, «§71a», p. 307, Rn. 31 (porque não é equiparável aos exemplos de casos expressamente referidos na norma, além de o § 255 Abs. 2 AktG pressupor a atribuição de ações abaixo do valor sob a observância das regras da preferência, enquanto os interesses dos credores estão já protegidos através do § 71 AktG) – v. tb. *supra* nt. 80; BROSIUS, *Die finanzielle Unterstützung des Erwerbs eigener Aktien – § 71 a AktG im Gesamtgefüge des Kapitalerhaltsrechts*, Carl Heymanns Verlag, 2011, p. 145-146 (decisivo é que na atribuição de novas ações, do § 255 Abs. 2 AktG, que atribui o direito de impugnar a deliberação de aumento do capital tb. por causa de um inadequadamente baixo valor de emissão, resulta a eficácia de uma atribuição abaixo do valor; quanto às ações já emitidas e adquiridas derivadamente pela sociedade, na sua atribuição abaixo do valor intervêm os §§ 53a e 57 Abs. 1 da AktG); HASSNER, *Finanzielle Unterstützung* cit., p. 382-383, defende que a questão sobre a aplicabilidade da proibição do § 71a AktG às prestações sem direito de restituição (*«verlorene Zuschüsse»*) através da atribuição gratuita ou abaixo do preço das próprias ações deve ser resolvida com base no critério do elemento de crédito, pelo que, não se verificando qualquer elemento de prestação de crédito, não está preenchida a característica essencial da proibição de assistência financeira, sendo de avaliar a problemática à luz do § 57 AktG.

Com base nesta posição, a atribuição por uma SA das suas próprias ações a terceiro a título gratuito ou por preço abaixo do valor de mercado não é abrangida pelo n.º 1 do art. 322.º e, portanto, tb. não sendo aplicável a exceção à proibição a favor dos trabalhadores («*pelo pessoal*») ou entidades com atribuições de gestão das ações no interesse dos trabalhadores («*para o pessoal*»), ao abrigo do n.º 2 do art. 322.º.

III. Mas vejamos mais em pormenor a questão colocada em I.

Referimo-nos à atribuição gratuita de ações por valor correspondente à participação nos lucros (em sentido próprio e em sentido impróprio), concedida a administradores executivos e/ou trabalhadores. Se a atribuição gratuita das próprias ações por uma SA tiver por base um direito (de crédito vencido) a participar nos lucros (em sentido próprio ou impróprio), constituído a favor dos seus administradores com funções executivas ou trabalhadores, não está em causa a prestação de assistência financeira pela SA, antes o cumprimento de uma dívida (vencida), ainda que efetuado sob a forma de ações da SA devedora. A atribuição patrimonial definitiva de uma SA mediante a entrega gratuita das próprias ações não contém qualquer elemento de crédito e não preenche, por isso, o *tatbestand* do art. 322.º, 1.

Quanto à atribuição das próprias ações no âmbito dos planos de atribuição *gratuita* de ações a membros executivos do órgão de administração e/ou trabalhadores, constatámos que a atribuição-alienação a título gratuito de ações próprias já emitidas não está legalmente impedida no quadro do regime nacional de alienação de ações próprias.

Quando os planos de atribuição de ações consistem na oferta de ações com desconto, os beneficiários do plano desembolsam sempre o preço de aquisição das ações (ainda que os meios de pagamento possam, eventualmente, corresponder a deduções salariais autorizadas pelos beneficiários do plano) com um desconto, sendo a diferença entre o valor de mercado e o valor de subscrição/aquisição das ações oferecidas suportada pelo património da própria SA.

Por seu turno, as opções de subscrição e/ou aquisição de ações da SA atribuídas *gratuitamente* a trabalhadores e/ou membros dos órgãos sociais nos *stock options plans*, são exercidas, na prática, se o preço de exercício da opção for inferior ao valor de mercado das ações. Os beneficiários das opções desembolsam sempre o preço de exercício das opções (ainda que os meios de pagamento possam, eventualmente, corresponder a deduções salariais autorizadas pelos beneficiários do plano de *stock options*). Mas, ao mesmo tempo, os beneficiários das opções adquirem ou subscrevem as ações a um preço inferior ao seu valor de mercado, sendo a diferença entre

o valor de mercado e o valor de aquisição/subscrição (preço de exercício) das ações suportada pelo património da própria SA.

Não existindo um direito de crédito a participar nos lucros (em sentido próprio ou impróprio) em benefício dos seus administradores com funções executivas ou trabalhadores, a atribuição-alienação de ações próprias (já emitidas ou a emitir) a título gratuito ou, quanto ao desconto de preço, de ações próprias abaixo do preço de aquisição (em mercado) constitui um ato gratuito, designadamente uma doação (em princípio, uma doação remuneratória – cfr. art. 941.º CC).

À luz do art. 6.º, 1, os atos gratuitos (atos pelos quais a sociedade concede a outrem, sócio ou terceiro, uma prestação ou vantagem sem contrapartida) «estão em regra – porque não necessários ou convenientes à prossecução do fim social ou escopo lucrativo, porque contrários mesmo a esse fim – fora da capacidade jurídica da sociedade»⁹⁹ –, mas podem entrar na capacidade societária se se revelarem necessários ou, ao menos, convenientes à consecução de lucros, ou seja, se à liberalidade estiver subjacente fim interessado ou interesseiro¹⁰⁰.

No entanto, o n.º 2 do art. 6.º dispõe que não são havidas como contrárias ao fim social as liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade.

Ora a atribuição de ações próprias a título gratuito ou, quanto ao desconto de preço, de ações próprias abaixo do preço de aquisição aos trabalhadores ou administradores, enquanto liberalidade e designadamente doação, há-de ser considerada usual, se a situação patrimonial da sociedade o permitir; não obstante, por se mostrar conveniente à prossecução do fim lucrativo (*in casu*, os trabalhadores ou administradores motivados e bem integrados na empresa societária são mais dedicados e produtivos), a atribuição gratuita de ações já seria admitida ao abrigo do n.º 1 do art. 6.º.¹⁰¹⁻¹⁰²

⁹⁹ COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, p. 186.

¹⁰⁰ COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, p. 187.

¹⁰¹ Baseamo-nos na argumentação expressa por COUTINHO DE ABREU, *Curso cit.*, p. 193-194, a respeito das doações feitas pela sociedade com finalidade interesseira como, entre outras, as gratificações a trabalhadores ou doações remuneratórias previstas no art. 941.º CC.

¹⁰² A propósito do § 71 Abs. 1 Nr. 2 AktG (aplicável, por força do § 71d S. 2 e 4 AktG, à aquisição de ações de uma sociedade por sociedade dependente), que prevê a aquisição derivada de ações próprias para serem oferecidas aos trabalhadores da sociedade ou de uma sociedade com ela relacionada, entende-se que a norma não regula, mas pressupõe que as ações próprias podem ser oferecidas aos trabalhadores abaixo do preço de mercado ou com desconto (v. HÜFFER, «§ 71», *Aktiengesetz*, Beck'sche Kurz Kommentare, vol. 53, 10.^a ed., München, C.H. Beck, 2012, p. 349, Rz. 12; referindo-se mesmo a oferta de ações a título gratuito, v. MARCUS LUTTER/TIM DRYGALA, «§ 71», p. 199-200, Rn. 78 – v. *supra* a nt. 80; Cahn, «71», p. 713, Rz. 65; LAUBERT, «§ 71», *Hölter's-AktG Kommentar*, 2014, p. 403, Rz. 7),

O exposto vale igualmente para a subscrição de ações com desconto ou abaixo do preço transacionado em bolsa, emitidas em aumento de capital por novas entradas em dinheiro, na medida do necessário à satisfação das solicitações de ações em função do exercício das opções de subscrição de ações, no âmbito dos *stock options plans*.

Assim, não existindo um direito de crédito vencido que seja satisfeito mediante a entrega das próprias ações, a atribuição gratuita de ações ou de ações com desconto de preço constitui uma atribuição patrimonial definitiva de caráter gratuito da SA, cuja legalidade é avaliada à luz do art. 6.º, 1 e 2.¹⁰³

IV. Pelo contrário, se a SA, no âmbito de planos relativos às suas próprias ações, facilitar ou possibilitar a subscrição ou aquisição das próprias ações pelos beneficiários mediante a prestação de assistência financeira (isto é, concluir negócios de crédito em sentido amplo com tal finalidade), tal financiamento de natureza creditícia apenas é admitido em benefício dos seus trabalhadores ou de sociedade com ela coligada (e não tb. em benefício dos administradores¹⁰⁴⁻¹⁰⁵).

dado que de outro modo não existiria qualquer estímulo para a aquisição pelos trabalhadores – LAUBERT, «§ 71», p. 403, Rz. 7. A admissibilidade de ações abaixo do preço de mercado (*unter dem Börsenkurse*), ações com desconto (*verbilligte Belegschaftsaktien*) oferecidas aos trabalhadores é de favorecer como outros benefícios ou despesas sociais da sociedade a favor dos seus trabalhadores, se os benefícios ficarem dentro do quadro do usual e do razoável (HÜFFER, «§ 71», p. 349, Rz. 12; LAUBERT, «§ 71», p. 403, Rz. 7; no mesmo sentido a respeito inclusive de ações oferecidas a título gratuito, v. MARCUS LUTTER/TIM DRYGALA, «§ 71», p. 199-200, Rn. 78 – v. *supra* a nt. 80).

¹⁰³ Ainda que não seja comum entre nós, tb. os esquemas ou programas de ações, que envolvem transferências ou contribuições financeiras (não restituíveis) da SA para um organismo de investimento coletivo, que subscreve ou adquire as ações no interesse dos trabalhadores, não consubstanciam a prestação de assistência financeira, dado que não se verifica a conclusão de qualquer negócio de crédito e a inerente assunção de riscos de crédito pela SA.

¹⁰⁴ Esta é tb. a posição maioritária na doutrina nacional, ainda que com fundamentação diferenciada – cfr. RAÚL VENTURA, «Ações próprias (CSC, arts. 316º a 325º)», *Estudos vários sobre sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 381; MARIA VICTÓRIA ROCHA, *Aquisição de ações próprias no Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1994, p. 316; INÊS PINTO LEITE, «Da proibição de assistência financeira – o caso particular dos Leveraged Buy-Outs», *DSR*, Ano 3, Vol. 5, Março 2011, p. 158; TARSO DOMINGUES, «Proibição de ‘assistência financeira’ no contexto dos mecanismos de proteção de credores», *Revista do Instituto do Conhecimento AB Instantia* (Outubro 2013), Ano I, N.º 2, Almedina, 2014, p. 64; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de corporate finance*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 230.

Com posição contrária e nem sempre coincidindo na fundamentação, v. JOÃO LABAREDA, *Direito Societário Português – Algumas Questões*, Lisboa, Quid Juris, 1998, 188; MARIANA

Assim, estar-se-á diante de assistência financeira, p. ex., se a SA (ou sociedade dominada) proceder à concessão de um empréstimo, adiantamento (porventura de remuneração) ou prestação de garantia com a finalidade de possibilitar o pagamento do preço de exercício das opções de subscrição/aquisição das ações da SA (abaixo do preço de mercado) no âmbito dos planos de *stock options*. O mesmo vale para um diferimento (aprazamento do pagamento) do preço de exercício das opções de subscrição/aquisição das próprias ações no planos de *stock options* (porquanto este ato negocial é de equiparar a um empréstimo para a compra de parte do preço das próprias ações, caindo no campo de aplicação da proibição como empréstimo ou como negócio de crédito (em sentido amplo) não escrito¹⁰⁶ no art. 322.º, 1). Porém, se os beneficiários da assistência financeira concedida pela SA quanto ao preço de exercício das opções de compra das próprias ações forem os seus trabalhadores (mas já não tb. os seus administradores) ou de sociedade com ela coligada, intervém o privilégio previsto no art. 322.º, 2, 2.ª frase.

Os planos de atribuição de ações são, em regra, programas de atribuição de ações a título gratuito aos seus beneficiários, pelo que, sendo esse o caso, não é necessário qualquer negócio de crédito entre a SA e os beneficiários. No caso de o plano de atribuição de ações corresponder a uma mera oferta de alienação das próprias ações com desconto (face ao preço de mercado) aos beneficiários, então estes, pretendendo adquirir as ações,

DUARTE SILVA, «Assistência financeira – no âmbito das sociedades comerciais», *RDS*, II (2010), 1/2, p.216, 218; ANA RAQUEL FRADA, «A remuneração dos administradores das sociedades anónimas», *Questões de tutela de credores e de sócios das sociedades comerciais* (coord. de Maria de Fátima Ribeiro), Almedina, 2013, p. 337, entende que a sociedade pode conceder empréstimos aos seus administradores, com vista a financiar a aquisição por estes das suas ações ao abrigo do art. 322.º, 2, o que constitui um incentivo relevante à adoção de planos de remuneração assentes em opções de aquisição ou subscrição de ações; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, «Remunerações dos administradores e boa governação das sociedades: o acórdão do STJ de 27 de março de 2014», *Revista do Instituto do Conhecimento AB*, AB Instantia, Ano III, N.º 5, 2015, p. 23, nt. 24, admite que a sociedade conceda empréstimos aos seus administradores, nos termos do art. 322.º, 1 (a referência ao n.º 1 em vez do seu n.º 2 porventura se deva a *lapsus calami*), para financiar o exercício dos direitos de opção de subscrição ou aquisição das suas ações.

¹⁰⁵ Note-se tb. que, segundo o disposto no art. 397.º, 1, é vedado em geral (ou seja, não se verificando a finalidade específica de prestar assistência financeira), sob pena de nulidade, a celebração de contratos de crédito em sentido amplo entre a SA e administrador (sendo esta proibição extensível aos contratos entre sociedade em relação de domínio ou de grupo com aquela de que o contraente é administrador, por força do respetivo n.º 3).

¹⁰⁶ Assim, a respeito de um adiantamento do preço de aquisição restante (*Stundung des verbleibenden Erwerbspreises*), em face da norma irmã alemã, o § 71a Abs. 1 S. 1 AktG, v. HASSNER, *Finanzielle Unterstützung* cit. p. 383.

têm de desembolsar o seu preço (com desconto), o que poderão fazer através de meios financeiros próprios (incluindo deduções salariais conforme previsto no plano) ou eventualmente obtendo crédito em sentido amplo da própria SA, situação esta última que consubstancia a prestação de assistência financeira para a subscrição ou aquisição das próprias ações por terceiro, excecionalmente admitida se os beneficiários forem os seus trabalhadores ou de sociedade com ela coligada, ao abrigo do art. 322.º, 2, 2.ª frase.

Com efeito, a exceção à proibição, prevista a favor dos trabalhadores, possibilita que a sociedade preste assistência financeira (nomeadamente através de empréstimos, adiantamentos de remuneração, prestação de garantias ou de outros negócios de crédito em sentido amplo não mencionados expressamente no art. 322.º, 1) com vista à subscrição ou aquisição das suas ações pelos ou para os seus trabalhadores ou de uma sociedade com ela coligada, bem assim com vista ao exercício de direitos de opção sobre as próprias ações pelos trabalhadores (mas já não tb. pelos administradores), pois que, dado o risco de crédito assumido pela sociedade, tal atuação estaria vedada ao abrigo da proibição geral de assistência financeira.

Nesta conformidade, com base nesta nossa posição, não podemos concordar com o entendimento veiculado por alguma doutrina nacional¹⁰⁷, no sentido de que a exceção à proibição de assistência financeira, prevista a favor do seu pessoal ou de sociedade com ela coligada, permite os planos

¹⁰⁷ Nesse sentido, v. RITA TRABULO, «As ações próprias – O regime da aquisição de ações próprias e a prestação de assistência financeira para a aquisição de ações próprias», *Temas de Direito das Sociedades* (coord. Manuel Pita, António Pereira de Almeida), Coimbra Editora, 2011, p. 472-473; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual* cit., p. 229. MARIANA DUARTE SILVA, «Assistência financeira...» cit., p. 215, 217, considera que a exceção em benefício do pessoal tem «particular aplicação a propósito dos planos de subscrição e aquisição de ações desenvolvidos pelas empresas para incentivar e envolver as pessoas e entidades que lhes prestam colaboração», incluindo prestadores de serviços e membros dos órgão de administração.

Outros AA. associam a aquisição de ações próprias pela sociedade com a finalidade de realizar a participação societária de trabalhadores e colaboradores e a exceção legal à proibição de assistência financeira em benefício do pessoal da SA: assim, v. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, Almedina, 6.ª ed., 2016, p. 469, segundo o qual a exceção admite «a aquisição de ações próprias pela sociedade para os respetivos colaboradores, em execução de planos que impliquem a concessão de opções sobre ações por si emitidas (*stock options*), como forma de retribuição por serviços prestados»; MARGARIDA COSTA ANDRADE, «Art. 316.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. Coutinho de Abreu), vol. V, 2.ª ed., 2018, p. 451: «(...) considerar a aquisição de ações próprias vantajosa para a realização de planos de remuneração dos administradores com recurso a *stock options* e de participação dos trabalhadores (cfr. art. 322.º)».

de *stock options*, como forma de retribuição.¹⁰⁸ Os planos de atribuição de ações ou de atribuição de opções de subscrição/aquisição de ações não envolvem necessariamente, nem sempre, a prestação de assistência financeira (ou seja, a celebração de atos de concessão de crédito em sentido amplo entre a SA e os beneficiários do plano). A existir concessão de crédito em sentido amplo por uma SA (ou por sociedade dominada) para a subscrição ou aquisição das ações daquela, no âmbito de planos relativos às suas próprias ações, por trabalhadores (não tb. por administradores) daquela ou de sociedade coligada, tal atuação negocial é permitida, ao abrigo do art. 322.º, 2, desde que realizada com bens distribuíveis (cfr. o art. 322.º, 2 *in fine*, e 3).

¹⁰⁸ Porventura tal entendimento dever-se-á à circunstância de o direito britânico prever, como exceção à proibição de *financial assistance*, a prestação de qualquer assistência financeira pela sociedade para efeitos de um plano ou esquema de ações para ou em benefício dos seus empregados (*employees' shares schemes*) (cfr. a atual sec. 682 (2) (b) CA 2006), além de outras aquisições de ações pelos empregados (cfr. atual sec. 682 (2) (c) e (d) CA 2006). A noção muito ampla do conceito de *financial assistance* no direito britânico justifica esta expressa exceção a favor dos esquemas ou planos de ações. O conceito de *financial assistance* abrange qualquer disponibilização de fundos pela sociedade, pelo que, para facilitar e clarificar a aplicação da proibição, estão previstas, além das exceções condicionadas à salvaguarda do capital social (equivalentes às previstas entre nós no n.º 2 do art. 322.º), várias exceções incondicionais (cfr. sec. 681 CA 2006). Assim, à face do CA britânico, cabe no conceito de assistência financeira a atribuição patrimonial (p. ex., gratificação ou participação nos lucros) a trabalhadores ou a membros do órgão de administração quando vinculada à aquisição de ações da sociedade ou de sociedade *holding*. Nesta conformidade, compreende-se que, junto ao fundamento último de fomento da política social da empresa em defesa da permissividade da assistência financeira prestada aos empregados para adquirir as ações da sociedade ou de sociedade *holding*, alguns autores britânicos justifiquem igualmente a sua licitude na circunstância de a operação contribuir para dar saída aos lucros excessivos (Palmer's, *Company Law*, 1969, p. 257, e R. Pennington, *Company Law*, 1990, p. 330, *apud* MARÍA FLORES DOÑA, *Ingeniería corporativa con acciones propias y cruzadas – Comentario sistemático de los arts. 74-89 TRLSA*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2005, p. 182, nt. 47).

RESUMO: O presente estudo destina-se a conferir uma visão panorâmica acerca do Anteprojeto do Código Penal de Macau respeitante à responsabilidade penal das pessoas coletivas, que condensa a multidisciplinaridade e o «diálogo permanente» entre o Direito das Sociedades Comerciais e o Direito Penal.

Palavras-chave: Responsabilidade penal das pessoas coletivas; Anteprojeto do Código Penal de Macau.

ABSTRACT: This article is aimed at providing an overview about the Project of Law of Macau Penal Code in regard of corporate criminal liability, whose main features enshrines a multidisciplinary approach and a «perpetual dialogue» between Commercial Law and Criminal Law.

Keywords: Corporate Criminal Liability; Project of Law of Macau Penal Code.

HUGO LUZ DOS SANTOS*

Proposta de novas penas acessórias inseridas no Anteprojeto do Código Penal de Macau respeitante à responsabilidade penal das pessoas coletivas: diálogo entre o direito das sociedades comerciais e o direito penal

SUMÁRIO¹: 1) A pena acessória de proibição de recebimento de prestações acessórias, suprimentos ou avales dos sócios: reforço da eficácia punitiva da pena acessória de encerramento temporário de estabelecimento; 2) A pena acessória de imposição de publicidade da sentença condenatória: a compulsão ao cumprimento através da aplicação de uma sanção pecuniária compulsória à pessoa coletiva ou entidade equiparada; 3) A pena acessória de perda do valor do produto do crime e de controlo de conta bancária: entre o esforço de aproximação aos instrumentos legislativos internacionais e o truísmo de «o crime não compensa»; 4) A pena acessória de proibição de contração de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança: reforço da eficácia punitiva da pena acessória de encerramento definitivo de estabelecimento; 5) Conclusões.

* Doutorando e Teaching Assistant da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (China)/ Director of Ethics and Quality of Vantage 10, Panel of Experts and Mediators (Londres, Reino Unido)/Fellow of the Royal Society of Arts of the United Kingdom (Londres, Reino Unido)/ Membro do Grupo Especializado que procedeu à elaboração do Anteprojeto do Código Penal de Macau respeitante à responsabilidade penal das pessoas coletivas/Magistrado do Ministério Público de Portugal (em licença sem vencimento).

¹ Tributamos um agradecimento público ao Senhor Professor Doutor Alexandre de Soveral Martins pela amizade e pelos diversos gestos de verdadeira fraternidade científica demonstrados ao longo da minha jornada académica.

1. A pena acessória de proibição de recebimento de prestações acessórias, suprimentos ou avales dos sócios: reforço da eficácia punitiva da pena acessória de encerramento temporário de estabelecimento

a) Propõe-se que o Anteprojeto do Código Penal de Macau respeitante à responsabilidade penal das pessoas coletivas preveja uma pena acessória de proibição de prestações acessórias, de concessão de suprimentos e de avales dos sócios². Tal pena acessória deverá, de forma conjunta e sinérgica, servir de mecanismo de salvaguarda ao cumprimento integral da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento comercial, devendo, pois, ser aplicada em regime de *acumulação material* com esta última pena acessória³.

b) Compreende-se porquê: não raro, os sócios poderão ser tentados a contornar ou a inutilizar o conteúdo útil da *pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento* através da concessão de suprimentos à sociedade comercial, de constituição de avales pelos sócios, ou mesmo da constituição de prestações acessórias, de forma a permitir o funciona-

² (Versão proposta) Artigo 83-Y.º (*Proibição de recebimento de prestações acessórias, suprimentos ou avales dos sócios*)

1. Quando for decretado o encerramento temporário do estabelecimento, o tribunal proíbe que a pessoa coletiva ou entidade equiparada receba prestações acessórias, suprimentos ou avales dos sócios, ou qualquer outra forma de financiamento que permita o funcionamento do estabelecimento no prazo de duração dessa pena acessória.
2. A proibição de recebimento de prestações acessórias, suprimentos ou avales dos sócios tem a mesma duração da pena acessória do encerramento temporário do estabelecimento.
3. A violação da proibição de recebimento de prestações acessórias, suprimentos ou avales dos sócios é punida com a pena prevista para o tipo legal de crime de desobediência qualificada.
4. É correspondentemente aplicável, com as devidas adaptações, o disposto no n.º 4 do art. 83.º-W.

³ Defendemos a acumulação material das penas acessórias e afastamo-nos, pois, do pensamento da doutrina portuguesa que preconiza, ainda que – confessadamente – sem qualquer fundamento legal expresso no Código Penal de Portugal, o *cúmulo jurídico das penas acessórias*; neste sentido, JOSÉ DE FÁRIA COSTA, “Penas acessórias – cúmulo jurídico ou cúmulo material? [a resposta que a lei (não) dá]”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 136, n.º 3945, (Julho-Agosto 2007), Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 322 e ss. Em sentido convergente, adotando a solução do cúmulo jurídico das penas acessórias: Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça n.º 2/2018, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Francisco Caetano, disponível em www.dgsi.pt.

mento do estabelecimento comercial noutro local geográfico e com outros mecanismos alternativos de financiamento.

c) A teleologia desta reação punitiva é a seguinte: a pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento está delimitada por uma concreta duração temporal e não equivale, como se consabe, a uma atípica (e seguramente estranha) dissolução temporária do estabelecimento comercial. O que significa que a pessoa coletiva continuará a manter, na pendência do período de duração temporal da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento, um conjunto de relações jurídico-económicas com os credores sociais, com os trabalhadores, com os fornecedores, com a Fazenda Regional da Região Administrativa Especial de Macau e com outros *stakeholders*.

d) Avulta daqui um perigo real: será muito grande a tentação dos sócios e dos acionistas da sociedade comercial visada pela aplicação da *pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento comercial* de recorrer a mecanismos de financiamento alternativos. Uma tal parafernália de opções de financiamento bancário «alternativo» permitiria, por um lado, a manutenção sub-reptícia em funcionamento do estabelecimento comercial (com o fito de atenuar os prejuízos patrimoniais decorrentes da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento comercial e aumentar, ainda que com flagrante desrespeito pela sentença judicial, os lucros da sociedade comercial) e, por outro lado, a inutilização prática dessa pena acessória que seria, assim, puramente platónica – o que poderia ser facilmente alcançado com o recurso a obrigações (de prestações) acessórias, a avals dos sócios e mesmo contratos de suprimentos, como a seguir se demonstrará.

e) *Breve*, as chamadas obrigações (de prestações) acessórias, em si mesmo tomadas e por natureza, podem revestir diversas configurações e são sempre suscetíveis de avaliação pecuniária, «quer consistam num empréstimo em dinheiro (mútuo, remunerado ou não remunerado)⁴ na

⁴ “As prestações acessórias não podem consistir numa doação em favor da sociedade, não se devendo confundir com esta operação o mútuo não remunerado cujo reembolso fica sujeito à existência de capitais próprios suficientes”; na doutrina portuguesa, PAULO OLAVO CUNHA, “O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, ano 6, vol. 11 (2014), Coimbra, Almedina, 2014, pp. 53-76, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente; em sentido contrário, admitindo que “as prestações acessórias pecuniárias em que não há obrigação de restituir o capital”; MANUEL PITA ANTÓNIO, “As prestações acessórias: Direito das Socieda-

cedência provisória de outros bens (fungíveis ou infungíveis, móveis ou imóveis), no regime de mútuo, comodato, aluguer ou arrendamento – por exemplo, um armazém, materiais de construção civil ou um cavalo de corrida, ou numa prestação de facto ou de serviços (de advocacia, arquitetura, engenharia, gestão, entre outros). As prestações devem ser realizadas mediante uma contrapartida – caso em que se dizem onerosas – ou sem qualquer retribuição (gratuitas)»⁵.

Importa, assim, distinguir acuradamente as obrigações acessórias em sentido restrito daquelas que, por corresponderem essencialmente a empréstimos em dinheiro, se podem caracterizar como prestações acessórias de capital e que, nas sociedades anónimas, desempenham, em regra, o papel que é reservado às prestações suplementares nas sociedades por quotas (art. 374.º e ss do Código Comercial de Macau de 1999)⁶.

g) A obrigação de prestações acessórias deve ser estabelecida (ou, pelo menos, prevista) no contrato de sociedade e incide sobre o universo subjetivo da sociedade comercial: os sócios. O respetivo conteúdo poderá ser idêntico e proporcional às diversas participações sociais ou ser criado com um vincado *intuitus personae*⁷. No que respeita à obrigação de realizar suprimentos, quando contratualmente estipulada, «é exemplo paradigmático de uma obrigação acessória, uma vez que é *empréstimo qualificado* precisamente por ser feito por um sócio em favor de uma sociedade»⁸. Os suprimentos podem, «assim, consistir numa espécie do género obrigações acessórias, caso em que deverão encontrar-se contratualmente previstos ou podem ser efetuados voluntariamente por deliberação dos sócios – vinculando apenas aqueles que os votarem favoravelmente – ou por disponibilidade do mutuante»⁹.

h) O contrato de suprimento consiste, pois, no empréstimo ou mútuo (em dinheiro ou outros bens fungíveis identificáveis) realizado pelo sócio

des e Direito da Contabilidade”, in: *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 95-111.

⁵ Na doutrina portuguesa, PAULO OLAVO CUNHA, “O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais”, *cit.*, pp. 53-76.

⁶ PAULO OLAVO CUNHA, “O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais”, *cit.*, pp. 53-76.

⁷ PAULO OLAVO CUNHA, “O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais”, *cit.*, pp. 53-76.

⁸ PAULO OLAVO CUNHA, “O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais”, *cit.*, pp. 53-76.

⁹ PAULO OLAVO CUNHA, “O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais”, *cit.*, pp. 53-76.

ou pelo acionista em benefício da sociedade comercial, com um vincado carácter de permanência¹⁰. Verifica-se o denominado carácter de permanência quando, como na lei portuguesa, esse empréstimo corresponde a uma disponibilidade financeira superior a um ano (art. 243.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal), ficando a sociedade (natural e necessariamente) obrigada a restituir bens do género e qualidade dos que lhe foram disponibilizados¹¹. «Mas também é o contrato pelo qual o sócio acorda com a sociedade o diferimento, por prazo superior a um ano e dia, do vencimento de crédito que tem sobre ela».¹²

O suprimento corresponde, pois, à disponibilização de bens fungíveis, principalmente dinheiro, à sociedade comercial¹³ por um ano e um dia¹⁴

¹⁰ RUI PINTO DUARTE, “Suprimentos, prestações acessórias e prestações suplementares. Notas e questões”, in: *Problemas de Direito das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 258 e ss; JOÃO AVEIRO PEREIRA, *O Contrato de Suprimento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 8 e ss; DEOLINDA APARÍCIO, “O Contrato de Suprimento enquanto Meio de Financiamento da Sociedade”, in: *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas (RCEJ)*, n.º 2, 2005, pp. 138-158; RUI PINTO DUARTE, “Contribuições dos sócios para além do capital social: prestações acessórias, prestações suplementares e suprimentos”, in: *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 238-253; ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do Contrato de Suprimento. O Financiamento da Sociedade entre capital próprio e capital alheio*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 248 e ss.

¹¹ PAULO OLAVO CUNHA, “O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais”, *cit.*, pp. 53-76.

¹² RAÚL VENTURA, “O Contrato de Suprimento no Código das Sociedades Comerciais, separata d’O Direito, ano 121.º, I, 1989, pp. 8-65; MANUEL PITA ANTÓNIO, “As prestações acessórias: Direito das Sociedades e Direito da Contabilidade”, in: *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 95-111; PAULO OLAVO CUNHA, “O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais”, *cit.*, pp. 53-76.

¹³ O que acontece, justamente, num quadro de acentuadas dificuldades financeiras da sociedade comercial, que é normalmente contornado com o recurso aos suprimentos dos sócios com o objetivo primacial de aceder à “revitalização económica da sociedade comercial”; na doutrina portuguesa, por todos, MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Suprimentos para revitalização societária: entre a subordinação e o privilégio mobiliário creditório geral”, in: *Revista de Direito das Sociedades Comerciais (RDS)*, Ano IX (2017), Número 2, Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Diretor: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2017, *passim*.

¹⁴ Na doutrina portuguesa, PAULO OLAVO CUNHA, “O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais”, *cit.*, pp. 53-76. Na doutrina italiana, ANDREA PISANI MASSAMORMILE, in: Piero Schlesinger (Coord), “I Conferimenti nelle società per azioni Acquisti “pericolosi” Prestazioni accessorie, Art. 2342-2345”, *Il Codice Civile Commentario*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 336 e ss; na doutrina espanhola, LUÍS LÓPEZ-OLIVER RUIZ, *Contabilidad de Sociedades y Derecho Mercantil Contable*, Madrid, Colex, 2006, p. 72; na doutrina portuguesa, MANUEL ANTÓNIO PITA, *Curso elementar de Direito Comercial*, Lisboa, Areas Editora, 2008, p. 180.

e a sua verificação é muito frequente no tráfico mercantil, atento o facto empírico de que o contrato de suprimento não depende de forma escrita e, na maior parte das vezes, não assume essa solenidade formal¹⁵. Embora sem assumir forma escrita, existem comportamentos concludentes que permitem identificar cabalmente a celebração de um contrato de suprimento entre as partes contraentes em cada caso concreto¹⁶. Subtrai-se ao escopo do presente artigo a escalpelização e desenvolvimento deste ponto temático¹⁷.

i) Quanto à justificação dogmática da criação de uma *pena acessória de proibição de concessão de avales dos sócios das sociedades comerciais* a mesma foi, em linhas gerais, avançada anteriormente: tem como objetivo primordial evitar a inutilização prática da *pena acessória de encerramento temporário de estabelecimento comercial*.

Na verdade, «é do quotidiano que os sócios prestem avales em favor das sociedades comerciais em que participam. Os casos mais típicos sucedem em sociedades por quotas cujos capitais são escassos para os negócios em que se envolvem ou, noutra perspetiva, que expandem os seus negócios para além das forças dos seus capitais próprios. É típico, é normal e é corrente que os comerciantes»¹⁸.

Aceita-se que assim seja: as sociedades comerciais, principalmente as sociedades por quotas, que constituem de longe a maioria dos empresários comerciais (art. 1.º, alínea b), do Código Comercial de Macau) a operar no tecido mercantil da Região Administrativa Especial de Macau,

¹⁵ Na doutrina portuguesa, PAULO OLAVO CUNHA, “O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais”, *cit.*, pp. 53-76.

¹⁶ Na doutrina portuguesa, JOANA FREIRE ALMEIDA, “Capital social, reservas e suprimentos: seu conteúdo, função e papel na cobertura de prejuízos”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VII (2015), Número 3/4, Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Diretor: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2016, p. 860. A doutrina portuguesa nota, com razão, que as restantes contribuições patrimoniais dos sócios (prestações suplementares, prestações acessórias e suprimentos) – ainda que de natureza pecuniária – não podem (*rectius*: não devem) ser convertidas diretamente em capital social não sendo, portanto, nunca (nanja!) contabilizadas como tal; neste sentido, PAULO DE TARSO DOMINGUES, “Financiamento Societário pelos Sócios e Transmissibilidade dos Créditos”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Horster*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 778.

¹⁷ Para mais desenvolvimentos, HUGO LUZ DOS SANTOS, *Responsabilidade penal das pessoas coletivas: subsídios para a criação de um modelo misto de autorresponsabilidade*, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 1-762 (pp. 248 e ss).

¹⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Avalés de sócios de sociedades comerciais”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, n.º 11, (2014), pp. 13-34.

quer em número, quer em valor – tentam sempre crescer, aumentar o seu volume de negócios e os seus lucros¹⁹. «É o lucro que move o comércio e os comerciantes, sendo que o lucro é a contrapartida do risco»²⁰.

j) Essa miragem do lucro fica seriamente abalada com a aplicação a *pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento comercial*. A tentação dos sócios de perseguir o lucro e de, assim, contornar o sentido útil da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento comercial é muito grande e, não raro, irreprimível. Um legislador minimamente

¹⁹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Avaes de sócios de sociedades comerciais”, *cit.*, pp. 13-34.

²⁰ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Avaes de sócios de sociedades comerciais”, *cit.*, pp. 13-34. Em sentido aproximado, referindo-se expressamente “às relações jurídicas de financiamento duradouras”, CAROLINA CUNHA, *Letras e Livranças. Paradigmas actuais e Recompreensão de um Regime*, Dissertação de Doutoramento, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 597 e ss; FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, “Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação: anotação ao AUJ do STJ de 11-12-2012”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, 142, 2013, pp. 300-312, 312-346, 318 ss; CAROLINA CUNHA, “Cessão de quotas e aval: equívocos de uma uniformização de jurisprudência: equívocos de uma uniformização de jurisprudência”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, n.º 9, 2013, pp. 91-114, 92 ss; JANUÁRIO DA COSTA GOMES, “O (in) sustentável peso do aval em branco prestado por sócio para garantia de crédito bancário revolving”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 43, 2013, pp. 15-32, 32-47, 34 e ss; CAROLINA CUNHA, “Pluralidade de avalistas e o direito de regresso – Acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 7/2012, de 5.6.2012, Revista 2493/05”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 40, 2012, 41-55; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Pluralidade de avales por um mesmo avalizado e “regresso” do avalista que pagou sobre aqueles que não pagaram”, in: *Nos 20 anos do CSC, Homenagem aos Professores Doutores António Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 947-978. A doutrina portuguesa tem referido, igualmente, que a função de garantia dos títulos de crédito, na medida em que “estes encontram-se tipicamente associadas a contratos de concessão de crédito (como o crédito para jogo ou aposta em casino na Região Administrativa Especial de Macau, e, no âmbito desta, os *casino markers*, acrescento nosso) ou de risco e cumprem em geral uma *função de garantia* e melhoria da posição processual do financiador”, EVARISTO MENDES, “Letra de Câmbio e Direito Comercial centrado na empresa. O legado de Paulo Sendin”, in: *Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo M. Sendin*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012, pp. 13-70, p. 19; na doutrina de Macau, HUGO LUZ DOS SANTOS/JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, *Regime Jurídico para Concessão do Crédito para Jogo ou Aposta em Casino (Lei N.º 5/2004), Anotado e Comentado*, Macau, China, Centro de Formação Jurídica e Judiciária/Universidade de Macau, 2019, *passim*. CAROLINA CUNHA, *Manual das Letras e Livranças*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 166 e ss, que seguimos de muito perto. Um outro sector da doutrina dá como exemplo “a subscrição de títulos de crédito em branco (livranças em branco), por “comerciantes lojistas” no âmbito de contratos de financiamento com “armazenistas” – nesta situação, o valor-saldo do contrato só se fixará no seu termo e em função dos fornecimentos e pagamentos feitos”; CONDE RODRIGUES, *A letra em branco*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), 1989, p. 24.

atento à realidade social²¹ não pode ignorar esse facto empírico²². Donde a justificação dogmática da pena acessória de proibição de prestações acessórias, suprimentos e avales dos sócios na pendência do encerramento temporário do estabelecimento comercial.

k) Na verdade, esse facto empírico traduz-se essencialmente na «atração – por vezes fatal – pelo «risco», que faz parte das características intrínsecas de um bom comerciante»²³. Mais: «quem não tiver apetência pelo risco nunca será comerciante, quedar-se-á num tranquilo ofício de funcionário, com salário garantido e serenidade no sono. Mas não assim o comerciante, o mercador de antigamente, o empresário de hoje que – de modo semelhante ao jogador compulsivo – tem o gosto, quando não o

²¹ Este diálogo permanente entre o Direito penal, o Direito das sociedades comerciais e a realidade social corporiza o papel socialmente relevante do Direito. Na medida em que ele (o Direito) deve reduzir a complexidade dos fenómenos normativos através da estabilização da diferença entre o *interior* – o Direito – e o *exterior* – a realidade social, que produz os fenómenos sócio normativos que devem ser simplificados e sistematizados pelo Direito. A captação dos fenómenos normativos criados no âmbito da sociedade pós-industrial foi um dos pontos de prolixo (e profícuo) diálogo científico entre NIKLAS LUHMANN e JÜRGEN HABERMAS e esteve na origem da marcante obra, *Teoria da sociedade ou tecnologia social – O que a teoria dos sistemas pretende alcançar?* (*Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung*). Essa obra cristaliza um dos pontos centrais da sua construção doutrinal conjunta, o de que “os sistemas servem para reduzir a complexidade dos fenómenos normativos e transformá-los em letra de lei, sempre que eles sejam importantes para a realidade social em que se insere” () “os fenómenos normativos encontram-se num horizonte de possibilidades, e o *Direito* representa a diferença entre o “*atual*” e o “*possível*”, na medida em que ele (o *Direito*) é o meio através do qual cada *sistema social* processa e *reduz* a complexidade do mundo social”; na doutrina alemã, NIKLAS LUHMANN/JÜRGEN HABERMAS, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung*, 1971, p. 11. Entende-se que assim seja: o Direito é realidade social. “A realização é (, portanto) a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais que uma aparência do direito, não são senão palavras vazias”; FERNANDO JOSÉ BRONZE, “A interpretação jurídica e as fontes do direito (nótula proporcionada pelos 50 anos do Código Civil)”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 146.º, N.º 4002, Janeiro-Fevereiro de 2017, Director: António Pinto Monteiro, Coimbra, Gestlegal, 2017, p. 201.

²² A doutrina alemã fala numa *Legitimação pelo procedimento* (*Legitimation durch Verfahren*) no âmbito de um “sistema auto-referencial” e “auto-poiético” desenvolvido por NIKLAS LUHMANN em obras de referência como, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, pp. 28 e ss; NIKLAS LUHMANN, “Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung”, in: *Zeitschrift für Soziologie*, Volume 11, n.º 4, pp. 366-379; NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Stanford (CA), Stanford University Press, 1995, pp. 78-196; NIKLAS LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 46 e ss.

²³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Avalos de sócios de sociedades comerciais”, *cit.*, pp. 13-34.

vício, do risco. É próprio do comerciante ambicionar crescer sem limite. Nem todos conseguem e muitos ficam pelo caminho mas destas incessantes tentativas acaba por resultar uma economia de mercado com agilidade, pujança e riqueza. O comerciante típico trabalha com capitais próprios e capitais alheios, «*equity and debt*». Péssimo comerciante será aquele que no exercício do seu negócio se limitar aos capitais próprios e rejeitar os capitais alheios»²⁴.

1) Da apetência pelo risco que caracteriza o comerciante típico poderá decorrer a vontade irreprimível de esvaziar o sentido útil da *pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento comercial*. Nesse sentido depõe decisivamente a própria teleologia dos riscos económicos assumidos pelos sócios da sociedade comercial: a obtenção do lucro. Na verdade, é inerente à atividade dos comerciantes o recurso a capitais alheios e a assunção de riscos económicos e até jurídicos (surgindo a inutilização prática da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento comercial como um meio para atingir um fim: a obtenção do lucro) «dos quais os bancos se pretendem cobrir com *garantias pessoais dos sócios*»²⁵. «Estas garantias podem assumir modalidades variadas, entre as quais são francamente maioritárias as prestações de avales em letras ou livranças emitidas, sem preenchimento da data de vencimento e do valor a pagar (em branco)»²⁶. Na maioria dos casos – e restringindo aos casos mais típi-

²⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Avales de sócios de sociedades comerciais, *cit.*”, pp. 13-34.

²⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Avales de sócios de sociedades comerciais”, *cit.*, pp. 13-34.

²⁶ Na doutrina portuguesa, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Avales de sócios de sociedades comerciais”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, n.º 11, 2014, pp. 13-34. Esta é uma precisão importante, na medida em que, como bem afirma autorizada doutrina, a subscrição e entrega do “título de crédito em branco não corporiza, em si mesma tomada, uma vinculação cambiária pura; representa (metaforicamente) o seu simples (mas de modo algum anódino, acrescido nosso) “embrião”. “Dá corpo à primeira etapa de uma *fattispecie* complexa que só quando se possam dizer reunidos todos os elementos desembocará na criação de uma verdadeira obrigação cartular. E não podemos esquecer a possibilidade de a *fattispecie* que nunca chegar a ser *completada*, caso em que a obrigação cambiária *nunca* poderá se dizer constituída. As partes, através do “pacto de preenchimento” que acompanha a entrega do título de crédito em branco ao portador, condicionam o preenchimento do título à verificação do incumprimento da obrigação cambiária – ocorrência que se perfila não apenas como *futura*, mas também como meramente *eventual*. Se, por hipótese, o obrigado cambiário pagar integralmente os montantes literalmente inscritos na “letra outrora em branco”, a vinculação cambiária não chega a existir porque o negócio jurídico bilateral foi pontualmente cumprido e a “vinculação cambiária futura e eventual” do obrigado cambiário extinguir-se-á satisfatoriamente, procedendo o concedente de crédito à destruição do título ou à sua devolução ao concedido, não fazendo, pois, qualquer sentido sustentar que o obrigado cambiário permaneceu cambiariamente obrigado durante todo

cos – desempenha a função de garantia de pagamento de aberturas de crédito renováveis, nas quais não se sabe de antemão qual o valor da dívida

aquele tempo”; textualmente, CAROLINA CUNHA, “Aval e plano de insolvência”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 145.º, N.º 3997, Março-Abril de 2016, Diretor: António Pinto Monteiro, Coimbra, Coimbra Editora, 2016, p. 208, que seguimos de muito perto. A doutrina italiana fala, a este respeito, na *fattispecie* cartular *in fieri*; neste sentido, FEDERICO MARTORANO, *Titoli di credito (Titoli non dematerializzati)*, in: *Tratato di Diritto Civile e Commerciale*, A. CICU/F.MESSINEO/L. MENGONI/P. SCHLESINGER (Org.), Milano, Giuffrè, 2002, pp. 360 e ss. “Quem tem o poder para configurar ou conformar o título de crédito é o subscritor (emitente). Ficando o documento de título de crédito incompleto, é este, portanto, que confere ao portador o poder jurídico de o completar com o elemento em falta”; EVARISTO MENDES, “Aval prestado por sócios de sociedades por quotas e anónimas e perda da qualidade de sócio. Apontamento”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VII (2015), *Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP)*, Números 3/4, Coimbra, Almedina, (2016), p. 599. A doutrina mais autorizada vem chamando – e bem – à atenção para a necessidade de mobilização do art. 10.º da LULL para fazer face a este tipo de litígios cambiários. Fá-lo nos seguintes termos, com duras críticas a um aresto do Supremo Tribunal de Justiça: “a norma cambiária a convocar como ponto de partida e eixo da solução do litígio seria o art. 10.º da LU. Trata-se da norma da LU que se pretende aplicar às hipóteses em que uma letra (ou livrança) incompleta no momento de ser passada haja, entretanto, sido completada, com vista a solucionar uma desconformidade entre o conteúdo inserido na letra e aquilo que designamos por acordos realizados. O STJ, contudo, ignora em absoluto o art. 10.º da LU, norma à qual não faz uma única referência em todo o acórdão. Ao proceder deste modo, compromete decisivamente, a meu ver, a fixação dos pressupostos para uma correta resolução deste tipo de conflitos. Explicando melhor: mesmo que as circunstâncias específicas do caso possam, à luz do regime do art. 10.º LU, conduzir ao resultado final da rejeição dos embargos do avalista executado, a convocação da norma permite uma abertura de espectro suscetível de acolher, perante diferente circunstancialismo, a procedência de tais embargos”; CAROLINA CUNHA, “A execução do avalista após homologação do plano de revitalização do avalizado”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 147.º, N.º 4007, Novembro-Dezembro de 2017, Diretor: António Pinto Monteiro, Coimbra, Gestlegal, 2017, p. 127. Refere-se neste âmbito temático que “a qualidade de sócio do avalista é um pressuposto necessário, quer do ponto de vista credor, que não celebraria o contrato principal sem a aposição de aval pelo sócio na livrança em branco, quer do ponto de vista dos interesses deste avalista, que não prestaria um aval à sociedade comercial se não tivesse interesses na prossecução da sua atividade social. Por estas razões, entende a doutrina portuguesa, deve ser concedida ao sócio-gerente avalista a faculdade de resolução”; SARA ALEIXO, “O aval cambiário dos sócios em título em branco: a paradoxal solução do AUJ n.º 4/2013”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VIII (2016), Número 3, Diretor: António Menezes Cordeiro, Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), Coimbra, Almedina, 2016, p. 635. A importância precípua do aval tem sido posta em evidência noutras latitudes temáticas. Tem-no sido nos seguintes termos: “não podendo os documentos dados à execução valer como livrança, nenhuma das assinaturas delas constantes pode valer como aval, pela decisão razão de que o aval é uma garantia bancária, que apenas existe nos títulos que se formam como letras, livranças ou cheques – caindo uma (aparente) livrança por lhe faltar a assinatura do subscritor, caem *eo ipso* as assinaturas des-

nem a data do vencimento. Por isso, é convencionado com o banco um pacto de preenchimento (convenção executiva) que regula os termos e limites em que a letra ou livrança virá a ser preenchida no que tange ao valor e data. Eis outro «facto empírico» que o legislador não deve olvidar: o Banco exige sempre (ou quase sempre) que os sócios, ou pelo menos os *sócios-gerentes* (raramente os gerentes não sócios) deem o seu aval pessoal pela sociedade. O argumento é quase sempre o de que «se os sócios (ou os gerentes) não acreditam na sociedade, porque é o que o Banco há-de acreditar»²⁷.

«Se o pacto de preenchimento celebrado com o Banco costuma hoje ser escrito num documento quase sempre intitulado «Autorização de Preenchimento», embora possa ser meramente oral e mesmo simplesmente tácito, é já muito menos frequente a formalização de entre os sócios (os gerentes) avalistas da sociedade de um acordo extracambiário que regule o modo como virá a ser partilhado entre eles o valor que vierem a ter pagar na qualidade de avalistas, no caso de o Banco lhes exigir o pagamento. No regime cambiário do aval, o portador da «letra ou livrança avalizada em branco», quase sempre um Banco, pode, a seu livre alvedrio, acionar todos, alguns ou apenas um dos avalistas e receber de qualquer um o valor do crédito avalizado»²⁸.

Pelas razões acima expostas, mostrou-se à sociedade a justificação dogmática da pena acessória de proibição de prestações acessórias, suprimentos e avals dos sócios na pendência do encerramento temporário do estabelecimento comercial.

tinadas como aval”; neste sentido, com duras críticas a um aresto julgado pelo Tribunal da Relação de Évora, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS/MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA SERENS, “Falta de poderes do representante do subscritor, não formação da livrança e (inexistência de) aval”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ)*, Ano 146.º, N.º 4004, Maio-Junho 2017, Coimbra, Gestlegal, 2017, p. 357. Particularmente interessante – em face da semi-rigidez do regime jurídico das letras e das livranças- é a temática dos pactos de renegociação da dívida cambiária dos avalistas-garantes quanto ao montante e aos juros da dívida cambiária (e, não raro, quanto aos próprios prazos de pagamento); sobre isto, A. ZURIMENDI ISLA, *Los fundamentos civiles del derecho cambiario*, Granada, Editorial Comares, 2004, pp. 126-129; HUECK/CANARI S, *Recht der Wertpapiere*, 12. Auflage, München, Franz Vahlen, 1986, pp. 147-149; sobre o princípio da independência recíproca, RIPERT/ROBLAT, *Traité de Droit Commercial*, 17ª edição, Tomo 2, LGDJ, 2004, pp. 23-25.

²⁷ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Avals de sócios de sociedades comerciais”, *cit.*, pp. 13-34.

²⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Avals de sócios de sociedades comerciais”, *cit.*, pp. 13-34.

2) A pena acessória de imposição de publicidade da decisão condenatória: a compulsão ao cumprimento através da aplicação de uma sanção pecuniária compulsória à pessoa coletiva ou entidade equiparada

a) Relativamente à pena acessória de imposição de publicidade da sentença condenatória que impende sobre a pessoa coletiva ou entidade equiparada condenada, propõe-se que a mesma seja realizada a expensas do ente coletivo, devendo ser publicada, nas duas línguas oficiais, nos dois jornais, chinês e português, respetivamente, de maior tiragem da Região Administrativa Especial de Macau, no prazo de 10 dias úteis após o trânsito em julgado da sentença condenatória, sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória.

Precavendo a possibilidade de incumprimento por parte da mesma, o Anteprojeto do Código Penal de Macau deverá propor (sem paralelo no direito comparado) a condenação da pessoa coletiva numa sanção pecuniária compulsória a pagar aos cofres do erário público da Região Administrativa Especial de Macau de uma quantia pecuniária (atinente à 5% da média diária de volume de negócios no ano imediatamente anterior à decisão condenatória) por cada dia de atraso culposo no cumprimento da decisão ou por cada infração culposa, conforme se mostre mais conveniente às circunstâncias do caso; a culpa no atraso do cumprimento presume-se (art. 333.º, n.º 1, do Código Civil de Macau).

b) Está em causa uma *prestação de facto infungível positivo*²⁹ (publicar a sentença condenatória que só pode ser realizada pela pessoa coletiva ou entidade equiparada condenada), dadas as exigências de prevenção especial e de prevenção geral positiva, e mesmo de *pacificação social*. Essa amálgama de exigências punitivas, que são inerentes à condenação da pessoa coletiva, subtraem-se à necessidade de recurso à execução específica. São diretivas penais que se decantam conjugadamente quer do princípio da unidade da ordem jurídica (art. 30.º, n.º 1, do Código Penal de Macau), quer do artigo 333.º, n.º 1, do Código Civil de Macau. Esta disposição legal preceitua enfaticamente a possibilidade de o credor (neste caso, a Região Administrativa Especial de Macau, representada pelo Ministério Público) requerer que o devedor (a pessoa coletiva ou entidade equipa-

²⁹ PEDRO ALBUQUERQUE, “O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução”, in: *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, *passim*, que seguimos de muito perto.

rada condenada) seja condenado ao pagamento de quantia certa por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infração, conforme for mais conveniente às circunstâncias de cada caso³⁰.

c) Trata-se, por um lado, de um claro mecanismo destinado a compelir e a constranger o devedor de prestação de facto infungível (a pessoa coletiva ou entidade equiparada condenada)³¹ a publicar a sentença condenatória e, portanto, claramente contrário ao princípio segundo o qual não poderia existir coação nas prestações de facto positivo³². Constitui, por outro lado, um afloramento do princípio da economia processual, na medida em que se permite, no mesmo processo, a *cumulação da tutela penal com a tutela civil*³³. Compreende-se porquê: evita-se que a mera tipifi-

³⁰ Por todos, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, Almedina, Reimpressão da 4.^a edição de 2002, 2007, p. 375; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civis, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 1990, p. 117; GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, 7.^a ed., Coimbra, 2002, pp. 448 e 449; também, na doutrina italiana, FERRARA, *L'esecuzione*, 77 e ss., e, em terras gaulesas, M. A. ESMEIN, "L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes", in: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1903, 5 e ss; HENRI LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 4.^a ed., Paris, 1949, 96 e ss., 193 e s; P. KAYSER, "L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile", in: *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1953, 209 e ss.; E. DU RUSQUEC, "La nature juridique de l'astreinte en matière civile", in: *La semaine juridique*, 1993, n.º 37, 3699; YVES CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Paris, 1983, 898 e ss; EMMANUEL BLANC, *Les nouvelles procédures d'exécution*, 2.^a ed., Paris, 1994, 57 e ss.; PIERRE JULIEN, "Annotation. Cour de Cassation, 2.^e Chambre Civile", 25-06-1997, in: *Recueil Dalloz. Jurisprudence*, 1997, 563 e ss.; MARC DONNIER e JEAN-BAPTISTE DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 6.^a ed., 2001, 107 e ss.

³¹ Na doutrina portuguesa, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Coimbra, Almedina, Reimpressão da 4.^a edição de 2002, 2007, pp. 393 e ss; ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Contratos de adesão: o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais instituído pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 46, 763; ANTUNES VARELA, "Anotação ao Acórdão do STJ de 5-1-1983", in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (RLJ), 1988-1989, 121, 218; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Embargos de terceiro, reintegração de trabalhadores e sanções pecuniárias compulsórias – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Novembro de 1998", in: *Revista da Ordem dos Advogados*, 1998, III, 1229.

³² Na doutrina portuguesa, PEDRO ALBUQUERQUE, "O direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio *nemo ad factum cogi potest*. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução", in: *Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque*, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, *passim*, que seguimos de muito perto.

³³ Tendo, pois, como facilmente se antevê, a natureza jurídica de uma *pena civil* cumulada com uma sanção penal. Chamam-se *penas civis* as que, no direito civil, se distinguem (e caracterizam) pela sua eminente *função punitiva*. As *penas civis* previstas no anteprojecto não têm uma ligação estreita com o instituto da responsabilidade civil extracontratual (art. 477.º, n.º 1, do Código Civil de Macau), onde se discute se esta tem uma função pura-

cação de uma cominação desse incumprimento da imposição de publicação da sentença condenatória com o tipo legal de crime de desobediência qualificada tivesse (como, por vezes, tem), na prática diária dos tribunais, uma eficácia reduzida e platónica (constituindo, assim, um claro benefício ao infrator), se não fosse acompanhada da tutela civil (sanção pecuniária compulsória) – quicá mais eficaz, na medida em que prevê a aplicação de uma sanção patrimonial à pessoa coletiva ou entidade equiparada, calculada objetivamente nos termos acima expostos.

d) Essa técnica legislativa deverá ser repetida em relação à quase totalidade das penas acessórias, tendo em vista o reforço da eficácia punitiva das mesmas. A cumulação da tutela civil com a tutela do processo penal é ainda particularmente visível no *disgorgement* ou da *faute lucrative*³⁴. Tais

mente ressarcitória ou também punitiva; sobre estas questões, que seguimos de perto, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 62-74; FILIPE ALBUQUERQUE DE MATOS, “O contrato de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel. Alguns aspectos do seu regime jurídico”, in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, N.º 78, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 351-359; LUÍS POÇAS, “A cominação civil da fraude na execução do contrato de seguro – Ocorrência e participação do sinistro”, in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais (RDES)*, n.º 55, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 219-273; PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função punitiva da responsabilidade civil*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civis, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 28 e ss; HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Nótula sobre as penas privadas na responsabilidade civil em Portugal”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 133-148; MARGARIDA LIMA REGO, “O direito de regresso do segurador contra o condutor em caso de abandono do sinistrado – Ac. De Uniformização de Jurisprudência n.º 11/2015, de 2.7.2015, Proc. 620/12.0T2AND.C1.S1”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 53, Janeiro/Março 2016, Braga, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, 2016, p. 40; MAFALDA MIRANDA BARBOSA, “Private Enforcement do direito da concorrência em Portugal: o antes, o agora e o depois da responsabilidade civil por violação de normas concorrenciais”, in: *O Direito*, Ano 149.º (2017), II, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 293 e ss.

³⁴ O *disgorgement* e a *faute lucrative* têm tradição legislativa no direito de Macau, Portugal, França e Reino Unido. No caso do direito de Macau, o *disgorgement* encontra-se previsto no art. 11.º da Lei n.º 10/2012 e no art. 200.º, n.º 1, do Código Comercial de Macau. O art. 200.º, n.º 1 do Código Comercial de Macau e o art. 11.º da Lei n.º 10/2012 acabam por ser, igualmente, um afloramento da categoria doutrinária francesa da *faute lucrative*. O mesmo acontece com o art. 180.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal, que estipula que a sociedade em nome coletivo pode pedir que o sócio lhe entregue os proventos próprios resultantes dos negócios efetuados por ele, de conta alheia, ou lhe ceda os seus direitos a tais proventos. Em França o art. 54.º do *Projecto Terré* (sobre a reforma da responsabilidade civil) prevê a restituição do montante ilicitamente obtido através da *faute lucrative* cometida intencionalmente (no caso do art. 11.º da Lei n.º 10/2012, a pessoa menor de 21 anos já tem maturidade mínima para perceber que não deve entrar

mecanismos jurídicos traduzem-se na obrigação de restituição ou reposição dos montantes ilegítimamente recebidos pelos administradores das pessoas coletivas ou entidades equiparadas a título de *reembolso societário*³⁵,

num casino com o intuito de lucrar patrimonialmente com a prática de jogos de fortuna ou azar e, por isso, fazendo-o, comete intencionalmente uma *faute lucrative*). Abordando esta norma, a doutrina francesa expressa a sua concordância defendendo uma “restituição integral dos lucros ilícitos, a ser feita no seio da responsabilidade civil, separando-os dos “danos punitivos” e das “penas civis”. No direito inglês, a genérica violação do *obligation of loyalty* conduz à restituição dos lucros (o *account of profits*) ou o *disgorgement* tal como foi afirmado, em 2000, no *Attorney-General v. Blake, Jonathan Cape Ltd* tem “uma natureza próxima da punição”, “mas já nos *proprietary torts* os tribunais ingleses concedem os *restitutionary damages* (por exemplo, o valor de um bem furtado ou o valor de uso do “bem aproveitado”) ao que parece reconduzidos ao instituto jurídico do enriquecimento sem causa. Por essa razão, tem sido maioritariamente defendido pela doutrina que as soluções restitutivas devem ser reconduzidos ao instituto jurídico do enriquecimento sem causa”; neste sentido, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 50, Abril-Junho 2015, Braga, cejur, 2015, pp. 3-22, que seguimos de perto; na doutrina francesa, RODOLPHE MÉSA, “Précisions sur la notion de faute lucrative et son regime”, in: *La Semaine Juridique*, 2012, pp. 1017 e ss; na doutrina portuguesa, a propósito do *disgorgement*, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Sobre a obrigação de restituir dos administradores”, in: *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 353 e ss; MÁRIA DE FÁTIMA DE RIBEIRO, “O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias”, in: *RCJE*, n.º 20, 2011, pp. 23 e ss. Sobre o conteúdo dogmático do dever de restituição dos administradores das sociedades comerciais, no plano do direito comercial, HUGO LUZ DOS SANTOS, “O dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal (notas mais ou menos desenvolvidas)”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, ano 7, volume 14 (2015), Coimbra, Almedina, 2015, pp. 128 e ss; sobre os “*restitutionary damages*”, monograficamente, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual. A sua legitimação pelo dano*, dissertação de doutoramento, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, 214 e ss; um outro sector da doutrina estrangeira critica o DCFR, nomeadamente os art. 6: 104 do BW (o dano é fixado em função do lucro obtido) e II.-3:302 (4), VI.6:101 (4) (com o pedido alternativo “razoável” da “*reparation-recovery of any advantage...in connection with causing the damage*”) e VII.-5:102, 103, e 104 do DCFR, “afirmando que as soluções restitutivas dos lucros obtidos ilicitamente) previstas no Livro VI não são as melhores, pois partem da ficção de uma perda económica equivalente, e que deviam figurar, mais coerentemente, no Livro VII (enriquecimento sem causa)”; ERIK MONSEN, “DCFR and restitution for wrongs”, in: *ERPL*, 4, 2010, pp. 813 e ss; seguimos de perto, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “À volta da natureza subsidiária da obrigação de restituir fundada em enriquecimento sem causa”, *cit.*, pp. 3-22; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A função económico-social dos contratos típicos, atípicos e aleatórios (contrato de jogo e aposta) “juridicidade da economia do direito” ou apenas “ficção” (científica)”, in: *Brazilian Journal of International Law*, 2019.

³⁵ Com superior abordagem, MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Dissertação de Dou-

mediante a aplicação de uma sanção pecuniária compulsória calculada objetivamente nos moldes anteriormente descritos. Nos restantes casos, a *cumulação da tutela civil* (sanção pecuniária compulsória interligada com a obrigação de restituição ou reposição das vantagens ilegítimamente obtidas) com a *tutela penal tipificada* (cominação com a pena referente ao tipo legal de crime de desobediência qualificada) vertida no Anteprojeto do Código Penal de Macau destina-se a garantir a restituição ou reposição de todos e quaisquer montantes ou vantagens patrimoniais recebidos pela pessoa coletiva ou entidade equiparada em consequência direta da violação das penas acessórias previstas no Código Penal de Macau.

e) Naturalmente, tal não impede a aplicação genérica da *pena acessória da perda do valor do produto do crime*. Na medida em que a mesma se destina tipicamente a acautelar as situações de aplicação das penas principais ou de substituição, fora da lógica da mera violação das penas acessórias. A lei tinha, assim, de prever mecanismos de tutela cumulada (civil e penal) tendentes a evitar que o «crime (violação de penas acessórias) compense». Principalmente do ponto de vista das vantagens patrimoniais, direta ou indiretamente, emergentes da prática do crime de desobediência qualificada – âmbito típico em relação ao qual a pena acessória da perda do produto do crime e controlo de conta bancária não teria, pelo menos no mesmo processo penal, eficácia punitiva bastante para dissuadir os potenciais delinquentes institucionais (pessoas coletivas ou entidades equiparadas).

f) Refira-se, a terminar, que a sanção pecuniária compulsória também é aplicável às situações em que se pretende a realização ou implementação das providências ordenadas pelo tribunal em sede da *pena acessória de injunção judiciária*. Porquanto esta constitui igualmente uma prestação de facto positivo infungível que carece da intervenção ativa da pessoa coletiva ou entidade equiparada.

toramento em Ciências Jurídico-Comerciais, Coleção Teses, Coimbra: Almedina, 2010, *passim*; MARIA ELISABETE RAMOS, “Reembolso societário”, in: *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 378 ss; na doutrina norte-americana, J. R. MACEY, *Macey on Corporation Law*, vol. 2, (2004-1 Supplement prepared by Aspen Editorial Staff), New York, Aspen Publishers, 2004, pp. 178 e ss; E. KNEPPER/D.A. BAILEY, *Liability of corporate officers and directors*, 7th edição, vol. 2, Newark Bender, LexisNexis, 2006, 22-23; J.J. HANKS, JR/L. P. SCRIGGINS, “Protecting directors and officers from liability – the influence of the Model Business Corporation Act”, in: *BL* 56, 2000, p. 4, usam o termo “*indemnification*” “to refer to both protection against liability for claims based on managerial service and protection (reimbursement or advance) against the costs of defense, including attorney’s fees”.

3. A pena acessória de perda do valor do produto do crime e de controlo de conta bancária: entre o esforço de aproximação aos instrumentos legislativos internacionais e o truísmo de «o crime não compensa»

a) O Anteprojeto do Código Penal de Macau deverá prever (sem paralelo no direito comparado) uma pena acessória de perda do valor do produto do crime e controlo de conta bancária.

Deve entender-se como produto do crime, qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal³⁶ e que inclua a perda do valor do produto do crime³⁷. Trata-se de uma noção dogmática muito mais ampla que a constante do art. 103.º, n.º 1 e 2, do Código Penal de Macau. Tal noção dogmático-legal não só não alude à perda do valor do produto do crime como, e sobretudo, não faz qualquer referência expressa às «vantagens económicas direta ou indiretamente obtidas através do facto ilícito-típico»³⁸.

³⁶ Na doutrina portuguesa, JOÃO CONDE CORREIA, “Reflexos da Diretiva 2014/42/EU (do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia no direito português vigente”, in: *Revista do Centro de Estudos Judiciários* (RCEJ), II, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 90 e ss.

³⁷ Na doutrina portuguesa, JOÃO CONDE CORREIA, “Apreensão ou Arresto Preventivo dos Proventos do Crime”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (RPCC), Ano 25, N.º 1 a 4, Janeiro-Dezembro 2015, Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 503 e ss.

³⁸ Sobre estas noções dogmáticas, na doutrina portuguesa, PEDRO CAEIRO, “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento “ilícito”)”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (RPCC), Ano 21, N.º 2, Abril – Junho 2011, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 298 e ss; HUGO LUZ DOS SANTOS, “O Acórdão Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “crime doesn’t pay”?”, in: *Scientia Iuridica* (SI), Tomo LXIII, N.º 334, Janeiro/Abril de 2014, Braga, 2014, pp. 98-108; HUGO LUZ DOS SANTOS, “A criminalidade económico-financeira na Região Administrativa Especial de Macau: perspetivas e prospetivas”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, n.º 1 a 4, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 335-409; HÉLIO RIGOR RODRIGUES/CARLOS A. REIS RODRIGUES, *Recuperação de activos na criminalidade económico – financeira – viagem pelas idiosincrasias de um regime de perda de bens em expansão*, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público edição, 2013, pp. 26 e seguintes; JORGE A. F. GODINHO, “Brandos Costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, in *Liber Discipulorum* para Jorge Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 1316 e ss; JOSÉ DAMIÃO DA CUNHA, “Perda de bens a favor do Estado – artigos 7-12 da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira)”, in: *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 134 e ss;

b) O anteprojeto do Código Penal de Macau deverá inspirar-se na definição do art. 2.º, n.º 1, da Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia. Tal instrumento legislativo qualifica como produto do crime³⁹, qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma «infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim quaisquer ganhos quantificáveis»⁴⁰.

c) Esta disposição legal visa aproximar o Direito Penal da RAEM das exigências legais de um instrumento legislativo internacional que vincula juridicamente a Região Administrativa Especial de Macau, tal como o art. 5.º, n.º 1, alínea a), da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas. Esse instrumento legislativo supranacional preceitua que: «as Partes Adotam as medidas que se mostrem necessárias para permitir a perda: a) de produtos provenientes de infrações estabelecidas de acordo com o n.º 1 do art. 3.º ou de *bens cujo valor corresponda ao valor desses produtos*»⁴¹. Esta mesma exigência consta do

HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “Perda de bens no crime de tráfico de estupefacientes. Harmonização dos diferentes regimes jurídicos aplicáveis”, in: *Revista do Ministério Público (RMP)*, Ano 34, n.º 134, Abril- Junho de 2013, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 238 e ss. Referindo, com razão, que a medida não deve *afectar* terceiros de boa-fé, que tenham adquirido legalmente os bens; «AUGUSTO SILVA DIAS, “*Criminalizada Organizada e Combate ao Lucro Ilícito*”, ASFIC-PJ E IDPCC-FDUL», 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coordenação Científica de Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias, Paulo Sousa Mendes, Coimbra, Almedina, 2010, p. 45.

³⁹ No sentido de que a declaração de perda engloba todo o património do arguido, pronunciou-se muito recentemente a jurisprudência italiana, o *Corte Costituzionale Italiano* (Tribunal Constitucional Italiano), de 9 de Fevereiro de 2012, n.º 21. No sentido de que a declaração de perda alargada engloba a *totalidade do património do arguido*, neste sentido, ÉRICO FERNANDO BARÍN, “Alargar a perda alargada: o Projeto Fénix”, in: *C & R, Revista da Concorrência e da Regulação*, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Direção: JOÃO ESPÍRITO SANTO NORONHA/LUÍS SILVA MORAIS, Ano IV, Números 16, Outubro/Dezembro de 2013, Coimbra, Almedina, 2013, p. 83.

⁴⁰ Em sentido aproximado, HUGO LUZ DOS SANTOS, “A criminalidade económico-financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25, N.º 1 a 4, Janeiro-Dezembro 2015, Diretor: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 389-409.

⁴¹ *A perda do valor* tem sido seguida pelo direito comparado da Alemanha; na doutrina alemã, por todos, JOHANN PODOLSKY/TOBIAS BRENNER, *Vermögensabschöpfung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren*, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, Richard Boorberg Verlag,

direito comparado do Direito da União Europeia, concretamente no art. 3.º da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, adotada em Varsóvia em 16 de Maio de 2005, bem como do art. 2.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005.

d) Bem se compreende a razão de ser desta disposição legal: como diz a jurisprudência norte-americana, «aquele que dissipa os proventos do crime em vinho, mulheres e música jamais podendo ser recuperados em espécie, deve ter o mesmo tratamento daquele que, cuidadosamente, deposita os proventos do crime, ou os benefícios indevidamente obtidos com o crime, numa conta bancária, onde podem ser apreendidos»⁴².

e) A pena acessória de controlo de conta bancária inspira-se, parcialmente, na versão originária do art. 706.º-45.º do Código de Processo Penal de França e no art. 4.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro⁴³. Destina-se a suspender, apreender e posteriormente declarar perdido a favor da RAEM o *produto direto ou indireto do crime*, e que foi objeto de transformação e reinvestimento posterior.

f) Por fim, o anteprojeto avança (sem paralelo no direito comparado) com uma noção dogmática de terceiros de boa-fé afetados pela aplicação da pena acessória de perda do valor do produto do crime inspirada, combinadamente, na noção de terceiros de boa-fé de direito civil e na categoria doutrinal norte-americana da *wilful blindness*⁴⁴. O Anteprojeto do Código Penal de Macau seguiu, igualmente, em matéria de *wilful blindness*, a linha

2010, pp. 78 e ss; na doutrina italiana, sobre o *confisca per equivalente*, GUIDO RISPOLI/GIOVANNI MAINOLFI/CLAUDIO DI GREGORIO, *Confisca per equivalente e frode fiscale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 65 e ss.

⁴² Na jurisprudência norte-americana, Acórdão do 9th (Ninth) Circuit do United States Court of Appeals, de 28 de Outubro de 2011; *apud*, JOÃO CONDE CORREIA, “Apreensão ou Arresto Preventivo dos Proventos do Crime”, *cit.*, pp. 503 e ss, que seguimos de muito perto.

⁴³ Em sentido aproximado, HUGO LUZ DOS SANTOS, “A criminalidade económico-financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25, N.º 1 a 4, Janeiro-Dezembro 2015, Director: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 389-409.

⁴⁴ Em sentido aproximado, HUGO LUZ DOS SANTOS, “O Acórdão Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “crime doesn’t pay”?”, in: *Scientia Iuridica (SI)*, Tomo LXIII, N.º 334, Janeiro/Abril de 2014, Braga, (2014), pp. 98-108.

jurisprudencial constante do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América em tema de perda de bens.

g) É nesse pressuposto que, tendo em vista a operacionalização de uma noção dogmaticamente segura dos terceiros de boa-fé respeitante à responsabilidade penal das pessoas coletivas que propomos para a parte geral do Código Penal de Macau, buscaremos o auxílio da doutrina e da jurisprudência norte-americanas, em matéria da *wilful blindness*. Noção dogmática que é especialmente operativa quando não é seguro se o terceiro está (ou não) de boa-fé. Ou seja, quando alguém poderá, por força de uma ligação especial ao arguido-pessoa coletiva, ter conhecimento que o bem de que é proprietário, mas que está no domínio fáctico do arguido-pessoa coletiva, constitui uma vantagem económica da atividade criminosa anterior do arguido e que, por isso, deverá ser declarado perdido a favor da RAEM⁴⁵.

h) No sistema jurídico norte-americano são identificados quatro títulos de imputação subjetiva (ao contrário dos sistemas jurídicos continentais, que adotam um sistema dualista, exclusivamente baseado nas figuras do dolo e da negligência). Assim, de acordo com o *Model Penal Code*⁴⁶, em particular a sua secção 2.02, o autor do facto criminoso pode atuar *Purposely*, *Knowingly*, *Recklessly* ou *Negligently*⁴⁷.

À parte da questão do concreto preenchimento dos títulos de imputação subjectiva, constantes dos parágrafos 3 e 5, que não se desenvolverá

⁴⁵ Seguiremos de muito perto, HUGO LUZ DOS SANTOS, "A criminalidade económico-financeira na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal: perspectivas e prospectivas", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, Ano 25, N.º 1 a 4, Janeiro-Dezembro 2015, Director: Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2017, pp. 394-401; HUGO LUZ DOS SANTOS/JOSÉ MIGUEL FIGUEIREDO, *Regime de Jogo Ilícito – Anotado e Comentado*, Centro de Formação Jurídica e Judiciária/Universidade de Macau, Anotação ao Art. 18.º, 2019.

⁴⁶ O *Model Penal Code* consiste essencialmente num texto proposto em 1962, pelo *American Law Institut*, "como possível denominador (*standard*) da legislação penal dos vários Estados federados e que, actualmente, apesar de não ter assumido a forma de lei, assume influência relevante para a doutrina e para a jurisprudência que a ela frequentemente recorrem como modelo interpretativo"; JOÃO MATOS VIANA, "O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico", in: *Direito Penal Económico e Financeiro*, Conferências do Curso de Pós-Graduação de Aperfeiçoamento, Coordenadores: Maria Fernanda Palma/Augusto Silva Dias/Paulo de Sousa Mendes, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 96-105, que seguimos e seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

⁴⁷ JOÃO MATOS VIANA, "O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico", *cit.*, pp. 96-105.

por não ser absolutamente pertinente para o presente texto, é, contudo, importante sinalizar que a jurisprudência e a doutrina dos Estados Unidos da América têm revelado particular preocupação com a análise da relação entre *Knowledge* e *Wilful Blindness*.

Concretamente, «pretende-se avaliar se o agente que não conhece efetivamente as circunstâncias do facto, mas cujo desconhecimento resulta de uma decisão voluntária de não conhecer, pode ser jurídico-penalmente responsabilizado por uma infração que, ao nível subjetivo, depende daquele conhecimento. Em particular, a *wilful blindness* está relacionada com a circunstância de o agente se colocar conscientemente numa situação de cegueira (*blindness*) perante os factos»⁴⁸. No ordenamento do direito comparado dos Estados Unidos da América, esta questão tem sido colocada muito frequentemente no âmbito do tipo legal de crime de tráfico de estupefacientes, o qual implica que o agente conheça o facto de estar a praticar atos materiais – produção, distribuição, venda ou detenção – sobre uma substância proibida (*controlled substance*)⁴⁹.

i) A doutrina⁵⁰⁻⁵¹ e a jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (*Us Supreme Court*), têm caminhado no sentido da proteção dos *bona fide purchasers*⁵², quer com base na doutrina dos *traceable proceeds*, que estatui que as propriedades e os fundos que facilitaram a atividade criminosa deverão ser declarados perdidos a favor do Estado⁵³, quer com base na *relation back doctrine*, que estatui que todos os direitos, títulos e interesses patrimoniais encontrados no domínio e posse do aguido

⁴⁸ JOÃO MATOS VIANA, “O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico”, *cit.*, pp. 96-105.

⁴⁹ JOÃO MATOS VIANA, “O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico”, *cit.*, pp. 96-105.

⁵⁰ STEVEN SCHARCZ/ALAN E. ROTHMAN, “Civil Forfeiture: a higher form of commercial law”, in: *Fordham Law Review*, Volume 62, pp. 277-304.

⁵¹ STEFAN D. CASSELLA, “The Innocent owner defense to civil asset forfeiture, Civil Forfeiture reform act of 2000 creates a Uniform Innocent Owner Defense to Most Civil Forfeiture Cases Filed by Federal Government”, in: *Selected Works of STEFAN D. CASSELLA*, 2001, p. 29.

⁵² Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, *United States v. One 1987 Volkswagen Jetta 760 F. Supp. 772, 775 (W.D. Mo, 1991)*; *United States v. one 45 Douglas C- 54 (DC-4)*.

⁵³ Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, *United States v. Certain Funds on Deposit in Account, E.D.N.Y, 1991*; *United States v. Dacarrett*, Nos 1264, 1265, 92 – 6229, 92-6259; , Acórdão do *Court of Appeals*, *United States v. Banco Cafetero Panamá*, 797, F.2, 1154, (2d Cir.1986).

«shall give rise to civil forfeiture»⁵⁴. É de asseverar, porém, que este concreto regime jurídico, particularmente agressivo, emergiu da aplicação do 1970 *Drug Control Act* e do *Anti-Drug Abuse Act of 1986*, que inclui ainda, neste âmbito, a *innocent owner defense*.

Todavia, o mesmo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América tem negado provimento aos recursos dos (alegados) *bona fide purchasers*, com base, justamente, na ideia motriz que «um proprietário que permanece *wilful blind* não tem legitimidade para reivindicar os benefícios emergentes do *innocent owner defense*»⁵⁵⁻⁵⁶.

j) Avança-se o seguinte exemplo: num caso concreto, A, a quem não são conhecidos quaisquer bens provenientes de fonte lícita de rendimentos, oferece um automóvel de alta cilindrada à sua namorada, mãe, pai, irmãos ou primos, ou a qualquer outra pessoa com uma ligação especial ao arguido A. Pessoas que desconfiam, ou não deveriam ignorar, que o mesmo se dedica, por exemplo, à criminalidade associada ao jogo ilícito donde obtém elevados rendimentos. E se mais tarde A for encontrado no domínio fáctico do referido automóvel de alta cilindrada, nada impede que sobre esse bem impenda a pena acessória de perda do valor do produto do crime (vantagem direta de crime anterior), que deverá, posteriormente, ser declarado perdido a favor da RAEM. Entende-se porquê: o(a) proprietário(a) do automóvel de alta cilindrada é *wilful blind*⁵⁷, porque estava plenamente ciente das circunstâncias suspeitas que rodearam a compra do automóvel e conformou-se com aquela oferta.

⁵⁴ Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, *United States v. Buena Vista Ave II*, 113, S. Ct, 1126, 1993.

⁵⁵ Acórdãos do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, *United States v. 316 United of Mun. Secs. 725*, F. Supp. 172, 180, (S.D.N.Y.M., 1989); Acórdão do *Court of Appeals*, *United States v. 1977 Porsche Carrera*, 748, F. Supp. 1180, 1185 (W.D. Tex. 1990), *aff'd*, 946, F, 2d 30 (5th Cir. 1991); *United States v. Real Property 874 Gartel Drive*, 79 F.3d 918, 1996.

⁵⁶ Sobre a *innocent owner defense* no quadro da *civil forfeiture* e de uma questão (candente) nos Estados Unidos da América em torno da *nazi looted artwork* e da *Laches defense*, que não desenvolveremos, ver *United States v. Portrait of Wally*, 663, F. Supp. 2d 232, 238, (S.D.N.Y.), (2009). Ver, ainda, PATRICIA RUIZ, “If you could say it in words, there’d be no reason to paint: recovering beloved works of art through civil forfeiture”, in: *Northern Illinois Law Review*, Volume 3, Fall 2011, Number 1, 2011, pp. 37 e ss.

⁵⁷ Para um caso semelhante de *Wilful blindness*, Acórdão do *Court of Appeals*, *United States v. Giovanetti*, 919, F. 2d 1223 (7th Circuit 1990).

Em síntese, a doutrina⁵⁸⁻⁵⁹⁻⁶⁰ e a jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América consideram que o pressuposto do conhecimento fica preenchido sempre que o estado mental do agente corresponda a uma situação de *wilful blindness*⁶¹.

k) O que bem se compreende: atenta a *teoria do contacto social*, e havendo uma *ligação especial*⁶² entre o arguido e o terceiro (alegadamente) de boa-fé, formam-se a partir dessa ideia-chave os denominados *círculos de diligência devida*⁶³. Âmbito típico em relação ao qual gravita o universo de deveres de proteção (*Schutzpflichten*)⁶⁴ que emergem na esfera jurídica do terceiro, sob a forma de um ónus de proteger, pelo acesso à informação, o seu património. Isto é, desse círculo de diligência devida resulta um especial dever de monitorização da proveniência do dinheiro que procedeu à aquisição do referido automóvel.

O que significa que se o terceiro (o proprietário desse automóvel) não observar esse ónus de monitorização, consubstanciado, nomeadamente, na restituição imediata do automóvel, *sibi imputet*, devendo sobre o automóvel impender a pena acessória de perda do valor do produto do crime. Subsequentemente deverá o mesmo ser declarado perdido a favor da RAEM (por exemplo, no âmbito do crime de riqueza injustificada, o artigo 28.º, n.º 2, da Lei n.º 11/2003). Nesses casos, não poderá aquele (o que detém uma ligação especial ao arguido) ser considerado terceiro de

⁵⁸ DOUGLAS HUSAK/GRAIG CALLENDER, "Wilful ignorance, knowledge and the "equal culpability" thesis: a study of deeper significance of the principle of legality", in: *Winsconsin Law Review*, 29, 1994, pp. 10 e ss.

⁵⁹ ROBIN CHARLOW, "Wilful ignorance and criminal culpability", in: *Texas Law Review*, 70, 1992, pp. 1434 e ss.

⁶⁰ JOÃO MATOS VIANA, "O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico", *cit.*, pp. 96-105, que vimos seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

⁶¹ JOÃO MATOS VIANA, "O administrador que assina sem prévia confirmação, documento com conteúdo ilícito; caso de conhecimento ou ignorância do facto típico", *cit.*, pp. 96-105, que vimos seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

⁶² GÜNTHER TEUBNER, *Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, Luchterhand, Neuwied, 980, § 242, n.º 58.

⁶³ MIGUEL BRITO BASTOS, "Deveres Acessórios de informação. Em especial, os deveres de informação do credor perante o fiador", in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano V (2013), Números I-II, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2013, p. 275.

⁶⁴ PEDRO CAETANO NUNES, "Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores", in: *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 217.

boa-fé⁶⁵⁻⁶⁶ nos termos referidos pela doutrina nacional e estrangeira, bem como pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América.

l) Concretizando: os nexos de imputação subjetiva (principalmente o *knowledge*) e a *wilful blindness* estão dispostos numa relação de mútua implicação, sendo o dever de informação o seu baluarte intransponível. Porquanto, quando o sujeito, como sucede nos casos de *wilful blindness*, atua com consciência segura do ilícito, o Estado-Juiz está em condições de exigir uma abstenção categórica⁶⁷.

m) Numa formulação enxuta: o arguido e o terceiro possuem nesses casos total controlo sobre a atuação e consequências jurídicas que daquela advirão. Na medida em que possuem, a montante, não só um motivo concreto para se informar, como, a jusante, o *domínio de facto* sobre o conglomerado informativo que pode, em última análise, infirmar ou confirmar a sua responsabilidade jurídico-penal.

Por conseguinte, quando (e se) o arguido cumpra a norma secundária de conteúdo «informe-se – o dever de informação – e aceda à consciência segura do crime, então surge a norma secundária que exige a abstenção categórica»⁶⁸. Apenas nesse momento é que o Estado-Juiz poderá exigir legitimamente uma abstenção categórica por parte dos arguidos (seus cidadãos) e puni-los em caso de violação dessa exigência. Nestes casos tipológicos, o Estado-Juiz poderá (deverá) exigir do sujeito uma abstenção categórica do seu projeto de conduta criminosa⁶⁹.

⁶⁵ Referindo-se ao “núcleo protector do terceiro de boa-fé”, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, “O art. 5.º do Código do Registo Predial e a compra e venda imobiliária”, in: *O Direito*, Ano 143, 2011, V, Coimbra, Almedina, 2012, p. 978.

⁶⁶ Aduzindo à boa-fé como “princípio fundamental do direito privado”, ANA MARIA TAVEIRA DA FONSECA, “Publicidade espontânea e publicidade provocada de direitos reais sobre imóveis”, in: *Cadernos de Direito Privado* N.º 20, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 21.

⁶⁷ Em sentido aproximado, ALAOR LEITE, “Existem deveres gerais de informação no direito penal?: violação de um dever, culpabilidade e evitabilidade do erro de proibição”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, Ano 23, n.º 2 (abril-junho 2013), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 215-235.

⁶⁸ ALAOR LEITE, “Existem deveres gerais de informação no direito penal?: violação de um dever, culpabilidade e evitabilidade do erro de proibição”, cit., pp. 215-235; ALAOR LEITE, “Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Für ein Rückwirkungsverbot bei “strafunrechtskonstituierender Rechtsprechung””, in: *GA*, 2014, pp. 23-37, que seguimos de muito perto.

⁶⁹ ALAOR LEITE, “Existem deveres gerais de informação no direito penal?: violação de um dever, culpabilidade e evitabilidade do erro de proibição”, cit., pp. 215-235; ALAOR

n) É este o critério que deverá nortear a resolução do problema do dever de informação que impende sobre os «terceiros de boa-fé»⁷⁰ que possuem bens patrimoniais afetados pela aplicação da pena acessória de perda do valor do produto do crime e controlo de conta bancária no âmbito dos nexos de imputação subjetiva (principalmente o *knowledge*) e a *wilful blindness*⁷¹. O que se encontra perfeitamente alinhado com a noção de terceiros de boa-fé⁷²⁻⁷³, para efeitos jurídico-civis, «enquanto ignorância, sem culpa»⁷⁴, das vicissitudes que afetam o núcleo essencial do estatuto patrimonial de um bem fungível encontrado na *posse de terceiro de boa fé*, e que foi afetado pela aplicação da pena acessória de perda do valor do produto do crime.

LEITE, “Grund und Grenzen eines Rückwirkungsverbots bei täterbelastenden Rechtsprechungsänderungen im Strafrecht. Für ein Rückwirkungsverbot bei “strafunrechtskonstituierender Rechtsprechung”, in: GA, 2014, pp. 23-37; Sobre a relação de mútua implicação entre o dever de informação e a abstenção categórica, na doutrina alemã, PUPPE, *Strafrecht*, AT, 2. Auflage, 2011, pp. 223 e ss; JAKOBS, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, 2012, pp. 65 e ss; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, 2012, pp. 299 e ss; URS KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main, 1989, pp. 24 e ss.

⁷⁰ Neste ponto, seguiremos de muito perto HUGO LUZ DOS SANTOS, “O Acórdão Varvara c. Itália e o confisco alargado na União Europeia: um passo atrás no “crime doesn’t pay”?”, in: *Scientia Iuridica* (SI), Tomo LXIII, N.º 334, Janeiro/Abril de 2014, Braga, 2014, pp. 98-108; Sobre o confisco de bens de terceiros, no direito comparado de Portugal, vide JOÃO CONDE CORREIA, “Reflexos da Directiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e perda de instrumentos e produtos do crime na União Europeia no direito português vigente”, in: *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, (2014-II), Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 107-108; mais recentemente, numa perspectiva do equilíbrio das necessidades colectivas e os direitos dos lesados, JOÃO CONDE CORREIA/HÉLIO RIGOR RODRIGUES, “O confisco das vantagens e a pretensão patrimonial da Autoridade Tributária e Aduaneira nos crimes tributários (Anotação ao Acórdão do TRP de 23-11-2016, processo n.º 905/15.4IDPRT.P1) in: *Julgar Online*, Janeiro de 2017, pp. 1-28; DUARTE ALBERTO RODRIGUES NUNES, “Admissibilidade da inversão do ónus da prova no confisco “alargado” de vantagens provenientes da prática de crimes (Anotação aos Acórdãos n.ºs 392/2015 e 476/2015 do Tribunal Constitucional)”, in: *Julgar Online*, Fevereiro de 2017, pp. 15 e ss.

⁷¹ HUGO LUZ DOS SANTOS, “As Buscas domiciliárias na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal e as *exclusionary rules* norte-americanas: perspetivas e prospetivas”, in: *O Direito*, Ano 148.º, (2017), I, Diretor: Jorge Miranda, Coimbra, Almedina, 2017, 115-149.

⁷² MARIA ISABEL MENÉRES CAMPOS, *A reserva de propriedade do vendedor ao financiador*, Tese de Doutoramento, Coleção Estudos CEJUR (Centro de Estudos Jurídicos do Minho), Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 123-127.

⁷³ MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do Registo Predial, Terceiros para efeitos de registo*, Tese de Doutoramento, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 550 – 564.

⁷⁴ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Invalidez e Registo. A proteção do Terceiro Adquirente de Boa-fé*, Tese de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2010, p. 676.

4. A pena acessória de proibição de contração de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança: reforço da eficácia punitiva da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento

a) O Anteprojeto do Código Penal de Macau deverá prever (sem paralelo no direito comparado) uma pena acessória de proibição de contração de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança⁷⁵. Tal pena acessória destina-se, por um lado, a reforçar o sacrifício patrimonial da pessoa coletiva a título de consequência jurídica autónoma do crime. Por outro lado, destina-se a acautelar a fraude à lei e a inutilização prática da *pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento*.

b) À semelhança do que se disse em relação à pena acessória de proibição de recebimento de prestações acessórias, suprimentos e avales dos sócios, a lei deve acautelar as situações de continuação sub-reptícia do funcionamento do estabelecimento comercial. Neste último caso, na sequência da aplicação da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento.

c) A este respeito, basta pensar nos casos em que, mesmo na vigência da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento, a pessoa coletiva ou entidade equiparada continua, com recurso à captação de financiamento através de capitais alheios (financiamento externo, suprimentos, avales ou prestações acessórias dos sócios), a funcionar e a laborar clandestinamente no giro comercial na RAEM ou mesmo da RAEK. Ainda que com as limitações funcionais e com as implicações desse selo de clan-

⁷⁵ (Versão proposta) Artigo 83-Z.º (*Proibição de contração de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança*)

1. Quando for decretado o encerramento definitivo do estabelecimento, o tribunal proíbe que a pessoa coletiva ou entidade equiparada recorra ao financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança, ou qualquer outra forma de financiamento que permita o funcionamento do estabelecimento no prazo de duração dessa pena acessória.
2. A proibição de contração de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança tem a mesma duração da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento.
3. A violação da proibição de financiamento bancário com recurso a cláusulas de garantia ou de segurança é punida com a pena prevista para o tipo legal de crime de desobediência qualificada.
4. É correspondentemente aplicável, com as devidas adaptações, o disposto no n.º 4 do art. 83.º-W.

destinidade inerentes à continuação sub-reptícia do funcionamento no giro comercial. Evitando, desse jeito, por um lado, a acumulação de perdas patrimoniais em consequência do encerramento definitivo do estabelecimento comercial. Promovendo, por outro lado, a retoma clandestina da sua atividade funcional sem qualquer sacrifício patrimonial ou funcional, que está (tem de estar) associado ao cumprimento da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento comercial. Continuando, para o efeito, a participar em eventos comerciais da especialidade ou área conexas, a contactar clientes e fornecedores, a recorrer ao *financiamento bancário recurso a cláusulas de garantia ou de segurança* (os denominados *covenants*) que garantirão à pessoa coletiva o acesso imediato ao financiamento bancário e que lhe permitirão manter clandestina e sub-repticiamente em funcionamento o estabelecimento comercial. Quiçá noutro ponto geográfico da RAEM ou mesmo na RAEK. Ainda que, no plano mediato e futuro, isso implique a limitação dos poderes de administração da pessoa coletiva ou entidade equiparada condenada e, consoante a natureza jurídica e a extensão do programa de financiamento externo e das cláusulas de garantia ou de segurança, tenha como consequência jurídica a heterogestão da sociedade financiada.

d) Tal heterogestão da pessoa coletiva ou entidade equiparada⁷⁶ implica sempre uma dificuldade acrescida na individualização da responsabilidade penal no quadro do modelo misto de heteroresponsabilidade penal das pessoas coletivas, bem como o desolador fenómeno da «irresponsabilidade organizada» (MUNÔZ CONDE). Consubstanciando, assim, as temíveis lacunas de punibilidade no âmbito da responsabilidade penal das pessoas coletivas.

e) Compreende-se porquê: não faria sentido a lei permitir a reabilitação da pessoa coletiva cinco anos após o cumprimento da pena principal sem, do mesmo passo, prever mecanismos heteroimpositivos de sacrifi-

⁷⁶ Fenómeno reconduzível à importância normativa dos credores controladores e da administração de facto indirectos; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, in: *Revista de Direito das Sociedades* (RDS), VIII (2016), Número 4, Instituto de Investigação de Direito Privado, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 983-1015, que seguiremos de muito perto; ADOLF BERLE/GARDINER MEANS, *The modern corporation and private property*, Nova Iorque, The Macmillan Company, 1932, pp. 23 e ss; BRIAN CHEFFINS/STEVEN BANK, “Is Bearn and Means really a myth”, in: *Business History Review*, vol. 83, n.º 3, 2009, pp. 8-28; HERBERT HOVENKAMP, “Neoclassicism and separation of ownership and control”, in: *Virginia Law & Business Review*, vol. 4, n.º 2, 2009, pp. 378 e ss.

cios patrimoniais à pessoa coletiva ou entidade equiparada no período de vigência da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento. Mecanismos heteroimpositivos, esses, que impeçam, por um lado, a continuação sub-reptícia da atividade delituosa que esteve na origem da aplicação da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento e, por outro lado, que inutilizem o esforço de autoaproximação da pessoa coletiva ou entidade equiparada ao dever-ser jurídico-penal, consubstanciado no ajustamento do trem de vida coletivo de uma forma socialmente responsável, sem cometer crimes.

f) Tal desiderato seria muito mais difícil se a pessoa coletiva ou entidade equiparada tivessem acesso facilitado a financiamento externo com recurso a *cláusulas de garantia ou de segurança*⁷⁷, vulgo *covenants*. Cláusulas

⁷⁷ As cláusulas de garantia ou de segurança englobam, na classificação legal do Anteprojeto do Código Penal de Macau, as *cláusulas pari passu*, a *negative pledge* e *cross default*. Importa fazer uma breve distinção dogmática entre as mesmas. “A *cláusula pari passu* pode ser também designada como *cláusula equal ranking* e, pela aposição dela, as partes acordam que o crédito do mutuante ficará em pé de igualdade com os créditos dos restantes credores comuns ou quirografários com os quais o mutuário celebrou contratos. Excluem-se deste âmbito os créditos preferenciais ressalvados no contrato. Pela aposição de uma *cláusula negative pledge*, o devedor obriga-se perante o credor a não constituir quaisquer garantias reais a favor de outros credores durante o tempo de vida do contrato, nem a recorrer a qualquer outro mecanismo que crie, de *jure* ou de *facto*, preferências a favor de outros credores. Por fim, a *cláusula cross default* caracteriza-se por reconhecer ao credor o direito de exigir antecipadamente o cumprimento da obrigação do devedor pelo facto de este não ter cumprido pontualmente outros contratos ou ter ocorrido o vencimento antecipado daqueles por outros factos”; seguimos de muito perto, JOÃO SERRAS DE SOUSA, “A *cross default* num confronto com a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais: uma questão de validade”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I, Número 2, *Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP)*, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 451-479; na doutrina portuguesa, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 60-61; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 275-276; DIANA SERRINHA ROSA, “As cláusulas *cross default* no ordenamento jurídico português”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano VIII (2016), Número I, *Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP)*, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 221-222; desenvolvidamente sobre a *cláusula negative pledge*, ANTÓNIO MANUEL MENEZES CORDEIRO, “*Negative Pledge*: um estudo comparístico”, in: *O Direito*, Ano 142.º, III (2010), Coimbra, Almedina, 2010, pp. 497-538; sobre a *cláusula negative pledge* no âmbito do direito do jogo de Macau, HUGO LUZ DOS SANTOS, “Os contratos de jogo e aposta e o crédito para jogo nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: contributivo para a resolução da questão do “Walking” e para a admissibilidade da *negative pledge* e da *equitable lien* norte-americanas”, in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano I (2016), Número 3, Ano VIII (2016), Número I, *Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP)*, Director: António Menezes Cordeiro, Coimbra,

contratuais que, ademais, têm o condão de propiciar (em certos casos, novamente) a heterogestão da pessoa coletiva ou entidade equiparada⁷⁸

Almedina, 2016, pp. 625-629; HUGO LUZ DOS SANTOS, “Os contratos de jogo e aposta e o crédito para jogo nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: contributivo para a resolução da questão do “Walking” e para a admissibilidade da *negative pledge* e da *equitable lien* norte-americanas”, in: *Revista de Administração Pública de Macau*, Volume 28, Número 107, vol. XXVIII, 2015-1.º, 2015, pp. 252-255.

⁷⁸ Os “*covenants*” são contratos ou cláusulas que permitem aos credores num empréstimo controlar os assuntos sociais dos seus devedores, “possibilitando aos primeiros tomar um controlo ainda mais intenso (ou renegociá-lo nesse sentido) em situações de incumprimento ou de dificuldades financeiras dos segundos. Ora, os financiadores, aquando do financiamento de uma sociedade, assumem o risco de não serem pagos. É no sentido da mitigação deste risco que os credores exigem a inserção de *covenants* nos contratos de financiamento sejam eles negativos (no sentido de obrigar a empresa a abster-se de praticar determinados atos) ou positivos (no sentido da empresa financiada se obrigar à prática de determinados atos). A doutrina tem procurado justificar a inserção deste tipo de cláusulas contratuais “no objetivo de promover a *par conditio creditorum* (princípio da igualdade dos credores), precavendo-se, assim, o credor/mutuante da hipótese de surgirem credores com a possibilidade de serem pagos prioritariamente em detrimento dele: evita-se, nesta senda, que a circunstância de algum crédito não estar vencido impeça o respetivo credor de concorrer à garantia patrimonial comum, principalmente na hipótese de ela ser insuficiente”; na doutrina portuguesa, seguimos de muito perto, JOÃO SERRAS DE SOUSA, “A *cross default* num confronto com a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais: uma questão de validade”, *cit.*, pp. 451-479, que seguimos de muito perto; 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*”, in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1017 e ss; PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 57 e ss; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, X, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 276 e ss; JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civis, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 38 e ss; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Coimbra, Almedina, pp. 128 e ss; na doutrina inglesa, LOUISE GULLIFER/JENNIFER PAYNE, *Corporate Finance Law*, Hart Publishing, 2015, pp. 213 e ss; na doutrina brasileira, MARCELO SANDRINI PERIN/FREDERICO E.Z. GLITZ, “*Covenants* em Contratos de Financiamento de Longo Prazo: Uma Perspetiva Jurídica”, in: *Revista Jurídica Luso Brasileira*, ano 1, 2015, pp. 1375 e ss. “É nesta conjuntura jurídica que surge a muito difundida “*cláusula cross default*” que, como se disse, é uma *cláusula muito usual dos contratos de financiamento com cláusulas de garantia* e que pode encontrar diversas formulações. É comum identificar-se duas *categorias básicas que influenciam direta ou indiretamente a gestão da sociedade comercial financiada*. Em primeiro lugar, surge a *payment cross default* que consiste numa cláusula que alerta o credor beneficiário de que o devedor/mutuário não é colocado em risco em face do incumprimento perante terceiros. O objetivo é, assim, evitar que o devedor/mutuário utilize activos para satisfazer outros créditos já vencidos e não satisfeitos: é o denominado “*knock-on or the domino effect*” que é um mecanismo que coloca os credores numa posição privilegiada em face do mutuário, que fica numa posição algo desprotegida, na medida em que os mutuantes raramente

inutilizando, em tese, o próprio princípio da pessoalidade das penas e o sacrifício pessoal da pessoa coletiva ou entidade equiparada condenada inerente à aplicação de uma pena. Na medida em que a pessoa coletiva ou entidade equiparada passa a ser heterogerida pela entidade bancária financiante⁷⁹ acabando, assim, por passar ao lado do sofrimento infligido pela punição e do carácter impositivo da pena⁸⁰.

accionam este mecanismo, afirmando que “ambas as partes sabem que o exercício de um “simples” *“direito de exigibilidade antecipada”*, de um *“simples direito de resolução”* será o “acender de um rastilho de pólvora” bastante para atribuir a todos os demais credores beneficiários de uma cláusula de *cross default* direito similar. Ora, esta constatação coloca bem à vista a posição desprotegida do devedor/mutuário. A segunda categoria básica é apelidada de *covenant cross default*. Trata-se de uma formulação em que o credor pode acionar a cláusula de *cross default* independentemente do cumprimento da obrigação principal relativa ao empréstimo, caso o mutuário viole qualquer outra cláusula do contrato celebrado com um terceiro credor, sendo esse incumprimento valorado entre o credor/mutuante beneficiário da cláusula e o devedor/mutuário como *event of default*. Trata-se, portanto, de um mecanismo de prevenção de credor/mutuante beneficiário da cláusula, já que os factos que normalmente são valorados como *events of default* constituem sinais de alerta de um possível “inadimplemento relativamente à obrigação principal”; JOÃO SERRAS DE SOUSA, “A *cross default* num confronto com a Lei das Cláusulas Contratuais Gerais: uma questão de validade”, *cit.*, pp. 451-479; 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. 1017 e ss; BRUNO FERREIRA, *Contratos de Crédito Bancário e Exigibilidade Antecipada*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 218 e ss.

⁷⁹ Muito recentemente, a doutrina portuguesa insurgiu-se contra o “grau de ingerência dos credores controladores na sociedade financiada” e, consequentemente, contra a própria extensão dos poderes de administração dos “credores controladores” nos destinos da sociedade financiada afirmando, a esse propósito, que “são os princípios da independência externa da sociedade e da indelegabilidade externa de funções de administração que impedem que aceitemos toda e qualquer autolimitação gestória no contexto de um contrato de financiamento bancário. Assim sendo, impõe-se proibir a transferência da totalidade das funções de gestão relevantes de uma sociedade para um seu credor, ficando os administradores reduzidos a uma *longa manus* do financiador, que apenas execute, acriticamente, as suas imposições”; MAFALDA DE SÁ, “Cláusulas de salvaguarda em contratos de financiamento: ingerência irrestrita do banco-credor na gestão da sociedade devedora”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Março 2017, Ano 9, Vol. 17, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 177-204 (p. 191). O “*critério da heterogestão* teve acolhimento expresso na jurisprudência espanhola do acórdão “*Ibercaja*”, que se debruça especificamente sobre a possibilidade de a instituição de crédito “*Ibercaja*” ser considerada como administradora de facto da sociedade comercial financiada “AIFOS, Arquitectura y Promociones Inmobiliarias, S.A., sua devedora. “O Tribunal de Málaga entendeu que se verificavam os pressupostos da “*administración de facto indirecta*” por parte da “*Ibercaja* e estabeleceu os seguintes requisitos para essa qualificação jurídica: 1) A ausência de deliberação social eficaz para a sua nomeação; 2) O carácter sistemático, e não meramente pontual, do exercício de funções de administração (que se iniciou em 2006/2007 e manteve até ao momento da declaração de insolvência); 3) O desempenho de funções próprias dos administradores legais (*de iure*)

g) Também aqui se compreende porquê: não olvidemos que, no período de vigência da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento, a pessoa coletiva ou entidade equiparada não fica numa

(decisões sobre pagamentos, entre outras); 4) O exercício autónomo e efectivo, que não precisa de incidir propriamente sobre a “marca quotidiana” da sociedade comercial financiada, mas que deverá versar sobre a adopção de decisões estratégicas, de determinação do destino da sociedade (decisões estratégicas que *in casu* são a determinação das obras que se devem concluir, ou que fornecedores são pagos, que créditos se cancelam, que garantias aumentam); 5) Em suma, refere a decisão do tribunal de Málaga, pode entender-se como “administrador de facto indirecto aquele que está em posição de impor a sua vontade a quem ocupa o cargo de administrador e se apresenta, como tal, perante terceiros”; neste sentido, *Sentencia 160/2011, do Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga*, disponível em www.jurisprudencia.vlex.es (acesso em 2 de Junho de 2017); *apud*, GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, in: *Revista de Direito das Sociedades* (RDS), VIII (2016), Número 4, Instituto de Investigação de Direito Privado, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 983-1015, que seguimos de perto; FRANCISCO MERCADAL, “El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los covenants”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 36, 2015, pp. 118 e ss; FREDERICK TÜNG, “The new death of contract: creeping corporate fiduciary duties for creditors”, in: *Emory Law Journal*, Vol. 28, 2010, pp. 858-862.

⁸⁰ «a) a pena importa sempre um sofrimento para a pessoa, uma limitação de direitos fundamentais. Aqueles que concretamente podem ser restringidos têm origens diversas, desde a vida, à liberdade, à propriedade, passando pelo corpo (a saúde física e psíquica, talvez melhor) ou a honra. Pode ainda consistir na afetação da situação de tranquilidade; b) essa aplicação faz-se através de uma organização que personifica o exercício de poder comum de uma dada sociedade, sob a forma de Estado (no seu sentido moderno). De outra forma, a pena é sempre heteroimposta, patrocinando-se ou não as teorias contratuálistas. Ainda que exista uma maior participação dos indivíduos diretamente envolvidos no conflito penal, como sucede em geral na justiça restaurativa, acaba por existir sempre uma intervenção estatal, pelo menos na determinação dos crimes passíveis de solução através desses mecanismos de resolução alternativa de litígios; c) toda a finalidade da pena reside no cumprimento de preceitos criminais que foram violados, ou seja, a sanção existe porque aquele agente incumpriu um comando expressamente prevenido em legislação penal anterior como crime, o que acaba por afivelar, logo a um nível definitório, o princípio de legalidade à *natura res* da pena. Trata-se de uma reacção comunitária a um evento tido por negativo, desfavorável à sociedade considerada no seu conjunto; d) o cumprimento efetivo da pena importa, quando a natureza concreta de cada uma dessas sanções o implique ou nas hipóteses de ausência de concurso do criminoso na respetiva execução voluntária, o uso da força pública»; ANDRÉ LAMAS LEITE, “Algumas notas sobre o conceito operativo de pena”, in: *Revista Julgar* N.º 32, Maio-Agosto de 2017, Coimbra, Almedina, 2017, *passim*, manuscrito gentilmente cedido pelo Autor. Uso da força pública, esse, que constitui o símbolo e concretização do seu *ius puniendi* soberano, com o controlo exclusivo das funções de administração, segurança e manutenção da ordem pública; ANDRÉ LAMAS LEITE, “Nova Penologia”, *Punitive Turn e Direito Criminal: Quo Vadimus? Pelos Caminhos da Incerteza (Pós) Moderna*, in: *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 419.

situação de pré-dissolução judicial, continuando, por isso, a existir juridicamente no circuito comercial, a ter pesados encargos financeiros, e a manter um conjunto mais ou menos alargado de relações sociais e funcionais com os clientes, fornecedores, credores sociais e outros *Stakeholders*. Ainda que fora da lógica do funcionamento efetivo do estabelecimento tentando, dessa forma, demonstrar ao tribunal que ajustou a sua organização coletiva aos ditames do dever-ser jurídico-penal.

h) Para alcançar esse objetivo primacial é necessário que a lei preveja mecanismos de autoajuda à pessoa coletiva ou entidade equiparada. Mecanismos que se traduzem, por um lado, no reforço da eficácia punitiva da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento, e, por outro lado, na redução do apetite pela inutilização prática da pena acessória consubstanciada na proibição do acesso ao financiamento externo, que permitiria à pessoa coletiva ou entidade equiparada «continuar a funcionar com as portas semiabertas ao público». Mantendo, no essencial, a atividade delituosa que esteve na génese da aplicação daquela pena acessória.

i) Naturalmente, nada obsta a que a pena acessória de proibição de financiamento externo com cláusulas de garantia ou de segurança seja aplicada pelo tribunal em qualquer outra situação típica. Principalmente nos casos em que a pessoa coletiva ou entidade equiparada tenha recorrido, no decurso da sua atividade funcional (ou seja, antes da prática do crime), ao financiamento externo com inserção de cláusulas de garantia ou de segurança, os denominados *covenants*. Situação típica que tenha dado origem à heterogestão da pessoa coletiva ou entidade equiparada⁸¹

⁸¹ Quase assimilável, verificados determinados requisitos, a uma *administração de facto*. Ainda que “a simples circunstância de o «credor controlador» dispor um conjunto de prerrogativas contratuais destinadas a garantir ou reforçar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela sociedade comercial financiada – tais como o acesso a informação privilegiada, o poder de veto sobre determinados assuntos sociais (v.g. decisões de investimento, financiamento, amortização de dívidas, distribuição de dividendos), não o torna – ao credor controlador – um verdadeiro e próprio *administrador de facto indirecto* (*shadow director*)”; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015, que seguimos de perto; na doutrina espanhola, FRANCISCO MERCADAL, “El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los covenants”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 36, 2015, pp. 118 e ss. Todavia, é comum entender-se, na doutrina inglesa, “que é possível que os “administradores de facto indirectos” possam atuar de forma ostensiva (“aos olhos de toda a gente), reservando-lhes o papel de “administradores da sociedade comercial na sombra” (*shadow directors*), que atuam através dos seus “homens de palha”. O que é realmente

que, por seu turno, esteve na base do cometimento do crime no âmbito do modelo misto de heteroresponsabilidade penal das pessoas coletivas.

importante é, refere a doutrina e a jurisprudência do Reino Unido, o exercício efetivo, e real, de influência sobre a gestão da sociedade comercial, podendo tal atuação configurar, ou não, uma “atuação própria” (“administradores de facto direto”) ou por “interposta pessoa” (“administrador de facto indireto”, no caso dos “credores controladores”) – por conseguinte, na modalidade de “administradores de facto direto”, está em causa uma atuação/gestão societária direta; na modalidade “administradores de facto indiretos, parte, por definição, do exercício de influência indireta, por interposta pessoa, sobre aqueles que estão incumbidos legalmente da tarefa de agir em nome e no interesse coletivo da sociedade comercial (“os administradores de direito”). Por essa razão entende, com razão, a doutrina inglesa que os “administradores de facto diretos” nunca estão “numa situação de igualdade” com os “administradores de facto indiretos”. Na verdade, os “administradores de facto indiretos” (*shadow director*) agem como se fossem “superiores hierárquicos” dos “administradores de direito das sociedades comerciais” (concretamente, os “credores controladores no âmbito de um contrato de financiamento bancário”) dando-lhes instruções diretas que *influenciam decisivamente* não só o modo de gestão da sociedade comercial como, e sobretudo, as concretas “decisões empresariais” das quais podem resultar a prática de crimes que são imputados à pessoa coletiva”. Também é comum afirmar-se na doutrina e na jurisprudência inglesa que “um sujeito pode ser “administrador de facto direto” quando por exemplo desempenha atos de gestão relacionados com o “marketing” da sociedade comercial, e ser “administrador de facto indireto” quanto aos atos de gestão relativos à parte financeira”; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente; ver, na doutrina inglesa, MARK STAMP, *Practical Company Law and Corporate Transactions*, 3.^a edição, Londres, Sweet & Maxwell, 2005, pp. 398-408; BRENDA HANNIGAN, *Company Law*, 4.^a edição, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 158-172; na jurisprudência inglesa, o acórdão do Supremo Tribunal do Reino Unido (UK Supreme Court), *Re Holland v The Commissioners for Her Majesty’s Revenue and Customs et alii* (2010); o acórdão do Supremo Tribunal do Reino Unido (UK Supreme Court) *Re Secretary of State for Business, Innovation and Skills v Chohan* (2013), disponível em www.supremecourt.uk (acesso em 2 de Junho de 2017); na doutrina portuguesa, FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Ano 6, Volume 12, Coimbra, Almedina, 2014, p. 231-283 (pp. 239 e ss); ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, I (2009), Coimbra, Almedina, Diretor: António Menezes Cordeiro, 2009, (pp. 95-133); INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor ativista””, in: *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Ano 7, Volume 14, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 161-198; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, in: *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 359-383; JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização de sociedades*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Comerciais, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 52-78. Na doutrina portuguesa, GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015; RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das*

j) Por conseguinte, esta pena acessória de financiamento externo com cláusulas de garantia ou de segurança pode (e em certos casos, deve) ser aplicada cumulativamente com a pena acessória de proibição de recebimento de prestações acessórias, suprimentos e avales dos sócios. Tendo em vista o reforço da eficácia punitiva da pena acessória de encerramento temporário ou definitivo do estabelecimento. Sendo certo que, tendencialmente, a pena acessória de recebimento de prestações acessórias, suprimentos e avales dos sócios se destina a prevenir o *financiamento externo de curta duração* à pessoa coletiva ou entidade equiparada (e, por isso, terá o encerramento temporário do estabelecimento como campo tendencial de aplicação) e a pena acessória de proibição de financiamento externo com ou sem cláusulas de garantia ou de segurança destina-se a prevenir o *financiamento externo de média e longa duração* à pessoa coletiva ou entidade equiparada (e, por isso, terá o encerramento definitivo do estabelecimento como campo tendencial de aplicação).

Todavia, só as exigências do caso concreto e, fundamentalmente, a *praxis* judiciária é que ditarão a aplicação cumulativa ou alternativa de ambas as penas acessórias.

5. Conclusões

§ Propõe-se que o Anteprojeto do Código Penal de Macau respeitante à responsabilidade penal das pessoas coletivas preveja uma pena acessória de proibição de recebimento de prestações acessórias, suprimentos ou avales dos sócios. Tal pena acessória deverá, de forma conjunta e sinérgica, servir de mecanismo de salvaguarda ao cumprimento integral da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento comercial, devendo, pois, ser aplicada em regime de acumulação material com esta última pena acessória.

§ Compreende-se porquê: não raro os sócios poderão ser tentados a contornar ou a inutilizar o conteúdo útil da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento comercial através da concessão de suprimentos à sociedade comercial, de constituição de avales pelos sócios, ou mesmo da constituição de prestações acessórias, de forma a permitir o funcionamento do estabelecimento comercial noutro local geográfico e com outros mecanismos alternativos de financiamento.

sociedades comerciais, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Comerciais, Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2014, p. 34; na doutrina alemã, SERVATIUS, *Gläubigereinfluss durch covenants*, Tübingen, 2008, pp. 8-18.

§ A teleologia desta reação punitiva é a seguinte: a pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento está delimitada por uma concreta duração temporal e não equivale, como se consabe, a uma atípica (e seguramente estranha) dissolução temporária do estabelecimento comercial.

§ O que significa que a pessoa coletiva continuará a manter, na pendência do período de duração temporal da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento, um conjunto de relações jurídico-económicas com os credores sociais, com os trabalhadores, com os fornecedores, com a Fazenda Regional da Região Administrativa Especial de Macau e com outros *stakeholders*.

§ Sendo, pois, muito grande a tentação dos sócios e dos acionistas da sociedade comercial visada pela aplicação da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento comercial de recorrer a mecanismos de financiamento alternativos. Mecanismos, esses, que permitam, por um lado, a manutenção sub-reptícia em funcionamento do estabelecimento comercial (com o fito de atenuar os prejuízos patrimoniais decorrentes da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento comercial e aumentar, ainda que com flagrante desrespeito pela sentença judicial, os lucros da sociedade comercial). Mecanismos, esses, que permitam, por outro lado, a inutilização prática dessa pena acessória, que seria, assim, puramente platónica – o que poderia ser facilmente alcançado com o recurso a obrigações (de prestações) acessórias, a avals dos sócios e mesmo contratos de suprimentos.

§ Precavendo a possibilidade de incumprimento por parte da mesma, o Anteprojeto do Código Penal de Macau deverá propor (sem paralelo no direito comparado) a condenação da pessoa coletiva numa sanção pecuniária compulsória a pagar aos cofres do erário público da Região Administrativa Especial de Macau de uma quantia pecuniária (atínente à 5 % da média diária de volume de negócios no ano imediatamente anterior à decisão condenatória) por cada dia de atraso culposos no cumprimento da decisão ou por cada infração culposa, conforme se mostre mais conveniente às circunstâncias do caso; a culpa no atraso do cumprimento presume-se (art. 333.º, n.º 1, do Código Civil de Macau).

§ Trata-se, por um lado, de um claro mecanismo destinado a compelir e a constranger o devedor de prestação de facto infungível (a pessoa coletiva ou entidade equiparada condenada) a publicar a sentença condenatória e, portanto, «claramente contrário ao princípio segundo o qual não poderia existir coação nas prestações de facto positivo».

§ Por outro lado, trata-se de um afloramento do princípio da economia processual, na medida em que se permite, no mesmo processo, a *cumu-*

lação da tutela penal com a tutela civil. Evitando que a mera tipificação de uma cominação desse incumprimento da imposição de publicação da sentença condenatória com o tipo legal de crime de desobediência qualificada tivesse (como, por vezes, tem), na prática diária dos tribunais, uma eficácia reduzida e platónica (constituindo, assim, um «claro benefício ao infrator»), se não fosse acompanhada da tutela civil (sanção pecuniária compulsória) – quiçá mais eficaz, na medida em que prevê a aplicação de uma sanção patrimonial à pessoa coletiva ou entidade equiparada, calculada objetivamente nos termos acima expostos.

§ O Anteprojeto do Código Penal de Macau deverá inspirar-se na definição do art. 2.º, n.º 1, da Diretiva 2014/42/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de Abril de 2014, sobre o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia que qualifica como produto do crime, «qualquer vantagem económica resultante, direta ou indiretamente, de uma infração penal; pode consistir em qualquer tipo de bem e abrange a eventual transformação ou reinvestimento posterior do produto direto assim quaisquer ganhos quantificáveis».

§ Esta disposição legal visa aproximar o Direito Penal da RAEM das exigências legais de um instrumento legislativo internacional que vincula juridicamente a Região Administrativa Especial de Macau, tal como o art. 5.º, n.º 1, alínea a), da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas. Tal instrumento legislativo preceitua que: «as Partes Adotam as medidas que se mostrem necessárias para permitir a perda: a) de produtos provenientes de infrações estabelecidas de acordo com o n.º 1 do art. 3.º ou de bens cujo valor corresponda ao valor desses produtos».

§ Esta mesma exigência consta igualmente do direito comparado do Direito da União Europeia, concretamente no art. 3.º da Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo, adotada em Varsóvia em 16 de Maio de 2005, bem como do art. 2.º da Decisão-Quadro 2005/212/JAI do Conselho, de 24 de Fevereiro de 2005.

§ Bem se compreende a razão de ser desta disposição legal: como diz a jurisprudência norte-americana, «aquele que dissipa os proventos do crime em «vinho, mulheres e música» jamais podendo ser recuperados em espécie, deve ter o mesmo tratamento daquele que, cuidadosamente, deposita os proventos do crime, ou os benefícios indevidamente obtidos com o crime, numa conta bancária, onde podem ser apreendidos».

§ A pena acessória de controlo de conta bancária inspira-se, parcialmente, na versão originária do art. 706.º-45.º do Código de Processo Penal de França e no art. 4.º, da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro e destina-

-se a suspender, apreender e posteriormente declarar perdido a favor da RAEM o produto direto ou indireto do crime, e que foi objeto de transformação e reinvestimento posterior.

§ Por fim, o Anteprojeto avança (sem paralelo no direito comparado) com uma noção dogmática de terceiros de boa-fé afetados pela aplicação da pena acessória de perda do valor do produto do crime inspirada, combinadamente, na noção de terceiros de boa-fé do direito civil e na categoria doutrinal norte-americana da *wilful blindness*.

§ O Anteprojeto do Código Penal de Macau deverá prever (sem paralelo no direito comparado) uma pena acessória de proibição de financiamento externo com ou sem cláusulas de garantia ou de segurança. Pena acessória que se destina, por um lado, a reforçar o sacrifício patrimonial da pessoa coletiva, a título de consequência jurídica do crime, e, por outro lado, a acautelar a fraude à lei e a inutilização prática da pena acessória de encerramento definitivo do estabelecimento.

§ Porquanto, à semelhança do que se disse em relação à pena acessória de proibição de recebimento de prestações acessórias, suprimentos e avais dos sócios, a lei deve acautelar as situações de continuação sub-reptícia do funcionamento do estabelecimento comercial, neste último caso na sequência da aplicação da pena acessória de encerramento temporário do estabelecimento.

§ A heterogestão poderá, no plano mediato e futuro, implicar a limitação dos poderes de administração da pessoa coletiva ou entidade equiparada condenada e, consoante a natureza jurídica e a extensão do programa de financiamento externo e das cláusulas de garantia ou de segurança, o alijamento (mesmo a transferência) do sacrifício patrimonial que deveria impender sobre a pessoa coletiva ou entidade equiparada condenada.

§ Tal heterogestão da pessoa coletiva ou entidade equiparada implica sempre uma dificuldade acrescida na individualização da responsabilidade penal no quadro do modelo misto de heteroresponsabilidade penal das pessoas coletivas. Bem como o desolador fenómeno da «irresponsabilidade organizada» (MUNÔZ CONDE). Consubstanciando, assim, as temíveis lacunas de punibilidade no âmbito da responsabilidade penal das pessoas coletivas, que o legislador (qualquer legislador) deverá prontamente rejeitar.

Região Administrativa Especial de Macau, Março de 2019.

RESUMO: Os Fundos de Empreendedorismo Social e as Sociedades de Empreendedorismo Social constituem organismos de investimento coletivo, cujo objetivo é recolher fundos junto do mercado, com vista à aplicação de tais fundos na prossecução de atividades de empreendedorismo social. Neste contexto, importa clarificar a noção de “empresas sociais”, pois a estas se destina, primordialmente, o investimento do capital recolhido junto do mercado por aqueles organismos de investimento coletivo.

Palavras-chave: Empresa social; economia social; empreendedorismo social; fundos de empreendedorismo social.

ABSTRACT: Social Entrepreneurship Funds and Social Entrepreneurship Companies are collective investments undertakings, which purpose is to collect funds from the market to invest in social entrepreneurship activities. In such context, it is important to clarify the concept of “social enterprises”, once those are the entities to whom the investment collected from the market by the referred collective investments undertakings are destined.

Keywords: Social enterprise; social economy; social entrepreneurship; social entrepreneurship funds.

JOSÉ LUÍS DIAS GONÇALVES*

As empresas sociais e o seu financiamento: as sociedades e os fundos de empreendedorismo social

I. INTRODUÇÃO

A designada economia social conhece, nos tempos que correm, um desenvolvimento assinalável. Com efeito, em termos políticos e jurídicos, a economia social passou a ocupar, principalmente na ressaca da grande crise financeira do final da primeira década do século XXI, um lugar central, *maxime* em termos comunitários.

Com efeito, o surgimento de iniciativas políticas e legislativas, no seio das instituições comunitárias, deu um novo fôlego ao designado *terceiro setor* da economia¹. Este movimento não é alheio ao designado modelo de *desenvolvimento sustentável*, enquanto modelo de desenvolvimento econó-

* Advogado, Jurista na CMVM e Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Para efeitos do presente trabalho consideraremos “Economia social” e “Terceiro setor” como sinónimos, embora não ignoremos as diferentes abrangências dos termos no domínio da ciência económica (cfr. NAMORADO, Rui, “O que é a Economia Social?”, Economia

mico que possibilita a satisfação das necessidades das gerações presentes sem hipotecar as necessidades das gerações futuras, surgido em 1987, com o relatório *Brundtland* das Nações Unidas², no seguimento dos alertas feitos para a necessidade de se incorporar os impactos da atividade humana no ambiente (e na sociedade) nos modelos económicos tradicionais. Tributário do modelo do desenvolvimento sustentável, surgiu o conceito de *sustentabilidade*, entendido como a aplicação deste modelo nos setores privado, público e do terceiro setor da economia. Em traços largos, o modelo do desenvolvimento sustentável não implica o arredamento do modelo capitalista da economia, mas alerta para a necessidade de inclusão dos impactos ambientais e sociais na forma como o retorno económico-financeiro é gerado.

Assim, *maxime* no que respeita ao financiamento da economia social, *rectius*, dos seus agentes, procurou avançar-se de um modelo de financiamento assente, quase exclusivamente, no financiamento público ou de cariz caritativo para um financiamento assente no mercado. Para o efeito, a União Europeia começou por regular, em 2013, os Fundos Europeus de Empreendedorismo Social (EuSEF), tendo-se seguido a previsão, nos Estados-membros, de figuras jurídicas semelhantes de cunho nacional.

Em Portugal, no contexto da reforma do Regime Jurídico do Capital de Risco, em 2015, foram introduzidas duas novas entidades jurídicas: os Fundos de Empreendedorismo Social e as Sociedades de Empreendedorismo Social. Estamos, em ambos os casos, perante organismos de investimento coletivo que se caracterizam por recolherem fundos junto do mercado para financiamento de entidades projetos da designada economia social (ainda que não exclusivamente).

Ora, atenta as dificuldades inerentes à completa definição do perímetro de entidades que se inserem na economia social, importa clarificar o que podemos entender como “empresas sociais”, na medida em que a estas se destina, primordialmente, o investimento do capital recolhido junto do mercado pelos organismos de investimento coletivo em empreendedorismo social.

Assim, começaremos por analisar o enquadramento jurídico da designada economia social, em Portugal e ao nível europeu, para depois atentarmos no conceito de empresa social, estabelecendo os seus traços distintivos e questionando a sua inclusão nas entidades da economia social, tal

Social em Textos, 1., Centro de Estudos Cooperativos e da Economia Social, Coimbra, pp. 11 e ss.).

² *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, disponível em <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>.

como definidas na respetiva Lei de Bases. Passaremos, depois à análise, em termos sumários, do regime jurídico dos Fundos de Empreendedorismo Social e das Sociedades de Empreendedorismo Social, enquanto protagonistas do novo modelo de financiamento da economia social.

II. AS EMPRESAS SOCIAIS E O SEU FINANCIAMENTO

1. A economia social

1.1. Enquadramento nacional

A Constituição da República Portuguesa prevê, no seu artigo 80.º, os princípios gerais da organização económica, de entre os quais se contam a *coexistência do setor público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção* (alínea b)) e a *proteção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção* (alínea f)).

No artigo 82.º (com a epígrafe *Sectores de propriedade dos meios de produção*) prevê-se, no seu número 4, que “o sector cooperativo e social compreende especificamente: (a) os meios de produção possuídos e geridos por cooperativas, em obediência aos princípios cooperativos, sem prejuízo das especificidades estabelecidas na lei para as cooperativas com participação pública, justificadas pela sua especial natureza; (b) Os meios de produção comunitários, possuídos e geridos por comunidades locais; (c) Os meios de produção objecto de exploração colectiva por trabalhadores; e (d) Os meios de produção possuídos e geridos por pessoas colectivas, sem carácter lucrativo, que tenham como principal objectivo a solidariedade social, designadamente entidades de natureza mutualista”.

Temos, assim, referência constitucional expressa ao setor cooperativo e social da economia – a par do setor público e do setor privado –, o qual abarca as cooperativas, as comunidades locais e as pessoas coletivas sem finalidade lucrativa, incluindo as de natureza mutualista³.

Pese embora as normas constitucionais vindas de mencionar prove-nham, no essencial, da 2.ª revisão constitucional (1989), apenas em 2013 teve lugar a publicação da primeira Lei de Bases da Economia Social – a Lei n.º 30/2013, de 8 de maio. Da leitura conjugada dos artigos 2.º e 4.º da Lei de Bases da Economia Social resulta a definição de economia social, enquanto *conjunto das atividades económico-sociais, cuja finalidade seja, direta*

³ Para maior desenvolvimento V. NAMORADO, Rui, *A Economia Social e a Constituição*, in *Economia Social em Textos*, 3, Coimbra, Centro de Estudos Cooperativos e de Economia Social (disponível em <http://www.uc.pt/feuc/ceses/>).

*ou indiretamente, a prossecução do interesse geral da sociedade, livremente levadas a cabo pelas entidades da economia social, nomeadamente cooperativas, associações mutualistas, misericórdias, fundações, instituições particulares de solidariedade social (doravante, IPSS), associações, entidades abrangidas pelos subsectores comunitário e autogestionário e outras entidades dotadas de personalidade jurídica, que respeitem os princípios orientadores da economia social e constem da base de dados da economia social*⁴.

Ora, a Lei de Bases da Economia Social define, no seu artigo 5.º, os princípios orientadores da economia social, que as entidades da economia social estão obrigadas a observar no âmbito das suas atividades. São eles: (i) o *primado das pessoas e dos objetivos sociais* (ii) a *adesão e participação livre e voluntária*; (iii) o *controlo democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros*; (iv) a *conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral*; (v) o *respeito pelos valores da solidariedade, da igualdade e da não discriminação, da coesão social, da justiça e da equidade, da transparência, da responsabilidade individual e social partilhada e da subsidiariedade*; (vi) a *gestão autónoma e independente das autoridades públicas e de quaisquer outras entidades exteriores à economia social*; e (vii) a *afetação dos excedentes à prossecução dos fins das entidades da economia social de acordo com o interesse geral*, sem prejuízo do respeito pela especificidade da distribuição dos excedentes, própria da natureza e do substrato de cada entidade da economia social, constitucionalmente consagrada⁵.

1.2. Enquadramento europeu

Em 19 de Fevereiro de 2009 o Parlamento Europeu aprovou uma Resolução [2008/2250 (INI)], na qual se pode ler o seguinte: *«ao aliar rentabilidade e solidariedade, desempenha um papel essencial na economia europeia, criando empregos de elevada qualidade, reforçando a coesão social, económica e*

⁴ Nos termos do disposto no artigo 6.º da Lei de Bases da Economia Social, constitui obrigação do Governo elaborar, publicar e manter atualizada em sítio próprio a base de dados permanente das entidades da economia social. Em execução deste comando legal, o Governo cometeu à CASES – Cooperativa António Sérgio para a Economia Social, uma cooperativa de interesse público a criação e gestão dessa base de dados (cfr. Estatutos da CASES – Cooperativa António Sérgio para a Economia Social, disponíveis em <https://www.cases.pt/>).

⁵ Para maior desenvolvimento sobre a Lei de Bases da Economia Social cfr. MEIRA, Deolinda Aparício, *A Lei de Bases da Economia Social Portuguesa: Algumas Reflexões Críticas* (Comunicação no âmbito das XIV Jornadas CIRIEC), disponível em <http://hdl.handle.net/10400.22/848> (Repositório Científico do Instituto Politécnico do Porto).

regional, gerando capital social, promovendo a cidadania activa, a solidariedade e um tipo de economia com valores democráticos que põe as pessoas em primeiro lugar, para além de apoiar o desenvolvimento sustentável e a inovação social, ambiental e tecnológica». Meses antes da discussão havida no Parlamento Europeu, o Comité Económico e Social havia encomendado ao CIRIEC – Centro Internacional de Pesquisa e Informação sobre Economia Pública, Social e Cooperativa, um relatório sobre a Economia Social na União Europeia. Nesse estudo⁶, o CIRIEC propôs a seguinte definição: por economia social entende-se o conjunto das empresas de livre adesão e autonomia de decisão, democraticamente organizadas, com personalidade jurídica própria, criadas para satisfazer as necessidades dos seus membros no mercado, produzindo bens e serviços, e nas quais a eventual distribuição dos excedentes de exercício e a tomada de decisões não estão ligadas ao capital individual dos membros, que terão um voto cada. Nela se incluem, designadamente, cooperativas, mutualidades, instituições particulares de solidariedade social, misericórdias, associações de desenvolvimento local e regional e as fundações, bem como empresas sociais e entidades voluntárias não lucrativas. De acordo com o mesmo estudo, as organizações de economia social possuem as seguintes características comuns: (i) não são públicas; (ii) estão organizadas formalmente; (iii) possuem autonomia de decisão; (iv) a filiação nelas é livre; (iii) a eventual distribuição de excedentes entre os filiados/usuários não é feita proporcionalmente ao capital ou quotizações dos membros, mas sim em função da sua actividade ou participação no seio da organização; (iv) a actividade económica visa satisfazer as necessidades dos seus filiados e (v) o funcionamento interno rege-se por princípios democráticos.

Entretanto, em 3 de março de 2010, a Comissão Europeia publicou a Comunicação intitulada «Europa 2020: Uma estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo», na qual estabeleceu os objetivos da designada *Estratégia Europa 2020*. Em desenvolvimento de um dos vetores da referida Estratégia, a Comissão Europeia publicou, em 25 de outubro de 2011, uma Comunicação intitulada «Iniciativa de Empreendedorismo Social – Construir um ecossistema para promover as empresas sociais no centro da economia e da inovação sociais».

A Comissão Europeia emprega, na Comunicação de 25 de outubro de 2011, a expressão *empresas sociais*, oferecendo a seguinte definição de empresa social: “[p]or «empresa social» a Comissão entende as empresas: cujo

⁶ Estudo denominado (na sua versão portuguesa) “A Economia Social na União Europeia”, disponível em https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/a_ces11042-2012_00_00_tra_etu_pt.pdf.

objectivo social ou de sociedade, de interesse comum, justifica a acção comercial, que se traduz, frequentemente, num alto nível de inovação social; cujos lucros são reinvestidos principalmente na realização desse objecto social; cujo modo de organização ou sistema de propriedade reflecte a sua missão, baseando-se em princípios democráticos ou participativos ou visando a justiça social”, concluindo, em seguida que podemos estar perante “ empresas que prestam serviços sociais e/ou fornecem bens ou prestam serviços destinados a um público vulnerável (acesso à habitação, acesso aos cuidados de saúde, ajuda às pessoas idosas ou deficientes, inclusão de grupos vulneráveis, guarda de crianças, acesso ao emprego e à formação, gestão da dependência, etc.) e/ou empresas que, através do seu modo de produção de bens ou serviços, prosseguem um objectivo de ordem social (integração social e profissional mediante o acesso ao trabalho de pessoas desfavorecidas, nomeadamente devido às suas fracas qualificações ou a problemas sociais ou profissionais, que conduzem à exclusão e à marginalização), mas cuja actividade pode abranger bens ou serviços que não sejam sociais.”⁷.

Entretanto, a 11 de dezembro de 2013 foi publicado o Regulamento (UE) n.º 1296/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, que criou um Programa da União Europeia para o Emprego e a Inovação Social (“EaSI”) – doravante, simplesmente, Regulamento n.º 1296/2013. Como resulta do disposto no artigo 1.º deste Regulamento, o referido Programa da União Europeia para o Emprego e a Inovação Social visava contribuir para a concretização da estratégia Europa 2020, nomeadamente das suas metas gerais, das orientações integradas e das iniciativas emblemáticas, por meio da prestação de apoio financeiro aos objetivos da União no que respeita à promoção de um elevado nível de emprego de qualidade e sustentável, à garantia de uma proteção social adequada e condigna, ao combate à exclusão social e à pobreza e à melhoria das condições de trabalho.

É com entrada em vigor deste Regulamento n.º 1296/2013 que passamos a dispor de uma definição legal de *empresa social*, como melhor veremos *infra*.

⁷ O conceito de empresa social adotado pela Comissão Europeia na Comunicação de 25 de outubro de 2011 é muito próxima do conceito de empresa social adotado, desde 1999, pela OCDE (“any private activity conducted in the public interest, organised with an entrepreneurial strategy, but whose main purpose is not the maximization of profit but the attainment of certain economic and social goals, and which has the capacity for bringing innovative solutions to the problems of social exclusion and unemployment”). Cfr., a este propósito, FARINHO, Domingos Soares, *A sociedade comercial como empresa social – breve ensaio prospetivo a partir do direito positivo português*, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII (2015), 2, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 249-250.

2. O conceito de empresa social

2.1. O(s) conceito(s) de empresa social no plano europeu

No espaço europeu podemos identificar, fundamentalmente, dois modelos de empresa social: o *modelo cooperativo* e o *modelo societário*⁸.

No que respeita ao modelo cooperativo, o mesmo arreda da qualificação como empresas sociais as sociedades comerciais, na medida em que faz assentar a qualificação de uma empresa como empresa social, por um lado, na proibição de distribuição de lucros da sua atividade e, por outro, na *democraticidade* da sua gestão.

Como expoente deste modelo cooperativo temos o caso italiano, em que o Decreto-lei n.º 155 de 24 de março de 2006 estabelece o regime "*dell'impresa sociale*". Pese embora na noção contida no artigo 1.º, n.º 1, do referido diploma se estabeleça, aparentemente, uma possibilidade de qualificação como empresa social de qualquer organização, de carácter privado, que exerçam uma atividade social, a verdade é que, por força do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-lei n.º 155 de 24 de março de 2006, é vedada a distribuição de lucros, ainda que indireta, a administradores, sócios, participantes trabalhadores ou colaboradores⁹. Ora, a proibição da distribuição de lucros determina a incompatibilidade entre o regime jurídico das sociedades comerciais e a definição de empresa social.

Na tradição do modelo cooperativo (ainda que com variações assinaláveis, em alguns casos) podemos encontrar sistemas como o espanhol, húngaro, polaco, croata e checo¹⁰. Também podemos filiar na tradição do modelo cooperativo os casos dos sistemas grego e francês, ainda que nestes casos não esteja proibida em absoluto a distribuição de lucros, vigorando, no entanto, restrições muito fortes¹¹.

No modelo societário de empresa social, tal como resulta da própria designação, é expressamente admitido que as sociedades comerciais possam ser tidas como empresas sociais, na medida em que não é vedada a prossecução de atividade lucrativa por parte das mesmas. São exemplos

⁸ Acompanhamos aqui, de perto, a qualificação proposta por ANTONIO FICI (cfr. FICI, Antonio, *Forme giuridiche dell'impresa sociale*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XXXIII-3, Settembre 2015, pp. 375-381).

⁹ Cfr. FARINHO, Domingos Soares, *Cit.*, pp. 251-254. Para mais desenvolvimentos, cfr. FICI, Antonio, *Forme giuridiche dell'impresa sociale*, *cit.*, pp. 366 e ss.

¹⁰ FICI, Antonio, *Forme giuridiche dell'impresa sociale*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, *cit.*, pág. 375.

¹¹ Cfr. FARINHO, Domingos Soares, *Cit.*, pág. 259.

de tal modelo os casos belga (*société à finalité sociale*), britânico (*community interest company*) e finlandês¹².

Como veremos *infra*, o conceito de empresa social que veio a ser adotado pelo Direito Comunitário não acolheu nenhum dos dois modelos assinalados, tendo antes optado pelo que ANTONIO FICI qualifica como um *modelo de liberdade de forma jurídica*, enquanto *tertium genus* dos modelos de empresa social observados no continente europeu¹³.

2.2. O conceito de empresa social no direito português vigente

2.2.1. Antecedentes

Tal como resulta do exposto *supra*, nem a Constituição da República Portuguesa nem a Lei de Bases da Economia Social previram, enquanto entidade da economia social, as *empresas sociais*.

No entanto, a não previsão expressa de tal *entidade*, não significa que as entidades previstas na Constituição da República Portuguesa e na Lei de Bases da Economia Social como integrantes da economia social, não possam constituir *empresas sociais*¹⁴. Com efeito, não podemos deixar de sublinhar, na esteira de COUTINHO DE ABREU, a inexistência de um conceito (jurídico) unitário de *empresa*¹⁵. Com efeito, seguindo os ensinamentos deste Autor, em termos jurídicos, deparamo-nos com duas aceções principais de *empresa*: (i) a empresa em sentido subjetivo, enquanto *sujeito jurídico que exerce uma determinada atividade económica*; e (ii) a empresa em sentido objetivo, enquanto *estrutura produtiva objeto de direitos e negócios*¹⁶.

¹² Cfr. FICI, Antonio, *Forme giuridiche dell'impresa socieale*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, cit., , pág. 377-380, e FARINHO, Domingos Soares, *Cit.*, pág. 259.

¹³ Cfr. FICI, Antonio, *Forme giuridiche dell'impresa socieale*, cit., pp. 380-381.

¹⁴ Importa notar que, como nota DOMINGOS FARINHO, existem no nosso ordenamento jurídico entidades jurídicas legalmente qualificadas como empresas sociais (pese embora inexistisse, à época da sua criação, uma noção legal de empresa social): as *empresas de inserção*, cujo regime jurídico foi estabelecido pela Portaria n.º 348-A/1998, de 18 de junho e que, por força da Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2008, de 6 de março, foram expressamente qualificadas como empresas sociais. Para mais desenvolvimentos, v. FARINHO, Domingos Soares, *Cit.*, pp. 251-254.

¹⁵ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Empresas Sociais (Nótulas de Identificação)*, in *Cooperativismo e Economía Social*, 37 (2014-2015), pág. 369.

¹⁶ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 220 e ss.. Para maiores desenvolvimentos, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 25 e ss..

Ora, atendendo à empresa em sentido subjetivo, não restam dúvidas que podemos encontrar, na economia social, *empresas cooperativas, empresas em autogestão, empresas comunitárias (baldios-empresas) e empresas de entidades coletivas sem cariz lucrativo e com fins de solidariedade social (designadamente empresas de associações mutualistas)*¹⁷.

Aliás, COUTINHO DE ABREU avança com uma definição de empresa social, enquanto “*entidade sem fins lucrativos que desenvolve de modo autónomo (sem dependência em relação a entidades privadas ou públicas) uma atividade assente normalmente em organização de meios com identidade própria (cindível da entidade)*”¹⁸. Tal como é referido pelo Autor, esta noção – que é, essencialmente, uma noção de empresa social em sentido subjetivo – permite abarcar o leque de entidades que resultam das “*listas*” constantes do artigo 82.º da Constituição da República Portuguesa e no artigo 4.º da Lei de Bases da Economia Social.

COUTINHO DE ABREU sublinha, como traços distintivos da noção de empresa social (i) a ausência de escopo lucrativo das mesmas e (ii) regras de organização e funcionamento *democráticas*¹⁹.

Importa, no entanto, notar que a proposta de definição apresentada por COUTINHO DE ABREU foi-o num contexto de ausência de definição, em instrumento legislativo, do referido conceito de empresa social.

2.2.2. A definição de empresa social constante do Regulamento (UE) n.º 1296/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho

No entanto, desde final de 2013, com a entrada em vigor do Regulamento (UE) n.º 1296/2013 *supra* mencionado, passamos a dispor, na ordem jurídica nacional, de uma definição de empresa social.

Com efeito, como resulta do artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1296/2013, uma empresa social é “*uma entidade, seja qual for a sua forma jurídica, que: (a) [n] os termos do seu pacto social, estatutos ou qualquer outro documento legal que a constitua, tenha como objetivo principal produzir impactos sociais mensuráveis e positivos e não apenas gerar lucros para os seus proprietários, sócios e acionistas, e que (i) preste serviços ou forneça bens com um alto*

¹⁷ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Cit., pág. 290, e *Da Empresarialidade – As Empresas no Direito*, Cit., pp. 187-195.

¹⁸ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Empresas Sociais (Nótulas de Identificação)*, Cit., pág. 372.

¹⁹ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Empresas Sociais (Nótulas de Identificação)*, Cit., pág. 373 e 375-376.

rendimento social, e/ou (ii) utilize um modo de produção de bens ou serviços que concretize o seu objetivo social” e que “(b) [u]tilize os seus lucros para, acima de tudo, atingir o seu objetivo principal, segundo procedimentos e regras previamente definidos aplicáveis à distribuição de lucros aos acionistas e proprietários e que assegurem que tal distribuição não prejudique o objetivo principal” e, ainda, que “(c) [s]eja gerida de forma empreendedora, responsável e transparente, designadamente através da participação de trabalhadores, clientes e outros agentes afetados pelas suas atividades.”.

Da definição constante deste Regulamento Comunitário podemos extrair os seguintes elementos caracterizadores da empresa social: (i) a pluralidade de formas jurídicas, (ii) a prossecução de finalidades sociais, (iii) o escopo lucrativo mitigado e (iv) a sujeição a uma governação participada e transparente.

Vejamos, em detalhe, cada um destes elementos caracterizadores.

a) A pluralidade de formas jurídicas

O primeiro elemento da definição de empresa social constante do Regulamento n.º 1296/2013 põe em evidência não só o facto de a mesma assentar numa aceção subjetiva de empresa, como o carácter *aberto* da definição²⁰.

Com efeito, desde que se verifiquem os demais elementos da definição, poderemos ter como empresas sociais, tanto as entidades previstas na Lei de Bases da Economia Social, como (determinadas) sociedades comerciais.

b) A prossecução de finalidades sociais

Tal como resulta da definição constante do Regulamento n.º 1296/2013, a empresa social terá de ter como objeto, descrito *seu pacto social, estatutos ou qualquer outro documento legal que a constitua* (dependendo da concreta natureza jurídica da empresa social), a prossecução, a título principal, de atividade com *impactos sociais mensuráveis e positivos e não apenas gerar lucros para os seus proprietários, sócios e acionistas*, e que consista (i) na prestação de serviços ou fornecimento de bens *com um alto rendimento social, e/ou* (ii) no empenho de *um modo de produção de bens ou serviços que concretize o seu objetivo social*.

A natureza social da empresa define-se, assim, essencialmente, pela natureza da atividade por si exercida e, primordialmente, pelo *impacto*

²⁰ O Regulamento n.º 1296/2013 adotou, assim, um *modelo de liberdade de forma jurídica*. Para mais desenvolvimentos sobre este modelo, cfr. FICI, Antonio, *Forme giuridiche dell'impresa sociale*, cit., pp. 380-381.

*social*²¹ dessa atividade. Ora esse impacto social poderá resultar tanto da própria atividade exercida (v.g. a prestação de serviços nos domínios da saúde, educação e ambiente) como do *modo de produção* dos serviços (v.g. contratação preferencial de deficientes e desempregados).

Resulta da definição legal que a empresa social deverá prosseguir, a título *principal*, uma finalidade social, nos termos vindos de explicitar, podendo, no entanto, (nos termos que melhor veremos de seguida) ter um escopo lucrativo, o qual se revelará, sempre, acessório.

c) O escopo lucrativo mitigado

Uma vez que, na definição legal de empresa social, se admite expressamente, como vimos, que a mesma poderá exercer, a título acessório, uma atividade lucrativa, o Regulamento (UE) n.º 1296/2013 previu expressamente que, quando a empresa social produza lucros, os mesmos deverão ser utilizados para, *“acima de tudo, atingir o seu objetivo principal, segundo procedimentos e regras previamente definidos aplicáveis à distribuição de lucros aos acionistas e proprietários e que assegurem que tal distribuição não prejudique o objetivo principal”*.

Resulta da definição legal que a empresa social que exerça atividade lucrativa (*hoc sensu*, necessariamente uma sociedade comercial) terá de ter previsto (para que se possa considerar como empresa social), nos seus elementos constitutivos, que a maior parte²² dos lucros apurados (do exercício e do balanço) sejam necessariamente investidos na prossecução das finalidades da empresa.

d) A governação participada e transparente

Estabelece o Regulamento (UE) n.º 1296/2013 que a empresa social deverá ser *“gerida de forma empreendedora, responsável e transparente, designadamente através da participação de trabalhadores, clientes e outros agentes afetados pelas suas atividades”*. Daqui resultam duas implicações ao nível da governação²³ da empresa social: (i) uma gestão *empreendedora, responsável*

²¹ A definição legal faz apelo à *mensurabilidade* do impacto social. No entanto, nada é dito quanto a eventuais parâmetros de tal mensuração. Entendemos, assim, que a mensurabilidade do impacto pretende apelar ao carácter manifesto do impacto social.

²² A nosso ver, pelo menos 51% dos lucros. *De jure condendo*, veríamos com bons olhos a adoção de um critério próximo do vigente no Reino Unido, para as *community interest companies*, que limita a distribuição de lucros a 35% dos mesmos (cfr. FARINHO, Domingos Soares, *Cit.*, pág. 260).

²³ Para maior desenvolvimento sobre o conceito de governação das sociedades cfr. ABREU, José Manuel Coutinho de, *Governação das Sociedades Comerciais*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 8 e ss..

e transparente e (ii) a participação de diferentes *stakeholders* no governo da empresa.

No que respeita às exigências de uma gestão *empreendedora, responsável e transparente*, a verificação deste requisito terá de passar pela adoção de um modelo de governo societário que assegure as aludidas dimensões designadamente ao nível da previsão dos órgãos de fiscalização, da atribuição de competências aos diversos órgãos e à prestação de contas dos gestores à empresa.

Também no que respeita à participação dos vários *stakeholders* na gestão, a mesma tem impactos ao nível do modelo societário e da fixação dos critérios de nomeação dos titulares dos diferentes órgãos. Na necessária participação dos diferentes *stakeholders* na gestão da empresa social podemos ver um afloramento do princípio democrático, ainda que em termos muito mitigados²⁴.

3. As empresas sociais e sua integração na economia social

Esclarecido o conceito de empresa social, nos termos previstos no Regulamento (UE) n.º 1296/2013, importa apreciar se o mesmo se mostra compatível com o enquadramento jurídico resultante do disposto na Constituição da República Portuguesa e na Lei de Bases da Economia Social.

Ora, como muito bem nota COUTINHO DE ABREU, as sociedades comerciais, enquanto empresas sociais, não estão previstas nem na Constituição da República Portuguesa nem na Lei de Bases da Economia Social, enquanto entidades da economia social²⁵.

No entanto, julgamos, por um lado, que a Constituição da República Portuguesa não prevê um elenco fechado das entidades da economia social e que, por outro lado, as empresas sociais, na aceção *supra* descrita, podem enquadrar-se na alínea h) do artigo 4.º da Lei de Bases da Economia Social, enquanto *entidades dotadas de personalidade jurídica*, desde que

²⁴ V. sobre o princípio democrático nas cooperativas RAMOS, Maria Elisabele Gomes, *Gestão democrática das cooperativas – que desafios?*, in LOUREIRO, João Carlos,/SILVA, Suzana Tavares da, (Coord.), *A Economia Social e Civil – Estudos*, Instituto Jurídico – FDUC, Coimbra, 2015, pp. 129 e ss.

²⁵ Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Empresas Sociais (Nótulas de Identificação)*, Cit., pág. 376.

*respeitem os princípios orientadores da economia social e constem da base de dados da economia social*²⁶.

Com efeito, de forma a aferir do enquadramento das empresas sociais no elenco das entidades da economia social previsto na Lei de Bases da Economia Social, há que verificar se a empresa social, de acordo com a definição explanada *supra*, respeita os princípios orientadores da economia social mencionados *supra*: (i) o *primado das pessoas e dos objetivos sociais* (ii) a *adesão e participação livre e voluntária*; (iii) o *controlo democrático dos respetivos órgãos pelos seus membros*; (iv) a *conciliação entre o interesse dos membros, utilizadores ou beneficiários e o interesse geral*; (v) o *respeito pelos valores da solidariedade, da igualdade e da não discriminação, da coesão social, da justiça e da equidade, da transparência, da responsabilidade individual e social partilhada e da subsidiariedade*; (vi) a *gestão autónoma e independente*; e (vii) a *afetação dos excedentes à prossecução dos fins das entidades da economia social de acordo com o interesse geral*.

Ora, da definição explicitada *supra*, cremos que apenas poderá apresentar problemas o princípio da *adesão e participação livre e voluntária* (alínea d) do artigo 5.º da Lei de Bases da Economia Social)²⁷, na medida em que nas empresas sociais, na forma societária, não vigora o *princípio da porta aberta*, típico das cooperativas²⁸. Não obstante, cremos que, numa interpretação extensiva da referida disposição, poderemos admitir a possibilidade de as empresas sociais de natureza societária poderem ser consideradas como agentes da economia social, atenta a exigência de uma *governação participada e transparente*²⁹.

²⁶ No sentido de que o elenco constante da Lei de Bases da Economia Social não exclui, à partida, as sociedades comerciais, cfr. FARINHO, Domingos Soares, *Cit.*, pp. 256-257 e 261-262.

²⁷ Como resulta da mera leitura da alínea h) do artigo 5.º da Lei de Bases da Economia Social, a *afetação dos excedentes à prossecução dos fins das entidades da economia social de acordo com o interesse geral* há-de fazer-se *sem prejuízo do respeito pela especificidade da distribuição dos excedentes próprias da natureza e do substrato de cada entidade da economia social*. Daqui resulta que não está vedada a possibilidade de distribuição de lucros pelas entidades da economia social, desde que tal não seja o desiderato principal da entidade (assim também, FARINHO, Domingos Soares, *Cit.*, pág. 261-262).

²⁸ V. MEIRA, Deolinda Aparício, *A Governação da Economia Social – uma reflexão a partir da Lei de Bases da Economia Social*, in LOUREIRO, João Carlos,/SILVA, Suzana Tavares da, (Coord.), *A Economia Social e Civil – Estudos*, Instituto Jurídico – FDUC, Coimbra, 2015, pág. 209.

²⁹ Chamando a atenção para a centralidade das questões da propriedade e do controlo da empresa para a definição de empresa social, designadamente por permitir estabelecer uma autonomia do setor da economia social, v. FICI, Antonio, *Forme giuridiche dell'impresa sociale*, *cit.*, pp. 366-374.

4. O financiamento da economia social e das empresas sociais

Tal como referido supra, a Comissão Europeia publicou, em 25 de outubro de 2011, uma Comunicação intitulada *«Iniciativa de Empreendedorismo Social – Construir um ecossistema para promover as empresas sociais no centro da economia e da inovação sociais»*, enquanto um dos vetores da designada *Estratégia Europa 2020*.

Partindo da perceção da insuficiência e inadequação dos modelos tradicionais de financiamento de iniciativas e empresas sociais, assentes essencialmente em mecanismos de financiamento público e de financiamento privado de natureza caritativa ou de beneficência³⁰, a Comissão Europeia concebeu um modelo alternativo de financiamento privado para iniciativas e empresas sociais – o investimento em empreendedorismo social. Este modelo de financiamento alternativo tem em vista a combinação de talento, rigor empresarial e perspetivas inovadoras de negócio com objetivos éticos e sociais, assente sobre três pilares fundamentais: gestão profissional, transparência e mensurabilidade do impacto social do investimento.

Assim, a consagração deste modelo veio a ter lugar com a publicação, em 17 de abril de 2013, do Regulamento (UE) n.º 346/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo aos Fundos Europeus de Empreendedorismo Social (doravante, Regulamento (UE) n.º 346/2013).

Nos termos do artigo 1.º do Regulamento (UE) n.º 346/2013, o mesmo *“estabelece requisitos e condições uniformes para os gestores de organismos de investimento coletivo que pretendam utilizar a denominação «EuSEF» na comercialização de fundos de empreendedorismo social qualificados na União”*.

Na sequência da publicação do Regulamento (UE) n.º 346/2013, e, bem assim, do no contexto da aprovação do Regulamento (UE) n.º 345/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril, relativo aos fundos europeus de capital de risco, e, ainda, da transposição, para a ordem jurídica nacional (i) da Diretiva n.º 2011/61/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho, relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos, e (ii) da Diretiva n.º 2013/14/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio, relativa aos gestores de fundos de investimento alternativos no que diz respeito à dependência excessiva relativamente às notações de risco, foi publicada a Lei n.º 18/2015, que aprovou

³⁰ Para maior desenvolvimento acerca dos desafios do financiamento da economia social, Cfr. QUELHAS, Ana Paula, *O financiamento da economia social – de novo a “meio caminho”?*, in LOUREIRO, João Carlos, /SILVA, Suzana Tavares da, (Coord.), *A Economia Social e Civil – Estudos*, Cit., pp. 230 e ss..

o Regime Jurídico do Capital de Risco, do Empreendimento Social e do Investimento Especializado (doravante, RJCRESIE).

O RJCRESIE, na matéria atinente ao Empreendimento Social, regula a constituição, em Portugal, de fundos de empreendedorismo social, incluindo os fundos europeus de empreendedorismo social (EuSEF) e de sociedades de empreendedorismo social, prevendo, assim, o desenvolvimento de novos mecanismos de financiamento para os agentes da economia social. Em regulamentação do RJCRESIE foi publicado o Regulamento n.º 3/2015, da CMVM (ao abrigo do disposto no artigo 67.º, n.º 2, do RJCRESIE).

Analisaremos de seguida, em maior detalhe, estas duas novas figuras introduzidas na esfera jurídica nacional pelo RJCRESIE, que consagram o já referido modelo alternativo de financiamento privado da economia social e das empresas sociais, através da recolha, junto do mercado, de capital destinado ao investimento em *empreendedorismo social*, o qual se traduzirá na aquisição de instrumentos de capital próprio e de instrumentos de capital alheio em entidades que desenvolvem soluções adequadas para problemas sociais, com o objetivo de alcançar incidências sociais quantificáveis e positivas – isto é, entidades da economia social e empresas sociais (artigo 4.º, n.º 1, do RJCRESIE).

Deve notar-se que, neste tipo de investimento, do prisma do investidor, temos uma alteração do paradigma clássico do retorno do investimento, caracterizado pela obtenção de uma vantagem financeira direta (o rendimento), economicamente mensurável, em benefício do investidor (finalidade egoística), com expectativa de reembolso do investimento. O retorno do investimento numa sociedade de empreendedorismo social ou num fundo de empreendedorismo social obedece a um paradigma diferente, na medida em que o retorno é medido pelo impacto social (tendo, por conseguinte, uma natureza não financeira), exigindo, por conseguinte, uma mensuração do impacto expectativa (necessária) de reembolso do investimento.

III. AS SOCIEDADES E FUNDOS DE EMPREENDEDORISMO SOCIAL

1. Sociedades de Empreendedorismo Social

De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 4.º do RJCRESIE, as sociedades de empreendedorismo social têm como objeto principal a realização de investimentos em empreendedorismo social (entendendo-se como tal a aplicação de capital em sociedades ou outras entidades que

desenvolvem soluções sustentáveis para problemas sociais, com o objetivo de alcançar um retorno do investimento medido em impacto social em benefício da comunidade, ou seja, em empresas sociais), bem como gerir fundos de empreendedorismo social, incluindo fundos europeus de empreendedorismo social (EuSEF).

Às sociedades de empreendedorismo social são aplicáveis as regras previstas para as sociedades de capital de risco, no título II do RJCRESIE, com as especificidades previstas no Regulamento n.º 3/2015, da CMVM (4.º, n.º 7, do RJCRESIE).

As sociedades de empreendedorismo social revestem, necessariamente, a forma de sociedades anónimas, com um capital social mínimo de € 125.000,00 (artigo 11.º, n.ºs 1 e 3, do RJCRESIE), sendo que o relatório de gestão e as contas anuais estão sujeitas a revisão obrigatória por revisor legal de contas registado na CMVM (artigo 11.º, n.º 6, do RJCRESIE).

2. Os Fundos de Empreendedorismo Social

Tal como resulta do disposto no n.º 3 do artigo 4.º do RJCRESIE mencionado *supra*, os fundos de empreendedorismo social são patrimónios constituídos com os montantes recolhidos junto do público, que visam o investimento em empreendedorismo social, mediante a aquisição de ações, obrigações ou de outros instrumentos emitidos ou relativos a entidades que desenvolvem soluções adequadas para problemas sociais, de acordo com a política de investimento definida para cada fundo. Tal como sucede nos demais organismos de investimento coletivo³¹, a entidade gestora do fundo investe, assim, o montante total recolhido junto dos diversos investidores (como vimos, em empreendedorismo social), repartindo entre todos os riscos e os retornos financeiros alcançados nos projetos sociais visados.

Os fundos de empreendedorismo social podem ser geridos por sociedades de empreendedorismo social, por sociedades de capital de risco e por sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário (4.º, n.º 5, do RJCRESIE).

Aos fundos de empreendedorismo social são aplicáveis as regras previstas para os fundos de capital de risco, no título II do RJCRESIE, com as especificidades previstas no Regulamento n.º 3/2015, da CMVM (4.º,

³¹ Para maiores desenvolvimentos sobre os organismos de investimento coletivo, cfr. CÂMARA, Paulo, Manual de Direito dos Valores Mobiliários, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 795 e ss.

n.º 7, do RJCRESIE). Os fundos de empreendedorismo social geridos por sociedades gestoras de fundos de investimento mobiliário ficam adicionalmente sujeitos ao disposto no capítulo IV do título III do RJCRESIE (4.º, n.º 8, do RJCRESIE).

3. Principais traços do regime das Sociedades de Empreendedorismo Social e dos Fundos de Empreendedorismo Social

3.1. Requisitos de constituição

A constituição de fundos de empreendedorismo social está, em regra, sujeita a registo prévio na CMVM. O pedido de registo de fundos de empreendedorismo social junto da CMVM deve ser instruído com os seguintes elementos: (i) denominação do fundo; (ii) identificação da entidade gestora; (iii) indicação da data prevista para a constituição; (iv) projeto de regulamento de gestão do fundo; (v) projeto do contrato a celebrar com o depositário e respetiva declaração de aceitação.

A decisão da CMVM sobre o pedido de registo devidamente instruído deverá ser notificada ao(s) requerente(s) no prazo de 15 dias.

Importa, no entanto, ter em conta que, caso o capital seja apenas colocado junto de investidores institucionais, a constituição do fundo de empreendedorismo social está apenas sujeita a mera comunicação prévia à CMVM.

Também o início da atividade das sociedades de empreendedorismo social está dependente de *registo prévio* junto da CMVM (artigo 7.º, n.º 1, do RJCRESIE), devendo o pedido de registo ser instruído com os elementos identificados no n.º 3 do artigo 7.º do RJCRESIE, com as necessárias adaptações³². A decisão da CMVM sobre o pedido de registo devidamente instruído deverá ser notificada ao(s) requerente(s) no prazo de 15 dias.

³² São os seguintes os elementos que devem instruir o pedido de registo: (i) a certidão da Conservatória do Registo Comercial, (ii) a data da constituição da sociedade de empreendedorismo social e a data prevista para o início da atividade; (iii) os estatutos; (iv) a identificação do lugar da sede; (v) informação sobre o capital social subscrito e realizado; (vi) a identificação dos sócios titulares de participações qualificadas; (vii) a identificação dos membros dos órgãos sociais; (viii) declaração de adequação e meios; (ix) questionário e declaração de idoneidade dos sócios titulares de participação qualificada, bem como dos titulares dos órgãos da sociedade de empreendedorismo social e, ainda, (x) certidões do registo criminal e *curriculum vitae* dos sócios titulares de participação qualificada, bem como dos titulares dos órgãos da sociedade de empreendedorismo social.

3.2. Deveres de informação

Uma vez que tanto a sociedade de empreendedorismo social como o fundos de empreendedorismo social são organismos de investimento coletivo, cujo objetivo é recolher fundos junto do mercado³³ (acionistas, no caso das sociedades de empreendedorismo social, e participantes, no caso dos fundos de empreendedorismo social), com vista à aplicação de tais fundos na prossecução de atividades de empreendedorismo social (entre as quais avulta o financiamento das empresas sociais), o legislador entendeu estabelecer deveres de informação a cargo das sociedades de empreendedorismo social e das sociedades gestoras dos fundos de empreendedorismo social, tanto para com os investidores e o mercado, como para com a CMVM.

Assim é que, tal como em todos os instrumentos de investimento coletivos, os investidores em fundos de empreendedorismo social adquirem o direito a obter da sociedade gestora toda a informação sobre o seu investimento, a gestão dos fluxos alocados ao fundo, as rendibilidades associadas ao investimento e o impacto social efetivamente gerado pelo investimento. Esta informação pode ser obtida através dos documentos constitutivos do fundo e da informação que, nos termos do respetivo regime jurídico e do regulamento de gestão, a sociedade gestora fica obrigada a disponibilizar ao investidor.

Quando os investidores a quem seja oferecida a subscrição de unidades de participação num fundo de empreendedorismo social tenham a natureza de investidores não qualificados, previamente à tomada de decisão de investimento, está o comercializador obrigado a prestar as seguintes informações, utilizando para o efeito uma linguagem clara e compreensível, para assegurar integral compreensão do tipo de investimento em causa: (a) informação sobre o perfil de risco do fundo de empreendedorismo social, dos riscos associados aos ativos em que o fundo possa vir a investir e das técnicas de investimento que possa vir a aplicar; (b) informação sobre o processo e métodos de avaliação do fundo de empreendedorismo

³³ Qualquer pessoa pode investir em sociedades e em fundos de empreendedorismo social, mas os montantes em que pode investir dependem de ser um investidor profissional ou não. Para os investidores não qualificados, o limite máximo de investimento é de 5.000,00 euros, com exigência de recolha, por parte do comercializador, de declaração escrita do investidor de que está conscientes dos riscos associados ao investimento efetuado. Note-se que o acesso dos investidores não qualificados ao investimento em fundos de empreendedorismo social foi uma opção regulatória pioneira e única na União Europeia e resultou de uma resposta a solicitações do terceiro setor e da sociedade civil em geral, tendo-se mitigado o risco através da limitação do investimento a um valor baixo.

social (incluindo os métodos aplicados na avaliação das empresas em carteira elegíveis); (c) informação sobre o método de cálculo da remuneração do gestor do fundo de empreendedorismo social; (d) informação sobre os custos relevantes e a indicação do valor máximo que poderão alcançar; (e) informação sobre a evolução histórica dos resultados financeiros do fundo de empreendedorismo social, caso exista; (f) descrição da estratégia e dos objetivos de investimento do fundo de empreendedorismo social; (g) informação sobre a incidência social positiva que se pretende alcançar com a política de investimento do fundo de empreendedorismo social, incluindo, se for caso disso, projeções razoáveis relativas aos resultados e informações sobre o desempenho anterior nessa área; e (h) informação sobre as metodologias a utilizar para a aferição das incidências sociais.

Importa ter em conta que, atenta a natureza dos investimentos que as sociedades de empreendedorismo social e os fundos de empreendedorismo social deverão, em cumprimento do ser objeto, realizar, a avaliação de tais investimentos escapa às regras tradicionais da avaliação de ativos. Ora, as regras atinentes à avaliação dos ativos detidos pelas sociedades de empreendedorismo social e pelos fundos de empreendedorismo social, revestem uma importância central no contexto dos deveres de prestação de informação a cargo das sociedades de empreendedorismo social e das sociedades gestoras dos fundos de empreendedorismo social.

Assim, no que respeita à avaliação dos ativos que constituam o património dos fundos de empreendedorismo social e das sociedades de empreendedorismo social, estes deverão ser avaliados com uma periodicidade mínima anual, salvo se o respetivo regulamento de gestão ou regulamento interno previrem uma periodicidade inferior. No que concerne ao método de avaliação adotado, a periodicidade e os critérios de avaliação dos ativos que integram o património dos fundos de empreendedorismo social e sociedades de empreendedorismo social, tais informações deverão constar dos documentos do fundo de empreendedorismo social.

Em regra os investimentos das sociedades de empreendedorismo social e dos fundos de empreendedorismo social, que compõem a sua carteira de ativos, serão avaliados de acordo com o método do justo valor (sendo este obtido de acordo com as melhores práticas em vigor no setor do investimento social, tomando em consideração o impacto ou incidência social positiva quantificável dos investimentos realizados), com previsão de mecanismos de mitigação de eventuais distorções e adequação do critério à realidade específica do investimento social. O nível dos impactos sociais produzidos pelo investimento em empreendedorismo social é, assim, medido através de critérios e métricas desenvolvidos especificamente para cada área de intervenção social.

3.3. Supervisão

A CMVM é a autoridade competente para a atribuição do registo prévio para o início de atividade das sociedades de empreendedorismo social e para a constituição dos fundos de empreendedorismo social, cabendo-lhe a supervisão da atividade subsequente destes veículos de investimento. No entanto, como vimos *supra*, o registo prévio dos fundos de empreendedorismo social junto da CMVM apenas é obrigatório caso as unidades de participação sejam dirigidas também a investidores não profissionais. Quando dirigidas unicamente a investidores profissionais, existe apenas o dever de comunicar previamente à CMVM a sua constituição, conforme referido *supra*.

As sociedades de empreendedorismo social e as sociedades gestoras dos fundos de empreendedorismo social (sejam ou não sociedades de empreendedorismo social) estão obrigadas à prestação de informação periódica à CMVM, nos termos definidos no Regulamento n.º 3/2015, da CMVM.

A CMVM exerce, ainda, as competências sancionatórias previstas nos artigos 74.º e seguintes do RJCRESE.

IV. CONCLUSÕES

A economia social, enquanto *setor de propriedade dos meios de produção*, a par do setor público e do setor privado, tem, entre nós, consagração constitucional expressa, estabelecendo-se no texto constitucional, enquanto sujeitos da economia social, as cooperativas, as comunidades locais e as pessoas coletivas sem finalidade lucrativa, incluindo as de natureza mutualista.

A Lei de Bases da Economia Social define o conceito de economia social e estabelece os princípios orientadores da economia social, que as entidades da economia social estão obrigadas a observar no âmbito das suas atividades.

A nível europeu, em execução da *Estratégia Europa 2020*, a Comissão Europeia publicou, em 25 de outubro de 2011, uma Comunicação intitulada «*Iniciativa de Empreendedorismo Social – Construir um ecossistema para promover as empresas sociais no centro da economia e da inovação sociais*», na qual empregou o termo “empresas sociais”.

A definição do círculo de entidades que podem constituir “empresas sociais” conhece, no quadro europeu, amplitudes diversas, podendo afirmar-se a existência de dois modelos essenciais de empresa social: o *modelo*

cooperativo e o *modelo societário*, que se distinguem, no essencial, por o primeiro não admitir, enquanto “empresas sociais” as sociedades comerciais, ao passo que o segundo o admite.

Em 11 de dezembro de 2013 foi publicado o Regulamento (UE) n.º 1296/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, que criou um Programa da União Europeia para o Emprego e a Inovação Social e que estabeleceu uma definição legal de “empresa social”, não perfilhando nenhum dos dois modelos de “empresa social” identificáveis, mas adotando um *modelo de liberdade de forma jurídica*.

Da definição constante do Regulamento (UE) n.º 1296/2013 podemos extrair os seguintes elementos caracterizadores da empresa social: (i) a pluralidade de formas jurídicas, (ii) a prossecução de finalidades *sociais*, (iii) o escopo lucrativo mitigado e (iv) a sujeição a uma governação participada e transparente.

Atentos os elementos caracterizadores da definição de empresa social, cremos que as sociedades comerciais podem ser empresas sociais e que, nessa medida, podem configurar agentes da economia social, nos termos previstos na Lei de Bases da Economia Social.

Para fazer face à insuficiência e inadequação dos modelos tradicionais de financiamento da economia social e das empresas sociais, assentes essencialmente em mecanismos de financiamento público e de financiamento privado de natureza caritativa ou de beneficência, a Comissão Europeia concebeu um modelo alternativo de financiamento privado para iniciativas e empresas sociais – o investimento em empreendedorismo social, através da publicação, em 17 de abril de 2013, o Regulamento (UE) n.º 346/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo aos Fundos Europeus de Empreendedorismo Social.

Em 4 de março de 2015, foi publicada a Lei n.º 18/2015, que aprovou o Regime Jurídico do Capital de Risco, do Empreendimento Social e do Investimento Especializado (RJCRESIE), que, na matéria atinente ao Empreendimento Social, regulamenta a constituição, em Portugal, de Fundos de Empreendedorismo Social, incluindo os Fundos Europeus de Empreendedorismo Social e de Sociedades de Empreendedorismo Social, prevendo, assim, o desenvolvimento de novos mecanismos de financiamento para os agentes da economia social.

As sociedades de empreendedorismo social têm como objeto principal a realização de investimentos em empreendedorismo social (entendendo-se como tal a aplicação de capital em sociedades ou outras entidades que desenvolvem soluções sustentáveis para problemas sociais, com o objetivo de alcançar um retorno do investimento medido em impacto social em benefício da comunidade, ou seja, em empresas sociais), bem como

gerir fundos de empreendedorismo social, incluindo fundos europeus de empreendedorismo social (EuSEF).

Os fundos de empreendedorismo social são patrimónios constituídos com os montantes recolhidos junto do público que visam o investimento em empreendedorismo social, mediante a aquisição de ações, obrigações ou de outros instrumentos emitidos ou relativos a entidades que desenvolvem soluções adequadas para problemas sociais, de acordo com a política de investimento definida para cada fundo.

Tanto as sociedades de empreendedorismo social como os fundos de empreendedorismo social são organismos de investimento coletivo, cujo objetivo é recolher fundos junto do mercado, com vista à aplicação de tais fundos na prossecução de atividades de empreendedorismo social (entre as quais avulta o financiamento das empresas sociais).

As sociedades de empreendedorismo social como os fundos de empreendedorismo social (*rectius*, as sociedades gestoras dos mesmos, sejam ou não sociedades de empreendedorismo social) estão sujeitos a deveres de prestação e divulgação de informação, quer para com os investidores e o mercado, quer para com a CMVM, a quem incumbe a supervisão da atividade das sociedades de empreendedorismo social e dos fundos de empreendedorismo social.

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 carateres (contando espaços e incluindo notas de rodapé) e deverá observar as seguintes regras gráficas:

- Nomes de autores referidos em texto: em carateres 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 carateres normais
- Nomes das revistas: em itálico
- Sinal de aspas primordialmente 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

Regulamento da revisão por pares (*peer review*)

1.º Os textos apresentados para publicação na DSR, com exceção dos da autoria de membros da Redação e dos que sejam solicitados pela própria DSR, serão objeto de apreciação prévia («revisão»), feita anonimamente (i.e., sem que aos revisores seja dada a conhecer a autoria dos textos e sem que aos autores dos textos seja dada a conhecer a identidade dos revisores).

2.º Os critérios de revisão serão, principalmente: a inserção do tema na vocação editorial da DSR; a importância e a atualidade do tema; a qualidade, substancial e formal, da exposição; a relevância das referências bibliográficas e jurisprudenciais.

3.º A apreciação será feita por, pelo menos, dois revisores, que trabalharão separadamente.

4.º Os pareceres dos revisores são sucintamente fundamentados, devendo apresentar uma de três conclusões: existência de interesse na publicação, inexistência de interesse na publicação, existência de potencial interesse na publicação subordinadamente a condições.

5.º Os pareceres serão dados a conhecer aos autores.

6.º Sempre que uma das apreciações conclua pela existência de potencial interesse na publicação do texto subordinadamente a condições, o autor será convidado a reformulá-lo de acordo com as sugestões do(s) revisor(es).

7.º Apresentando um autor um texto reformulado, o mesmo será objeto de nova apreciação, pelos mesmos revisores.

8.º Serão revisores:

- a) Os membros da Redação;
- b) Especialistas externos convidados pela Direção.

9.º Todos os textos sujeitos a revisão e todos pareceres dos revisores serão dados a conhecer a todos os membros da Redação.

10.º A gestão dos procedimentos de revisão competirá à Direção da DSR, a qual poderá delegar esse encargo num os mais membros da Redação.

11.º Dos textos publicados na DSR submetidos a revisão constará menção do facto.



PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRETO (ADC)

[illegible]

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRETOS

[illegible]

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50

CONTRIBUINTE FISCAL								
---------------------	--	--	--	--	--	--	--	--

DATA

--	--	--	--

 -

--	--

 -

--	--

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE ⁽¹⁾	INICIA A		TERMINA A	
			MÊS	ANO	MÊS	ANO

(i) REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMIENTOS

- Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
- Remeter a ADC para:
EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net.
- Qualquer alteração que pretenda efectuar a esta autorização bastará contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita
- Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
- Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)
- Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efetuar as seguintes operações:

- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
- Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
- Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Telephone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net

