

DIREITO DAS SOCIEDADES

em Revista

DOUTRINA

Governação societária e sustentabilidade no direito europeu

J. M. Coutinho de Abreu

Digitalização societária europeia. A proposta de diretiva de 2023

José Engrácia Antunes

A base de dados de inibições e destituições (BDID) criada pelo DL 114-C/2023
e outros temas

Alexandre de Soveral Martins

As prestações acessórias gratuitas: natureza e delimitação do respetivo objeto

Paulo Olavo Cunha

All aboard – mulheres e homens no governo das sociedades cotadas

Maria Elisabete Ramos

O novo regime jurídico-societário da fusão, cisão e transformação transfronteiriças
– algumas questões interpretativas

Elda Marques

Excedentes cooperativos: interpretação atualista do conceito de terceiro e pressupostos
de cuja verificação depende a possibilidade de os acréscimos patrimoniais provenientes
das operações, com quem não tem a qualidade de membro da cooperativa, serem
equiparados a excedentes distribuíveis

Joaquim Taveira da Fonseca

Empréstimos Participativos: uma tentativa frustrada de contribuir para a redução
do sobreendividamento das empresas

Arthur Grossmann

NOTÍCIAS

Comunidades de energia societárias

Regime de “dupla missão” sem sociedade de “dupla missão”

Maria Elisabete Ramos



ALMEDINA

MARÇO 2024, ANO 16, VOL. 31, SEMESTRAL

DIREITO DAS SOCIEDADES

em Revista

DOUTRINA

Governação societária e sustentabilidade no direito europeu

J. M. Coutinho de Abreu

Digitalização societária europeia. A proposta de diretiva de 2023

José Engrácia Antunes

A base de dados de inibições e destituições (BDID) criada pelo DL 114-C/2023
e outros temas

Alexandre de Soveral Martins

As prestações acessórias gratuitas: natureza e delimitação do respetivo objeto

Paulo Olavo Cunha

All aboard – mulheres e homens no governo das sociedades cotadas

Maria Elisabete Ramos

O novo regime jurídico-societário da fusão, cisão e transformação transfronteiriças
– algumas questões interpretativas

Elda Marques

Excedentes cooperativos: interpretação atualista do conceito de terceiro e pressupostos
de cuja verificação depende a possibilidade de os acréscimos patrimoniais provenientes
das operações, com quem não tem a qualidade de membro da cooperativa, serem
equiparados a excedentes distribuíveis

Joaquim Taveira da Fonseca

Empréstimos Participativos: uma tentativa frustrada de contribuir para a redução
do sobreendividamento das empresas

Arthur Grossmann

NOTÍCIAS

Comunidades de energia societárias

Regime de “dupla missão” sem sociedade de “dupla missão”

Maria Elisabete Ramos

ÍNDICE

- 5 Abreviaturas

DOUTRINA

- 13 Governação societária e sustentabilidade no direito europeu
J. M. Coutinho de Abreu
- 27 Digitalização societária europeia. A proposta de diretiva de 2023
José Engrácia Antunes
- 63 A base de dados de inibições e destituições (BDID) criada pelo DL 114-C/2023 e outros temas
Alexandre de Soveral Martins
- 81 As prestações acessórias gratuitas: natureza e delimitação do respetivo objeto
Paulo Olavo Cunha
- 108 *All aboard* – mulheres e homens no governo das sociedades cotadas
Maria Elisabete Ramos
- 142 O novo regime jurídico-societário da fusão, cisão e transformação transfronteiriças – algumas questões interpretativas
Elda Marques
- 167 Excedentes cooperativos: interpretação atualista do conceito de terceiro e pressupostos de cuja verificação depende a possibilidade de os acréscimos patrimoniais provenientes das operações, com quem não tem a qualidade de membro da cooperativa, serem equiparados a excedentes distribuíveis
Joaquim Taveira da Fonseca
- 208 Empréstimos Participativos: uma tentativa frustrada de contribuir para a redução do sobreendividamento das empresas
Arthur Grossmann

NOTÍCIAS

- 255 Comunidades de energia societárias
Regime de “dupla missão” sem sociedade de “dupla missão”
Maria Elisabete Ramos

ABREVIATURAS

AB	Ab Instantia – Revista do Instituto do Conhecimento AB
AAVV/VVAA	Autores Vários/Vários Autores
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ac./acs.	acórdão/acórdãos
AcUM	Actualidad Jurídica Uría Menéndez
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 Economía 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
RGAS	Regime Geral do Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora
RGOIC	Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo
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
SI	Scientia Iuridica – Revista de Direito Português e Brasileiro
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: Das boas intenções não cumpridas às tentativas de efetivação da sustentabilidade societária (económica, social e ambiental) – uma escadaria estreita e tortuosa.

Palavras-chave: governação das sociedades; legalidades; RSE; sustentabilidade.

ABSTRACT: From unfulfilled good intentions to attempts to achieve corporate sustainability (economic, social and environmental): a narrow and tortuous stairway.

Keywords: corporate governance; legalities; CSR; sustainability.

J. M. COUTINHO DE ABREU*

Governação societária e sustentabilidade no direito europeu**

1. Introdução

Convém começar dizendo o que se entende por governação societária (*corporate governance*) e sustentabilidade.

É mais ou menos consensual o significado da expressão «governação das sociedades». Designa o sistema de regras (legais, deontológicas, estatutárias, jurisprudenciais), instrumentos e práticas respeitantes à administração e ao controlo (ou fiscalização) das sociedades.

Por conseguinte, a temática da *corporate governance* comprehende, entre outros, problemas relativos à repartição de competências entre o órgão deliberativo-interno (ou assembleia geral) e o órgão de administração e representação; à composição e funcionamento do órgão de administração, aos poderes, deveres e responsabilidades dos administradores; aos meios de controlo interno (orgânico ou não) e externo das sociedades.¹

«Sustentabilidade» é vocábulo plurissignificativo. E porque vem sendo insistentemente usado, à tort et à travers, no discurso empresarial, político, jurídico, etc. de um tempo de persistentes insustentabilidades, corre o risco da banalização e do insignificativo.

* Prof. Catedrático,
Faculdade de Direito,
Univ Coimbra

** Versão portuguesa do texto da comunicação «Gobierno Corporativo y sostenibilidad en el Derecho europeo» feita pelo autor em 1/12/2023 no «XI Seminario Internacional sobre Derecho de los Negocios: RSC/Sostenibilidad, Legal Compliance y Economía Colaborativa», organizado pela Universidad Carlos III de Madrid – Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas.

¹ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Governação das sociedades comerciais*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 7, s.

Em um sentido tradicional, dir-se-ia que uma sociedade/empresa é sustentável quando tem condições económico-financeiras para uma existência duradoura – por tempo indeterminado ou até ao termo do prazo para que foi constituída.

Porém, principalmente depois do «Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future», de 1987 (também conhecido como Relatório Brundtland), a ideia de sustentabilidade, além da dimensão *económica*, ganhou significativamente as dimensões *ambiental e social*. A sociedade/empresa sustentável passou a conjugar essas três dimensões. Mas ainda é necessário distinguir.

À sociedade que atende a fatores externos de natureza ambiental e social como fatores de risco e/ou oportunidade para a sua (interna) sustentabilidade económica contrapõe-se a sociedade que, além disso, cuida das externalidades resultantes da sua atividade e funcionamento de modo a não prejudicar e/ou melhorar o ambiente e o meio social em que opera. É esta conexão recíproca ou bidirecional (*outside-in* e *inside-out*) dos fatores económicos, sociais e ambientais que caracteriza hoje a sociedade/empresa sustentável.

2. Os caminhos longos para a sustentabilidade

A afirmação da sustentabilidade societário-empresarial tem passado por várias fases, ainda que com sobreposições temporais.

2.1. O despertar da responsabilidade social das empresas (RSE)

Diz-se (ou dizia-se) que é responsável socialmente a empresa que visa, de modo voluntário, contribuir para a coesão social-geral e o equilíbrio ecológico (para lá da tradicional finalidade egoístico-lucrativa). Significando isto, por exemplo, a promoção da melhoria da situação dos trabalhadores, a diminuição do uso de recursos não renováveis, a redução de emissões poluentes e de resíduos, o tratamento equitativo dos fornecedores e dos clientes (e respetivos trabalhadores), a melhoria das condições de vida das comunidades onde a empresa atua ou para onde irradia. Indo, portanto, *para além da lei* (que estabelece mínimos) ou *preenchendo vazios legais* (não existe lei, ou a lei não vincula diretamente a empresa, ou a lei não é efetiva por ausência de vontade ou capacidade do poder político-jurídico).

O movimento (predominantemente inorgânico) da RSE (ou CSR: *corporate social responsibility*) desenvolveu-se a partir de meados do século XX, por obra de académicos de diversas áreas do saber.² Mas, durante décadas, «there was more talk, especially among academics, than action on part of companies»³. Realidade a que não será alheio o facto de, além da «naturalidade» de a sociedade ser instrumento de criação de lucros para os seus membros-sócios, vários ordenamentos jurídico-societários terem proibido ou limitado durante muito tempo práticas favorecendo outros interesses que não os dos sócios.⁴

2.2. Recomendações institucionais

Desde finais do séc. XX, mas com reforço já no presente século, várias organizações internacionais, bem como associações agrupando diversas partes interessadas promoveram textos recomendatórios e iniciativas estimulando a RSE.⁵

Todavia, independentemente da valia e índole progressiva destes textos e iniciativas, o caráter recomendatório, *não juridicamente vinculativo*, continuou a permitir a atuação de muitíssimas (grandes) empresas com indiferença pelos princípios da RSE. E continuámos a ver sociedades proibidas de produzir em um país certas substâncias químicas ou a extraer determinados minerais perigosos para a saúde a deslocarem essas atividades, por intermédio de sociedades subsidiárias, para países sem leis proibitivas ou com leis sem *enforcement*; sociedades titulares das mais importantes marcas desportivas a serem fornecidas por quem emprega trabalho infantil na produção de bolas de futebol e de vestuário desportivo em fábricas asiáticas; grandes sociedades da indústria do vestuário ou de distribuição

² V. ARCHIE B. CARROLL, «A history of corporate social responsibility: concepts and practices», in Andrew et al. (eds), *The Oxford Handbook of corporate social responsibility*, 2008, p. 19, s.

³ *Ibid.*, p. 34.

⁴ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, «CSR – “responsabilità” senza responsabilità (legale)?», GC (Giurisprudenza Commerciale), 2019, p. 1090-1091.

⁵ Cfr. FRANZiska HUMBERT, «Corporate Social Responsibility und die Frage nach staatlicher Regulierung: Eine rechtspolitische Einschätzung», ZGR (Zeitschrift für Unternehmens-und Gesellschaftsrecht) 2018, p. 296, s. Relativamente às organizações público-internacionais, merecem destaque as «Guidelines for multinational enterprises» da OCDE (1976, atualizadas em 2011), a «Tripartite declaration of principles concerning multinational enterprises and social policy» da OIT (1977, 2000, 2017), o «UN Global Compact» (2000), os «Guiding principles on business and human rights – Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ framework» (2011).

alimentar abastecidas por empresas asiáticas ou da América Latina empregando trabalhadores em condições de trabalho deploráveis; etc., etc.⁶

Assinalável, aqui, é também a onda dos códigos não legislativos de *corporate governance* (relatórios, princípios, recomendações, guias, etc.) que invadiu os países europeus (e muitos outros) a partir dos anos 90. Mas estas manifestações de *autorregulação* (em tempos de desregulação e de não regulação legal) preocuparam-se essencialmente com a melhoria da administração e fiscalização para a sustentabilidade interna das sociedades. Só recentemente alguns desses códigos se alargaram para incorporar preocupações de sustentabilidade geral.⁷ No entanto, estes códigos, embora com alguma eficácia prática, inclusive na conscientização geral acerca da sustentabilidade global e, eventualmente, da conveniência de intervenções legislativas, são, recorde-se, *não vinculativos* (segundo a técnica do *comply or explain*).⁸

2.3. Promoção legal (mas não imperativa) da sustentabilidade

Subimos agora para o patamar da *lei*. Mas que ainda *não impõe comportamentos sustentáveis*, embora os promova.

Marco importante no direito comunitário-europeu é a Diretiva 2014/95/UE, de 22 de outubro de 2014, em especial os arts. 19-A e 29-A por ela aditados à Diretiva 2013/34/UE. Segundo art. 19-A, grandes empresas que sejam entidades de interesse público (sociedades cotadas, instituições de crédito, empresas seguradoras, etc.) devem incluir no seu relatório de gestão, ou em relatório separado, uma demonstração não financeira

⁶ Para alguns exemplos, v. HUMBERT, *ob. cit.*, p. 296, 298, s.

⁷ V. exemplos em RUI P. DIAS/MARIANA F. COSTA/RENATA M. ESTEVEZ/NUNO D. NETO, «Sustentabilidade, risco e inteligência artificial: a revisão de 2023 do Código de Governo das Sociedades do IPCG», *DSR* 30 (2023), p. 104, s.

⁸ Fora da Europa, nos EUA, é especialmente curioso o novo «Statement on the Purpose of a Corporation», de 2019, da BRT (Business Roundtable), que associa CEOs das maiores empresas estadunidenses, comprometendo-se eles a proporcionar valor aos clientes, investir nos empregados, lidar justa e eticamente com os fornecedores, apoiar as comunidades onde as empresas laboram e (por fim!) gerar valor de longo prazo para os sócios. Contudo, lê-se em *The Economist* de 17 de abril de 2021, p. 10: «Members of the Business Roundtable who took the pledge to look after all their stakeholders went on to cut hundreds of thousands of jobs last year, and are busy campaigning against tax rises to pay for the social cost of the pandemic». V. também, desenvolvidamente, LUCIAN A. BECHUK/ROBERTO TALLARITA, «Will corporations deliver value to all stakeholders?», *Vanderbilt Law Review* 75 (2022), p. 1034, s. (a «Statement was merely a public-relations move, done mostly for show»; as BRT companies continuaram «to do business as usual» – p. 1042, s.

contendo informações sobre a evolução, o desempenho, a posição e o impacto das suas atividades em matérias ambientais, sociais e laborais, de respeito dos direitos humanos, de combate à corrupção. As sociedades não ficam obrigadas a ter políticas ativas em todas essas matérias. Mas, ainda assim, ficam obrigadas a apresentar uma explicação clara e fundamentada para a ausência de política(s), segundo o modelo «comply or explain».⁹ A Diretiva 2022/2464, de 14 de dezembro de 2022, alterou os arts. 19-A e 29-A, alargando o âmbito de aplicação e o conteúdo das informações, agora sujeito a auditoria obrigatória; e onde se lia informações não financeiras passou a ler-se «informações de sustentabilidade»...

Interessante também é a Diretiva (UE) 2017/828, de 17 de maio de 2017, que altera a Diretiva 2007/36/CE (chamada Diretiva dos direitos dos acionistas). Os investidores institucionais e os gestores de ativos devem elaborar e divulgar ao público uma política de envolvimento que descreva como procedem ao acompanhamento das sociedades participadas no que se refere, entre outras, às questões do desempenho não financeiro e ao impacto social e ambiental (artigo 3.º-G, 1, a); v. tb. os arts. 3.º-H, 2, b) e 3.º-I, 1). E o art. 9.º-A, 6, 3.º parágrafo, estabelece que a política de remuneração dos administradores das sociedades (cotadas) «deve indicar os critérios financeiros e não financeiros, incluindo, se for caso disso, critérios relacionados com a responsabilidade social das empresas (...).».

2.4. Promoção legal aparentemente impositiva

Leis societárias de vários países europeus, a propósito dos deveres dos administradores, parecem ter consagrado perspetivas mais ou menos institucionalistas do interesse social e, portanto, em prol da sustentabilidade.

Por exemplo, o § 70(1) da *AktG* austríaca, o art. 2:129(5) do Código civil holandês e o art. 225.1 da LSC espanhola (na redação dada pela Ley 5/2021) mencionam (laconicamente as duas últimas) o «interesse da empresa», que vai para além dos interesses dos sócios. Porém, *a indeterminação é demasiada para que possa falar-se (de imposição) de sustentabilidade* tal como é hoje entendida. A citada norma austríaca refere ainda os interesses dos acionistas e dos trabalhadores e o interesse público (subordinados ao «bem da empresa»). A referência, em especial, ao interesse público (a fazer lembrar o § 70 da *AktG* alemã de 1937), além da falta de precisão para que

⁹ O art. 29-A da Diretiva tem conteúdo muito semelhante ao do art. 19-A, agora relativamente às demonstrações não financeiras consolidadas de entidades de interesse público que sejam empresas-mãe de um grande grupo.

dela resultem deveres concretos, suscita ainda a questão da legitimidade para a definição dos interesses públicos.

Em França, a chamada Loi PACTE, de 22 de maio de 2019, alterou, entre outros, o art. 1833 do *Code Civil* e os arts. L 225-35 e L 225-64 do *Code de Commerce* apontando para um *intérêt social* alargado – os administradores devem atuar em conformidade com o interesse da sociedade, «en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité». Não obstante, também por falta de *densificação*, parece muito pouco provável a responsabilidade civil dos administradores por falta de consideração das questões sociais e ambientais.¹⁰

Porventura mais expressivas são as leis societárias do RU e de Portugal. A section 172(1) do *Companies Act* de 2006 do RU começa por dizer: «A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to». Seguem-se seis alíneas. Na al. b) são referidos os interesses dos trabalhadores da sociedade; na al. c), a necessidade de promover as relações da empresa da sociedade com fornecedores, clientes e outros; na al. d) o impacto das operações da sociedade na comunidade e no ambiente.

Porém, como assinala alguma doutrina¹¹, a conceção plasmada na lei britânica («enlightened shareholder value») não é verdadeiramente pluralística: a primazia continua a pertencer aos interesses dos sócios; os interesses dos *stakeholders* devem ser tomados em conta na medida em que promovam o êxito da sociedade para benefício dos *shareholders*; e os *stakeholders* não têm o direito de fazer cumprir os deveres dos administradores.

Olhemos agora para o art. 64(1), al. b), do CSC (Código das Sociedades Comerciais) com a redação atual, introduzida em 2006: os administradores devem observar «[d]everes de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.»

Escrevi já que o institucionalismo presente nesta norma é moderado e inconsequente, porquanto os interesses dos sócios pesam muito mais, a falta de (ou deficiente) ponderação dos interesses dos não-sócios praticamente não

¹⁰ Cfr. PIERRE-HENRI CONAC, «Le nouvel article 1833 du Code civil français et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise : constat ou révolution ?», *ODC* (Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale) 3/2019, p. 507-508, e SOPHIE SCHILLER, «L'évolution du rôle des sociétés depuis la loi PACTE», *ibid.*, p. 524.

¹¹ Entre outros, GOWER AND DAVIES' *Principles of modern company law*, 9th ed. (by P. L. Davies and S. Worthington), Sweet & Maxwell, London, 2012, p. 541, s., LORRAINE TALBOT, *Critical Company Law*, 2nd ed., Routledge, London and New York, 2016, p. 138, s.

tem sanção. Com efeito, são normalmente os sócios que designam e detituem os administradores, tal como são eles que podem responsabilizá-los por danos causados à sociedade. Muito outra é a situação dos demais sujeitos mencionados na norma. Imagine-se que o conselho de administração delibera o encerramento de um estabelecimento razoavelmente lucrativo, lançando no desemprego centenas de trabalhadores e causando depressão social em certa localidade portuguesa, e o desloca para um país onde produzirá maiores lucros. Faltando na lei (outros) instrumentos jurídicos, os trabalhadores e as comunidades locais não têm o poder de anular aquela deliberação nem de responsabilizar os administradores que não ponderaram os interesses dos *stakeholders*...¹²

Por conseguinte, estas e outras leis nacionais semelhantes também *não se têm revelado mais eficazes do que a RSE não vinculativa na imposição de deveres dos administradores e na responsabilização correspondente*.

2.5. Imposições legais

2.5.1. Insuficiência dos caminhos já percorridos.

Sem menosprezar os passos para a sustentabilidade atrás passados em revista, havemos de concluir pela insuficiência das proclamações de boas intenções, da *soft law* de origem internacional¹³ ou nacional e dos atos legislativos coloridos de *stakeholderism* mas ineficientes.

A realidade da insustentabilidade é desoladora. Há no mundo «cerca de 25 milhões de vítimas de trabalho forçado, 152 milhões de vítimas de trabalho infantil, 2,78 milhões de mortes por ano devido a doenças relacionadas com o trabalho e 374 milhões de lesões profissionais não mortais por ano»¹⁴. Em um número crescente de países verificam-se horários de trabalho excessivos, salários de miséria, disparidade salarial entre homens e mulheres e outras formas de discriminação¹⁵.

No que toca ao ambiente, quotidiana e crescentemente vamos sofrendo os efeitos da poluição difusa, da emissão de gases com efeito de

¹² V., desenvolvidamente, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito Comercial*, vol. II – *Das sociedades*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 287-294.

¹³ Que a grande maioria das empresas não aplica – cfr. a Resolução do Parlamento Europeu de 10 de março de 2021, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial, considerandos (3) e (4) do projeto de Diretiva presente no Anexo respetivo.

¹⁴ Considerando M da citada Resolução do PE.

¹⁵ *Ibid.*, considerando O.

estufa, da produção de resíduos, etc. É patente a «emergência climática», com fenómenos meteorológicos extremos alternando secas e incêndios florestais com inundações e degelo dos glaciares, etc.

Há, pois, que abrir caminhos para *lei impositiva de deveres específicos eficazmente sancionados*. Nesta direção aponta a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho «relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade» [COM(2022) 71 final], que a Comissão publicou em 23/2/2022.¹⁶

2.5.2. Orientação geral da Proposta de Diretiva de 2022

A Proposta de Diretiva contém regras acerca de obrigações de empresas em matéria de efeitos negativos reais e potenciais nos direitos humanos e no ambiente relacionados com operações das próprias, de filiais, ou de parceiros empresariais nas cadeias de atividades das empresas; responsabilidade por violação daquela obrigações; e obrigação de empresas adotarem planos congruentes com a transição para uma economia sustentável e com a limitação do aquecimento global a 1,5°C (art. 1.º/1).

As empresas abrangidas são principalmente sociedades (cfr. o art. 3.º, al. a)). E apenas *grandes empresas* constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro ou, ainda, de um país terceiro mas com determinados valores mínimos de negócios na UE (art. 2.º/1,2).¹⁷

Os *direitos humanos* pertinentes constam em convenções internacionais – Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (de 1966), Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (1966) e várias Convenções da OIT (Organização Internacional do Trabalho) – e

¹⁶ Esta proposta foi entretanto revista e o Conselho acolheu em 1/12/2022, em «orientação geral», a versão ultimada pelo Coreper em 30/11/2022 – cfr. <https://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies> (é essa versão que, salvo outra indicação, teremos em vista nas linhas seguintes). Depois, o Parlamento Europeu adotou em 1.ª leitura, em 1/6/2023, alterações à Proposta [2022/0051 (COD)]. Deve no entanto notar-se que alguns Estados membros da UE avançaram medidas legislativas antes da Proposta de Diretiva. Designadamente a França, com uma lei de 27/3/2017 relativa ao «devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre», e a Alemanha, com a *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten*, de 16/7/2021.

¹⁷ Calcula-se que que serão abrangidas pela Diretiva apenas cerca de 13 000 empresas da UE e 4 000 empresas de países terceiros – «Exposição de motivos» da Proposta da Comissão, p. 18.

estão especialmente elencados na Parte I do Anexo I da Proposta, para que remete o art. 3.º, c).

Entre outros, aí se prevê o direito à vida, a proibição da tortura, de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o direito à liberdade e à segurança, a proibição de interferência com a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, o direito a gozar de condições de trabalho dignas, seguras e higiênicas e a uma remuneração que proporcione uma existência decente, o direito de acesso dos trabalhadores a alojamento adequado quando disponibilizado pela empresa e a alimentos, vestuário, água e saneamento adequados no local de trabalho, a proibição de trabalho infantil, a proibição de trabalho forçado ou obrigatório, o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas, em especial o direito à liberdade sindical, de negociação coletiva e de greve, a proibição de tratamento desigual no trabalho.

Como se vê, coexistem aqui com igual dignidade os direitos fundamentais *pessoais* (de tradição liberal) e os direitos fundamentais *sociais e dos trabalhadores* (às vezes designados de terceira geração).

Na Parte II do referido Anexo são estabelecidas as proibições e obrigações relacionadas com a *proteção do ambiente* a que se refere o art. 3.º, b), previstas em várias convenções internacionais.

Por exemplo, a proibição de, sem licença, importar, exportar, reexportar ou introduzir a partir do mar certos espécimes da fauna e flora selvagens ameaçados de extinção, a proibição de fabrico, importação e exportação de certos produtos com mercúrio adicionado, a proibição de tratamento de resíduos de mercúrio, a proibição de produção e utilização de produtos químicos poluentes orgânicos persistentes, a proibição de importação e exportação de certas substâncias que deterioram a camada de ozono, a proibição de exportação, verificadas certas circunstâncias, de resíduos perigosos ou outros resíduos, a obrigação de prevenir a poluição por navios.

Para cumprirem as obrigações em matéria de direitos humanos e de ambiente, as empresas hão de observar o «*dever de diligência*». O conteúdo deste dever é explicitado nos sete artigos da Proposta (5.º a 11) para que remete o art. 4.º/1.

No essencial, tal dever traduz-se na adoção de procedimentos e medidas adequados para *identificar* os efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e no ambiente relacionados com as operações da empresa, das filiais e/ou das empresas nas respetivas cadeias de atividades, *prevenir ou atenuar* os efeitos negativos potenciais e *fazer cessar ou minimizar* os efeitos negativos reais.

O incumprimento do dever de diligência pode levar à aplicação de sanções várias: de *natureza administrativa* (art. 20), e *responsabilidade civil* (art. 22).

Esta responsabilidade civil pressupõe o *facto ilícito e culposo* (doloso ou negligente) do incumprimento do dever de prevenir/atenuar efeitos negativos potenciais ou de fazer cessar/minimizar efeitos negativos reais; um *dano ou prejuízo* (patrimonial ou não patrimonial) sofrido por pessoas protegidas; e o *nexo de causalidade* entre aquele facto e o dano.

2.5.3. Apontamento sobre grupos de sociedades na Proposta

Nesta ocasião será oportuno acrescentar umas linhas acerca da disciplina dos *grupos de sociedades* na Proposta.

A empresa-mãe (normalmente sociedade também) define e aplica uma política em matéria de diligência para todo o grupo (art. 5.º, 1-A, em especial al. b)); deve identificar os efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos e ambiente relacionados com as operações das filiais (art. 6.º, 1 e 1-A), prevenir ou atenuar os efeitos negativos potenciais que tenham sido ou devessem ter sido identificados (art. 7.º, 1), fazer cessar ou minimizar os efeitos negativos reais que tenham sido ou devessem ter sido identificados (art. 8.º, 1); e deve avaliar periodicamente as operações e medidas das filiais a fim de verificar a eficácia da identificação, prevenção, atenuação, cessação ou minimização dos efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente (art. 10.º/1).

A fim de aumentar a eficácia do dever de diligência no âmbito dos grupos e reduzir os encargos para as empresas, o art. 4.º-A permite que as empresas-mãe abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva cumpram as obrigações estabelecidas nos arts. 5.º a 11 e no art. 15 em nome de empresas que sejam suas filiais igualmente abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva.

Consequências marcantes defluem desta disciplina, que significará igualmente um alargamento considerável na *harmonização comunitário-europeia do direito dos grupos empresariais*.¹⁸ Por um lado, consagra-se o *dever de diligência ou de cuidado* das empresas-mãe em matéria de direitos

¹⁸ Como é sabido, não há na UE harmonização geral do direito dos grupos. Embora tenha havido nos anos 70 e 80 anteprojetos de uma 9.ª diretiva em matéria de sociedades. Mas há harmonização em alguns setores. Um deles, muito relevante, é o do direito de defesa da concorrência – cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Os grupos de sociedades no direito dos cartéis da UE», *DSR* 29 (2023), p. 13, s.

humanos e ambiente *para com partes interessadas das sociedades filiais e a responsabilidade correspondente*. Mas também se consagra, por outro lado, e em contrapartida, o direito (o poder-dever) *de as empresas controladoras darem instruções vinculantes às controladas nessas matérias*.¹⁹

2.5.4. Dever de diligência das empresas e deveres dos órgãos sociais

Na Proposta de Diretiva, o dever de diligência impede diretamente sobre as sociedades (e outras empresas) e visa a satisfação de interesses (imediatamente) externos, interesses em primeira linha das pessoas que podem ser afetadas por efeitos negativos causados pelas sociedades. E as possíveis sanções recaem também diretamente nas sociedades.

Tudo isto, porém, se repercute no sistema de governação das sociedades. Quer no *órgão de administração e representação*, ao qual caberá definir e/ou propor e executar uma política de dever de diligência; quer no *órgão deliberativo interno*, que, segundo as possibilidades (maiores ou menores) de intervenção na gestão concedidas pelos ordenamentos nacionais²⁰, colaborará na definição daquela política, além de lhe competir controlar a atividade da administração; quer no *órgão de fiscalização* (quando exista), que vigiará a observância do dever de diligência e a eficácia dos sistemas de gestão de riscos correspondentes.

Importa realçar aqui os deveres resultantes para os administradores. *Deveres legais* em grande medida *específicos* ou concretos. Por conseguinte, a respeito dos fatores S (direitos humanos) e E (ambiente), os *poderes discricionários* dos administradores (das sociedades abrangidas pela Proposta) *diminuem significativamente ou deixam de existir*. Com efeito, se relativamente a determinados interesses difusos e dos *stakeholders*, a lei impõe procedimentos para os satisfazer e proíbe certas condutas, os administradores deixam de ter liberdade sobre *se ou em que medida* (em confronto com outros interesses divergentes) os vão satisfazer; no caso de não cum-

¹⁹ No caso de uma filial ser estrangeira (fora da UE), a lei respetiva pode proibir que a administração da sociedade-mãe dê (extra-organicamente) instruções à administração da filial. Mas, dado o poder de facto ou influência daquela e, em geral, a não ilegalidade das medidas protetoras dos direitos humanos e do ambiente no país terceiro, a sociedade-mãe terá a possibilidade (inclusive por via da assembleia geral da filial onde disporá, normalmente, de poder de voto maioritário) de dar e fazer implementar as referidas instruções.

²⁰ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Sobre la participación de los accionistas en la gestión social», em *Estudios de derecho de sociedades y de derecho concursal – Libro en homenaje al Profesor Jesús Quijano González* (coord. María Jesús Peñas Moyano), Ediciones Universidad de Valladolid, 2023, p. 193, s.

prirem esses deveres específicos, sujeitam-se a ser responsabilizados – logo perante a sociedade que, por mor do incumprimento, é sancionada e sofre por isso um dano.

Por aqui se vê a diferença entre os deveres legais específicos da sustentabilidade e os deveres legais gerais que têm informado o interesse social institucionalista de que falámos *supra*, no n.º 2.4.

3. «Neutralidade» da *corporate governance* perante finalidades da sustentabilidade?

Criticam alguns a Proposta da Diretiva porque, dizem, mistura as esferas da governação societária (que compete ao direito das sociedades, direito privado e para fins privados) e da diligência devida (que pertence ao domínio da regulação pública para proteção de terceiros ou objetivos públicos), produzindo uma politização ou publicização do direito societário.²¹

Mas as sociedades não são ilhas separadas do continente político-jurídico-social. O direito das sociedades não é simplesmente direito de organização e gestão «puras» ou «neutrais» relativamente a interesses gerais (perspetiva tradicional do *shareholder value*).²² As sociedades possuem forte projeção (bilateral) externa, têm «partes interessadas» (*stakeholders*) e produzem externalidades (também) negativas – não se confinam tão só aos sócios.

A autonomia privada e a autonomia pública devem conviver equilibradamente.²³ E se a prevenção e remédio das externalidades negativas das empresas relativamente a valores fundamentais como os direitos humanos e o ambiente não se bastam – como a experiência demonstra – com o funcionamento dos mercados (incluindo o «mercado dos contratos»),

²¹ V. p. ex. CARMEN ALONSO LEDESMA, «La propuesta de directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», em *Estudios de derecho de sociedades y de derecho concursal – Libro en homenaje al Profesor Jesús Quijano González* cit., p. 61, s., 71.

²² Cfr. MARC-PHILIPPE WELLER/NINA BENZ, «Klimaschutz und Corporate Governance», ZGR, 2022, p. 567, s., GREGOR BACHMANN, «Zielsetzung und Governance von Unternehmen im Lichte der Klimaverantwortung», ZHR (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht), 2023, p. 173, s.

²³ Cfr. STEFAN GRUNDMANN, «European Company Law in transformation – strive for participation and sustainability», *Yearbook of European Law*, 2023, p. 16-17. E, recorde-se, da localização doutrinária de uma disciplina no direito privado ou no direito público não se deduz uma regulação fechada em fronteiras intransponíveis, impermeável à intercomunicação das diversas áreas do direito e à unidade do sistema jurídico.

nem com a boa vontade dos agentes económicos, a *soft law* ou a autorregulação, dê-se então o passo (que a Proposta de Diretiva pretende dar) da *legislação imperativa*.²⁴

Incrementa-se assim o *princípio da legalidade* a que estava e estará (mais amplamente) sujeito o sistema de governação das sociedades. E é positivo que a definição dos objetivos de interesse geral (ou bem comum) não seja deixada à discricionariedade das empresas, antes ao poder político legitimado.

²⁴ Cfr. COUTINHO DE ABREU, «CSR...», p. 1093, s. Note-se que vai no mesmo sentido (embora com uma abrangência empresarial mais alargada), no âmbito das Nações Unidas, o *Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises* (Third Revised Draft 17.08.2021); os trabalhos foram iniciados em 2014. Ao invés, em alguns estados (de governo republicano) dos EUA está a aparecer legislação travando práticas de promoção dos fatores ESG – cfr., para o Texas, DANIEL G. GARRETT/IVAN T. IVANOV, «Gas, guns, and governments: financial costs of anti-ESG policies», 2023 (acessível em <https://ssrn.com/abstract=4123366>).

RESUMO: O presente estudo tem por objeto a descrição e a análise sucintas das principais iniciativas de digitalização do Direito das Sociedades no âmbito da União Europeia, dedicando uma especial atenção à mais recente “Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera as Diretivas 2009/102/CE e (UE) 2017/1132, no respeitante ao reforço da generalização e modernização da utilização de ferramentas e processos digitais no domínio do direito das sociedades”, de 29 de março de 2023.

Palavras-chave: Digitalização; Digitalização Societária; Direito Europeu das Sociedades.

ABSTRACT: This study aims to provide a brief description and analysis of the main initiatives for the digitalization of Company Law within the European Union, with special attention given to the latest Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, amending Directives 2009/102/EC and (EU) 2017/1132, as regards further expanding and upgrading the use of digital tools and processes in company law”, dated March 29, 2023.

Keywords: Digitalisation; Digitalisation of Company Law: European Company Law.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

Digitalização societária europeia A proposta de diretiva de 2023

I. Introdução

I. A *Revolução Digital*, que tem vindo a projetar-se sobre praticamente todas as áreas da atividade humana a partir dos inícios do séc. XXI, também chegou ao mundo do Direito¹. O Direito das Sociedades não constitui uma exceção a esta regra, já que são hoje cada vez mais numerosos os exemplos do impacto da revolução digital ou digitalização no domínio particular da regulação jurídica das sociedades comerciais, tanto ao nível nacional² como ao nível europeu e mundial.³

¹ WANDERWITZ, Maximilian, *Digitalisierung und Recht*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2024.

² Sobre a digitalização do direito societário português, vide BERNARDINO, F. Dinis, *Digitalização nas Sociedades Comerciais – Da Constituição à Responsabilidade dos Gestores*, Diss., Coimbra, 2021.

³ A literatura sobre o tema é já muito vasta. Entre tantos outros, podem confrontar-se ABRIANI, Niccolò/ COSTI, Renzo, *Diritto Societario, Digitalizzazione e Intelligenza Artificiale*, Giuffrè, Milano, 2023; BARTOLACELLI, Alessio, *A New Framework on Digitalisation in Euro-*

II. Também a *União Europeia* tem dedicado a esta temática uma crescente atenção. Os primeiros sinais articulados surgiram com a “Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa” de 2015, através da qual a Comissão Europeia definiu as linhas gerais da integração da economia e da sociedade digitais no mercado único, com vista designadamente a facilitar a expansão transfronteiriça das sociedades⁴. Este movimento seria posteriormente prosseguido através de outras iniciativas, como é o caso “Plano de Ação Europeu para a Administração Pública em Linha” de 2016, o qual viria a estar na base, designadamente, do Portal Europeu da Justiça e do sistema de interconexão dos registos comerciais das empresas⁵. O passo seguinte, especialmente relevante, consistiu no “Pacote Relativo ao Direito das Sociedades” de 2018: este pacote legislativo, que tinha em vista a alteração da “Diretiva de Codificação” de 2017 (Diretiva 2017/1132/UE, de 14 de junho), era constituído por uma proposta de Diretiva relativa às transformações, fusões e cisões transfronteiriças das sociedades (Diretiva 2019/2121/UE) e uma proposta de Diretiva relativa aos procedimentos e ferramentas digitais no âmbito das sociedades (Diretiva 2019/1151/UE)⁶. Em consonância com este objetivo de promoção da digitalização da economia em geral, e das sociedades comerciais em particular, a Comissão Europeia avançaria mais recentemente com novas iniciativas: tal o caso das comunicações relativas à “Digitalização da Justiça na União Europeia: Uma Panóplia de Oportunidades” de 2020, com o objetivo de acelerar a digitalização da justiça no contexto da crise pandémica⁷, e, muito em particular, as “Orientações para a Digitalização até 2030: A Via Europeia para

pean Company Law, in: 5 “Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations” (2018), 1-68; NAHARRO, M. Fuentes, *La Digitalización del Derecho de Sociedades*, Aranzadi/ Civitas, Madrid, 2023; OMLOR, Sebastian, *Digitalization and EU Company Law: Innovation and Tradition in Tandem*, in: 16 “European Company Law Journal” (2019), 6-12; SPINDLER, Gerald, *Digitalization and Corporate Law – A View from Germany*, in: 16 “European Company and Financial Law Review” (2019), 106-148; WEBER, Charlotte, *Digitalisierung im Gesellschaftsrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2021.

⁴ EUROPEAN COMMISSION (2015), “A Digital Single Market Strategy for Europe”, in: COM(2015) 192 final. Sobre esta estratégia, vide DIAS, F. Ferreira, *O Mercado Único Digital Europeu*, in: I “Análise Europeia – Revista da Associação Portuguesa de Estudos Europeus” (2016), n.º 2, 17-41.

⁵ EUROPEAN COMMISSION (2016), “EU eGovernment Action Plan 2016-2020: Accelerating the Digital Transformation of Government”, in: COM(2016) 179 final.

⁶ Sobre este pacote legislativo, comumente conhecido como “Company Law Package”, vide TEICHMANN, Christoph, *The Company Law Package – Content and State of Play*, in: 16 “European Company and Financial Law Review” (2019), 3-14.

⁷ EUROPEAN COMMISSION (2020), “Digitalisation of Justice in the European Union: A Toolbox of Opportunities”, in: COM(2020) 710 final.

a Década Digital” de 2021, onde voltou a enfatizar a transformação digital das empresas como um objetivo regulatório central.⁸

III. O presente estudo tem fundamentalmente por objetivo a descrição e a análise sucintas das principais iniciativas de digitalização do Direito das Sociedades no âmbito da União Europeia: por *digitalização societária* designamos aqui a utilização de procedimentos e de ferramentas digitais no respeitante à regulação jurídica das sociedades comerciais⁹. Uma especial atenção será dada à mais recente iniciativa na matéria: falamos da “*Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera as Diretivas 2009/102/CE e (UE) 2017/1132, no respeitante ao reforço da generalização e modernização da utilização de ferramentas e processos digitais no domínio do direito das sociedades*”, de 29 de março de 2023.

IV. A utilização destes procedimentos e ferramentas digitais possui várias *vantagens*: ela permite a realização de um conjunto vasto de operações relativas ao nascimento, vida e morte das sociedades de forma mais fácil, rápida e barata (pense-se, por exemplo, na constituição de uma sociedade ou no registo de uma sucursal integralmente em linha); ela permite efetuar o registo e a publicidade em linha da informação societária, no interesse das próprias sociedades (a quem se tornou assim possível hoje realizar “online” os seus pedidos de registo por transcrição e depósito relativos a uma enorme variedade de operações, v.g., alteração dos estatutos, composição dos órgãos sociais, cisões, transformações, dissoluções, liquidações) e dos terceiros em geral (que podem hoje aceder facilmente a informações completas sobre as sociedades mediante a consulta da certidão permanente do registo comercial); e ela permite ainda o acesso e o cruzamento transfronteiriço das informações relativas às sociedades, bem como o reforço das garantias contra a fraude e a falsificação de documentos e outros abusos, hoje indispensáveis para o funcionamento do próprio mercado único europeu.

II. A Digitalização Societária no Direito Português (breve nota)

I. Antes, porém, de proceder à análise da digitalização societária europeia, uma brevíssima nota sobre a *digitalização do direito das sociedades* por-

⁸ EUROPEAN COMMISSION (2021), “2030 Digital Compass: The European Way for the Digital Decade”, in: COM(2021) 118 final.

⁹ Sobre esta noção estrita adotada pelo legislador europeu, vide ainda *infra* III-1 e V.

tuguês – a qual, em diversos aspetos, foi mesmo anterior aos imperativos de harmonização do legislador europeu. A utilização de tecnologias digitais tem vindo progressivamente a estender-se a vários aspetos do regime jurídico português das sociedades comerciais, sendo hoje possível identificar cinco áreas principais de incidência: a constituição, a publicidade, a governação, as reorganizações e os ativos societários.

II. No que diz respeito à *constituição societária*, importa referir a existência de um sistema de constituição integralmente em linha das sociedades anónimas e por quotas desde 2006 (instituído através do Decreto-Lei n.º 125/2006 e Portaria n.º 657-C/2006, ambos de 29 de junho) e de constituição (“rectius”, registo) integralmente em linha das sucursais de sociedades estrangeiras desde 2021 (instituído através do Decreto-Lei n.º 109-D/2021, de 9 de dezembro).¹⁰

III. No que diz respeito à *publicidade societária*, é consabido que Portugal dispõe um sistema de registo comercial e de publicidade eletrónica de informação societária (também iniciado desde cedo). Desde 2005, os atos societários sujeitos a publicação obrigatória passaram a ser publicados num sítio da internet com acesso público, em vez do Diário da República (art. 167.º do CSC, art. 70.º, n.º 2 do CRC, Portaria n.º 590-A/2005, de 14 de julho). E multiplicam-se os eventos de prestação de informação através de meios ou canais eletrónicos sobre uma variedade de matérias societárias, tanto no CSC como noutras leis, v.g., contas sociais (arts. 66.º-B, n.º 9, b), 70.º, n.º 2, 508.º-E, n.º 2, 508.º-G, n.º 9, b) do CSC), fusões (art. 101.º, n.os 3, 4 e 6 do CSC), etc.¹¹

IV. No que diz respeito ao *governo societário*, a lei portuguesa introduziu gradualmente regras habilitadoras da utilização de ferramentas digitais no funcionamento interno das sociedades. Pense-se, por exemplo, na possibilidade de realização de reuniões virtuais ou telemáticas dos órgãos sociais: salvo disposição em contrário dos estatutos, as assembleias gerais de acionistas e as reuniões do conselho de administração podem ser organizadas totalmente em linha (arts. 377.º, n.º 6, b) e 410.º, n.º 8 do CSC)¹². Outros exemplos são a convocação eletrónica das reuniões dos

¹⁰ Cf. *infra* III-3 (IV).

¹¹ Cf. ainda *infra* III-3 (VI).

¹² Sobre o ponto, vide DINIS, M. Conceição, *Da Admissibilidade da Aplicação do Sistema de Video-Conferência às Assembleias Gerais das Sociedades Anónimas*, in: 8 “Revista do CEJ” (2006), 177-219; DOMINGUES, P. Tarso, *Os Meios Telemáticos no Funcionamento dos Órgãos*

órgãos sociais (art. 377.º, nos 3 a 5 do CSC), a divulgação eletrónica de informações aos acionistas (arts. 288.º, n.º 4 e 289.º, n.º 3, b) do CSC, art. 21.º-J do CVM), a divulgação eletrónica das atas (art. 23.º-D do CVM), a admissibilidade do voto eletrónico (incluindo o voto por correspondência ou o voto remoto online: cf. art. 377.º, n.º 5, f) do CSC, art. 22.º-A do CVM) e as condições concomitantes do seu exercício (arts. 21.º-F, n.º 1, 21.º-I, n.º 3, 26.º-L do CVM), ou a assinatura dos membros dos órgãos de administração societária (através do Sistema de Certificação de Atributos Profissionais: cf. art. 546.º do CSC).¹³

V. No que diz respeito às *reorganizações societárias*, a lei portuguesa dispõe também ainda algumas regras específicas dignas de menção. Pense-se, designadamente, nas fusões e cisões de sociedades (as quais podem ser operadas através de modelos eletrónicos: cf. art. 98.º, n.º 4 do CSC, Portaria n.º 1256/2009, de 14 de outubro)¹⁴ e nas dissoluções e liquidações de sociedades (pedido eletrónico de registo por transcrição: cf. arts. 3.º, n.º 1, r) e s), 53.º-A e 113.º do CRC, Portaria n.º 1416-A/2006, de 19 de dezembro).¹⁵

Sociais, in: "Reformas do Código das Sociedades", 87-118, Almedina, Coimbra, 2007. Refira-se que esta temática adquiriu um relevo especial no âmbito da crise pandémica de 2020, por força de determinadas normas transitórias (art. 5.º do Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março) (cf. DOMINGUES, P. Tarso, *A Covid -19 e a (Re)Descoberta do Regime Relativo ao Uso de Meios Telemáticos no Funcionamento dos Órgãos Sociais*, in: 80 "Revista da Ordem dos Advogados" (2020), 275-305; LOPES, J. Costa, *Covid-19: Impacto no Governo Societário*, in: II "Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais" (2020), 143-153).

¹³ Sobre alguns destes preceitos, vide LEITÃO, L. Menezes, *Voto por Correspondência e Realização Telemática de Reuniões dos Órgãos Sociais*, in: 24 "Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários" (2004), 256-260; MARTINS, A. Soveral, *Artigos 288 e 289 (Direito à Informação)*, 213 e 224, in: "Código das Sociedades Comerciais em Comentário", vol. V, 2.ª edição, 204-214 e 215-226, Almedina, Coimbra, 2018.

¹⁴ Este afã de celeridade, aparentemente subjacente a tais modelos de projetos de fusão ou cisão, afigura-se-nos algo equivocado: constituindo a fusão e até a cisão operações de reorganização societária de primeira grandeza, que usualmente envolvem médias e grandes empresas, e onde as necessidades de segurança do trânsito jurídico sobrelevam sobre quaisquer outras, não serão numerosos os casos em que tais "templates" estandardizados revelar-se-ão de alguma utilidade, além de se poder sempre questionar (sobretudo atento que o registo da fusão é hoje um mero registo por depósito: cf. art. 53.º-A, n.º 5, a) do CRC) se aquilo que se ganhou em simplicidade e rapidez não se terá perdido em certeza e segurança jurídicas. Cf. ANTUNES, J. Engrácia, *Direito das Sociedades*, 460, 11.ª edição, Porto, 2023.

¹⁵ Nas sociedades anónimas e por quotas, é possível requerer por via eletrónica o pedido de registo por transcrição da dissolução, com ou sem nomeação de liquidatário, do encerramento da liquidação, e da dissolução com encerramento da liquidação e requerimento

VI. Finalmente, no que diz respeito às projeções jussocietárias de *novas tecnologias*, tais como o registo distribuído (em particular, a “Blockchain”) e a inteligência artificial, elas constituem hoje ainda, no essencial, mera futurologia no plano jurídico-positivo português. Uma exceção é a eventual admissibilidade das *moedas digitais* como objeto da entrada dos sócios, tais como a “Bitcoin” ou outras criptomoedas (a qual, a ser admitida, apenas se afigura poder ser qualificada e tratada como uma entrada em espécie, em face do disposto no art. 14.º do CSC).¹⁶

III. A Digitalização Societária no Direito Europeu

1. Noção Geral. Principais Etapas

I. Tal como logo no início foi colocado em destaque, o direito europeu acolheu uma noção estrita de digitalização societária: com efeito, tal como resulta das epígrafes tanto da Diretiva de 2019 como da Proposta de Diretiva de 2023, trata-se fundamentalmente de disciplinar a “utilização de procedimentos e de ferramentas digitais no domínio das sociedades comerciais”.¹⁷

II. O conceito de digitalização, que pode ser utilizado em vários sentidos, significa num sentido basilar a passagem dos dados físicos para o meio digital: de um modo algo simplista, trata-se de transformar a pilha de documentos que temos em cima da mesa ou o conjunto de informações escritas num papel para o formato digital.¹⁸

inicial para extinção imediata de sociedade. Cf. LOPES, J. Seabra, *Direito dos Registos e do Notariado*, 215 e ss., 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

¹⁶ Sobre as moedas virtuais, vide em geral ANTUNES, J. Engrácia, *As Criptomoedas*, in: 81 “Revista da Ordem dos Advogados” (2021), 119-187; sobre as entradas criptomonetárias, ANTUNES, J. Engrácia, *Direito das Sociedades*, 422 e s., 11.ª edição, Porto, 2023.

¹⁷ Diretiva 2019/1151/UE, do Parlamento e do Conselho de 20 de junho, que altera a Diretiva 2017/1132 no respeitante à utilização de ferramentas e procedimentos digitais no domínio do direito das sociedades; Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de março de 2023, que altera as Diretivas 2009/102/CE e (UE) 2017/1132, no respeitante ao reforço da generalização e modernização da utilização de ferramentas e processos digitais no domínio do direito das sociedades (itálicos nossos).

¹⁸ A digitalização assenta, pois, no uso da tecnologia digital: esta tecnologia consiste basicamente em transformar qualquer dado físico (v.g., texto, som, imagem, etc.) numa linguagem de números (códigos binários 0 e 1) que depois são lidos por dispositivos especiais, que designamos de computadores. Cf. DORNBURGER, Rolf/ INGLESE, Terry/ KORKUT, Safak/ ZHONG, V. Jia, *Digitalization: Yesterday, Today and Tomorrow*, in: Dornberger, R. (ed.),

Apesar de, algo surpreendentemente, o legislador europeu não ter previsto ou consagrado qualquer noção expressa de digitalização societária, não se podem suscitar dúvidas que este acolheu *uma noção estrita e minimalista de digitalização*. Isso mesmo transparece claramente dos estudos preparatórios da Comissão Europeia na matéria, que antecederam e estiveram na base das referidas iniciativas daquele legislador: assim, aí se afirma que o termo «digitalização» «refere-se à representação escrita ou sonora de comunicações por meios eletrónicos, bem como à transmissão e armazenamento dessas comunicações por via eletrónica, incluindo o acesso e a recuperação dessas comunicações a partir desse armazenamento»¹⁹; ou ainda que a «digitalização do direito das sociedades» designa «as alterações nos procedimentos relacionados com o direito das sociedades que permitem passar de processos em suporte papel, onde é necessária a presença física perante uma autoridade, para processos em integralmente em linha».²⁰

III. A digitalização societária europeia teve, até ao momento, 3 fases ou etapas fundamentais:

- uma fase embrionária iniciada com a aprovação da Diretiva 2017/1132/UE, que designaremos *digitalização 0.0*;
- uma fase subsequente, decorrente da aprovação da Diretiva 2019/1151/UE, que veio dar um grande impulso nesta matéria, que designaremos *digitalização 1.0*;

“Business Information Systems and Technology 4.0. Studies in Systems, Decision and Control”, 1-11, Springer, Cham, 2018.

¹⁹ “In the context of this report, the term «Digitalisation» refers to the representation of communication in writing or sound by electronic means, as well as the transmission and storage of such communications electronically, including access and retrieval of these communications from such storage” (*Assessment of the Impacts of Using Digital Tools in the Context of Cross-Border Company Operations – Final Report*, 16, Brussels, 2017). Definição exatamente idêntica tinha sido já acolhida nos trabalhos do INFORMAL COMPANY LAW EXPERT GROUP, *Report on Digitalization in Company Law*, 6, Brussels, 2016 (in: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/icleg-report-on-digitalisation-24-march-2016_en.pdf).

²⁰ “«Digitalisation of company law»: changes in the Company law related procedures to move from paper-based processes where a physical presence before an authority is required, to end-to-end direct online ones” (*Study in Digitalisation of Company Law*, 10, Brussels, 2018). No mesmo sentido, vide ainda KNAPP, Vanessa, *What Are the Issues Relating to Digitalisation in Company Law?*, In-Depth Analysis, 2016 (in: <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/556961/>).

– e, finalmente, a recente Proposta de diretiva de 29 de março de 2023, de que nos ocuparemos em particular neste estudo, que designaremos *digitalização 2.0*.²¹

2. Digitalização 0.0: A Diretiva 2017/1132/UE

I. Tal como é do conhecimento geral, o direito societário europeu está hoje harmonizado numa parte significativa por força de uma Diretiva fundamental: a Diretiva 2017/1132/UE, de 14 de junho, justamente apelidada de “Diretiva Codificação”.²²

II. Na sua versão originária, esta diretiva continha já algumas *disposições esparsas e rudimentares* em matéria da digitalização societária. Tal o caso, por exemplo, da consagração das publicações obrigatórias das sociedades em formato eletrónico (art. 16.º), do acesso a cópias eletrónicas dos documentos e informações societárias (art. 18.º) e do sistema de interconexão dos registos, consistente numa plataforma eletrónica destinada a assegurar a interoperabilidade dos registos comerciais dos Estados-Membros e o acesso dos utilizadores a informação normalizada (art. 22.º).²³

III. Talvez seja oportuno precisar que, dada a sua vocação codificadora, algumas destas disposições são anteriores à própria Diretiva, pois já se encontravam previstas na *Diretiva 2009/1011/CE*, relativa à publicidade, vinculação e nulidade das sociedades (v.g., art. 4.º-A), que aquela viria precisamente revogar e substituir. Além disso, não se pode escamotear a existência de diversas referências normativas previstas noutras Diretivas societárias, tais como a *Diretiva 2013/34/UE*, de 26 de junho, relativa às

²¹ Cf. *infra* IV.

²² In: JO L 169, de 30 de junho de 2017, pp. 46-117. Esta Diretiva veio revogar, substituir e compilar um conjunto de anteriores diretivas em matéria de sociedades, entre as quais as (comummente designadas) 1.ª Diretiva (Diretiva 2009/101/CE, relativa à publicidade, vinculação e nulidade das sociedades), 2.ª Diretiva (Diretiva 2012/30/CE, relativa ao capital social), 3.ª Diretiva (Diretiva 2011/35/CE, relativa às fusões), 6.ª Diretiva (Diretiva 82/891/CE, relativa às cisões), 10.ª Diretiva (Diretiva 2005/56/CE, relativa às fusões transfronteiriças) e 11.ª Diretiva (Diretiva 2009/102/CE, relativa à publicidade das sucursais). Cf. KINDLER, Peter/ LIEDER, Jan, *European Corporate Law – Article-by-Article Commentary*, 65 e ss., Beck/Hart/Nomos, München/ Oxford/ Baden-Baden, 2021.

²³ Sobre tais disposições, vide KINDLER, Peter/ LIEDER, Jan, *European Corporate Law – Article-by-Article Commentary*, 129 e ss., 136 e ss., 139 e ss., Beck/Hart/Nomos, München/ Oxford/ Baden-Baden, 2021.

demonstrações financeiras anuais – que contempla a apresentação eletrônica das demonstrações financeiras (art. 4.º, n.º 8) ou o formato eletrônico único de comunicação de informações (art. 29.º-D) – e a *Diretiva 2007/36/CE, de 11 de julho*, relativa aos direitos dos acionistas das sociedades cotadas – que prevê o exercício do direito de voto por meios eletrônicos (art. 3.º-C) e a divulgação por meios eletrônicos da estratégia de investimento dos investidores institucionais (art. 3.º-H, n.º 3).

3. Digitalização 1.0: A Diretiva 2019/1151/UE

I. Esta digitalização societária incipiente viria a sofrer uma significativa expansão com a aprovação da Diretiva 2019/1151/UE, de 20 de junho, a qual veio alterar a Diretiva 2017/1132 “no respeitante à utilização de ferramentas e procedimentos digitais no domínio do direito das sociedades”.²⁴

II. Esta diretiva – que teve a sua origem no *Company Law Package* de 2018²⁵ – veio consagrar, pela primeira vez, um conjunto próprio e articulado de disposições relativas à digitalização das sociedades – ou, como ela própria se autodenominou, à utilização de ferramentas e procedimentos digitais no domínio do direito das sociedades. Essas disposições consistiram essencialmente na introdução de um novo conjunto de preceitos (arts. 13.º-A a 13.º-J, arts. 16.º e 16.º-A, arts. 28.º-A a 28.º-C), além da revisão de outros preceitos já existentes, relativos à constituição em linha

²⁴ Sobre esta Diretiva, vide RAMOS, M. Elisabete/ MARTINS, A. Soveral, *Breve Nota sobre a Diretiva (UE) 2019/1151, de 20 de junho de 2019*, in: 22 “Direito das Sociedades em Revista” (2019), 257-273. Para mais desenvolvimentos, noutras latitudes, pode confrontar-se EICHHORN, Peter, *Digitalisierung im Gesellschaftsrecht – Eine Untersuchung der Richtlinie (EU) 2019/1151 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2022; NAHARRO, M. Fuentes, *La Digitalización del Derecho de Sociedades: La Directiva 2019/1151 y su Trasposición al Derecho Español*, Aranzadi/ Civitas, Madrid, 2023; OMLOR, Sebastian, *Digitalization and EU Company Law: Innovation and Tradition in Tandem*, in: 16 “European Company Law Journal” (2019), 6-12; SQUARCINA, Martina, *La Nuova Direttiva sulla Digitalizzazione del Diritto Societario*, Diss., Padova, 2019; WEBER, Charlotte, *Digitalisierung im Gesellschaftsrecht: Die elektronische Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2021.

²⁵ O “Company Law Package” de 2018 incluiu a Diretiva 2019/1151/UE, de 20 de junho, na parte respeitante à utilização de ferramentas e procedimentos digitais no domínio do direito das sociedades, e a Diretiva 2019/2121/UE, de 27 de novembro, na parte respeitante às transformações, fusões e cisões transfronteiriças. Sobre este pacote legislativo, vide TEICHMANN, Christoph, *The Company Law Package – Content and State of Play*, in: 16 “European Company and Financial Law Review” (2019), 3-14.

de sociedades, aos modelos societários constitutivos, à apresentação em linha de documentos e informações, e à inibição do exercício do cargo de administradores, entre outros.²⁶

III. *Quais os aspectos principais desta diretiva e qual o estado da sua transposição em Portugal?* Antes de responder sucintamente a esta questão, refiram-se os seguintes aspectos preliminares: “primus”, o direito português já se encontrava, em vários aspectos, alinhado com os imperativos de harmonização que vieram a resultar da Diretiva de 2019; “secundus”, a circunstância de o período de implementação da diretiva ter coincidido com o período da pandemia Covid veio colocar ainda mais em destaque a importância da digitalização do direito das sociedades, tendo mesmo dado origem, em particular, a regimes societários digitais especiais e temporários.²⁷

IV. Em primeiro lugar, a Diretiva de 2019 veio instituir a obrigatoriedade de os Estados-Membros assegurarem a *constituição de sociedades por quotas integralmente em linha*, deixando ainda àqueles a possibilidade de estenderem este procedimento de constituição às sociedades anónimas (art. 13.º-G, n.º 1).²⁸

Ora, tal como já atrás foi referido, Portugal dispõe desde 2006 de um sistema de constituição integralmente em linha de sociedades anónimas e por quotas, cujas entradas sejam realizadas em dinheiro ou em bens cuja transmissão não exija forma legal solene (Decreto-Lei n.º 125/2006 e Portaria n.º 657-C/2006, ambos de 29 de junho)²⁹. Este sistema – vul-

²⁶ Os artigos citados doravante sem indicação da fonte são relativos aos preceitos da Diretiva de Codificação, na nova versão alterada resultante da referida Diretiva 2019/1151/UE.

²⁷ Vejam-se, por exemplo, o art. 5.º da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março (reuniões telemáticas de órgãos sociais) ou os arts. 6.º e 7.º do Decreto-Lei n.º 16/2020, de 15 de abril (pedidos de registo efetuados online por sociedades comerciais ou civis sob forma comercial). Cf. ABREU J. Coutinho, *Covid e o (Ir)Regular Funcionamento das Sociedades*, in: Godinho, I./ Castro, M. (eds.) “Covid 19 e o Direito”, 93-96, Ed. Universitárias Lusófonas, Lisboa, 2021.

²⁸ Sobre a constituição societária online na Diretiva de 2019, vide NOACK, Ulrich, *Online-Gründung von Kapitalgesellschaften in Europa – Der neue Richtlinienvorschlag im Company Law Package*, in: 22 “Der Betrieb” (2018), 1324-1329; KINDLER, Peter/ JOBST, Simon, *Die Online-Gründung nach dem Company Law Package – Chancen und Risiken bei der Umsetzung ins deutsche Recht*, in: “Der Betrieb” (2019), 1550-1555; TEICHMANN, Christoph, *Digitale Gründung von Kapitalgesellschaften nach dem EU-Company Law Package*, in: 51/52 “Zeitschrift für Insolvenzpraxis” (2018), 1-9; ZANARDO, Alessandra, *Costituzione Online e Costituzione Standardizzata di Società di Capitali*, esp. 140 e ss., Giappichelli, Torino, 2022.

²⁹ Sobre a constituição societária online no direito português, vide EÇA, F. Almeida, *Registos Online*, 27 e ss., 33 e ss., Almedina, Coimbra, 2008; LOPES, J. Seabra, *Direito dos Registos e do Notariado*, 232 e ss., 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023; RAMOS, M. Elisabete, A

garmente designado “*Empresa Online*” e que se encontra disponível através da plataforma digital “EPortugal” – é muito anterior à diretiva e tem registado um sucesso assinalável: ilustrativo disto mesmo é o facto de, das sociedades constituídas em Portugal durante o ano de 2023 (49 236), 62% terem sido criadas através deste sistema (30 527), contra 33% do sistema “empresas na hora” (16 248) e apenas 5% do sistema tradicional (2 461)³⁰. Merece ainda destaque o lançamento recente de uma nova versão desta modalidade constitutiva, designada “*Empresa Online 2.0*”, que alegadamente permite a criação societária em linha num espaço de 30 minutos³¹. Esta versão inclui novas funcionalidades tais como a assinatura digital dos estatutos sociais, a disponibilização de meios de pagamento diversos (por exemplo, “MBWay”), a minimização dos dados necessários para a constituição (de acordo com o princípio “only once”, segundo o qual os utilizadores não necessitam de fornecer à Administração Pública os dados que esta já dispõe sobre si, v.g., bastando a autorização de dados pré-preenchidos a partir das bases de dados disponíveis), a interoperabilidade com outras entidades (por exemplo, Autoridade Tributária, Segurança Social, etc.), a realização do Registo do Beneficiário Efetivo, e a possibilidade de consulta de todas as futuras interações da sociedade com a Administração Pública.

V. Em segundo lugar, a diretiva previu ainda a obrigatoriedade de os Estados-Membros criarem um sistema de *registo online de sucursais de sociedades de outros Estados-Membros* (arts. 28.º-A a 35.º).

Portugal encontra-se *parcialmente alinhado* com a Diretiva nesta matéria. Com efeito, o Decreto-Lei n.º 109-D/2021, de 9 de dezembro, veio instituir entre nós um “regime de registo online de representações perma-

Simplificação dos Processos de Constituição de Sociedades: O Que Mudou nos Últimos 30 Anos?, 134 e ss., in: VIII “Direito das Sociedades em Revista” (2016), 106-155; SILVA, A. Oliveira, *Manual do Registo Comercial*, 219 e ss., Primeira Edição, Gaia, 2022.

³⁰ In: <https://partilha.justica.gov.pt/Transparencia/Dados-e-Estatisticas#&tematica=Empresas> (dados a 31 de dezembro de 2023). Igualmente importante é o sistema da “*empresa na hora*”: instituído através do Decreto-Lei n.º 111/2005, de 8 de julho e das Portarias n.º 590-A/2005, de 14 de julho e n.º 3/2009, de 2 de janeiro, constitui um sistema de constituição imediata em bases físicas, que precedeu o sistema “*empresa online*” (MARTINS, A. Soveral, “*Empresas na Hora*”, in: IDET, “Temas Societários”, n.º 2, 78-105, Almedina, Coimbra, 2006). Tenha-se ainda presente que estes diplomas legais permitem a aquisição “online” simultânea do registo de marca (“*marca na hora*”: cf. art. 15.º do Decreto-Lei n.º 111/2005, de 8 de julho, art. 14.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 125/2006, de 29 de junho).

³¹ Cf. INSTITUTO DOS REGISTOS E DO NOTARIADO, *Como Criar uma Empresa Online* (in: https://justica.gov.pt/Guias/Como-criar-uma-empresa-online?pk_vid=755f5ca0a0b1e1091704482950f5).

nentes de sociedades com sede no estrangeiro". Atendendo às formulações indiferenciadas do legislador português, dir-se-ia ter este ido mais longe do que o legislador europeu o impunha, dado que se refere às sucursais de sociedades em geral (ao contrário da diretiva, que se limita às sociedades anónimas, por quotas e em comandita por ações) com sede no estrangeiro (também ao contrário da diretiva, que se limita às sucursais de sociedades regidas pela lei de outro Estado-Membro): todavia, qualquer que tenha sido a forma que o legislador nacional se encontrou para se expressar, a verdade é que jamais poderá ser essa a interpretação correta, como resulta dos preceitos consagrados no CRC em sede do registo definitivo da criação e encerramento de representação permanente de sociedade portuguesa por quotas, anónima e em comandita por ações efetuado noutro Estado-Membro (arts. 67.º-B). Já em contrapartida, como atrás se sublinhou, o alinhamento da lei nacional com os imperativos comunitários é apenas parcial, dado que, até à presente data, o registo da "sucursal online" ainda não entrou em aplicação: com efeito, tal registo ainda foi objeto de regulamentação (tal como previsto no art. 7.º Decreto-Lei n.º 109-D/2021, de 9 de dezembro), nem tão pouco foi implementada uma plataforma digital dedicada ao mesmo.³²

VI. Em terceiro lugar, a diretiva impõe que os Estados-Membros assegurem que as *informações e os documentos de publicação obrigatória* pelas sociedades possam ser apresentadas integralmente em linha (art. 13.º-J).

Ora, Portugal dispõe de um sistema de *publicidade online dos atos relativos a sociedades de publicação obrigatória*, através de um sítio da "internet"

³² Recorde-se que, nos termos do art. 4.º do CSC, as sociedades que, não tendo em Portugal a sua sede estatutária ou efetiva, pretendam exercer no território português as suas atividades por período superior a um ano, deverão instituir uma representação permanente (art. 4.º, n.º 1 do CSC, arts. 10.º, c) e d), 10.º-A, 40.º, n.º 2 e 67.º-B do CRC, arts. 4.º, n.º 1, b) e 7.º do Regime do RNPC) (DIAS, R. Pereira, *Artigo 4.º (Sociedades com Atividade em Portugal)*, in: "Código das Sociedades em Comentário", vol. I, 92-95, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021; MENDES, J. Maria, *Constituição de Sociedades por Quotas e Anónimas – Abertura de Representação de Sociedade Estrangeira*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006; PINHEIRO, L. Lima, *O Direito Aplicável às Sociedades*, 714 e ss., in: 58 "Revista da Ordem dos Advogados" (1998), 673-777; VASCONCELOS, P. País, *Sociedades Comerciais Estrangeiras*, espec. 119 e ss., Almedina, Coimbra, 2015). De modo paralelo àquilo que virámos suceder com as sociedades (cf. *supra* nota 30), o legislador português instituiria também um sistema de "sucursais na hora" (Decreto-Lei n.º 73/2008, de 16 de abril): tal sistema, antecedente da "sucursal online", consiste num regime especial de criação imediata em bases físicas de representações permanentes em Portugal de sociedades comerciais com sede no estrangeiro, que abrange igualmente outros tipos de empresas (cooperativas, agrupamentos complementares de empresas e agrupamentos europeus de interesse económico).

ou plataforma digital específica de acesso público gerida pelo Instituto dos Registos e do Notariado (<http://publicacoes.mj.pt>) (art. 167.º, n.º 1 do CSC, art. 70.º, n.º 2 do CRC, Portaria n.º 590-A/2005, de 14 de julho, com as alterações subsequentes)³³. Além disso, as sociedades e demais interessados podem hoje realizar os seus *pedidos online de registo por transcrição e depósito* relativos a uma enorme variedade de atos e operações societárias, v.g., alteração dos estatutos, do capital social, dos órgãos sociais, de fusões, cisões, transformações, dissoluções e liquidações (art. 113.º do CRC, art. 4.º e segs. do Regulamento do Registo Comercial, Portaria n.º 1416-A/2006, de 19 de dezembro)³⁴. Chama-se ainda a atenção para a existência de outros serviços de publicidade e informação online relevantes também (e sobretudo) para as sociedades comerciais, tais como a *certidão permanente do registo comercial* – que contém em suporte eletrónico e em versão portuguesa ou inglesa, informação atualizada em tempo real relativa a todos os registos em vigor, bem como a menção de todos os pedidos de registo pendentes, respeitantes a determinada entidade (arts. 14.º e segs. da Portaria n.º 1416-A/2006, de 19 de dezembro)³⁵ –, a *informação empresarial simplificada (IES)* – que permite às sociedades prestar de forma agregada e simultânea, numa plataforma eletrónica dedicada gerida pela Autoridade Tributária, a informação de natureza contabilística, fiscal e estatística a que se encontram obrigadas (Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de janeiro)³⁶ – e o *dossier eletrónico da empresa (DEE)* – que visa agregar numa única plataforma ou sítio eletrónico, também gerido pela

³³ HENRIQUES, Sofia, *Artigo 167.º (Publicações Obrigatórias)*, in: “Código das Sociedades Comerciais Anotado”, 676-677, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022; MARTINS, A. Soveral, *Artigo 167.º (Publicações Obrigatórias)*, in: “Código das Sociedades Comerciais em Comentário”, 841-844, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021.

³⁴ ANTUNES, J. Engrácia, *O Registo Comercial*, 327, in: 77 “Revista da Ordem dos Advogados” (2017), 301-366; LOPES, J. Seabra, *Direito dos Registos e do Notariado*, 215 e ss., 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2023.

³⁵ Destaque merecem ainda a *certidão permanente do pacto social atualizada* (que reproduz, em suporte eletrónico, a última versão dos estatutos sociais entregue por entidade inscrita no registo comercial: cf. art. 1.º, b) da Portaria n.º 285/2012, de 20 de setembro) e a *certidão permanente de prestação de contas* (disponibilizada gratuitamente e relativa a cada registo de prestação de contas de entidades constantes da Base de Dados das Contas Anuais: cf. art. 10.º, n.º 4 do Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de janeiro). Sobre estas certidões eletrónicas, vide ANTUNES, J. Engrácia, *O Registo Comercial*, 333 e s., in: 77 “Revista da Ordem dos Advogados” (2017), 301-366; D'EÇA, F. Almeida, *Registros Online*, 211 e ss., Almedina, Coimbra, 2009.

³⁶ ANTUNES, J. Engrácia, *Direito da Contabilidade*, 48 e ss., Almedina, Coimbra, 2018; NEVES, C. Bastos, *Manual de Preenchimento da IES: Informação Empresarial Simplificada/ Declaração Anual*, Vida Económica, Porto, 2015.

Autoridade Tributária, a informação dos serviços do ePortugal Empresas, Certidão Permanente, Empresa Online, Licenciamento Industrial e Registo Comercial.³⁷

VII. Finalmente, a Diretiva de 2019 impõe ainda aos Estados-Membros o dever de assegurar a existência de normas em matéria de *inibição dos administradores* que incluam a possibilidade de ter em consideração a inibição em vigor ou informações relevantes para a inibição num outro Estado-Membro, “maxime” de recusar a sua nomeação como administrador (art. 13.º-I, n.º 1); e ainda o dever de assegurar a existência de mecanismos de intercâmbio de informação sobre pessoas sobre as quais incida uma inibição para o exercício do cargo de administrador (art. 13.º-I, n.os 3 e 4).

Portugal encontra-se igualmente alinhado com os imperativos de harmonização europeu. Desde logo, relativamente ao primeiro dever, o legislador português, prevalecendo-se da faculdade concedida pelo n.º 2 do art. 13.º-I da Diretiva³⁸, veio consagrar uma espécie de *sistema de “auto controlo” das inibições*, ao determinar que, para efeitos do registo da designação de gerentes ou administradores de sociedades, “deve ser apresentado documento comprovativo da designação e, quando deste não constem, declaração de aceitação da designação e declaração da qual conste não terem conhecimento de circunstâncias suscetíveis de os inibir para a ocupação do cargo” (arts. 252.º, n.º 3 e 391.º, n.º 2 do CSC)³⁹. Por outro lado, relativamente ao segundo dever, o legislador português veio dar-lhe cumprimento muito recentemente através da criação de uma “base de dados de

³⁷ Esta ferramenta eletrónica permite ainda o acompanhamento dos pedidos e serviços realizados ou em curso, a entrega de elementos adicionais, bem como a atualização dos seus dados pessoais.

³⁸ “Os Estados-Membros podem exigir que as pessoas que se candidatem ao cargo de administrador declarem se têm conhecimento de circunstâncias que possam conduzir à inibição no Estado-Membro em causa”. Cf. ainda RAMOS, M. Elisabete/ MARTINS, A. Soveral, *Breve Nota sobre a Diretiva (UE) 2019/1151, de 20 de junho de 2019*, 270 e s., in: 22 “Direito das Sociedades em Revista” (2019), 257-273.

³⁹ Recorde-se que Portugal dispõe de um específico regime legal de inibição de administradores previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, que inibe os administradores declarados culpados por um tribunal num processo de insolvência de exercerem qualquer atividade empresarial, nomeadamente o de serem sócios ou administradores de uma empresa (art. 189.º do CIRE). Sobre o incidente da qualificação da insolvência, vide ANTUNES, J. Engrácia, *O Âmbito Subjetivo do Incidente de Qualificação da Insolvência*, in: I “Revista de Direito da Insolvência” (2017), 77-105; EPIFÂNIO, M. Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 163 e ss., 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2022; MARTINS, A. Soveral, *Um Curso de Direito da Insolvência*, vol. I, 545 e ss., Almedina, Coimbra, 2022.

inibições e destituições" (BDID), através do Decreto-Lei n.º 114-C/2023, de 5 de dezembro: tal base de dados contém toda a informação relativa às inibições decretadas a título definitivo de pessoas singulares para o exercício do comércio, para o exercício do cargo de gerente, de administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo e para a administração de patrimónios alheios, bem como a informação relativa às destituições judiciais de titulares de órgãos sociais transitadas em julgado (art. 2.º).⁴⁰

VIII. A terminar, saliente-se ainda que a Diretiva de 2019 impôs ainda várias outras obrigações aos Estados-Membros.

É o caso da obrigatoriedade de disponibilização de *meios e sistemas de identificação eletrónica* nos vários tipos de procedimentos societários em linha atrás descritos (art. 13.º-B). Estes meios e sistemas de identificação eletrónica devem ser conformes ao quadro legal instituído pelo Regulamento UE/910/2014, de 23 de julho, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno.⁴¹

⁴⁰ Sobre tal base, vide MARTINS, A. Soveral, *A Base de Dados de Inibições e Destituições (BDID) Criada pelo DL 114-C/2023 e Outros Temas*, in: 31 "Direito das Sociedades em Revista" (2024), em curso de publicação; SANTO, J. Espírito, *Notas sobre Inibições para o Exercício do Comércio: Velha Tradição e Recente Evolução*, in: "Revista de Direito Comercial" (2024), online, 1-22. Aspeto digno de nota consiste na circunstância de o legislador português, indo mais longe do que o legislador europeu o exigia, ter estendido a BDID às destituições judiciais de titulares de órgãos sociais transitadas em julgado (art. 2.º, n.º 1, b) do Decreto-Lei n.º 114-C/2023, de 5 de dezembro). O fundamento desta originalidade lusitana é uma incógnita. Isto, não apenas porque o preâmbulo do diploma legal não esclarece a razão de ser de tal extensão e porque o sistema português não encontra paralelo no direito comparado (relembre-se o modelo-padrão britânico do "Companies House Disqualified Directors' Register"), mas sobretudo atenta a diferente função jurídico-económica das figuras da inibição e da destituição judicial: ao passo que a primeira constitui uma medida de saneamento da vida empresarial e de proteção da confiança do tráfico jurídico relativamente a gestores cuja conduta comprovadamente contribuiu com dolo ou culposa grave para a insolvência de empresas ou o seu agravamento, a destituição judicial representa primacialmente uma medida de proteção dos sócios minoritários relativamente a gestores societários que, tendo incorrido em justa causa de destituição (a qual em si mesma, de resto, de modo algum inibiria estes para o exercício futuro do comércio, de cargos sociais ou de administração de patrimónios alheios), se mantêm no cargo em virtude da inação deliberativa dos sócios maioritários.

⁴¹ Este Regulamento – vulgarmente conhecido como *Regulamento eIDAS* (acrónimo para "electronic Identification, Authentication and Trust Services") – veio estabelecer um novo e abrangente quadro legal que, para além de assinaturas eletrónicas, abrange também os selos eletrónicos, selos temporais, marca de confiança, documentos eletrónicos, serviços de envio registado eletrónico e serviços de certificados para autenticação de sítios web. Cf. ZACCARIA, Alessio/ SCHMIDT-KESSEL, Martin/ SCHULZE, Reiner/ GAMBINO, Alberto, *EU eIDAS*

É ainda o caso da obrigatoriedade de disponibilização de *informações concisas e facilmente compreensíveis* sobre as normas relativas à constituição de sociedades, ao registo de sucursais, e à designação de membros de órgãos de administração e de fiscalização (incluindo as respetivas iniciativas) e aos poderes e responsabilidades destes órgãos (incluindo os poderes de representação social) (art. 13.º-F). Estas informações devem ser disponibilizadas nas plataformas ou sítios web dos Estados-Membros, sendo acessíveis através da plataforma digital única, instituída pelo Regulamento UE/2018/1724, de 2 de outubro, o qual prevê normas gerais em matéria de transmissão de informações, procedimentos e serviços de assistência em linha para garantir o funcionamento do mercado interno.⁴²

Enfim, é ainda o caso da obrigatoriedade de os Estados-Membros assegurarem a *interoperabilidade dos registos comerciais nacionais* no quadro do sistema de interconexão dos registos (arts. 22.º a 25.º)⁴³. Este sistema de interconexão dos registos das empresas foi objeto de regulamentação através do Regulamento de Execução UE/2021/1042, de 18 de junho, sendo ainda de assinalar a Diretiva 2012/17/UE, de 13 de junho, relativa

Regulation – Article-By-Article Commentary Regulation, Beck/ Nomos/ Hart, München/ Baden-Baden/ Oxford, 2022.

⁴² Este Regulamento – vulgarmente conhecido como *Regulamento SDGR* (“Single Digital Gateway Regulation”) – veio criar e disciplinar uma plataforma destinada a facilitar o acesso em linha às informações, procedimentos administrativos essenciais e serviços de assistência e resolução de problemas a que os cidadãos e as empresas da União Europeia podem recorrer para efeitos do exercício da sua atividade num Estado-Membro da União Europeia ou do exercício dos respetivos direitos decorrentes do mercado interno. Cf. GRAUX, Hans, *The Single Digital Gateway Regulation as an Enabler and Constraint of Once-Only in Europe*, in: Krimmer, Robert/ Prentza, Andriana/ Mamrot, Syzman (eds.), “The Once-Only Principle”, 83-103, Springer, Cham, 2021.

⁴³ Este sistema – vulgarmente conhecido como “*Business Register Interconnection System*” (BRIS) – visa assegurar a comunicação e intercâmbio eletrónicos entre os registos comerciais dos Estados-Membros, destinando-se a melhorar o acesso à informação sobre as empresas num contexto transfronteiriço e a garantir que os destinatários individuais disponham de informações fidedignas e atualizadas. A interoperabilidade deste sistema assenta numa Plataforma Central Europeia (“European Central Platform”) – a qual, com base em identificadores únicos, permite distribuir, em formato normalizado e na língua pertinente, informação comercial registada num Estado-Membro aos registos competentes dos outros Estados-Membros – e ainda num ponto de acesso eletrónico europeu neste domínio (“European e-Justice Portal”) – através do qual os cidadãos, empresas e organismos públicos poderão assim aceder a tal informação. Cf. ainda BREGEŠ, Željka/ JAKUPAK, Tina, *Digitalisation of Business Register – One Year After*, in: 6 “Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations” (2019), 111-136; MARIANO, Giulio, *Il Business Registers Interconnection System: Evoluzione e Future Implementazioni del Sistema*, Diss., Roma, 2018.

à comunicação eletrónica entre o registo comercial nacional e os registos de outros Estados-Membros da União Europeia, que viria a ser transposta entre nós através do Decreto-Lei n.º 24/2019, de 1 de fevereiro.⁴⁴

IV. Digitalização 2.0: A nova proposta de Diretiva de 2023

I. Volvidos 4 anos sobre a Diretiva de 2019, o legislador europeu voltou à carga sob a forma de uma proposta de uma nova diretiva na matéria: trata-se da *“Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera as Diretivas 2009/102/CE e (UE) 2017/1132, no respeitante ao reforço da generalização e modernização da utilização de ferramentas e processos digitais no domínio do direito das sociedades”*, de 29 de março de 2023.⁴⁵

II. Esta Proposta de Diretiva de 2023 (doravante abreviadamente Proposta), se vier a ser aprovada (como se espera⁴⁶), virá acrescentar mais uma etapa no percurso da digitalização das sociedades comerciais – que aqui poderíamos designar de *Digitalização 2.0*.

⁴⁴ Uma curiosidade: tendo procedido à sua transposição para o direito interno apenas em 2019, o legislador português nem se deu conta de que a Diretiva 2012/17/UE, de 13 de junho, havia já sido implicitamente revogada pela Diretiva de Codificação de 2017 (cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0017>).

⁴⁵ Proposta COM (2023) 177 final, de 29 de março de 2023. Dado o seu caráter recente, não existem ainda estudos em Portugal sobre a matéria. Noutras ordens jurídicas, podem confrontar-se BENCHTRIT, A. Cohen, *Upgrading Digital Company Law: Nuevos Desafíos de la Comisión Europea en el Ámbito de la Digitalización del Derecho de Sociedades*, in: 10010 “Díario La Ley” (2022), 1-13; CEBRIÁ, L Hernandez, *El Incesante Avance de la Digitalización del Derecho de Sociedades: Hacia un Derecho Digital de Sociedades Europeo 2.0.*, in: “Commenda Digital”, de 9 de agosto de 2023 (www.comenda.es); NEMEŞ, Vasile/ FIERBINTEANU, Gabriela, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Amending Directives 2009/102/EC and (EU) 2017/1132 as Regards Further Expanding and Upgrading the Use of Digital Tools and Processes in Company Law – Trust, Transparency and Easier Cross-Border Expansion for Companies*, in: AAVV, “Challenges of the Knowledge Society”, 158-163, Bucareste, 2023; SCHMIDT, Jessica, *Upgrading Digital Company Law: Der Kommissionsentwurf für die DigiRL II*, in: 26 “Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht” (2023), 593-602.

⁴⁶ A proposta foi já objeto do parecer do Comité Económico e Social, do parecer da Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, e dos comentários do Conselho Europeu, encontrando-se, ao momento em que escrevemos, a aguardar os comentários do Parlamento Europeu. Cf. ainda HUEMER, Marie-Astrid, *Revision of the Directive 2019/1151/EU on Digital Tools and Processes in Company Law*, European Parliament Research Services, 2023.

1. Aspectos Gerais

I. Apesar desta designação, a proposta não constitui uma mera atualização ou versão melhorada (“up grade”) da Diretiva de 2019. Na verdade, o legislador europeu não se limitou a proceder à atualização e aperfeiçoamento das regras que nesta haviam sido previstas, mas verdadeiramente *alargou o âmbito da digitalização das sociedades* e, até mesmo, o próprio âmbito geral da Diretiva de Codificação.

II. Por um lado, o seu âmbito *subjetivo* de aplicação: tal como resulta logo do seu Anexo, e como melhor veremos adiante⁴⁷, a Proposta inclui normas relativas às chamadas “parcerias”, passando assim a Diretiva Codificação a ser também aplicável às sociedades em nome coletivo e às sociedades em comandita simples. Por outro lado, o seu âmbito *objetivo* de aplicação: como também veremos⁴⁸, a Proposta vem prever a introdução de novos instrumentos jurídicos de digitalização societária (como sucede, designadamente, com as figuras do certificado “sociedade da UE” e da procuração digital da UE) e a consagração de um conjunto de novos direitos e deveres (como sucede, por exemplo, com as regras relativas ao controlo preventivo dos atos constitutivos societários, às informações relativas a grupos de sociedades, ou à dispensa de legalização de documentos e informações societárias). Finalmente, o seu próprio âmbito *funcional* de aplicação: um exemplo é a interligação entre o sistema de interconexão dos registos comerciais nacionais (BRIS) com outros sistemas de interconexão de registos com relevância empresarial e societária, tais como os registos de beneficiários efetivos (BORIS) e de insolvência (IRI).⁴⁹

III. A Proposta contém a disciplina jurídica básica de um conjunto muito relevante de novos instrumentos de digitalização societária, embora o quadro global dessa disciplina se encontre ainda dependente de ulteriores *atos de execução* pela Comissão relativamente a diversos desses instrumentos: assim sucede, por exemplo, com os dados, utilização de notas explicativas e especificações técnicas das informações relativos às parcerias e aos grupos de sociedades, aos modelos multilingues para os certificados “sociedade da UE” e as procurações digitais da UE, e as especificações técnicas da acessibilidade mútua dos diferentes sistemas de interconexão de registos (arts. 24.º, n.º 2 e 164.º, n.º 2).

⁴⁷ Cf. *infra* IV-5.

⁴⁸ Cf. *infra* IV-3, 4, 6 a 8, 10 e 11.

⁴⁹ Cf. *infra* IV-9.

IV. A Proposta possui ainda importantes relações *com outras Diretivas e Regulamentos europeus*, pertinentes às sociedades comerciais, aos registos comerciais e às empresas em geral. Tal o caso, designadamente, da Diretiva 2012/17/UE, de 13 de junho e Regulamento de Execução UE/2021/1042, de 18 de junho (relativa ao sistema de interconexão dos registos das empresas), do Regulamento UE/910/2014, de 23 de julho (relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno, vulgarmente conhecido como “Regulamento eIDAS”), da Diretiva 2015/849/UE, de 20 de maio (relativa ao branqueamento de capitais, na parte respeitante às informações sobre os beneficiários efectivos), do Regulamento UE/2016/679, de 27 de abril (relativo ao tratamento de dados pessoais), do Regulamento UE/2015/848, de 20 de maio (relativo aos processos de insolvência, na parte respeitante à informações sobre entidades insolventes nos registos nacionais), e do Regulamento UE/2018/1724, de 2 de outubro (relativo à criação de uma plataforma digital única, vulgarmente conhecido como “Regulamento SDGR”).

V. O prazo de *transposição* da Diretiva pelos direitos societários dos Estados-Membros é de 2 anos a contar da data da sua entrada em vigor (arts. 3.º e 5.º da Proposta), devendo ser objeto de uma avaliação no prazo de 5 anos a contar da data do termo do período de transposição (art. 4.º da Proposta).

2. Objetivos. Conteúdo Fundamental

I. Os objetivos da Proposta de 2023 inscrevem-se, em geral, na estratégia da União Europeia de *transformação digital das empresas* – a qual constitui um dos quatro vetores fundamentais fixados em 2021 pela Comissão Europeia para a presente década em matéria da transição digital da UE (“Orientações para a Digitalização até 2030: A Via Europeia para a Década Digital”)⁵⁰ – e, em particular, no reforço da regulação jurídica da *utilização das tecnologias digitais no âmbito do direito das sociedades* – a qual foi objeto da iniciativa da Comissão Europeia também de 2021, intitulada “Upgrading Digital Company Law”.⁵¹

⁵⁰ European Commission (2021), *2030 Digital Compass: the European Way for the Digital Decade*, COM(2021) 118 final.

⁵¹ In: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13055-upgrading-digital-company-law/public-consultation_en. Na sequência desta iniciativa, viria a ser publicado um importante estudo comparativo: EUROPEAN COMMISSION, *Study on*

II. Dentro do quadro destes objetivos regulatórios gerais, a Proposta apresenta os seguintes *objetivos específicos*: (i) aumentar a quantidade e a qualidade dos dados das sociedades disponíveis nos registos comerciais através da utilização de ferramentas digitais; (ii) incrementar o acesso, a transparência e a fiabilidade dos dados societários no plano transfronteiriço mediante um aprofundamento do sistema de interconexão dos registos nacionais, designadamente através do «princípio da declaração única» segundo o qual as sociedades não são obrigadas a fornecer as mesmas informações mais do que uma vez aos registos comerciais; (iii) permitir a utilização direta das informações constantes dos registos comerciais nacionais no plano das atividades societárias transfronteiriças, eliminando as formalidades (v.g., legalização de documentos) e os custos da criação de filiais e do registo de sucursais noutros Estados-Membros; e (iv) reduzir os encargos administrativos para as sociedades, estimados numa poupança anual de 437 milhões de euros.

III. A Proposta procede a revisão substancial da Diretiva de Codificação, alterando cerca de 27 dos seus preceitos (arts. 1.º, 7.º, 13.º, 13.º-A, 13.º-B, 13.º-C, 13.º-F, 13.º-G, 13.º-H, 13.º-J, 14.º, 15.º, 16.º, 16.º-A, 17.º, 18.º, 21.º, 22.º, 24.º, 26.º, 28.º, 28.º-A, 28.º-B, 30.º, 36.º, e 40.º) e introduzindo 8 novos preceitos (art. 14.º-A, 14.º-B, 16.º-B, 16.º-C, 16.º-D, 16.º-E, 16.º-F, e 19.º-A) e um novo Anexo (Anexo II-B).⁵²

IV. Dada a abrangência da revisão operada, agruparemos as novidades e alterações em nove temáticas principais, delas dando em seguida uma breve notícia. São elas:

- o controlo preventivo da legalidade do ato constitutivo e dos estatutos sociais;
- o princípio da declaração única;
- as informações relativas às sociedades de pessoas (“parcerias”);
- as informações relativas a grupos de sociedades;
- o certificado “Sociedade da UE”;
- a procuração digital da UE;
- a interligação dos Sistemas BRIS, BORIS e IRI;

the Disclosure and Cross-Border Use of Company Data, and Digital Developments Related to Company Law (elaborado por Emmanuel Hassan, Berkay Akbaba, Camille Bordet, Katalin Dobias, Julie Dorval, Linus Sioland, and Claire Dupont), Brussels, 2023.

⁵² Doravante os preceitos citados sem indicação da fonte são relativos aos preceitos da Diretiva de Codificação, na nova versão que lhe foi dada pela Proposta de 2023.

- o acesso, simplificação e atualização das informações societárias; e
- novas informações societárias sujeitas a publicidade obrigatória.

3. Controlo Preventivo da Legalidade do Ato Constitutivo, dos Estatutos Sociais e suas Alterações

I. Os atos constitutivos das sociedades e (quando forem objeto de ato separado) os estatutos sociais, bem como as respetivas alterações, deverão ser objeto de um *controlo preventivo da legalidade, de natureza administrativa ou judicial* (art. 10.º).

II. A certeza jurídica e fiabilidade da informação societária constante dos registas comerciais nacionais está intimamente ligada à uniformidade e consistência das suas regras: como é evidente, a existência de um mosaico de regulações distintas na matéria é suscetível de prejudicar a confiança nessa informação, criando dificuldades no seu reconhecimento transfronteiriço pelas autoridades públicas e privadas dos diversos Estados-Membros. Depois de, numa primeira fase, o legislador europeu ter instituído um “standard” mínimo e rudimentar de controlo da legalidade da constituição societária ao nível dos Estados-Membros – consistente na alternativa entre um controlo preventivo, administrativo ou judicial, dos atos constitutivos e estatutos sociais, e a adoção de documento autêntico (art. 11.º da Diretiva 2009/101/CE, de 16 de setembro) – e, mais recentemente, ter estabelecido novos e mais exigentes “standards” de controlo – embora limitados fundamentalmente às sociedades por quotas constituídas em linha (arts. 13.º-G, nos 3 e 4, 13.º-J, n.º 4, e 13.º-H, n.º 2 da Diretiva de Codificação, introduzidos pela Diretiva 2019/1151) –, o legislador europeu projeta agora proceder a uma extensão do âmbito de aplicação do regime do controlo preventivo ou *ex ante* do ato constitutivo, documentos e informações societários. Tal extensão visa, no essencial, assegurar uma ainda maior uniformização dos mecanismos de verificação da legalidade da constituição e estatutos societários antes da sua inscrição no registo comercial, reduzindo a atual heterogeneidade dos sistemas nacionais de controlo (v.g., entidade responsável, procedimentos adotados, etc.) e incrementando a confiança dos operadores no âmbito do tráfico societário transfronteiriço.⁵³

⁵³ Sobre os riscos da digitalização societária para a segurança jurídica da constituição societária (especialmente colocados em evidência naqueles ordenamentos jurídicos em que, como é o caso do espanhol, existe uma longa tradição jurídica de controlo notarial)

III. Aspectos centrais são a extensão do âmbito de aplicação *subjetivo* do regime do controlo preventivo – que passa a abranger todas as sociedades, independentemente das respetivas modalidades constitutivas (tradicional e “online”) (art. 10.º, n.º 5) e dos tipos societários (incluindo as sociedades em nome coletivo e em comandita simples) (art. 10.º, n.º 2, “*ab initio*”) – e o seu âmbito de aplicação *objetivo* – através da previsão de um núcleo mínimo de informações e requisitos que devem ser objeto do referido controlo, os quais incluem o cumprimento dos requisitos formais aplicáveis, a correta utilização dos modelos estandardizados de constituição societária em linha, a inexistência de irregularidades jurídicas substantivas evidentes, e, especialmente relevante, a realização das entradas tanto pecuniárias como em espécie (art. 10.º, n.º 3).

4. Declaração Única

I. Com vista a incrementar a circulação dos dados societários no âmbito do mercado único e a reduzir os custos e encargos administrativos relacionados o seu acesso e utilização, o «*princípio da declaração única*», segundo o qual as sociedades não são obrigadas a fornecer as mesmas informações mais do que uma vez às autoridades públicas competentes, é também aplicável aos casos da constituição de filiais e sucursais transfronteiriças (arts. 13.º-G, n.º 2-A e 28.º-A, n.º 5-A).

II. O princípio da declaração única (“once-only principle”) encontra-se previsto no Regulamento (UE) 2018/1724, de 2 de outubro, relativo à criação de uma plataforma digital única, visando garantir genericamente que os cidadãos e empresas possam realizar todos os seus procedimentos administrativos em linha na UE de uma forma mais rápida, mais simples e mais fácil, fornecendo os seus dados apenas uma vez (“once-only”) às autoridades públicas competentes, através de um sistema técnico de intercâmbio transfronteiriço automatizado de elementos de prova (art. 14.º)⁵⁴. A Proposta veio aplicar este princípio ao caso da criação de filiais e sucursais transfronteiriças: assim, sempre que uma sociedade pretenda

vide TORRES, A. Ávila, *Seguridad Jurídica Preventiva y Constitución Digital de Sociedades*, esp. 81 e ss., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

⁵⁴ Sobre este princípio, vide EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Disclosure and Cross-Border Use of Company Data, and Digital Developments Related to Company Law*, 258 e ss., European Union, 2023; KRIMMER, Robert/ PRENTZA, Andriana/ MAMROT, Syzman (eds.), *The Once-Only Principle*, Springer, Cham, 2021.

constituir uma filial ou registar uma sucursal num outro Estado-Membro, ela não será obrigada a voltar a apresentar os documentos ou informações já apresentados no registo do Estado-Membro de origem, devendo estas ser extraídas eletronicamente pelo registo do Estado-Membro de destino através do sistema de interconexão dos registo.

5. Parcerias

I. Uma das principais novidades consiste na previsão de uma obrigação de publicidade obrigatória das *informações sobre sociedades em nome coletivo e das sociedades em nome coletivo*, as quais incluem um vasto número de elementos: entre eles, encontram-se a firma; a forma jurídica; o número e o Estado-Membro de registo; a sede estatutária da sociedade (bem como eventuais transferências) e, caso se situe em diferente Estado-Membro, a localização da administração central e do estabelecimento principal; o montante total das entradas dos sócios; o ato constitutivo e os estatutos, bem como as suas alterações e o texto integral e atualizado dos atos e estatutos alterados; a identificação dos sócios com poderes de representação social e a sua natureza (exercício disjunto ou conjunto), e ainda, se diferentes, dos sócios em nome coletivo e dos sócios comanditários; os documentos contabilísticos anuais; a liquidação, a identificação dos liquidatários e seus poderes, o encerramento da liquidação e o cancelamento do registo; e a decisão judicial que declare a invalidade do contrato de sociedade (art. 14.º-A).

II. Desta forma, o legislador europeu veio assim prever a aplicação das normas gerais relativas aos procedimentos de constituição, registo e publicidade, previstas no Título I da Diretiva de Codificação de 2017 (arts. 13.º a 42.º), também às chamadas sociedades de pessoas: apesar da peculiar terminologia utilizada na proposta de diretiva – que recorre ao anglicismo *parcerias* (“partnerships”) como designação genérica para tais tipos sociais nas diferentes tradições jurídicas dos Estados-Membros –, trata-se inequivocamente de estender a aplicação de tais normas às sociedades em nome coletivo e em comandita simples em Portugal (Anexo da Proposta). Assinale-se, todavia, que essa aplicabilidade não é total, encontrando-se fundamentalmente confinada, para além da já referida publicidade obrigatória, às normas relativas ao controlo preventivo da legalidade (art. 10.º, n.º 2), aos requisitos da informação (art. 13.º-F), à publicidade no registo (art. 16.º, n.º 1), ao acesso a informações (art. 16.º-A, n.º 6), ao certificado “sociedade UE” (art. 16.º-B, n.º 3), à atualização de informa-

ções (art. 17.º), à disponibilização de cópias eletrónicas de documentos e informações (art. 18.º), às taxas aplicáveis (art. 19.º-A), à língua da publicidade (art. 21.º), e à informação na correspondência e notas de encomenda (art. 26.º).

III. O impacto desta novidade no ordenamento jurídico-societário português é *ambivalente*. Por um lado, o universo das sociedades abrangidas é relativamente residual, já que as sociedades em nome coletivo e em comandita são consabidamente tipos societários com reduzida expressão prática em Portugal: de acordo com estatísticas do IRN, no final do ano de 2023, num universo de cerca de 441 mil sociedades comerciais, existiam apenas 1091 sociedades em nome coletivo e 74 sociedades em comandita, o que representa cerca de 0,2% do total⁵⁵. Todavia, e por outro lado, não obstante a lei portuguesa tenha consagrado um extenso elenco de dados societários de registo comercial obrigatório comuns a todos os tipos de sociedades (arts. 5.º, 9.º, e 167.º do CSC, arts. 3.º, n.º 1 e 15.º, n.º 1, n.º 1 do CRC), as publicações obrigatórias desses dados encontram-se atualmente limitadas às sociedades anónimas, por quotas e comanditárias por ações (art. 70.º, n.º 1, a) do CRC).

6. Grupos de Sociedades

I. Uma das outras grandes novidades da Proposta diz respeito às informações sobre *grupos de sociedades*: com efeito, de forma inovadora, o legislador europeu veio prever um conjunto de regras de informação relativas à existência, estruturas, registo e publicidade dos grupos de sociedades (art. 14.º-B).

II. Este conjunto de regras constitui assim mais uma confirmação, no específico plano da publicidade e do registo comerciais, do atual relevo da empresa plurissocietária ou empresa de grupo. Tais regras são numerosas, abrangentes e complexas, podendo ser reconduzidas a três aspectos fundamentais.⁵⁶

⁵⁵ In: <https://partilha.justica.gov.pt/Transparencia/Dados-e-Estatisticas#&tematica=Empresas>.

⁵⁶ Essas regras assentam numa *terminologia* particular que importa conhecer previamente. Nos termos do art. 13.º-A, o legislador europeu contém as seguintes definições: “*grupo*”, o conjunto formado por uma entidade-mãe e todas as respetivas sociedades filiais; “*sociedade filial*”, a sociedade controlada por uma entidade-mãe; “*entidade-mãe final*”, a entidade-mãe que controla, direta ou indiretamente, de acordo com os critérios estabelecidos no

III. Por um lado, no caso dos grupos europeus (“rectius”, cuja cúpula societária seja regida pelo direito de um Estado-Membro), a respetiva empresa-mãe (“entidade-mãe final”) deve proceder à publicidade, nos seus registos nacionais, de *informações básicas* sobre todas as respetivas filiais: entre tais informações incluem-se a firma e a forma jurídica de cada sociedade filial; o Estado-Membro ou país terceiro em que cada sociedade filial está inscrita e o respetivo número de registo; o identificador único europeu (“EUID”) de cada sociedade filial; a denominação do grupo, se diferente da denominação da entidade-mãe final; a posição de cada sociedade filial na estrutura do grupo, determinada com base no controlo; e, facultativamente, a fração de capital detido entre a entidade-mãe final e todas as sociedades filiais do grupo (art. 14.º-B, nos 1 e 3)⁵⁷. Já no caso de grupos não europeus (“rectius”, cuja cúpula seja regida pelo direito de um país terceiro), tal dever de publicidade será cumprido pela sociedade filial europeia mais próxima da entidade-mãe final na cadeia de controlo: a “subholding” europeia desse grupo (ou, como foi denominada, a “entidade-mãe intermediária”) ou, no caso de esta não existir, a sociedade filial regida pelo direito de um Estado-Membro selecionada pela cúpula grupal para este efeito (art. 14.º-B, n.º 2).

IV. Por outro lado, tais informações devem ser objeto de uma *atualização contínua* – encontrando-se as entidades obrigadas (entidade-mãe final, entidade-mãe intermediária e sociedade filial) sujeitas a um dever de comunicar quaisquer alterações no prazo de 15 dias aos serviços de registo competentes (art. 14.º-B, n.º 8) e a um dever de confirmar a inexistência de alterações pelo menos uma vez por ano (art. 14.º, n.º 6) – e de *acesso público* – através da sua disponibilização pelos registos nacionais das entidades obrigadas (art. 14.º-B, n.º 4), dos registos de todas as filiais do grupo (art. 14.º-B, n.º 5) e do sistema de interconexão dos registos de empresas (art. 14.º, n.º 9).

art. 22.º, nos 1 a 5, da Diretiva 2013/34/UE, de 26 de junho, uma ou mais sociedades filiais e que não é controlada por outra sociedade; e “*entidade-mãe intermediária*”, uma entidade-mãe regida pelo direito de um Estado-Membro que não seja controlada por outra sociedade regida pelo direito de um Estado-Membro.

⁵⁷ Por força do art. 13.º (que apenas contempla a aplicação das normas do Cap. III do Título I da Diretiva às sociedades em nome coletivo e em comandita simples quando tal for expressamente especificado), e considerando que o art. 14.º-B não prevê qualquer remissão para o novo Anexo II-B, deve entender-se que a obrigação dos Estados-Membros de assegurar a divulgação destas informações grupais se circunscreve às entidades do grupo que revistam a *forma de sociedade anónima, por quotas e em comandita por ações*.

V. Por último, a fim de proporcionar uma visão global, unitária e mais inteligível da composição e da estrutura do grupo societário, o sistema de interconexão do registo deve disponibilizar uma *visualização da estrutura do grupo*, elaborada com base nas informações prestadas pelas entidades obrigadas, atrás referidas (art. 14.º-B, n.º 10).⁵⁸

VI. Estas normas são particularmente relevantes em países que, como Portugal, já dispõem de um regime jurídico-societário próprio em matéria da coligação e dos grupos societários (arts. 481.º e segs. do CSC). Com efeito, apesar de o regime jurídico atual já prever algumas regras espar-sas em matéria de informação e divulgação dos grupos – v.g., relações de grupo por contrato de subordinação e por domínio total (art. 3.º, n.º 1, u) e v) do CRC), imputações de direitos de voto (arts. 17.º, n.º 3, 20.º, n.º 1, b) e 21.º do CVM), supervisão bancária (arts. 2.º-A, n.º 1, x), z), bb), 116.º-M e segs. do RGIC) –, o novo regime virá instituir um regime geral de informação sobre a existência, composição e estrutura de controlo dos grupos societários.

VII. A transposição e a aplicação deste novo regime informativo de largo espetro, todavia, são suscetíveis de vir a colocar alguns problemas, para os quais cumpre desde já advertir. Apenas algumas ideias. “Primus”, ao contrário do direito português, o legislador europeu acolheu uma *noção muito ampla de grupo*: com efeito, longe de se circunscrever aos “grupos de direito” (em que a sociedade-mãe é titular de poder legal de direção assente em contratos de subordinação ou de grupo paritário e em participações totalitárias de capital: cf. arts. 482.º, d) e 488.º e segs. do CSC), o legislador europeu estendeu-se ainda aos chamados “grupos de facto” (em que tal poder de direção grupal existe como um mero poder de facto, assente noutro tipo de laços intersocietários) e até às meras relações de domínio (protagonizadas por uma sociedade que se limita a controlar outras sociedades sem, contudo, submeter estas últimas a uma unidade de direção económica) (art. 487.º do CSC)⁵⁹. “Secundus”, o sentido de

⁵⁸ Refira-se ainda que estes deveres informativos em matéria de grupos de sociedades são ainda relevantes para efeitos da aplicação de outras normas, incluindo a publicidade no registo (art. 16.º, n.º 7), o acesso a informações (art. 16.º-A, n.º 6), a disponibilização de cópias eletrónicas de documentos e informações (art. 18.º), e a língua da publicidade (art. 21.º).

⁵⁹ Sobre os conceitos de grupo de direito, grupo de facto e domínio, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurisocietária*, 73 e ss., 443 e ss., 607 e ss., 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002; OLIVEIRA, A. Perestrelo, *Manual dos Grupos de Sociedades*, 25 e ss., Almedina, Coimbra, 2016.

algumas informações exigidas é algo vago, *prestando-se a dúvidas*: pense-se, por exemplo, na informação relativa à “denominação do grupo (se for diferente da firma da entidade-mãe final)”— que é suscetível de levantar algumas perplexidades no caso dos “grupos de grupos”, dos grupos horizontais e dos grupos diversificados⁶⁰ – e à “posição de cada filial na estrutura do grupo” – a qual implicará, por via da regra, a indicação das participações intersocietárias de capital, a qual, segundo a própria Proposta, constitui um elemento informativo de transposição meramente opcional ou facultativa, e não obrigatória⁶¹. “Tertius”, devem também acautelar-se os eventuais *efeitos extraterritoriais* do regime previsto: com efeito, os grupos de países terceiros (“rectius”, cuja entidade-mãe final esteja sediada num país terceiro) estão também obrigados a divulgar a sua estrutura grupal a nível mundial (ou, pelo menos, a estrutura do sub-grupo europeu), já que as respetivas entidades-mães intermédias ou filiais europeias estão obrigadas a divulgar todas as informações exigidas sobre o grupo nos registos nacionais europeus (art. 14.º-A, n.º 2)⁶². “Quartus”, quanto à obrigação de *visualização da estrutura do grupo*, se, por um lado, e em abstrato, ela se revela muito útil (já que uma coisa é fornecer aos utentes a informação nominativa sobre dezenas ou centenas de filiais, outra coisa é apresentar agregadamente essa informação sob a forma de um organograma interno do grupo), por outro lado, ela também é suscetível de levantar alguns problemas, requerendo provavelmente afinamentos ulteriores no âmbito dos futuros atos de execução (art. 24.º, n.º 2, d)) ou até das próprias normas nacionais de transposição: com efeito, a utilidade da carta organizativa ou organograma dos grupos poderá ficar prejudicada pela amplitude do conceito de controlo acolhido (art. 22.º da Diretiva

⁶⁰ Sobre os conceitos de grupos de grupos (“Konzern im Konzern”), grupos horizontais e grupos diversificados, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Os Grupos de Sociedades – Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 64, 80 e ss., 156, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002.

⁶¹ Nos termos do art. 14.º-B, n.º 3, “os Estados-Membros *podem* prever que a entidade-mãe final regida pelo direito de um Estado-Membro ou, se for caso disso, a entidade-mãe intermediária ou a sociedade filial a que se refere o n.º 2, torne pública no registo onde está inscrita a fração de capital detido entre a entidade-mãe final e todas as sociedades filiais do grupo” (itálicos nossos).

⁶² Deve ainda advertir-se para várias eventuais dificuldades na operacionalização prática desta divulgação, já que as filiais, regra geral, se dispõem de informação sobre a estrutura grupal a jusante (as suas próprias filiais), mais raramente disporão de informações sobre a estrutura a montante, a não ser que a sua própria sociedade-mãe lhe providencie tal informação. Cf. ANTUNES, J. Engrácia, *The Management and Supervision of Corporate Groups*, in: “Festschrift für Theodor Baums zum siebzigsten Geburtstag”, Band I, 77-107, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

2013/34/UE, de 26 de junho, aplicável por força do novo art. 13.º-A, 9) da Proposta) – sobretudo nos casos em que tal controlo tenha uma natureza complexa ou puramente económica (v.g., acordos parassociais, uniões de administradores, contratos interempresariais) –, bem como pela falta de previsão de critérios uniformes quanto aos modelos, forma de apresentação e conteúdo desse organograma.

7. Certificado “Sociedade da UE”

I. Outra das novidades importantes consiste no *Certificado Sociedade da UE* (“EU Company Certificate”): trata-se de uma certidão de modelo harmonizado multilíngue, de natureza física ou eletrónica, emitida e autenticada pelos registos comerciais nacionais, que se destina a provar que uma sociedade se encontra regularmente constituída num dos Estados-Membros, de forma simples e fiável no tráfico transfronteiriço (art. 16.º-B).

II. Este certificado – que deve estar disponível em todas as línguas da União Europeia (art. 16.º-B, n.º 8) – contém um conjunto de *informações essenciais* sobre as sociedades, especialmente relevantes em situações transfronteiriças, incluindo, designadamente, a firma da sociedade, a sede estatutária, o objeto social, o número de registo, a data do registo e o Estado-Membro da sua inscrição, o identificador único europeu, os endereços postal e eletrónico, e os seus representantes legais (art. 16.º, n.º 2), além de outras menções especiais no caso das sociedades em nome coletivo e em comandita simples (art. 16.º-B, n.º 3). Este certificado – que pode revestir formato físico (em suporte de papel: cf. art. 16.º-B, nos 4 e 7) ou digital (“certificado eletrónico”: cf. art. 16.º-B, nos 4 e 7) e que pode ser solicitado pelas sociedades para diversos fins (“maxime”, procedimentos administrativos ou judiciais junto de autoridades nacionais, de outros Estados-Membros, de organismos europeus ou internacionais) –, deve ser emitido e autenticado pelos registos nacionais dos Estados-Membros e deve ser aceite em todos os Estados-Membros como prova conclusiva da constituição da sociedade e das informações dele constantes (art. 16.º-B, n.º 1).

8. Procuração Digital da UE

I. Outra novidade é a chamada *Procuração Digital da UE* (“Digital EU Power of Attorney”): trata-se de uma procuração de modelo harmonizado

multilíngue e de natureza exclusivamente eletrónica, que se destina a provar que a pessoa ou pessoa nela designadas estão autorizadas a representar uma sociedade nos termos nela previstos (art. 16.º-C).

II. Esta procuração – que se destina assim essencialmente a facilitar atividades e procedimentos transfronteiriços das sociedades – deverá obedecer a um modelo normalizado, disponível em todas as línguas da União Europeia (art. 16.º-C, nos 1 e 5) e em formato digital (art. 16.º-C, n.º 1, “*in fine*”). Tal procuração será elaborada em conformidade com as leis dos Estados-Membros, embora deva possuir um conteúdo mínimo obrigatório, “*maxime*”, a verificação da identidade, a capacidade jurídica e os poderes para representar do concedente da procuração (arts. 16.º-C, n.º 1 e 29.º, n.º 2, g)). Finalmente, a procuração digital da UE deverá ser aceite como prova do direito da pessoa autorizada a representar a sociedade conforme especificado na mesma (art. 16.º-C, n.º 2) e deve ser inscrita no registo da sociedade, onde poderá ser consultada por quaisquer terceiros que demonstrem um interesse legítimo, v.g., advogados, notários, instituições financeiras e de crédito, autoridades competentes (art. 16.º-C, n.º 3).

9. Interligação entre os Sistemas BRIS, BORIS e IRI

I. O sistema de interconexão dos registos das empresas – vulgarmente conhecido pelo acrónimo BRIS (“Business Register Interconnection System”) – constitui um dos esteios dos atuais procedimentos de constituição, registo e publicidade das sociedades ao nível da União Europeia, assegurando a interoperabilidade dos respetivos registos comerciais nacionais (arts. 22.º a 25.º da Diretiva de Codificação, Diretiva 2012/17/UE, de 13 de junho, Regulamento de Execução UE/2021/1042, de 18 de junho, Decreto-Lei n.º 24/2019, de 1 de fevereiro).⁶³

II. Com vista a expandir o acesso e incrementar a qualidade e quantidade da informação sobre sociedades a nível transfronteiriço no âmbito do mercado único europeu, o novo art. 22.º, n.º 7 da Proposta veio ainda prever a ligação do BRIS com outros dois importantes sistemas de interconexão registal atualmente em funcionamento: o *Sistema de Interconexão dos*

⁶³ Sobre o BRIS, vide BREGEŠ, Željka/ JAKUPAK, Tina, *Digitalisation of Business Register – One Year After*, in: 6 “Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations” (2019), 111-136; MARIANO, Giulio, *Il Business Registers Interconnection System: Evoluzione e Future Implementazioni del Sistema*, Diss., Roma, 2018.

Registros de Beneficiários Efetivos (BORIS), instituído pela Diretiva 2015/849/UE, de 20 de maio (que interliga os registos centrais nacionais que contêm informações sobre os beneficiários efetivos de sociedades e outras entidades jurídicas, fundos fiduciários e outros tipos de centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica)⁶⁴ e o *Sistema de Interligação dos Registros de Insolvência (IRI)*, criado em conformidade com o Regulamento UE/2015/848, de 20 de maio (relativo aos processos de insolvência).⁶⁵

III. A interligação dos sistemas BRIS, BORIS e IRI, a realizar com base no identificador único europeu de cada sociedade (EUID), proporcionará decerto um aumento da quantidade de informação disponível sobre as sociedades comerciais, mas sofrerá as limitações resultantes do facto de *cada um desses sistemas ter diferentes requisitos de acesso próprios*.

Com efeito, semelhante interligação não poderá alternar ou contornar as regras e os requisitos relativos ao acesso à informação previstos para cada um desses sistemas (art. 22.º, n.º 7): tal significa, pois, por exemplo, que um utilizador do BRIS só poderá aceder ao BORIS ou ao IRI se, ao abrigo do respetivo quadro legal regulador próprio, aquele utilizador tiver direito a aceder a estes últimos sistemas. Algumas ilustrações destes limites podem já ser encontradas ao momento em que escrevemos. Assim, em decisão recente, o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou nula a disposição da diretiva relativa ao branqueamento de capitais que concede a qualquer pessoa do público em geral, em todos os casos, o direito de acesso à informação sobre os beneficiários efetivos de empresas⁶⁶. Além disso, igualmente em parecer recente sobre a proposta de diretiva em apreço, a Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, embora aceitando que o objetivo de aumentar a transparência e a confiança num ambiente empresarial digital pode exigir que certas categorias de dados pessoais sejam tornadas públicas, afirmou que o objetivo da transparência não é um fim em si mesmo, devendo respeitar os limites dos arts. 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais, recomendando por isso que se espe-

⁶⁴ Sobre o BORIS (acrônimo para “Beneficial Ownership Registers Interconnection System”), vide DAUDRIKH, Yana, *Beneficial Owner Central Registry as a Tool to Fight Money Laundering and Terrorist Financing*, in: 24 “Financial Law Review” (2021), 136-162.

⁶⁵ Sobre o IRI (acrônimo para “Insolvency Registers Interconnection”), vide SZIRÁNYI, Pal, *EU-wide Interconnection of Insolvency Registers*, in: 16 ERA Forum (2016), 219-228.

⁶⁶ Acórdão do TJUE de 22-IX-2022 nos processos apensos C-37/20 WM e C-601/20m Sovim SA contra Registros de Empresas do Luxemburgo (in: ECLI:EU:C:2022:912).

cifique exaustivamente na Proposta todas as categorias de dados pessoais que devem ser disponibilizados ao público.⁶⁷

10. Acesso, Simplificação e Atualização da Informação Societária

I. A Proposta contém também disposições relevantes em matéria do acesso, da simplificação e da atualização da informação societária publicada nos registos comerciais.

II. Em matéria do *acesso* à informação societária, prevê-se que as cópias e certidões eletrónicas de documentos ou informações das sociedades fornecidas pelos registos nacionais sejam compatíveis com a *carteira europeia de identidade digital* ("EU Digital Identity Wallet"): trata-se de um novo instrumento, introduzido no âmbito da atual revisão em curso do Regulamento eIDAS, que permite aos cidadãos em geral armazenar os dados e credenciais da sua identidade pessoal e criar assinaturas e selos eletrónicos, com vista a utilizá-los para efeitos da autenticação e partilha em quaisquer serviços em linha (novo art. 16.º-A, nos 5 e 6).⁶⁸

III. Em matéria da *simplificação* das formalidades da informação societária, prevê-se que as cópias e certidões (em papel ou eletrónicas) dos documentos e informações fornecidas e autenticadas pelo registo nacional de um Estado-Membro, incluindo traduções autenticadas, que devam ser apresentadas num outro Estado-Membro devem ser dispensadas de todas as formas de legalização e formalidades análogas, tal como a apostila (art. 13.º-A, 12) e 16.º-D, n.º 1).⁶⁹ Esta dispensa de legalização é aplicável aos certificados "sociedade da UE", às procurações digitais da UE (art. 16.º-D, n.º 2), a documentos e informações objeto de intercâmbio através do

⁶⁷ EDPS Opinion 19/2023, of 17 may, on the Proposal for a Directive amending Directives 2009/102/EC and (EU) 2017/1132 as regards further expanding and upgrading the use of digital tools and processes in company law (não existe versão portuguesa).

⁶⁸ Proposta de Regulamento, que altera o Regulamento (UE) n.º 910/2014 no respeitante à criação de um Quadro Europeu para a Identidade Digital (COM(2021) 281 final).

⁶⁹ A *apostila* constitui uma certificação da autenticidade dos atos públicos, pela qual o Estado Português reconhece e atesta a assinatura e a qualidade em que o signatário do ato público atuou e, sendo caso disso, a autenticidade do respetivo selo ou carimbo. Cf. Convenção da Haia de 5 de outubro de 1961, relativa à supressão da exigência da legalização dos atos públicos estrangeiros ("Convenção Apostila"), Decreto-Lei n.º 86/2009, de 3 de abril, e Regulamento do Serviço de Apostila (Despacho da PGR n.º 18897/2009, de 15 de julho).

sistema de interconexão dos registo (por exemplo, certificados prévios à operação) (art. 16.º-D, n.º 2), bem como a atos notariais ou documentos administrativos no contexto de procedimentos societários em linha (art. 16.º-D, n.º 3). Em todo o caso, a fim de evitar fraudes ou falsificações, sempre que as autoridades do Estado-Membro em que os documentos ou informações societários são apresentados tenham dúvidas razoáveis quanto à sua origem e autenticidade, deverão poder verificar estas junto do registo emissor ou do seu próprio registo nacional, recorrendo ao intercâmbio de informações através do sistema de interconexão dos registo (art. 16.º-E).

IV. Finalmente, em matéria de exatidão e fidedignidade das informações societárias, previu-se um novo regime de *atualização*: de facto, tão importante como garantir a exatidão e fidedignidade da informação societária aquando da sua inscrição no registo, é assegurar que as informações deste constantes são mantidas permanentemente atualizadas (art. 15.º, n.º 1). Assim, as sociedades devem comunicar ao registo quaisquer alterações dos respetivos documentos e informações num prazo máximo de 15 dias contados a partir da data dessas alterações (art. 15.º, n.º 1, a))⁷⁰ e os registo devem inscrever e dar publicidade no prazo máximo de 5 dias contados da data de conclusão de todas as formalidades para tal necessárias (art. 15.º, n.º 1, b)). Além disso, as sociedades devem confirmar, uma vez por ano civil, que as suas informações constantes do registo comercial estão atualizadas, incluindo quando não tiverem ocorrido alterações (art. 15.º, n.º 2, c)); e deverão ser instituídos procedimentos especiais destinados a permitir verificar o estatuto das sociedades e identificar aquelas que tenham deixado de cumprir os requisitos para continuarem inscritas no registo comercial, retificar tais situações, atualizar a respetiva informação ou, no limite, eliminar tais sociedades do registo comercial (art. 15.º, n.º 3).⁷¹

⁷⁰ Com exceção das informações relativas a grupos de sociedades (art. 14.º-A) e aos documentos contabilísticos, cujos prazos se encontram regulados pela Diretiva 2013/34/UE, de 26 de junho, relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas.

⁷¹ As razões são explicitadas no Considerando 23): “Embora as sociedades possam suspender temporariamente a sua atividade por razões válidas, é importante que o seu estatuto no registo comercial seja atualizado em conformidade. Por exemplo, os indicadores podem ser o facto de uma sociedade não dispor de um conselho de administração em funcionamento conforme exigido pelo direito nacional, não ter apresentado documentos contabilísticos ou não ter exercido qualquer atividade económica durante alguns anos. Do mesmo modo, o facto de um grande número de sociedades estarem inscritas no mesmo

11. Informações Adicionais

I. Com vista a promover a transparência, confiança, segurança e comparabilidade das informações relativas a sociedades no âmbito das atividades transfronteiriças, foram previstas novas informações societárias sujeitas a publicidade obrigatória.

II. Desde logo, em matéria de *sociedades unipessoais (supervenientes)*, sempre que uma sociedade se veja reduzida a um único sócio, por força da reunião de todas as partes sociais numa única pessoa, essa unipessoalidade societária e a identidade do sócio único devem objeto de publicidade no registo da sociedade e devem ser disponibilizados ao público através do sistema europeu de interconexão dos registos (art. 1.º da proposta, que altera o art. 3.º da Diretiva 2009/102/CE, de 16 de setembro).

III. Do mesmo modo, sempre que não coincidam com o local da sede estatutária (“rectius”, quando se situem em local diverso do Estado-Membro da sede estatutária), devem objeto de publicidade no registo da sociedade e disponibilizados ao público “a localização da administração central” (nova alínea l) do art. 14.º) – o que significa, no âmbito do direito português, o local da “sede principal e efetiva da sua administração” (art. 3.º, n.º 1 do CSC) – e “o estabelecimento principal” (nova alínea m) do art. 14.º) – conceito pouco utilizado no âmbito societário nacional (v.g., art. 117.º, n.º 1 e 129.º-A do CSC) mas bastante utilizado pelo legislador europeu (art. 54.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia, art. 63.º do Regulamento Bruxelas I-bis, etc.). A eventual dissociação entre os países da sede estatutária (“Sitzungssitz”, “registered office”) e da sede efetiva (“Hauptverwaltung”, “place of central administration”) ou do estabelecimento principal (“Hauptniederlassung”, “principal place of business”) é relevante para diversos efeitos e dimensões da atividade transfronteiriça das sociedades, incluindo a aplicação de normas fiscais, concorrenciais e insolvenciais, além de que tais informações permitem mais facilmente identificar empresas de fachada fraudulentas ou abusivas.

endereço pode indicar a possibilidade de algumas terem sido constituídas para fins abusivos. Esses procedimentos devem incluir a possibilidade de as sociedades explicarem a sua situação e fornecerem os dados necessários, em prazos razoáveis, e devem assegurar que o estatuto da sociedade – por exemplo, se foi encerrada, liquidada ou dissolvida, se é economicamente ativa ou inativa – é atualizado em conformidade”.

IV. Finalmente, existem ainda *outras informações* que devem passar a estar disponíveis ao público através do sistema de interconexão dos registos: tal o caso das informações sobre as *sucursais de países terceiros* – que devem ser disponibilizadas gratuitamente (art. 36.º, nos 3 e 4) – e sobre os *representantes legais* das sociedades – incluindo sócios únicos, sócios em nome coletivo e comanditados e quaisquer outras pessoas que se encontram legalmente habilitadas a representar uma sociedade, identificadas através do respetivo nome próprio, apelido e data de nascimento (art. 18.º, nos 4 a 6).

V. Breve Balanço Final

I. Desde meados da década de 2010, a União Europeia tem vindo a desenvolver iniciativas no plano da digitalização do Direito das Sociedades: para além das disposições embrionárias previstas originariamente na Diretiva 2017/1132/UE, destacam-se a Diretiva 2019/1151/UE, que veio dar um grande impulso nesta matéria, e, mais recentemente, a Proposta de Diretiva de 2023.

II. Tais diretivas – ambas confessadamente centradas na “utilização de procedimentos e de ferramentas digitais no domínio das sociedades comerciais” – acolheram um conceito *estrito e minimalista de digitalização*, enquanto tecnologia de transformação dos procedimentos e informações societários físicos tradicionais para o formato digital, bem assim como o respetivo acesso, tratamento, armazenamento e transmissão por via eletrónica.⁷²

III. Todavia, uma tal perspetiva minimalista releva-se surpreendente *conservadora* e até anacrónica – podendo mesmo afirmar-se que as iniciativas regulatórias em apreço nasceram de algum modo já “velhas” e ultrapassadas em relação ao próprio fenómeno regulado.⁷³

Com efeito, a Revolução Digital abrange hoje uma enorme panóplia de diversas tecnologias fundamentais, tais como as tecnologias de

⁷² Cf. *supra* III-1.

⁷³ Com uma perspetiva crítica, vide também BARTOLACELLI, Alessio, *A New(?) Framework(?) on Digitalisation in European(?) Company(?) Law(?)*, espec. 63 e ss., in: 5 “Journal for the International and European Law, Economics and Market Integrations” (2018), 1-68; MÖSLEIN, Florian, *Back to the Digital Future: On the EU Company Law Package’s Approach to Digitalization*, 5, in: 16 “European Company Law Journal” (2019), 4-5.

registro distribuído (“distribution ledger technologies”), em particular, a “Blockchain”, a inteligência artificial (“artificial intelligence” ou IA), os megadados (“big data”), a internet das coisas (“internet of things” ou IoT), a computação e automatação (v.g., “cloud computing”, robótica), e os mercados e serviços digitais (“digital markets and services”). Ora, são já conhecidas as projeções destas e de outras tecnologias digitais em todo o ciclo de vida das sociedades, reclamando assim igualmente – senão mesmo sobretudo – a atenção do legislador europeu⁷⁴. Apenas dois exemplos, entre muitos outros, para memória futura. O recurso às “distribution ledger technologies”, e à “blockchain” em particular, lança novos desafios ao direito societário tradicional: pense-se, por exemplo, nos novos modelos de constituição de sociedades (“Decentralized Autonomous Organizations” ou sociedades autoreferentes)⁷⁵, de financiamento de sociedades (v.g., capital e ações digitais)⁷⁶ e até de apresentação de contas sociais (demonstrações financeiras em tempo real, permanentemente acessíveis e rastreáveis, evitando a manipulação das contas ou “cook the books”)⁷⁷. E o recurso à inteligência artificial no domínio da organização e gestão das empresas, que em tese poderá oscilar entre formas mitigadas de apoio às tarefas do órgão de administração até à delegação e substituição completa da presença humana neste órgão (passando a sociedade, no limite, a ser gerida unicamente por algoritmos), também abrirá novos problemas no plano da regulação jurídica: pense-se, por exemplo, nas normas relativas à

⁷⁴ GODWIN, Andrew/ LEE, P. Woan/ LANGFORD, R. Teele (eds.), *Technology and Corporate Law: How Innovation Shapes Corporate Activity*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2023.

⁷⁵ CUETO, P. Ramos, *La Constitución de Sociedades Mercantiles en la Blockchain. Un Acercamiento al Futuro*, in: 6 “Revista Aranzadi Doctrinal” (2019), 77-84; HORST, Alexandra, *Blockchain and DAOs: The Evolution of Companies?*, in: 28 “New Zealand Universities Law Review” (2019), 423-458. Criticamente, vide ARMOUR, John/ EIDENMÜLLER, *Self-Driving Corporations*, in: 10 *Harvard Business Law Review*” (2020), 87-116; LOW, Kevin/ SCHUSTER, Edmund/ WAN, Wei, *The Company and Blockchain Technology*, in: WITTING, C./ PETRIN, M. (eds.), “Handbook on Corporate Liability”, 446-467, Edward Elgar Pub., Cheltenham, 2023.

⁷⁶ GÜLDÜ, Edgar, *Die Einlagefähigkeit von Bitcoins und anderen Kryptowährungen nach deutschem GmbH- und Aktienrecht*, in: 11 “GmbH-Rundschau” (2019), 565-572; MAIME, Phillip/ FROMBERGER, Mathias, *Die Blockchain-Aktie*, in: 185 “Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht” (2021), 507-555; MARTINEZ, I. Rabasa, *Integración del Capital Social con Criptomonedas*, in: 53 “Revista de Derecho de Sociedades” (2018), 6-23; NATALE, Manuela, *Dal “Cripto-Conferimento” al “Cripto-Capitale”?*, in: 72 “Banca, Borsa, Titoli di Credito” (2019), 741-756.

⁷⁷ BONYUET, Derrick, *Overview and Impact of Blockchain on Auditing*, in: 20 “International Journal of Digital Accounting Research” (2020), 31-43; DUTTA, Saurav, *The Definitive Guide to Blockchain for Accounting and Business: Understanding the Revolutionary Technology*, Emerald Publishing Limited, 2020.

organização, estrutura e funções do órgão de administração⁷⁸ e, particularmente relevante, à responsabilidade dos administradores.⁷⁹

⁷⁸ NETO, E. Devesa, *A Inteligência Artificial no Seio da Corporate Governance – O Impacto da IA no Órgão de Administração de Sociedades Anónimas*, Diss., Coimbra, 2021. Cf. ainda HICKMAN, Eleonore/ PETRIN, Martin, *Trustworthy AI and Corporate Governance: The EU's Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence from a Company Law Perspective*, in: 22 "European Business Organization Law Review" (2021), 593-625.

⁷⁹ FLORIAN, Mösllein, *Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law*, in: Barfield, W./ Pagallo, U. (eds.), "Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence", 649-669, Edward Elgar Pub., Cheltenham, 2018; KINDYLIDI, Iakovina, *Smart Companies: Company & Board Members Liability in the Age of AI*, in: 6 "UNIO – EU Law Journal" (2020), 115–141; PETRIN, Martin, *Corporate Management in the Age of AI*, in: "Columbia Business Law Review" (2019), 965-1030.

RESUMO: Com o DL 114-C/2023, de 5.12, foi transposta a Diretiva (UE) 2019/1151, que alterou a Diretiva 2017/1132. Entre outras medidas, aquele Decreto-Lei cria uma base de dados de inibições e destituições que facilitará a verificação da aplicação daquelas sanções no âmbito da constituição de sociedades e do registo de designações de gerentes ou administradores de sociedades comerciais. No entanto, o regime nacional foi mais além do que era exigido pela referida Diretiva. Apesar disso, há matérias que também poderiam ter sido agora objeto de atenção e não o foram.

Palavras-chave: Base de Dados de Inibições e Destituições; Constituição de sociedades; Registo comercial; Insolvência culposa.

ABSTRACT: Decree-Law 114-C/2023 of 5 December transposed Directive (EU) 2019/1151, which amended Directive 2017/1132. Among other measures, this Decree-Law creates a database of disqualifications and removals that will facilitate the verification of the application of these sanctions in the context of the incorporation of companies and the registration of appointments of directors of commercial companies. However, the national regime has gone beyond what was required by the aforementioned Directive. Despite this, there are also matters that could have been addressed now and were not.

Keywords: Database on disqualifications and removals; Companies' incorporation; Commercial register; Insolvency.

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS*

A base de dados de inibições e destituições (BDID) criada pelo DL 114-C/2023 e outros temas

1. Introdução

O DL 114-C/2023, de 5.12, veio transpor parcialmente a Diretiva (UE) 2019/1151 e criar uma base de dados de inibições e destituições (a BDID)¹. A Diretiva 2019/1151, por sua vez, tinha alterado a Diretiva

* Professor Associado, Univ Coimbra, IJ, FDUC soveralm@fd.uc.pt

¹ O DL 114-C/2023 fez uso da autorização legislativa concedida pela L 57/2023, de 10.10. Os detalhes relativos ao processo que conduziu à Lei de Autorização deveriam poder ser encontrados aqui: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=172983>. Porém, na busca que fizemos em 1.1.2024 quanto aos Pareceres enviados a mensagem que surgia era sempre a seguinte: 404 – File or directory not found...

(UE) 2017/1132. E fê-lo, designadamente, através do aditamento dos arts. 13.º-A a 13.º-J. A Diretiva 2017/1132 veio «codificar» as Diretivas 82/891/CEE, 89/666/CEE, 2005//56/CE, 2009/101/CE 2011/35/UE e 2012/30/UE. A Diretiva 2019/1151 e a Diretiva 2019/2121 (UE) formaram o *Company Law Package*².

A Diretiva 2019/1151 é transposta apenas parcialmente através do DL 114-C/2023 porque a primeira abrange outras matérias também. Um dos temas tratados na Diretiva 2019/1151 com especial relevo para o que nos interessa agora é o da constituição em linha de sociedades³, considerada a «centerpiece of the rules of the Digitalisation Directive»⁴. O art. 17.º-G, 2, da Diretiva 2017/1132, aditado pela Diretiva 2019/1151, determina que os Estados-Membros estabeleçam «regras de execução pormenorizadas para a constituição em linha de sociedades». O n.º 4, b), acrescenta que tais regras devem prever as «consequências da inibição do exercício do cargo de administrador pela autoridade competente de qualquer Estado-Membro». Para que essas consequências se possam verificar, é necessário que, a partir de cada Estado-Membro, se tenha acesso a informações sobre

² V., sobre este, Peter Kindler, «Introduction», in Peter Kindler/Jan Lieder (ed.), *European Corporate Law*, Nomos/Beck/Hart, Baden-Baden/München/New York, 2021, p. 1-63, a p. 50 e ss.. O direito da União Europeia tem adquirido um crescente relevo na construção do direito das sociedades dos Estados-Membros: sobre o tema, v., p. ex., para além do último texto citado, p. 19 e ss., Nicola de Luca, *European Company Law*, 2nd. ed., Cambridge University Press, Cambridge/New York/Port Melbourne/New Delhi/Singapore, 2021, p. 22 e ss., e, entre nós, António Menezes Cordeiro, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 13 e ss., Rui Pinto Duarte, *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 179 e ss., e José Engrácia Antunes, *Direito das Sociedades*, 11.ª ed., ed. do autor, Porto, 2023, p. 48 e ss.. Sobre a recente Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho «que altera as Diretivas 2009/102/CE e (UE) 2017/1132, no respeitante ao reforço da generalização e modernização da utilização de ferramentas e processos digitais no domínio do direito das sociedades» v. o texto de José Engrácia Antunes publicado neste número com o título «Digitalização Societária Europeia: A Proposta de Diretiva de 2023», a que gentilmente o Autor nos deu acesso.

³ A Diretiva 2019/1151 foi designada *CorpTech Directive* (v. Nicola de Luca, *European Company Law*, cit., p. 149) ou *Digitalisation Directive* (Alexander Shall/David Günther/Michael Lamsa, «Foreword to Arts 13-28», «Directive (EU) 2017 1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (codification)», in Peter Kindler/Jan Lieder (ed.), *European Corporate Law*, cit., p. 110). A Diretiva 2019/1151 teve origem na Proposta de Diretiva COM(2018) 239 final, cuja Exposição de Motivos contém dados relevantes para se compreenderem as finalidades do regime. Para informações sobre a transposição da Diretiva 2019/1151 noutros países, v. Alfredo Ávila de la Torre, *Seguridad jurídica preventiva y constitución digital de sociedades*, tirant lo blanch, Valencia, 2022, p. 19 e ss.. Também o DL 109-D/2021, de 9.12, tinha procedido à transposição parcial da Diretiva 2019/1151.

⁴ Alexander Shall/David Günther/Michael Lamsa, «Foreword to Arts 13-28», cit., p. 110.

as inibições que tenham sido decretadas noutro Estado-Membro. Nessa medida, a criação de uma base de dados contendo essas informações será muito útil. E será muito útil também para que as autoridades do Estado-Membro que a criou possam tornar mais eficazes essas inibições⁵.

A base de dados de inibições e destituições criada pelo DL 114-C/2023 permite transpor parcialmente a Diretiva 2019/1151 porque será possível, a partir de um Estado-Membro, obter informações sobre inibições para o exercício do cargo de administrador de uma sociedade decretadas noutro Estado-Membro. No caso da BDID, será possível obter informações sobre as inibições decretadas em Portugal.

Como se lê no art. 13.º-I, 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2019/1151, os «Estados-Membros podem recusar a nomeação de uma pessoa como administrador de uma sociedade se essa pessoa estiver sujeita a uma inibição do exercício do cargo de direção noutro Estado-Membro»⁶. Os Estados-Membros que recusem essa nomeação vão poder aceder à BDID para verificarem se estão ou não preenchidos os requisitos exigidos para que tenha lugar a recusa de nomeação referida. Mas a Diretiva 2019/1151 não obriga os Estados-Membros a recusar a nomeação com base nas inibições decretadas noutras Estados⁷. Obriga, isso sim, a adotar «normas em matéria de inibição de administradores» (art. 13.º-I, 1, aditado à Diretiva 2017/1132)⁸.

O Considerando (23) da Diretiva 2019/1151 ajuda a compreender o que está em causa: «A fim de assegurar a proteção de todas as pessoas que interagem com sociedades, os Estados-Membros deverão poder prevenir comportamentos fraudulentos ou outros comportamentos abusivos, recusando-se a nomear uma pessoa como administrador de uma sociedade, tendo em conta não só a conduta anterior dessa pessoa no seu próprio

⁵ A Plataforma Digital Única deve conter, designadamente, uma «síntese das normas aplicáveis relativas à designação de um membro de um órgão de administração, de gestão ou de fiscalização de uma sociedade, incluindo as normas relativas à inibição de administradores e às autoridades ou órgãos responsáveis pela conservação de informações sobre administradores inibidos» (art. 13.º-F, c), da Diretiva 2017/1132). Sobre a Plataforma Digital Única v. o Regulamento (UE) 2018/1724.

⁶ Como se lê no art. 13.º-F, 1, parte final, a «figura de administrador inclui pelo menos as pessoas a que se refere o artigo 14.º, alínea d), subalínea i)».

⁷ Chamando a atenção para isso mesmo, Alfredo Ávila de la Torre, *Seguridad jurídica preventiva y constitución digital de sociedades*, cit., p. 226, nt. 360.

⁸ Alexander Shall/David Günther/Michael Lamsa, «Article 13i», «Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (codification)», in Peter Kindler/Jan Lieder (ed.), *European Corporate Law*, cit., p. 123-124, a p. 124, os Estados-Membros «are obliged to draw up their own provisions for disqualification».

território, mas, se previsto no direito nacional, também as informações fornecidas por outros Estados-Membros. Por conseguinte, os Estados-Membros deverão poder solicitar informações aos outros Estados-Membros. A resposta poderá consistir em informações sobre uma inibição em vigor ou noutras informações relevantes para a inibição no Estado-Membro que tenha recebido o pedido. Tais pedidos de informação deverão ser possíveis através do sistema de interconexão dos registos. A este respeito, os Estados-Membros deverão ser livres de escolher a melhor forma de recolher estas informações, por exemplo, recolhendo as informações relevantes de quaisquer registos ou outros locais em que estejam armazenadas, nos termos do seu direito nacional, ou criando registos específicos ou secções específicas nos registos das sociedades. Sempre que sejam necessárias informações complementares, designadamente, sobre o período e os motivos de exclusão, os Estados-Membros deverão poder prestá-las através de todos os sistemas disponíveis de intercâmbio de informações, nos termos do direito nacional. No entanto, a presente diretiva não deverá criar a obrigação de solicitar tais informações em todos os casos. Além disso, a possibilidade de ter em conta informações sobre a inibição noutro Estado-Membro não deverá obrigar os Estados-Membros a reconhecer as inibições vigentes noutros Estados-Membros».

Mas também o Considerando (24) justifica atenção, pois nele se pode ler o seguinte: «A fim de assegurar a proteção de todas as pessoas que interagem com sociedades ou sucursais e a prevenção de comportamentos fraudulentos ou outros comportamentos abusivos, é importante que as autoridades competentes dos Estados-Membros possam verificar se a pessoa a nomear como administrador não está proibida de exercer esse cargo. Para o efeito, as autoridades competentes deverão também saber se a pessoa em causa está registada em qualquer dos registos relevantes em matéria de inibição do exercício do cargo de administrador noutros Estados-Membros através do sistema de interconexão dos registos das sociedades. Os registos, as autoridades ou as pessoas ou órgãos competentes, ao abrigo do direito nacional, para tratar qualquer aspecto dos procedimentos em linha não deverão conservar esses dados pessoais durante mais tempo do que o necessário para avaliar a elegibilidade da pessoa a nomear como administrador. No entanto, estas entidades poderão ter de conservar essas informações por um período mais longo de tempo, para o efeito de uma eventual revisão de uma decisão negativa. Em qualquer caso, o período de conservação não deverá exceder o estabelecido nas normas nacionais para a conservação de quaisquer dados pessoais relacionados com a constituição de uma sociedade ou o registo de uma sucursal ou a apresentação conexa de documentos e informações».

Porém, o DL 114-C/2023 vai mais longe do que o exigido pela Diretiva que transpõe. Com efeito, a base de dados de inibições e destituições permitirá, no plano interno, controlar se foram decretadas a título definitivo «inibições [...] de pessoas singulares para o exercício do comércio, para o exercício do cargo de gerente, de administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo e para a administração de patrimónios alheios, e informação relativa a destituições judiciais de titulares de órgãos sociais transitadas em julgado» (v. o Preâmbulo do DL 114-C/2023).

Assim, o regime interno não se limita a conter informações sobre inibições de administradores (incluindo os gerentes e administradores)⁹: abrange ainda inibições para o exercício de funções como membro de órgão social sujeito a registo (além do órgão de administração), para o exercício do comércio, para a administração de patrimónios alheios (em todos os casos quando decretadas a título definitivo) e destituições judiciais de titulares de órgãos sociais (não apenas administradores) transitadas em julgado (art. 2.º, 1, do DL 114-C/2023).

O art. 3.º do DL 114-C/2023, que indica a informação que deve constar da BDID, não faz distinção entre tipos de sociedades comerciais, referindo-se a inibições «para o exercício do cargo de gerente, de administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo». Mas do Preâmbulo do DL 114-C/2023 resulta que se está perante um regime que visa transpor a Diretiva 2019/1151. Sucede que os arts. 13.º-A a 13.º-J da Diretiva 2017/1132 surgem inseridos num Capítulo cujo art. 13.º começa por estabelecer que as medidas de coordenação ali previstas «aplicam-se às disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas aos tipos de sociedades constantes do anexo II e, quando especificado, aos tipos de sociedades constantes dos anexos I e II-A». O art. 13.º-I da Diretiva 2017/1132 não menciona os anexos I e II-A. O ponto 16.1. do Regulamento de Execução (UE) 2021/1042¹⁰ também veio estabelecer que o «intercâmbio de informações a que se refere o artigo 13.º-I, n.º 4, da Diretiva (UE) 2017/1132 deve abranger os casos em que alguém é impedido de se tornar diretor de uma sociedade de um dos tipos

⁹ De acordo com o art. 13.º-I, 1, da Diretiva 2017/1132, aditado pela Diretiva 2019/1151, para efeitos daquele artigo são administradores, pelo menos, as «pessoas a que se refere o artigo 14.º, alínea d), subalínea i)»: são elas as «pessoas que, na qualidade de órgão legalmente previsto ou de membros de tal órgão: [...] têm o poder de vincular a sociedade para com terceiros e de a representar em juízo [...]».

¹⁰ Trata-se do Regulamento «que estabelece normas de execução da Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho quanto às especificações técnicas e aos procedimentos do sistema de interconexão dos registos e que revoga o Regulamento de Execução (UE) 2020/2244 da Comissão», sendo relevante para efeitos do EEE.

enumerados no anexo II da diretiva [...]. E esses tipos são, no caso de Portugal, a sociedade anónima, a sociedade em comandita por ações e a sociedade por quotas. Se a letra do art. 3.º do DL 114-C/2023 parece levar a crer que ficarão abrangidos todos os tipos de sociedades comerciais (e também as sociedades civis sob forma comercial, parece), a verdade é que a Diretiva não levava tão longe.

Quando procuramos identificar os casos em que as inibições referidas podem ser decretadas, logo nos lembramos do art. 189.º, 2, b) e c), do CIRE quanto aos afetados pela qualificação da insolvência como culposa. A sentença que qualifica a insolvência como culposa vai «[d]ecretar a inibição das pessoas afetadas para administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos» e vai «[d]eclarar essas pessoas inibidas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa».

Abaixo veremos se todas essas inibições acedem à BDID. Interessa agora acrescentar que o art. 3.º, 2, do DL 114-C/2023 mostra que podem ainda estar em causa inibições decretadas por entidade administrativa (quando a lei o admite) e que várias normas preveem a possibilidade de proibição do exercício de funções que pode ser encarada como inibição para os efeitos da BDID: v. p. ex., os arts. 46.º, 1, e 52.º, 2, do CPen. ou o art. 380.º, 1, a), do CVM¹¹.

As inibições que vão constar da base de dados criada pelo DL 114-C/2023 vão ser relevantes para muitos efeitos. Desde logo, na avaliação da idoneidade de candidatos a diversas atividades: na avaliação da idoneidade do candidato a mediador de recuperação de empresas, v. o art. 5.º, 4, d), da L 6/2018, de 22.2, que obriga a ter em conta a [p]roibição, por autoridade judicial, autoridade de supervisão ou organismo com funções análogas, de agir na qualidade de administrador ou gerente de uma sociedade civil ou comercial ou de nela desempenhar funções»; no regime da atividade de construção constante da L 41/2015, de 3.6, v. o art. 9.º, 2, de acordo com o qual «[a]s pessoas singulares e as pessoas coletivas e seus

¹¹ O Ponto 16.1. do Regulamento 2021/1042 estabelece que o «intercâmbio de informações não abrange os casos baseados em normas específicas do direito da União, nomeadamente em matéria de idoneidade e competência, previstas no artigo 19.º, n.º 1, da Diretiva 2013/36/UE [...]. O intercâmbio de informações em causa é o que está previsto no art. 13.º-I, 4, da Diretiva 2017/1132. João Espírito Santo, «Notas sobre inibições para o exercício do comércio: velha tradição e recente evolução», *RDCOM*, 2024, p. 9 e 17, considera que as inibições a integrar na BDID são as «situações nas quais a proibição do exercício do comércio resulta de determinação individualizada, por ato judicial ou administrativo».

representantes legais que tenham sido proibidos do exercício do comércio ou da atividade da construção são também considerados, durante o período em que a proibição vigore, como comercialmente não idóneos»; no regime da atividade de mediação mobiliária, o art. 6.º, 2, b), da L 15/2013, de 8.2, considera que não são «considerados comercialmente idóneos os representantes legais de empresas de mediação que: [...] b) Se encontrem inibidos do exercício do comércio, tendo tal inibição sido declarada em processo de insolvência, enquanto não for levantada a inibição ou decretada a reabilitação»; quanto ao exercício da atividade de prestamista, o art. 6.º, 2, e), do DL 160/2015, de 11.8, considera constituir causa de inidoneidade a inibição «para o exercício do comércio, seja qual for a causa que o determine», inibição que, nos termos do n.º 3, também determina a inidoneidade da pessoa coletiva quando diga respeito aos seus administradores, diretores ou gerentes; não tem idoneidade para ser consultor para investimento autónomo o sujeito que tenha sido «[i] identificado como pessoa afetada pela qualificação da insolvência como culposa, nos termos previstos no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas», como resulta do art. 301.º, 3, c), do CVM – e os afetados são declarados inibidos nos termos do art. 189.º do CIRE¹².

O art. 5.º do DL 114-C/2023 estabelece uma obrigação de consulta da BDID e um dever de recusa do registo de nomeação ou recondução no cargo de gerente, administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo. A isto voltaremos.

2. O que vai constar da BDID

O art. 3.º, 1, do DL 114-C/2023 enumera os dados que deverão constar da BDID:

- «a) O nome, o número de identificação civil, o número de identificação fiscal, o domicílio, a nacionalidade, a data e o local do nascimento do inibido ou do destituído, ou os elementos equivalentes quando se trate de pessoa singular estrangeira;
- b) Os termos da inibição ou da destituição;
- c) O fundamento legal da inibição ou da destituição;
- d) A data em que a inibição se tornou definitiva ou em que a decisão judicial de destituição transitou em julgado;

¹² A enumeração não pretende ser exaustiva.

- e) A denominação social e o número de identificação da sociedade em que o destituído exercia cargo de titular de órgão social;
- f) O período da inibição;
- g) A identificação do processo no qual foi decretada a inibição ou a destituição;
- h) O tribunal ou a entidade administrativa que decretou a inibição ou a destituição».

O art. 2.º, 1, a), e b), faz referência a dados relativos a «inibições de pessoas singulares [...] para o exercício do cargo de gerente, de administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo [...]» e a «destituições judiciais de titulares de órgãos sociais transitadas em julgado». Como apenas é feita menção a «órgãos sociais», pode perguntar-se se só estão em causa informações relativas a membros de órgãos de sociedades e de quais. Por outro lado, e quanto às inibições, surge escrito no art. 2.º, 1, a), que só os cargos em órgãos sociais que estejam *sujeitos a registo* estão abrangidos. O mesmo não é expressamente estabelecido para as destituições de titulares de órgãos sociais.

Relativamente ao primeiro problema, ele existe, desde logo, porque o art. 189.º, 2, c), do CIRE obriga a declarar a inibição «para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa». A designação como membro de órgão de administração e fiscalização de sociedades comerciais e civis sob forma comercial está sujeita a registo (art. 3.º, 1, m), do CRCom), o mesmo sucedendo com a designação de liquidatários (art. 3.º, 1, s), do CRCom)¹³, como o está a nomeação de diretores e liquidatários de cooperativas (art. 4.º, b), CRCom), a designação de membros de órgãos de administração e fiscalização de empresas públicas e seus liquidatários (art. 5.º, c) e f), do CRCom). Poderá dizer-se que as inibições relativas à ocupação de qualquer destes cargos serão também incluídas na BDID? O Preambulo do DL 114-C/2023 e a Diretiva transposta parecem provar que não. Já escrevemos acima que o Preambulo do DL 114-C/2023 mostra que se está perante um regime que visa transpor a Diretiva 2019/1151. E, como vimos também, o art. 13.º-I da Diretiva 2017/1132 parece ter em vista apenas os tipos de

¹³ Parecendo considerar os liquidatários de sociedades comerciais como órgãos, Raúl Ventura, *Dissolução e Liquidação de Sociedades*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 306, Carolina Cunha, «Artigo 151.º», in J. M. Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 780-787, a p. 784.

sociedades previstos no seu Anexo II e o ponto 16.1. do Regulamento de Execução (UE) 2021/1042 só se refere a esse Anexo II.

Relativamente às destituições judiciais que serão abrangidas pela BDID, parece justificada a aplicação por analogia do que se encontra estabelecido no art. 2.º, 1, a): serão apenas as destituições de titulares de órgãos sociais sujeitos a registo que vão ser incluídas na BDID.

Alguns factos que devem agora constar da BDID não eram propriamente secretos até aqui. Com efeito, o art. 1.º, 1, n), do CRCiv já obrigava a registar a «inabilitação e a inibição do insolvente para o exercício do comércio e de determinados cargos», registo esse que será efetuado por averbamento ao assento de nascimento (art. 69.º, 1, l) e só sendo eliminado, mediante a elaboração oficiosa de um novo assento de nascimento, «[d]ecorridos cinco anos após o final dos períodos fixados para a inabilitação e para a inibição para o exercício do comércio e de determinados cargos, a contar do final do período mais longo» (art. 81.º-A, 1, c), do CRCiv).

Por sua vez, o art. 9.º, j), do CRCom também sujeitava a registo as «sentenças, com trânsito em julgado, [...] de inibição de comerciantes individuais para o exercício do comércio e de determinados cargos». O preceito foi alterado pelo DL 114-C/2023, sujeitando agora a registo as «decisões judiciais, com trânsito em julgado, que decretarem ou façam cessar medidas de acompanhamento de comerciantes individuais relativas ao exercício do comércio ou para o exercício do cargo de gerente, administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo, bem como as decisões de nomeação e de destituição do acompanhante [...].» No entanto, essas medidas de acompanhamento não parecem integrar as inibições de que se ocupa o art. 3.º do DL 114-C/2023 e que constarão da BDID. O ponto 16.1. do Regulamento 2021/1042 estabelece, aliás, que o intercâmbio de informações referido no art. 13.º-I, 4, da Diretiva 2017/1132 «não abrange os casos em que, nos termos da legislação nacional, uma pessoa não tenha capacidade jurídica para celebrar contratos ou esta tenha sido limitada na sequência de uma decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente de um Estado-Membro, adotada com base no direito nacional, e que, por esse facto, não reúna as condições para se tornar administrador de uma sociedade» de um dos tipos enumerados no anexo II daquela Diretiva. É certo que o legislador nacional poderia querer incluir mais dados na BDID para além dos exigidos na legislação europeia. Mas as «decisões judiciais, com trânsito em julgado, que decretarem ou façam cessar medidas de acompanhamento de comerciantes individuais relativas ao exercício do comércio ou para o exercício do cargo de gerente, administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo» parecem constituir limites

à capacidade de exercício do acompanhado¹⁴ e não serão parte das inibições abrangidas pela BDID.

A BDID será «alimentada» com base nas informações comunicadas pelos tribunais ou entidades administrativas que decretarem a inibição ou a destituição. Essa comunicação deve ter lugar por via eletrónica e de forma automática (art. 3.º, 2).

3. Quem vai ter acesso à BDID

O art. 4.º do DL 114-C/2023 indica as pessoas que têm acesso à informação constante da BDID. O n.º 1 faz referência ao «titular da informação» e a «quem prove efetuar o pedido em nome ou no interesse daquele». A expressão «titular da informação» parece estranha no contexto em que surge. Trata-se, parece, do sujeito a quem a informação diz respeito: o inibido ou destituído judicialmente.

Nos termos do art. 4.º, 2, também podem ter acesso à informação da BDID «as seguintes pessoas e entidades:

- a) Os conservadores de registos e os oficiais de registos, para o exercício das competências legalmente previstas;
- b) Os magistrados judiciais e os magistrados do Ministério Público, para fins de investigação criminal, de instrução e de decisão de

¹⁴ Mafalda Miranda Barbosa, *Maiores Acompanhados*, Gestlegal, Coimbra, 2018, p. 63, escreve que, «em determinadas situações, o regime do acompanhamento pode redundar na limitação (mas não exclusão) da capacidade de exercício do indivíduo». Por sua vez, Ricardo Costa, «Artigo 390.º», in J. M. Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 198-225, a p. 207, nt. 23, escreve o seguinte: «Tratamos aqui do afastamento das pessoas que sofram de incapacidades jurídicas de exercício ou de agir: [...] acompanhamento de maior diminuído, que exclui a capacidade de exercício (em diferente medida, é certo) e não apenas a limita (arts. 138.º e s. do CCiv., na redação conferida pela L 49/2018, de 14 de agosto), desde que (pelo menos, e mesmo que não se enverede pela tese de falta de plenitude da capacidade de exercício sempre que se verificar qualquer medida de “acompanhamento”, tendo em conta o princípio da necessidade que rege o acompanhamento de maiores – cfr. art. 145.º, 1, CCiv. [...]) haja restrição judicial, para o “maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência, ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos ou de, nos mesmos termos, cumprir os seus deveres” (art. 138.º CCiv.; tb. o art. 141.º, 2), do direito de “escolher profissão” (art. 147.º CCiv) e/ou “representação geral” por parte do acompanhante-representante (art. 145.º, 2, b), 4, CCiv.) e/ou (mais discutível) a dependência de autorização prévia para a prática de atos patrimoniais (art. 145.º, 2, d), 4, CCiv. [...]».

processos criminais, bem como no âmbito das suas competências legalmente previstas nos demais processos que são da competência dos tribunais judiciais;

- c) As entidades administrativas com competência para decretar a inibição de pessoas singulares para o exercício do comércio, para o exercício do cargo de gerente, de administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo e para a administração de patrimónios alheios, para fins de instrução e decisão de processos no âmbito das suas competências legalmente previstas;
- d) Os notários, os advogados e os solicitadores, para prevenir que quem se encontre inibido ou tenha sido judicialmente destituído intervenha em atos que lhe estejam vedados»¹⁵.

Os termos em que se acha redigido o art. 4.º, 2, podem fazer surgir dúvidas acerca do que deve ser invocado para se ter acesso à informação em causa. No entanto, fica claro que não é qualquer pessoa ou qualquer interessado que tem acesso aos dados. Mas quem pretenda estabelecer uma qualquer relação com o titular dos dados e considere importante obter a informação pode sempre solicitar ao titular que lhe permita o acesso em nome deste.

O intercâmbio de informações relativas «às pessoas singulares que se encontram inibidas para o exercício do comércio, para o exercício do cargo de gerente, de administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo ou para a administração de patrimónios alheios» de que trata a Diretiva 2017/1132 está regulado no DL 24/2019, de 1.2 (v., em particular, o art. 1.º, 2, 5.º, 7, e 6.º-A), que foi alterado pelo DL 114-C/2023.

4. O impedimento à realização de registos

No que diz respeito às sociedades comerciais (ou civis sob forma comercial), o regime da BDID irá ter relevantes consequências. Com efeito, o art. 5.º, 1, do DL 114-C/2023 obriga os serviços de registo comercial a consultar aquela base quando seja promovido, designadamente, o «registo de nomeação ou de recondução no cargo de gerente, de adminis-

¹⁵ A Proposta de Lei n.º 85/XV/1.^a não continha esta última possibilidade. Chamando a atenção para isso mesmo quanto aos advogados, v. o Parecer da Ordem dos Advogados sobre a Proposta. Para uma análise crítica ao teor da al. b) no âmbito da Proposta de Lei, v. o Parecer da Comissão Nacional de Proteção de Dados, p. 4 e 4 v..

trador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo»¹⁶. E devem fazê-lo para garantir que o sujeito em causa «não se encontra impedido de praticar atos de comércio ou de exercer o cargo, designadamente as funções de vinculação da sociedade para com terceiros, de representação da sociedade em juízo e de participação na administração, na vigilância ou na fiscalização da sociedade». Se os serviços de registo verificam que existe algum dos impedimentos referidos, devem recusar o registo da nomeação ou recondução.

Sublinhe-se que não são apenas as inibições que surgem indicadas como fundamentos para a recusa do «registo de nomeação ou de recondução no cargo de gerente, de administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo». O art. 5.º, 1, faz referência aos casos em que o sujeito «se encontra impedido [...] de exercer o cargo, designadamente as funções de vinculação da sociedade para com terceiros, de representação da sociedade em juízo e de participação na administração, na vigilância ou na fiscalização da sociedade».

Não são só relevantes as inibições resultantes da aplicação do direito nacional por entidades nacionais. Com efeito, os serviços de registo comercial podem também «solicitar e obter informação, designadamente, sobre a inibição de pessoa singular «para o exercício do cargo de gerente, de administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo e para a administração de patrimónios alheios» que tenha sido decidida noutra Estado-Membro, efetuando a verificação através do sistema de interconexão dos registos (v. o art. 5.º, 3, e a remissão para o disposto no DL 24/2019, de 1.2). A informação assim obtida levará igualmente à recusa do registo de nomeação ou recondução quando o impedimento resulte «da aplicação de medida equivalente às medidas nacionais a que se refere a alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º» (art. 5.º, 4): trata-se das «inibições de pessoas singulares para o exercício do comércio, para o exercício do cargo de gerente, de administrador ou de outro membro de órgão social sujeito

¹⁶ De acordo com o art. 3.º, 1, m), do CRCom, estão sujeitas a registo a «designação e cessação de funções, por qualquer causa que não seja o decurso do tempo, dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização das sociedades, bem como do secretário da sociedade». Quanto ao secretário da sociedade (arts. 446.º-A-446.ºF do CSC), discute-se se é ou não órgão: sobre os termos da questão, p. ex., Paulo de Tarso Domingues, «Artigo 446.º-A», in J. M. Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 895-901, a p. 897 (negando a qualidade) e Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 549 e 552 (em sentido afirmativo). O art. 3.º, 1, s), do CRCom ocupa-se dos liquidatários das sociedades.

a registo e para a administração de patrimónios alheios decretadas a título definitivo».

Não deixa de ser estranho o poder conferido aos serviços de registo comercial: o de *avaliar se há ou não equivalência entre as medidas nacionais e as adotadas noutro Estado-Membro*. Tememos, por isso, que a sua aplicação dê lugar a litígios. De qualquer modo, o art. 5.º, 4, exige que a medida tenha sido efetivamente aplicada noutro Estado-Membro. Contudo, esse preceito não parece tornar necessário qualquer controlo da decisão que decretou a medida¹⁷.

A redação do art. 5.º, 3, obriga ainda a perguntar se nele se encontra uma obrigação ou apenas uma faculdade conferida aos serviços do registo comercial. Com efeito, o art. 5.º, 1, é claro ao estabelecer que, nas hipóteses que identifica, os serviços de registo comercial «consultam» a BDID. Quanto ao art. 5.º, 3, vemos escrito que os serviços referidos «podem ainda solicitar e obter» as informações nele mencionadas. Tendo em conta a epígrafe do art. 5.º («obrigação de consulta»), parece que os serviços em causa não podem deixar de solicitar e obter a informação de que trata o n.º 3¹⁸. Tanto mais que o art. 48.º, 2, b), do CRCom, na redação dada pelo DL 114-C/2023, estabelece que é «fundamento de recusa [...] do registo de nomeação ou de recondução no cargo de gerente, de administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo: [...] A existência, na base de dados de inibições e destituições ou nos registos de outros Estados-Membros, de impedimento para exercício do cargo, designadamente para as funções de vinculação da sociedade para com terceiros, para representação da sociedade em juízo e para participação na administração, na vigilância ou na fiscalização da sociedade». A terminologia usada permite abranger situações variadas que podem ser acolhidas na legislação de outro Estado-Membro.

Uma outra diferença entre o n.º 1 e o n.º 3 do art. 5.º que merece ser referida é a que diz respeito aos fundamentos da recusa do registo de nomeação ou de recondução no cargo de gerente, de administrador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo. No n.º 1, trata-se de impedimentos para «exercer o cargo, designadamente as funções de vinculação da sociedade para com terceiros, de representação da sociedade em juízo e de participação na administração, na vigilância ou na fiscalização». No n.º 3, são as inibições «para o exercício de cargo de gerente, de adminis-

¹⁷ Lembrando o Regulamento Bruxelas I bis, Alfredo Ávila de la Torre, *Seguridad jurídica preventiva y constitución digital de sociedades*, cit., p. 239, nt. 377.

¹⁸ Com outra leitura, Espírito Santo, «Notas sobre inibições para o exercício do comércio: velha tradição e recente evolução», cit., p. 19.

trador ou de outro membro de órgão social sujeito a registo» que ganham relevado.

O regime que encontramos no art. 5.º, 3, do DL /2023 deve ser lido tendo em conta o art. 13.º-I da Diretiva 2017/1132 (que, como vimos, foi aditado pela Diretiva 2019/1151). O art. 13.º-I, 2, segundo parágrafo, permite que os Estados-Membros recusem «a nomeação de uma pessoa como administrador de uma sociedade se essa pessoa estiver sujeita a uma inibição do exercício do cargo de direção noutro Estado-Membro»¹⁹. Por sua vez, o art. 13.º-I, 3, da Diretiva 2017/1132 obriga os Estados-Membros a «assegurar que estão aptos a responder a pedidos de outros Estados-Membros de informações relevantes para a inibição de administradores nos termos da legislação do Estado-Membro que responde ao pedido». O art. 13.º, I, 4, determina que os Estados-Membros adotem as medidas necessárias que permitam responder «sem demora» a essas solicitações através do fornecimento de «informações sobre se uma determinada pessoa está inibida do exercício do cargo de administrador ou se consta de um dos seus registos que contêm informações relevantes no que se refere à inibição de administradores». Essas informações devem ser prestadas através do sistema de interconexão de registos previsto no art. 22.º da Diretiva 2017/1132²⁰ e o intercâmbio de informações sobre administradores que são objeto de inibição deve respeitar o disposto no ponto 16 do Regulamento de Execução 2021/1042. Os Estados-Membros podem trocar informações suplementares (p. ex., sobre o período e os motivos da inibição), troca essa que se rege pelo direito nacional.

O art. 5.º do DL 114-C/2023 complementa as alterações que tinham sido introduzidas pelo DL 109-D/2021, de 9.12, nos arts. 252.º e 391.º do CSC. Com efeito, a nova redação destes preceitos veio tornar necessário que, para o registo da designação, seja apresentada declaração dos

¹⁹ Como escrevem Alexander Shall/David Günther/Michael Lamsa, «Article 13i», cit., a p. 124, «[i]n the foreground is to prevent a disqualified director from performing a managing activity again by way of the detour of founding a letterbox company in a other member state». De certa forma, ainda estamos perante um regime que contribui para enfrentar o «Phoenix syndrome»: sobre este, Paul Davies/Sarah Worthington/Christopher Hare, *Gower Principles of Modern Company Law*, 11th. ed., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, London, 2021, p. 717 e ss..

²⁰ O sistema de interconexão dos registos surgiu previsto no art. 4.º-A da Diretiva 2009/101/CE e foi aí introduzido pelas alterações trazidas pela Diretiva 2012/17/UE. Esse sistema encontra-se atualmente previsto no art. 22.º da Diretiva 2017/1132, já alterado. O sistema de interconexão de registos compreende os registos dos Estados-Membros, a plataforma central europeia e o portal que constitui o ponto de acesso eletrónico europeu. V. tb. o art. 3.º do DL 24/2019.

gerentes e administradores de que conste «não terem conhecimento de circunstâncias suscetíveis de os inibir para a ocupação do cargo»²¹. Agora, espera-se certamente que os serviços de registo controlem com maior facilidade a veracidade dos conteúdos daquelas declarações e detetem eventuais esquecimentos ou desconhecimentos.

O art. 5.º não trata apenas do registo de nomeação ou recondução nos cargos já referidos ou da recusa do mesmo. Nele é ainda mencionado o registo do início e alteração de atividade de comerciante individual. Esse registo também será recusado se os serviços de registo comercial, após consulta da BDID, verificarem que o sujeito está impedido de praticar atos de comércio. E será igualmente recusado se, solicitada a informação através do sistema de interconexão dos regtos, os serviços de registo comercial verificarem que noutro Estado-Membro a pessoa singular em causa está sujeita a impedimento equivalente à inibição para o exercício do comércio.

Além disso, o registo da inibição para o exercício do comércio parece conduzir ao registo da cessação da atividade do comerciante individual (art. 34.º, 3, do CRCom, na redação dada pelo DL /2023).

5. As destituições judiciais de titulares de órgãos sociais transitadas em julgado

Vimos acima que a BDID também integra informação relativa às destituições judiciais de titulares de órgãos sociais após o trânsito em julgado das decisões que as decretam.

A possibilidade de destituição judicial referida encontra-se prevista em várias disposições legais.

²¹ O DL 114-C/2023 alterou também o art. 48.º do CRCom: o n.º 2, a), esclarece que é fundamento de recusa de registo da nomeação ou recondução no cargo de gerente, administrador ou outro membro de órgão social sujeito a registo a «ausência de declaração da qual conste não ter conhecimento de circunstâncias suscetíveis de o inibir para o exercício do cargo». Os arts. 252.º, 3, e 391.º, 2, referem-se antes à «ocupação do cargo». Não parece que o CRCom venha agora exigir uma declaração diferente quanto ao conteúdo. Porém, uma leitura cautelosa pode conduzir a incluir na declaração as duas informações: não tem conhecimento de circunstâncias suscetíveis de os inibir para a ocupação do cargo ou para o exercício do cargo. O que é certo, isso sim, é que a nova redação do art. 48.º, 2, a), do CRCom exige a declaração em causa também para o registo da nomeação ou recondução no cargo de «outro membro de órgão social sujeito a registo». Isso abrange os membros dos órgãos de fiscalização (art. 3.º, 1, m), do CRCom). Curiosamente, o art. 435.º, 2, do CSC não remete para o art. 391.º, 2...

Quanto aos gerentes e administradores, vejam-se, em especial, as seguintes²²:

- a) Para as sociedades em nome coletivo – arts. 191.º, 4 e 7, do CSC;
- b) Para as sociedades por quotas – arts. 257.º, 3 e 5, 216.º, 2, do CSC;
- c) Para as sociedades anónimas – arts. 292.º, 2, a)²³, 403.º, 3, 449.º, 450.º, 1, do CSC.

Quanto aos membros dos órgãos de fiscalização, lembramos os preceitos abaixo indicados:

- a) Para as sociedades por quotas – arts. 216.º, 2, 419.º, 3, do CSC;
- b) Para as sociedades anónimas – arts. 292.º, 2, a), 403.º, 3 (quanto aos membros da comissão de auditoria²⁴), 418.º, 3 e 4, 419.º, 3, 449.º, 4, do CSC, e art. 55.º, 4, EOROC (sociedades de interesse público²⁵).

O regime previsto para a destituição judicial é especialmente importante tendo em conta que há casos em que a mesma constitui incompatibilidade para uma reeleição: v., p. ex. e expressamente, o art. 450.º, 4, do CSC²⁶.

6. Observações finais

Antes das alterações introduzidas pelo DL 114-C/2023 ao CRCom era mais difícil saber que consequências resultavam da sentença que inibia as pessoas afetadas pela qualificação da insolvência como culposa «[...] para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial [...]» se o afetado já tinha sido designado para o mesmo. O CIRE não

²² No CPC, v. tb. o art. 1055.º.

²³ Sobre o inquérito judicial, v. tb. os arts. 1048.º e ss. CPC.

²⁴ V. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 657 e ss..

²⁵ V. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, cit., p. 658.

²⁶ Defendendo a aplicação do art. 450.º, 4, do CSC, por analogia, aos casos do art. 449.º, 4, Coutinho de Abreu, «Artigo 403.º, in J. M. Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, cit., p. 402-417, a p. 417. Manifestando estranheza por a destituição judicial ser incluída na informação contida na BDID tendo em conta a diferente função das figuras, v. José Engrácia Antunes, título «Digitalização Societária Europeia: A Proposta de Diretiva de 2023», publicado neste mesmo número, nt. 40..

estabelece expressamente que se trata de causa de incompatibilidade que constitua impedimento à designação. O conteúdo do art. 401.º do CSC não é também inequívoco quanto à importância da declaração de termo de funções pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria²⁷, levantando dificuldades a questão da aplicabilidade desse último preceito às sociedades por quotas.

O art. 69.º, 8, do CRCom, aditado pelo DL 114-C/2023, vem agora dispor o seguinte: «A cessação de funções prevista na alínea l) do n.º 1 é averbada oficiosa e gratuitamente, na sequência da comunicação ao Instituto dos Registos e Notariado, I.P., das decisões de inibição e de destituição para efeitos de integração da informação na base de dados de inibições e destituições»²⁸. O art. 69.º, 1, l), do CRCom, por sua vez, trata da «recondução ou cessação de funções de gerentes, administradores, diretores, representantes e liquidatários». O art. 69.º, 8, do CRCom pode levar a que se entenda ser de reconhecer que a decisão de inibição determina a cessação daquelas funções. Embora sempre se pudesse dizer também, em sentido contrário, que a cessação das funções só deve ser averbada na sequência da comunicação da decisão de inibição quando a decisão de inibição tenha como consequência a cessação de funções...

Como o averbamento oficioso de que trata o art. 69.º, 8, do CRCom apenas diz respeito à cessação de funções «prevista na alínea l) do n.º 1», só está em causa a «cessação de funções de gerentes, administradores, diretores, representantes e liquidatários». Sucede, porém, que o art. 189.º, 2, c), do CIRE inclui nas inibições a de «ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil».

Por fim, achamos que o âmbito da intervenção realizada pelo DL 114-C/2023 faz lamentar que não se tenha ido mais longe no que diz respeito ao enquadramento jurídico a dar à designação de um «gerente, administrador ou de outro membro de órgão sujeito a registo» que estivesse inibido. Pela nossa parte, teríamos preferido que se tornasse obrigatória a designação no ato constitutivo dos primeiros membros desses órgãos. Na

²⁷ Mas v., referindo-se a uma *incompatibilidade*, Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 581; em sentido próximo, Rui Cardona Ferreira, «Impedimentos na designação de administradores das sociedades comerciais», em AAVV, *A Designação de Administradores*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 185, nt. 477.

²⁸ O averbamento da cessação de funções, no entanto, não torna esta necessariamente oponível a terceiros. Há que averiguar se estamos perante um caso em que a publicação é obrigatória (v. o art. 70.º, 1, do CRCom e o art. 168.º, 2, do CSC).

formalização do ato já poderia ser efetuado um primeiro controlo. Esse seria um caminho para combater o surgimento de sociedades «acéfalas»²⁹.

²⁹ Sobre o tema, Alfredo Ávila de la Torre, *Seguridad jurídica preventiva y constitución digital de sociedades*, cit., p. 229. Para as SENC, o art. 191.º, 1, do CSC estabelece que, na falta de «estipulação em contrário e salvo o disposto no n.º 3, são gerentes todos os sócios [...]. Quanto às sociedades por quotas, o art. 253.º, 1, dispõe o seguinte: «Se faltarem definitivamente todos os gerentes, todos os sócios assumem por força da lei os poderes de gerência, até que sejam designados os gerentes». Está, assim pressuposto que a sociedade já teve gerente ou gerentes. O mesmo dá a entender o n.º 2.

RESUMO: Neste estudo, depois de caracterizarmos as prestações acessórias no quadro das obrigações secundárias dos sócios, procuramos delimitar as prestações acessórias gratuitas, explicando que as doações de dinheiro à sociedade não podem configurar obrigações de prestação acessória, por diversas razões, e ainda que fossem admissíveis não poderiam ser realizadas por sócios que sejam sociedades comerciais.

Palavras-chave: prestações acessórias; contabilização; doações; gratuitas.

ABSTRACT: In this study, after characterizing the ancillary contributions in the context of the secondary obligations of the shareholders, we aim to delimit the free ancillary contributions, explaining that donations of money to the company cannot constitute ancillary contributions, for several reasons, and even if they were admissible, they could not be carried out by shareholders who are commercial companies.

Keywords: ancillary contributions; donations; accounting; gratuitous.

PAULO OLAVO CUNHA*

As prestações acessórias gratuitas: natureza e delimitação do respetivo objeto**

Introdução: relevância do tema

As prestações acessórias são uma forma de capitalização da sociedade comercial, ou de contribuição em seu benefício, que podem ter por objeto dinheiro ou qualquer bem fungível, um bem infungível ou uma prestação de facto fungível ou infungível; e podem ser remuneradas ou gratuitas.

Estas prestações, que configuram verdadeiras obrigações secundárias dos sócios e acionistas são características das sociedades anónimas, apesar de também existirem no âmbito das sociedades por quotas (onde ainda prevalecem, como obrigações acessórias à obrigação de entrada as prestações suplementares) – nas quais a relação de proximidade do sócio com a sociedade é muito maior –, encontram-se reguladas, respetivamente, nos artigos 287.º e 209.º do Código das Sociedades Comerciais¹.

* Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa)

** Este estudo é um efeito da minha atividade prática, como advogado, embora não corresponda à adaptação de qualquer parecer, constituindo uma primeira reflexão sobre a possibilidade de equacionar a realização doações a uma sociedade comercial, qualquer que seja o seu tipo, sob a forma de prestações acessórias gratuitas.

¹ Doravante designado apenas por CSC; e a que se reportam todas as disposições legais que não se encontrarem especialmente referenciadas.

Este estudo recai sobre o objeto das prestações acessórias e retoma pontualmente passagens de escritos anteriores, designadamente do nosso livro de *Direito das Sociedades Comerciais*², procurando especificamente delimitar o objeto das prestações gratuitas e esclarecer um mal-entendido em que parte da nossa *praxis* tem vindo a incorrer, ao aceitar como possíveis as prestações acessórias que constituem verdadeiras doações à sociedade³.

² Atualmente na 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2019. Vd., em especial, pp. 322-327.

³ A doutrina tem-se debruçado sobre esta figura, mas raramente aborda a temática das doações, contribuindo essa omissão para a confusão que se está a gerar na prática.

De entre os vários autores nacionais que se têm pronunciado sobre as prestações acessórias, importa destacar (por ordem alfabética), nas publicações deste século, os seguintes: JORGE COUTINHO DE ABREU, «Suprimentos», AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003 (pp. 71-80), e *Das Sociedades*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, pp. 311-315, PAULO DE TARSO DOMINGUES, «As diferentes formas de financiamento societário pelos sócios e a transmissibilidade autónoma dos créditos respetivos», AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 753-782, em especial 775-776, *O Financiamento Societário pelos Sócios (e o seu reverso)*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 587-592, e «O financiamento societário através de suprimentos, prestações suplementares e prestações acessórias», AA.VV., *Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos*, vol. II, org. Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 277-306, em especial pp. 295-301 (publ. também AA.VV., *Direito da Contabilidade*, coord. Por Suzana Fernandes da Costa, AAFDL, Lisboa, 2023, pp. 85-117), RUI PINTO DUARTE, «Suprimentos, prestações acessórias e prestações suplementares. Notas e questões», AA.VV., *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 257-280 (cfr., em especial, pp. 259-262, 264-265, 277-280), «Prestações suplementares e prestações acessórias (uma reincidência)», AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I – *Congresso Empresas e Sociedades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007 (pp. 693-706), pp. 696-701, 704-705, e «Contribuições dos sócios para além do capital social: prestações acessórias, prestações suplementares e suprimentos», in *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, 2008 (pp. 225-259), pp. 225-237 e 246-258, JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 226-227, SOFIA GOUVEIA PEREIRA, *As Prestações Suplementares no Direito Societário Português*, 2.ª ed. (com a colab. de FRANCISCO RODRIGUES ROCHA), Almedina, Coimbra, 2022, pp. 227-236, ANA PINTO DA ROCHA, *Da Perda Grave do Capital Social nas Sociedades de Capitais. O papel das Prestações Acessórias e Suplementares*, Petrony, Lisboa, 2009, pp. 114-115 e 161-178, MANUEL ANTÓNIO PITA, «As prestações acessórias: Direito das Sociedades e Direito da Contabilidade», AA.VV., *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Lisboa, 2010, pp. 95-111, e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, 2.ª ed. cit., 2015, pp. 67-70.

Na doutrina do século XX – mas na vigência do CSC –, vd. RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, vol. I (Comentário ao CSC), Almedina, Coimbra, 1989, pp. 203-231.

Nos livros e comentários sobre sociedades comerciais em geral, vd. os seguintes textos: AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vols. III, 3.ª ed., e V, 2.ª ed., coord.

No texto que se segue, começaremos por caracterizar as prestações acessórias, continuaremos procedendo à sua exemplificação e focar-nos-emos sobre as prestações gratuitas, ponderando em especial a admissibilidade das doações ou reforços de capital a fundo perdido (definitivos) no nosso quadro legal sob a forma de obrigação de prestação acessória.

1. Obrigações acessórias

A participação numa sociedade comercial constitui uma situação jurídica complexa de que fazem parte direitos e obrigações, para além de outras situações mais raras como os ónus e as expectativas jurídicas.

No âmbito das obrigações destacam-se as que, pela sua importância fundacional, se revelam essenciais e imprescindíveis, que são as principais⁴, e que se reconduzem às obrigações de entrada – isto é, de capitalização da sociedade ou de disponibilização de trabalho (“indústria”) nas sociedades em nome coletivo e em comandita, por forma que esta disponha dos meios necessários à realização da sua atividade – e de quinchoar nas perdas, o que, nas sociedades de responsabilidade limitada corresponde a não ser reembolsado (da totalidade) do investimento efetuado.

Contudo, nem todas as vinculações societárias se esgotam na obrigação de entrada que uma pessoa assume quando participa numa sociedade. Com efeito, para além dessas obrigações, a lei admite a existência de outras situações jurídicas de idêntica natureza, mas que são eventuais e acessórias da obrigação principal. Fá-lo nos arts. 209.º e 287.º e nos arts. 210.º a 213.º.

Nos primeiros dois artigos referidos a lei societária prevê a possibilidade de serem realizadas obrigações acessórias. Mas essas obrigações são acessórias de quê? São obrigações acessórias da obrigação de entrada; e, por isso, não se devem confundir com a mesma, como sucede por vezes.

por COUTINHO DE ABREU, anot. aos arts. 209.º e 287.º por ALEXANDRE MOTA PINTO, IDET/Almedina, Coimbra, 2023, pp. 272-282, e 2018, pp. 193-203, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 5.ª ed., anot. aos arts. 209.º e 287.º, por JANUÁRIO DA COSTA GOMES / HUGO RAMOS ALVES, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 748-751 e 989-990.

A jurisprudência (específica) sobre prestações acessórias é muito escassa e não contribui para a solução do problema que é objeto deste estudo.

⁴ As obrigações principais encontram-se enunciadas no art. 20.º do CSC e são objeto de estudo desenvolvido na dissertação de doutoramento de ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas na constituição das sociedades por quotas e anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, em especial pp 39-123. .

Nas demais regras – arts. 210.º a 213.º –, o Código regula as prestações suplementares⁵, características das sociedades por quotas, mas que admitimos como possíveis nas sociedades anónimas⁶.

No que respeita às que são objeto do nosso estudo – as chamadas obrigações acessórias (cujo objeto são prestações acessórias) –, o Código das Sociedades Comerciais disciplina-as, de forma idêntica para os principais tipos sociais (sociedades por quotas e anónimas), distinguindo as que podem ser efetuadas em dinheiro (designando-as a *praxis*, nesse caso, por obrigações acessórias de capital), outros bens fungíveis (reconduzindo-se, ou não, a suprimentos) ou infungíveis, ou até em prestações de facto, *maxime* serviços (cfr. arts. 209.º e 287.º).

2. Regime jurídico das prestações acessórias

Se confrontarmos as obrigações acessórias que se encontram reguladas nos arts. 209.º e 287.º, verificamos que essas disposições legais são quase iguais⁷, apenas se notando uma ligeira diferença na parte final do respetivo n.º 3, estabelecendo expressamente a regra aplicável às sociedades anónimas de que o valor da contraprestação da prestação acessória nesse tipo societário, que seja onerosa, não pode *exceder o valor* desta. Trata-se de uma ligeira discrepância que atribuímos a lapso de redação, porquanto esta previsão deveria ser comum aos dois tipos societário. Com efeito, a lei pretende evitar – com o disposto na parte final do n.º 3 do art. 287.º – que estas situações jurídicas, que se configuram como situações passivas, acabem por se traduzir numa vantagem absolutamente injustificada para (alguns d)os sócios que se encontrarem obrigados a realizá-las. Isto é, esta disposição legal tem por finalidade impedir que as contribuições dos sócios em prol da sociedade – e que constituem custos do seu investimento – sejam sobreavaliadas, provocando um desequilíbrio na sociedade entre o respetivo ativo real e o ativo contabilístico. Por essa razão, a exigência do n.º 3 do art. 287.º deve ser estendida, por analogia, às sociedades por quotas; se é que o mesmo não resulta já do sistema jurídico-societário e das suas regras em matéria de capitalização da sociedade, nos termos das quais não podemos declarar entradas em montante superior ao real.

⁵ Sobre estas obrigações, vd. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 318-319, e também a bibliografia citada na nota 520, p. 318.

⁶ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., 2019, pp. 320-322.

⁷ A referência a acionistas, e não a sócios, no n.º 1 do art. 287.º, em nada altera esta conclusão.

Vejamos quais são os elementos essenciais da obrigação de prestações acessórias.

Em primeiro lugar, devem ser estabelecidas no contrato de sociedade, *ab initio* ou por alteração (neste caso, com observância do disposto no art. 86.º, n.º 2).

Em segundo lugar, no que se refere aos sujeitos que às mesmas ficam obrigados, o contrato deve estabelecer se as mesmas recaem sobre todos ou sobre apenas alguns dos sócios (cfr. arts. 209.º, n.º 1 e 287.º, n.º 1). O respetivo conteúdo pode ser idêntico e proporcional às diversas participações ou ser criado *intuitus personae*, isto é, só alguns sócios ficarem obrigados a certas prestações por razões económicas ou porque os demais não têm condições para as praticar⁸.

Em terceiro lugar, no que respeita ao objeto da prestação, a mesma pode recair sobre a disponibilização de um bem, *maxime* dinheiro, ou sobre a prestação de um facto, sendo determinável⁹ e podendo a sua realização estar subordinada a cláusulas acessórias (termo ou condição, *v.g.*).

Em quarto lugar, os estatutos devem fixar os elementos da obrigação de prestações acessórias e determinar a respetiva onerosidade ou gratuidade (cfr. arts. 209.º, n.º 1 e 287.º, n.º 1). As prestações, em si e por natureza, são sempre suscetíveis de avaliação pecuniária, quer consistam num empréstimo (mútuo, remunerado ou não remunerado), na cedência provisória de bens (comodato, aluguer, arrendamento) ou na prestação de serviços (de advocacia, arquitetura, engenharia, gestão, medicina, ou até artísticos), ou até na realização de fornecimentos à sociedade. Contudo, a lei impõe que o contrato estabeleça a sua natureza, como veremos adiante (*infra*, n.º 3).

Serão onerosas as que implicarem uma contrapartida para o sócio, que constitua um sacrifício da sociedade (remuneração do capital, por

⁸ Explicando a origem histórica desta figura, RUI PINTO DUARTE, «Suprimentos, prestações acessórias e prestações suplementares. Notas e questões», cit., 2002, pp. 257-262, «Prestações suplementares e prestações acessórias (uma reincidência)», cit., 2007, pp. 696-701, e «Contribuições dos sócios para além do capital social: prestações acessórias, prestações suplementares e suprimentos», cit., 2008, pp. 230-237, e também, de forma mais resumida, ALEXANDRE MOTA PINTO, na anot. ao art. 209.º, AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III, 3.ª ed., 2023, pp. 273-274, MANUEL ANTÓNIO PITA, «As prestações acessórias: Direito das Sociedades e Direito da Contabilidade», cit., 2010, pp. 95-96, ANA PINTO DA ROCHA, *Da Perda Grave do Capital Social nas Sociedades de Capitais*, cit., 2009, p. 161, nota 374.

⁹ Expressamente neste sentido, JANUÁRIO DA COSTA GOMES / HUGO RAMOS ALVES, na anot. ao art. 209.º, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 5.ª ed., 2022, p. 749.

exemplo), podendo até constituir um benefício para o sócio prestador que, desse modo, obtém a remuneração da cedência (provisória) de um bem ou da prestação de um serviço – que, nomeadamente, corresponda à sua prestação, desde que não seja superior ao valor desse serviço ou da cedência contratada.

Se as prestações forem onerosas, a satisfação da contraprestação não está dependente da existência de lucros (do exercício) (arts. 209.º, n.º 3 e 287.º, n.º 3). Por isso, ainda que os capitais próprios estejam aquém do capital social, a sociedade pode proceder ao pagamento de contrapartidas se dispuser de meios (liquidez) para o efeito.

Por sua vez, a lei configura estas obrigações como um crédito da sociedade sobre os sócios, eventualmente transmissível, se as prestações forem onerosas (cfr. art. 209.º, n.º 2 e 287.º, n.º 2), mas extinguindo-se, em qualquer circunstância, com a dissolução da sociedade (cfr. arts. citados, n.º 5). Isto é, a cessação da atividade social põe fim à obrigação de realizar prestações acessórias¹⁰.

O contrato de sociedade pode prever que o incumprimento põe em causa a participação social, mas se não o fizer a situação do sócio não pode resultar afetada (cfr. arts. 209.º, n.º 4 e 287.º, n.º 4).

As prestações gratuitas, por sua vez, não se exprimem em qualquer vantagem para o sócio que a elas está obrigado. Antes pelo contrário, ele sofre um sacrifício pela sua realização, porque não obtém qualquer retribuição pelos seus serviços ou pela cedência do seu capital. Isso não significa, como veremos adiante (n.ºs 9 e 10), que a perda possa ser total e que a prestação configure a doação de um bem, apesar de poder corresponder à doação da respetiva exploração.

Finalmente, em quinto lugar, os estatutos sociais devem fixar a duração da obrigação, se a mesma não for exigível sem prazo.

3. Exemplos de prestações acessórias

Como antecipámos as prestações acessórias constituem, no plano das sociedades anónimas, a exceção – pela pessoalização que representam – à objetivação da participação social¹¹.

Com efeito, se as sociedades de pessoas, às quais reconduzimos as sociedades por quotas, se caracterizam pela personalização das situações

¹⁰ O que alguns autores, como o autor do projeto, RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, vol. I, cit., 1989, pp. 203-231), questionam.

¹¹ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., 2019, pp. 303-304.

jurídicas dos respetivos sócios – sendo cada sócio titular dos diversos direitos, independentemente da expressão da sua participação social –, nas sociedades anónimas os direitos e as vinculações são atribuídos às ações e não aos titulares destas; e cada ação configura, pelas situações jurídicas que a integram, um direito de participação social autónomo¹², a ponto de podermos afirmar que um sujeito é tantas vezes acionista quanto o número de ações que detiver em cada momento¹³.

Ora, esta regra, da objetivação da participação social conhece duas exceções, que a confirmam: uma materializa-se no princípio da unidade de voto (art. 385.º); a outra nas obrigações de prestação acessória, em regra, mas não necessariamente, impostas aos sócios ou acionistas.

Independentemente da sua natureza – gratuita ou onerosa –, as **obrigações acessórias** podem recarregar sobre diferentes objetos e consistir em condutas ou num dever de não as praticar.

Assim, podem consistir no compromisso dos sócios, mediante uma contrapartida (da sociedade) ou sem qualquer retribuição, disponibilizarem ou contribuírem com bens – fungíveis ou infungíveis (por exemplo, dinheiro, fruta, materiais de construção civil ou um cavalo de corrida) – para a sociedade, nalguns casos obrigatoriamente (decorrendo de prestação estatutária que as preveja), noutras apenas se ela deles vier a carecer; caso em que só têm de se realizar após deliberação da assembleia geral ou da administração, consoante previsto nos estatutos.

O empréstimo de dinheiro, com ou sem juros, configura o que a prática designa de prestações acessórias de capital e, embora não tivesse sido o objeto que o legislador tivesse em mente – por existirem outras alternativas, tais como prestações suplementares e suprimentos –, corresponde às mais vulgares e habituais.

Os demais exemplos também são compreensíveis.

Imagine-se que o sócio é produtor de fruta e a sociedade tem por objeto a embalagem e comercialização de conservas. Pela fixação contratual da obrigação em causa, ele ficará vinculado a canalizar parte da sua produção para a sociedade. O mesmo se diga do sócio que seja fabricante de materiais de construção civil ou daquele que tiver uma criação de cavalos.

Admitimos que o cumprimento destas obrigações, quando se concretiza na disposição do bem a título definitivo, deve ser remunerado.

Mas estas obrigações também podem configurar a obrigatoriedade de realizar prestações de facto em benefício da sociedade – por exemplo, ser-

¹² Seguimos, de muito perto, THOMAS RAISER / RÜDIGER WEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 6.^a ed., Vahlen, München, 2015, pp. 75-76 (Rn. 41).

¹³ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.^a ed., 2019, pp. 295-296.

viços jurídicos, de engenharia ou outros, incluindo manifestações artísticas, como seja um recital de piano – ou o dever de se absterem de adotar determinados comportamentos, como, por exemplo, não exercerem atividade concorrente, quando não estão legalmente impedidos de o fazer¹⁴.

Importa, assim, distinguir as obrigações acessórias em sentido restrito daquelas que, por corresponderem a empréstimos em dinheiro, se podem caracterizar como prestações acessórias de capital e que, nas sociedades anónimas, desempenham o papel que é habitualmente reservado às prestações suplementares nas sociedades por quotas.

4. A consagração estatutária de prestações acessórias

Aparentemente decorre da lei (arts. 209.º, n.º 1 e 287.º, n.º 1) que as prestações acessórias devem ser contratualmente estipuladas. Com efeito, o Código prevê nas referidas disposições legais que o contrato possa «*impor a todos ou a alguns sócios a obrigação de efetuarem prestações além das entradas*».

Esta previsão legal suscita a discussão sobre a admissibilidade das prestações voluntárias, a que dedicaremos a nossa atenção adiante (vd., *infra*, n.º 7).

Para constituírem obrigações legais oponíveis a todos os sócios (cfr. art. 86.º, n.º 2), as prestações acessórias devem constar do contrato de sociedade. Avancemos com dois exemplos de prestações acessórias, versando um deles sobre obrigações de capital – em duas versões distintas – e o segundo sobre prestações em espécie.

Começando pelas primeiras, no âmbito de uma sociedade por quotas:

Artigo [•] (Prestações acessórias de capital)

Um. *A sociedade pode exigir a todos os sócios a realização de prestações acessórias de capital, em dinheiro, até ao montante máximo de cem vezes o valor nominal da respetiva quota, mediante deliberação tomada por maioria de dois terços dos votos correspondentes ao capital social.*

¹⁴ Exemplo que extraímos do Comentário de RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, vol. I, cit., 1989, p. 212.

Quanto a uma possível obrigação de exclusividade – e, consequentemente, de não efetuar fornecimentos a terceiros –, já temos algumas dúvidas sobre a sua admissibilidade no presente, no quadro do Direito da Concorrência.

- Dois.** A obrigação de realizar as prestações acessórias de capital vence-se trinta dias após a data da deliberação ou em outras datas de vencimento estabelecidas ou determinadas.
- Três.** As prestações acessórias de capital são gratuitas, salvo se deliberado diversamente pelo quorum previsto no número um.
- Quatro.** As prestações acessórias de capital, a realizar nos termos deste preceito, não podem ser reembolsadas à custa do capital próprio da sociedade, formado pelo capital social e pelas reservas legais obrigatórias que tenham sido, entretanto, constituídas.
- Cinco.** Pela mesma maioria prevista no número um deste artigo, pode igualmente ser deliberada a conversão de quaisquer créditos em prestações acessórias de capital, ficando estas sujeitas ao disposto neste preceito estatutário e na lei aplicável.

No contexto de uma sociedade anónima:

Artigo [•]
(Prestações acessórias de capital)

- Um.** A assembleia geral pode deliberar a realização pelos acionistas de prestações acessórias de capital, em dinheiro, até ao montante máximo de cem vezes o valor nominal das ações (ou: o valor do capital social).
- Dois.** As prestações acessórias mencionadas no número anterior são realizadas a título gratuito, salvo se diversamente deliberado por uma maioria de dois terços dos votos.
- Três.** A obrigação de realizar as prestações acessórias de capital vence-se trinta dias após a data da deliberação, se esta não estabelecer diferente prazo.
- Quatro.** As prestações acessórias de capital, a realizar gratuitamente nos termos deste preceito, não podem ser reembolsadas enquanto o capital próprio da sociedade for inferior à soma do capital social e das reservas legais que tenham sido, entretanto, constituídas e que não possam ser distribuídas aos acionistas.
- Cinco.** Sem prejuízo do disposto no número anterior, os créditos por prestações acessórias podem ser transmitidos a terceiros, desde que a sociedade seja notificada por carta registada ou entregue com protocolo.

Agora vejamos a possível redação de uma cláusula contratual que imponha a realização de prestações acessórias que tenham por objeto a prestação de serviços e o dever de não concorrência.

**Artigo [•]
(Obrigações acessórias)**

- Um.** *Os sócios Asdrúbal Aguiar Mota e Beatriz Radiante, ambos inscritos na Ordem dos Advogados, ficam obrigados a prestar assessoria jurídica à Sociedade, correspondente à realização de atos que impliquem um dispêndio mensal mínimo de quinze horas.*
- Dois.** *A assessoria jurídica em que se materializam as obrigações acessórias estipuladas no número anterior é prestada sob coordenação do conselho de administração, designadamente do administrador com o pelouro dos serviços jurídicos ou com o pelouro no qual estes estejam integrados.*
- Três.** *As obrigações acessórias mencionadas no número anterior são realizadas a título gratuito, salvo se diversamente deliberado por uma maioria de dois terços dos votos dos acionistas, sem prejuízo do disposto no número seguinte.*
- Quatro.** *A prestação de serviços jurídicos num número mensal de horas acima do montante referido no número um deve ser remunerada, à razão de cem euros por hora,*
- Cinco.** *Na impossibilidade de cumprirem as obrigações estabelecidas no número um os sócios que às mesmas estão obrigados ficam responsáveis pelos honorários de um advogado contratado para o efeito, até ao limite máximo da sua obrigação e pelo preço mencionado no número anterior.*
- Seis.** *Em caso de incumprimento injustificado da obrigação estabelecida no número um, o acionista fica impossibilitado de exercer o seu direito de voto e de receber os dividendos a que tenha direito, até que retome o cumprimento da obrigação.*
- Sete.** *Os acionistas detentores de uma participação mínima de 5% do capital comprometem-se a não exercer atividade concorrente com a da sociedade.*
- Oito.** *As obrigações acessórias estabelecidas nos números 1 e 4 deste preceito estatutário são intransmissíveis.*

5. A introdução no contrato de sociedade de obrigações de prestação acessória

Caso na redação inicial do contrato de sociedade não tenham sido previstas obrigações de prestação acessória e os sócios as pretendam estipular em determinado momento da vida da sociedade, quer as mesmas tenham natureza gratuita ou onerosa, podem fazê-lo desde que alterem o contrato.

Contudo, para que todos os sócios fiquem sujeitos às mesmas, uma vez deliberadas, é necessário que sejam por todos aprovadas, pelo que a modificação estatutária tem de ser aprovada por unanimidade. De outro modo, só vincula aqueles que integraram o *quórum* deliberativo que foi necessário; e que corresponde aos votos favoráveis de três quartos do capital nas sociedades por quotas (cfr. art. 265.º, n.º 1) e a dois terços dos votos (dos) presentes nas anónimas (art. 386.º, n.º 3). Por sua vez, aqueles que só mais tarde venham a participar no capital da sociedade ficam vinculados nos termos constantes do contrato e, consequentemente, às obrigações acessórias que tenham, entretanto, sido criadas.

Podemos, assim, admitir que, em vida da sociedade, sejam introduzidas no contrato novas obrigações, para além das inicialmente consagradas, desde que as mesmas vinculem apenas aqueles que aprovaram a sua consagração estatutária. Quanto aos demais – isto é, aos sócios que votaram desfavoravelmente a proposta de modificação estatutária ou se abstiveram –, as novas obrigações são-lhe inoponíveis.

Em suma, a lei não permite que, contra a vontade de um sócio, sejam criadas novas obrigações sociais que, em certas circunstâncias – designadamente naquelas em que ele antecipe a grande probabilidade de incumprimento de tais obrigações –, possam pôr em causa a sua subsistência na sociedade.

Por isso, existe um princípio fundamental estruturante do sistema jurídico-societário, acolhido no n.º 2 do art. 86.º do Código das Sociedades Comerciais¹⁵, segundo o qual a criação de (novas) obrigações em

¹⁵ Avançamos – na nossa obra, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., cit., 2019, e que passamos a reproduzir – com os seguintes exemplos de corolários expressos e consequências implícitas deste princípio fundamental: não ser possível os acionistas deliberarem restrições ou limitações à transmissibilidade das participações sociais em vida da sociedade, sem que a alteração do contrato recolha o «consentimento de todos os acionistas cujas ações sejam por ela afetadas» (art. 328.º, n.º 3), ou, do mesmo modo, não ser legítimo à sociedade impor um teto estatutário de voto (cfr. art. 384.º, n.º 2, alínea b)), por alteração do contrato, aos acionistas que não concordarem com essa modificação. Este último «corolário decorre não apenas do princípio da boa fé, mas implicitamente do princípio fundamental

vida da sociedade só pode vincular os sócios que as aprovarem expressamente, o que significa que, para serem eficazes perante todos, devem ser por todos aprovadas¹⁶.

6. Os suprimentos como prestações acessórias

A obrigação de realizar suprimentos, quando estipulada no contrato de sociedade anónima ou por quotas, é exemplo paradigmático de uma obrigação acessória, uma vez que é um empréstimo qualificado precisamente por ser feito por um sócio em favor da sociedade¹⁷.

O **contrato de suprimento**¹⁸ consiste no empréstimo ou mútuo (em dinheiro ou outros bens fungíveis) efetuado pelo sócio em prol da socie-

– e estruturante do nosso sistema jurídico-societário – estabelecido no n.º 2 do art. 86.º» (pp. 116-117).

¹⁶ E tal como referimos no nosso livro de *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., 2019, pp. 116-117, se «do preceito legal em causa decorre que, em vida da sociedade, não é possível constituir o sócio em novas obrigações (de prestações acessórias ou de prestações suplementares, v.g.), contra a respetiva vontade», há «que ponderar devidamente o tipo e alcance das obrigações societárias a consagrar no momento fundacional da sociedade, particularmente porque nessa altura não são seguramente tão prementes e imediatas, como sucederá em vida da sociedade».

¹⁷ Tal como RAÚL VENTURA evidenciava com particular elegância no seu comentário citado, *Sociedades por Quotas*, vol. I, 1989, «(s)ão de enquadrar nas obrigações acessórias os suprimentos *obrigatórios*» (p. 211).

¹⁸ Sobre este contrato vd., na doutrina nacional mais recente (indicada por ordem alfabética), COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades*, 7.ª ed., 2021, pp. 319-331, PAULO OLAVO CUNHA, «O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspectos substantivos e fiscais», *DSR*, ano 6, vol. 11, 2014 (pp. 53-76), em especial pp. 59-72, e *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., 2019, pp. 964-974, PAULO DE TARSO DOMINGUES, «As diferentes formas de financiamento societário pelos sócios e a transmissibilidade autónoma dos créditos respetivos», AA.VV., 2012, cit., em especial pp. 766-771, e *O Financiamento Societário pelos Sócios (e o seu reverso)*, 2.ª ed., 2022, pp. 571-581, RUI PINTO DUARTE, «Suprimentos, prestações acessórias e prestações suplementares. Notas e questões», cit., 2002, pp. 257-280 (cfr., em especial, pp. 262-271), e «Contribuições dos sócios para além do capital social: prestações acessórias, prestações suplementares e suprimentos», in *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, 2008 (pp. 225-259), pp. 225-230 e 244-258, FÁTIMA GOMES, «E ainda os suprimentos», AA.VV., *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, vol. II, coord. de José Lobo Moutinho, Henrique Salinas, Elsa Vaz de Sequeira, Pedro Garcia Marques, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 785-797, PEDRO MAIA, «A qualificação e a forma dos empréstimos efetuados por sócios a sociedades por quotas» (Anot. ao Ac. STJ de 13 de outubro de 2011), *RLJ*, ano 142.º, n.º 3978, 2013, pp. 196-224 (pp. 206-224), DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, «O Contrato de Suprimento enquanto Meio de Financiamento da Sociedade», *RCEJ*, n.º 2, 2005 (pp. 139-166), em

dade, com um caráter de permanência – entendendo-se que esta corresponde a uma disponibilização financeira superior a um ano (cfr. art. 243.º, n.º 2) –, ficando a sociedade obrigada a restituir bens do género e qualidade dos que lhe foram disponibilizados, ou é o contrato pelo qual o sócio acorda com a sociedade o diferimento, por prazo superior a um ano, do vencimento de créditos que tem sobre a mesma (cfr. art. 243.º, n.º 1)¹⁹.

Ora, os suprimentos podem consistir numa espécie do género obrigações acessórias, caso em que devem encontrar-se contratualmente estipulados (cfr. art. 244.º, n.º 1)²⁰. Neste quadro, podem ser gratuitos – não sendo remunerado o capital disponibilizado à sociedade, mas consistindo num empréstimo (a mais de um ano) reembolsável – ou onerosos, vencendo juros.

Sem pretendermos desenvolver o tema, que não tem aqui cabimento, avance-se com uma cláusula contratual que fixa a obrigação de realizar suprimentos.

Artigo [•]
(Prestações acessórias de capital e suprimentos)

- Um.** *A sociedade pode exigir a todos os sócios a realização de prestações acessórias de capital, em dinheiro, sob a forma de contrato de suprimento, até ao montante máximo de dez mil euros a cada um, mediante deliberação tomada pela assembleia geral.*
- Dois.** *A obrigação de prestar suprimentos vence-se trinta dias após a data da deliberação ou em diferente data de vencimento por esta estabelecida.*

especial pp. 148-165, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, 2.ª ed. cit., 2015, pp. 115-120 (incluindo referência ao regime fiscal: pp. 117-120), JOÃO AVEIRO PEREIRA, *O Contrato de Suprimento*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do Contrato de Suprimento. O Financiamento da Sociedade entre capital próprio e capital alheio*, Almedina, Coimbra, 2002 (cfr., em especial, pp. 255 e segs.). Cfr., também, no âmbito do Código das Sociedades Comerciais, RAÚL VENTURA, *O Contrato de Suprimento no Código das Sociedades Comerciais*, sep. da Revista «O Direito», ano 121.º, I, 1989, pp. 7-73.

¹⁹ É compreensível que, não dispondo a sociedade de tesouraria (liquidez) para proceder ao pagamento de lucros distribuídos aos sócios, estes aceitem transformar o crédito resultante da distribuição deliberada em suprimentos.

²⁰ Mas podem ser também efetuados voluntariamente, por deliberação dos sócios – vinculando apenas aqueles que os votarem favoravelmente – ou por disponibilidade do mutuante (art. 244.º, n.ºs 2 e 3).

- Três.** Os suprimentos são remunerados, nos termos fixados na deliberação, mas vencendo o montante mínimo de 3% ao ano.
- Quatro.** Os suprimentos podem ser transmitidos, desde que a sociedade seja notificada da cessão do crédito²¹.

7. As prestações acessórias voluntárias

Uma outra questão interessante que se suscita, mas que também não constitui objeto da presente investigação, diz respeito a saber se só podem existir prestações acessórias que estejam contratualmente previstas ou se é possível realizar espontaneamente prestações adicionais às que estão estatutariamente estipuladas e reconduzir as mesmas à rubrica (contabilística) do capital próprio, no pressuposto de que a respetiva devolução fica condicionada à sociedade dispor de situação líquida para o efeito.

O Código não é muito claro, parecendo reconduzir esta situação jurídica (passiva), como vimos (*supra*, n.º 4) a uma obrigação contratual ou estatutária, quando dispõe que «*o contrato de sociedade pode impor (...) a obrigação de efetuarem prestações além das entradas*» (arts. 209.º, n.º 1 e 287.º, n.º 1).

Mas a prática tem aceitado generalizadamente a possibilidade de realização voluntária de prestações acessórias (à obrigação de entrada)²², desde que, na falta de previsão contratual, nenhum sócio fique obrigado a realizar as prestações que não aprovou (cfr. art. 86.º, n.º 2) e que, sendo as mesmas deliberadas, seja observado o princípio estruturante do sistema jurídico societário do igual tratamento dos sócios. Esta leitura corresponde, de certo modo, à extrapolação do regime (legal) do contrato de suprimento, de acordo com o qual a prestação de suprimentos é tipicamente voluntária, podendo decorrer da resposta positiva do(s) sócio(s) a uma iniciativa da administração da sociedade ou de deliberação dos sócios (cfr. art. 244.º, n.ºs 2 e 3), sempre com respeito pela igualdade de tratamento em especial quando as prestações forem onerosas.

²¹ Sobre a cedibilidade de créditos de suprimentos, vd. ALEXANDRE MOTA PINTO, «Cessão de créditos de suprimentos, prestações acessórias pecuniárias e prestações suplementares», AA.VV., *E Depois do Código das Sociedades em Comentário*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 291-297.

²² E a doutrina também. Nesse sentido, vd. RUI PINTO DUARTE, «Suprimentos, prestações acessórias e prestações suplementares», cit., 2002, p. 278, e ALEXANDRE MOTA PINTO, na anot. ao art. 209.º, AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III, 3.ª ed., 2023, pp. 279-280.

Recorde-se que sempre admitimos as prestações acessórias voluntárias²³ – mesmo que as ações fossem ao portador, quando isso era legalmente admissível e não obstante o disposto na redação inicial do art. 209.º, n.º 2, alínea c)²⁴ –, considerando que tudo está em saber qual o regime legal e contratual que lhes é aplicável.

Desde que tais prestações voluntárias sejam realizadas, nada impede que o respetivo levantamento (reembolso) fique condicionado às disponibilidades da sociedade, não podendo eventualmente ser efetuado à custa dos bens necessários para manter a respetiva situação líquida positiva, ou seja, para cobrir o capital social acrescido das reservas legais, entretanto, constituídas.

De todo o modo, afigura-se conveniente que o contrato de sociedade o preveja, numa regra como a que propomos em seguida.

Artigo [•]
(Prestações acessórias de capital)

- Um.** *Os acionistas podem realizar, voluntariamente, prestações acessórias de capital, nos termos do disposto no presente artigo e na lei, aplicando-se o regime legal estabelecido.*
- Dois.** *Nos termos e para os efeitos previstos no número um, a assembleia geral pode deliberar a realização pelos acionistas de prestações acessórias de capital, em dinheiro, até ao montante máximo correspondente a dez euros por ação, mediante deliberação tomada por maioria de dois terços dos votos correspondentes ao capital social.*
- Três.** *A deliberação que conclua pela necessidade de realizar prestações acessórias de capital só vincula os acionistas que a votarem favoravelmente.*

²³ Para alguns autores – como JANUÁRIO DA COSTA GOMES / HUGO RAMOS ALVES, na anot. ao art. 209.º, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 5.ª ed., 2022, p. 751 – designadas por “prestações acessórias espontâneas”.

²⁴ Antes da extinção das ações ao portador, esta regra suscitava a questão de saber se as prestações acessórias (de capital) eram admissíveis nas sociedades cujas ações fossem ao portador e os acionistas que delas fossem titulares pudessem, de forma totalmente voluntária, realizar empréstimos à sociedade, sob a forma de prestações acessórias. Neste sentido, vd. a anot. de ALEXANDRE MOTA PINTO, ao art. 287.º, AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. V, 2.ª ed., coord. por COUTINHO DE ABREU, IDET/Almedina, Coimbra, 2018, pp. 193-203, em especial pp. 200-202.

- Quatro.** *Para o efeito previsto no número anterior, os acionistas que se dispuserem a realizar prestações acessórias devem ser identificados em ata, com indicação do valor da sua comparticipação.*
- Cinco.** *As prestações acessórias mencionadas nos números anteriores são prestadas a título gratuito, salvo se diversamente deliberado por uma maioria de dois terços dos votos correspondentes ao capital social.*
- Seis.** *A obrigação de realizar as prestações acessórias de capital vence-se trinta dias após a data da deliberação ou em outras datas de vencimento estabelecidas ou determinadas.*
- Sete.** *As prestações acessórias de capital, a realizar nos termos deste preceito, não podem ser reembolsadas quando a situação líquida da sociedade for inferior à soma do capital social e das reservas legais que tenham sido, entretanto, constituídas e que não possam ser distribuídas aos acionistas.*
- Oito.** *Por unanimidade, pode igualmente ser deliberada a conversão de quaisquer créditos em prestações acessórias de capital, ficando estas sujeitas ao disposto neste preceito estatutário e na lei aplicável.*

8. A contabilização das prestações acessórias

O antigo POC (Plano Oficial de Contas) era omissivo sobre a contabilização das prestações acessórias, designadamente de capital²⁵, as quais a prática inscrevia como prestações suplementares, na respetiva rúbrica contabilística: conta 53, incluída na classe 5, referente a capital, reservas e resultados transitados.

Entretanto, com a adoção do Sistema de Normalização Contabilística (SNC)²⁶, em 2010, passou a haver uma rúbrica designada “Outros instrumentos de capital próprio” (conta 53)²⁷, na qual as prestações acessórias seriam contabilizáveis, desde que não fossem remuneradas.

Não encontramos no SNC acolhimento para prestações acessórias gratuitas não reembolsáveis.

Isso, só por si, não significa que elas não sejam possíveis.

²⁵ Neste sentido, escrevendo antes do SNC, RUI PINTO DUARTE, «Suprimentos, prestações acessórias e prestações suplementares», cit., 2002, p. 265.

²⁶ O SNC foi instituído pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de julho, entrando em vigor em 1 de janeiro de 2010.

²⁷ Vd. ANTÓNIO RIBEIRO GAMEIRO / NUNO MOITA DA COSTA / LILIANA MARQUES PIMENTEL, *Manual de contabilidade para juristas*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 350.

Alguns autores, como MANUEL ANTÓNIO PITA²⁸, aceitam as prestações acessórias em dinheiro a fundo perdido, reconduzindo-as contabilisticamente ao “capital próprio” e admitindo que as quantias assim canalizadas para a sociedade só poderiam ser reembolsadas em sede de partilha, após a dissolução.

Sendo certo que a Contabilidade – e os respetivos princípios e regras, que também são jurídicos – deve ceder ao Direito (Societário) constituído, o facto de a mesma não apresentar solução evidencia o absurdo da situação.

Com efeito, as entregas à sociedade a título definitivo devem consubstanciar entradas de capital, ainda que o sejam a título de prémio ou ágio.

Assim, só as prestações de facto (ainda que não remuneradas) podem configurar prestações acessórias não reembolsáveis, porquanto não seriam admissíveis como entradas de indústria e porque o resultado do cumprimento da obrigação não tem de ter expressão contabilística, no caso de não serem remuneradas.

9. Delimitação das prestações gratuitas

Vimos que as prestações acessórias podem ser onerosas ou gratuitas e que a lei impõe que o contrato de sociedade fixe o respetivo regime (arts. 209.º, n.º 1 e 287.º, n.º 1). Fá-lo porque as prestações, independentemente da sua natureza, podem ter um objeto idêntico. Assim, os empréstimos de sócios podem ser, ou não, remunerados, do mesmo modo que as prestações de facto, por exemplo serviços jurídicos, também podem ser remuneradas ou prestadas sem qualquer contrapartida, como vimos na cláusula estatutária que exemplificámos acima (n.º 4).

Questão relevante, a este propósito, consiste em procurar determinar se o contrato social tem de, obrigatoriamente, fixar o regime das prestações acessórias ou se os sócios podem pontualmente pronunciar-se, querendo, sem ter de o modificar previamente²⁹.

Entendemos há muito que não há necessidade de proceder previamente a alteração contratual³⁰. Há que fixar o regime-regra estatutário,

²⁸ «As prestações acessórias: Direito das Sociedades e Direito da Contabilidade», cit., 2010 (pp. 95-111), em especial pp. 103-106.

²⁹ Admitindo a nulidade da cláusula que seja omissa sobre a natureza das prestações, embora considerasse mais razoável a fixação de «uma presunção legal ilidível», RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, vol. I (Comentário ao CSC), Almedina, Coimbra, 1989, p. 217.

³⁰ Nesse sentido, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., cit., 2019, pp. 326-327.

designadamente se as prestações são ou não onerosas, mas nada impede que se atribua ao coletivo dos sócios a faculdade de deliberar diversamente. Por exemplo: «As prestações acessórias mencionadas no número anterior serão prestadas a título gratuito, salvo se diversamente deliberado por uma maioria de dois terços dos votos correspondentes ao capital social.»

Em suma, o contrato pode fixar que as prestações acessórias sejam gratuitas, exceto se diversamente deliberado pelos sócios³¹. Com efeito, nessa circunstância nenhum prejuízo resulta para os sócios, dado que se encontravam vinculados à realização de contribuições não remuneradas e passarão a auferir uma retribuição pelas mesmas, isto é, a regra estatutária enunciada não acarreta qualquer inconveniente para os sócios, uma vez que, ao estabelecer a gratuitidade das prestações acessórias, admite que as mesmas possam vir a ser prestadas a título oneroso, se diversamente deliberado; o que só os poderá beneficiar, sublinhe-se.

Mas mesmo na situação inversa – em que o contrato preveja que «as prestações acessórias serão realizadas a título oneroso, salvo se diversamente deliberado por uma maioria de dois terços dos votos correspondentes ao capital social –, afigura-se não existir dificuldade insuperável, visto que os sócios poderão contar com a possibilidade de as suas prestações virem a ser gratuitas. E isso é que é essencial para cumprir o princípio da inoponibilidade de (novas) obrigações sem o seu consentimento.

De qualquer modo, está em causa procurar delimitar as prestações gratuitas, isto é, como se devem conceber e estruturar as obrigações acessórias que se consubstanciam num ato gratuito ou, o que é o mesmo, como se delimitam as prestações gratuitas, no que respeita ao respetivo objeto. Está em causa apurar que tipos de bens e de condutas podem configurar estas prestações.

Vimos já, pela exemplificação, que todos os contratos que não implicuem a transferência definitiva dos bens podem ser objeto de obrigações acessórias, casos dos empréstimos ou mútuos, do comodato e da locação (arrendamentos e alugueres). Também as prestações de facto, como prestação de serviços fungíveis e infungíveis, podem ser remuneradas ou gratuitas. Em rigor, elas nada acrescentam à situação líquida da sociedade,

Esta posição é a que melhor se adequa à compreensão das sociedades ao abrigo do princípio da autonomia privada e que se compatibiliza com a admissibilidade de prestações voluntárias.

³¹ No entanto, e não obstante o raciocínio exposto no texto, temos fundadas dúvidas sobre a solução contrária, isto é, que as prestações sejam onerosas, salvo se diversamente deliberado. Neste caso, pode concluir-se só ser admissível que a deliberação que estabelece a gratuitidade das prestações seja tomada por unanimidade ou, pelo menos, com os votos favoráveis daqueles que às mesmas estejam obrigados.

mesmo quando esta não suporta qualquer encargo (contrapartida) com a sua realização.

Em suma, se for gratuita, a prestação acessória é realizada sem qualquer contrapartida, ou seja, o serviço em que se consubstancia ou a cedência do bem são efetuados sem retribuição, não havendo lugar a juros ou qualquer forma de pagamento.

A lei societária é omissa acerca das realidades que podem ser objeto da prestação, determinando apenas que o contrato social *fixe os elementos essenciais da obrigação* (arts. 209.º, n.º 1 e 287.º, n.º 1), cabendo, por isso, à doutrina e à jurisprudência ponderar quais os bens e serviços que podem integrar a obrigação de prestações acessórias.

Há quem entenda que as prestações acessórias podem ser realizadas aquando da constituição e reconduzir-se a um ágio, como é o caso de RAÚL VENTURA³², resultando o respetivo montante definitivamente em benefício da sociedade sem qualquer contrapartida desta. Funda-se essa leitura no facto de o art. 209.º não estabelecer «quaisquer restrições ao objeto das prestações, por sua vez objeto das obrigações acessórias»³³.

MANUEL ANTÓNIO PITA segue essa posição, considerando ser possível estabelecer contratualmente³⁴ «prestações acessórias com a função de prémios de emissão»³⁵ e proceder ao seu reembolso apenas aquando da liquidação da sociedade.

Importa assinalar que se nenhum destes autores – com quem tive o gosto de privar pessoalmente – parece convicto, os argumentos que esgrimem tão pouco são convincentes.

Entendemos que essa abordagem não é a mais correta, confundindo a obrigação principal de entrada, na constituição da sociedade ou em aumento do capital, com uma obrigação acessória dessa obrigação (de entrada). O ágio não é acessório; é fundamental para que a participação que o pressupõe seja viável e a lei prevê a sua qualificação e contabilização, impondo que revista a forma de reserva legal especial (art. 295.º, n.º 2, alínea a)) e que, em conformidade, seja contabilizado no passivo, no capital próprio. Desse modo, torna-se um custo da subscrição da participação.

³² Nesse sentido, RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, vol. I, cit., 1989, pp. 209-210, a propósito das prestações acessórias efetuadas no momento da celebração do contrato.

³³ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, vol. I, cit., 1989, p. 210.

³⁴ Tem em mente o contrato de sociedade, para que as prestações sejam válidas e possam ser reconduzidas ao capital próprio. Aparentemente, não admite que a sua fonte seja parasocial ou resulte de diferente instrumento sem a publicidade de que os estatutos gozam.

³⁵ «As prestações acessórias: Direito das Sociedades e Direito da Contabilidade», cit., 2010, p. 106.

Aliás, as prestações acessórias de capital são contabilizadas como créditos de sócios (acionistas) ou como capital próprio se o seu reembolso (devolução) estiver condicionado à verificação de que a situação líquida da sociedade é positiva, não podendo ser efetuado à custa do capital social ou das reservas legais (obrigatórias e especiais) que, entretanto, se tenham constituído.

Ora, com as prestações acessórias não reembolsáveis, coloca-se uma questão: como contabilizá-las e qual o seu destino?

Antes de responder a essa questão, diga-se que quem pretenda admitir que as prestações acessórias em dinheiro não reembolsáveis desempenham uma função de ágio e são reembolsáveis na partilha do saldo de liquidação não consegue explicar como é que o crédito por tais prestações se pode manter se elas configuraram verdadeiras doações.

Note-se que as prestações reembolsáveis, ainda que constituam uma reserva especial, são integráveis no capital porque têm titulares, correspondendo a um acréscimo da sua participação, ao passo que as efetuadas com devolução proibida (isto é, sem reembolso) ficam perdidas na sociedade – ainda que eventualmente reconduzíveis a uma reserva legal especial nos termos do disposto na alínea c) do n.º 2 do art. 295.^o³⁶ –, mas sem que possam ter um titular que não a própria sociedade. São como uma realidade (um bem) que pertence à sociedade – por lhe ter sido doada –, mas que não se encaixa e que não pode ser aproveitada em benefício do seu capital, a menos que a sociedade as integre em aumento por incorporação de reservas (cfr. art. 296.^o, alínea c)).

São várias as questões que se podem suscitar a este propósito, designadamente se a obrigação acessória pode implicar a atribuição definitiva de um bem à sociedade; e, em caso afirmativo, como deve a mesma, quando realizada, ser contabilizada.

10. As doações

Podemos avançar que a disponibilização definitiva de bens à sociedade constitui uma entrada, em dinheiro ou espécie, fazendo sentido equacioná-la com essa configuração; e, como veremos, não pode ser objeto

³⁶ Não cremos que a sujeição ao regime da reserva legal das «importâncias correspondentes a bens obtidos a título gratuito» (art. 295.^o, n.º 2, alínea c)) tivesse em vista acomodar prestações a fundo perdido. Estão em causa essencialmente liberalidades em favor da sociedade e não o cumprimento de obrigações.

de uma obrigação acessória, mas sim de uma obrigação principal, ainda que parte do respetivo montante não se reflita em participação no capital.

Já a prestação não remunerada de um serviço à sociedade é equacionável como uma prestação acessória, por diversas razões, nomeadamente por não serem aceitáveis nas sociedades anónimas e por quotas entradas de indústria (cfr. arts. 202.º, n.º 1 e 277.º, n.º 1), mas também por não ser contabilizável, embora a sociedade possa dela retirar um benefício.

Não são contabilizáveis, porque não se enquadram nos outros instrumentos de capital próprio (conta n.º 53), a que fizemos referência, nem dispõem de fundamento legal, na perspetiva de quem as efetua, para cumprimento de uma obrigação estatutária.

Mas as doações de dinheiro ou reforços de capital a fundo perdido das sociedades comerciais, ainda que sob configuração de prestações acessórias, não são admissíveis na nossa ordem jurídica, por diversas razões.

Antes de as explicitarmos, recorde-se que esta nossa posição não é nova, uma vez que afirmamos há muito, ainda que em nota de rodapé, que «as prestações acessórias não podem consistir numa doação em favor da sociedade, não se devendo confundir com esta o mútuo não remunerado cujo reembolso fica sujeito à existência de capitais próprios suficientes»³⁷. E acrescentávamos que a obrigação de restituição «deve existir sempre, ainda que não possa ser cumprida. De outro modo estaríamos a falar de um verdadeiro reforço de capital, que deveria assumir a forma de uma entrada com essa natureza»³⁸.

Mantemos a nossa posição, que passamos a desenvolver, com novos argumentos, de diversa ordem.

Contudo, antes de o fazermos, impõe-se distinguir as doações que seriam efetuadas por um sócio que fosse uma sociedade, em satisfação de uma obrigação contratual (estatutária), das doações puras a que se refere o Código Civil (nos arts. 940.º e seguintes)³⁹.

³⁷ PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., cit., 2019, p. 324, nota 525. Esta nossa posição foi tomada em 2012, na 5.ª ed., pp. 297-298, nota 454.

Criticávamos, a esse propósito, a posição de MANUEL ANTÓNIO PITA, no seu estudo sobre «As prestações acessórias: Direito das Sociedades e Direito da Contabilidade», cit., 2010, pp. 95-111, quando qualifica como gratuitas «as prestações acessórias pecuniárias em que não há obrigação de restituir o capital» (p. 111) (*itálico nosso*).

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Chamamos a atenção para a dificuldade de delimitar o conceito de doação, mas não é este o local apropriado para o fazermos.

Sobre as disposições legais que disciplinam o contrato no Código Civil, e na doutrina mais recente, vd. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos III – Contratos de liberalidade, de cooperação e de risco*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 27-56, em especial pp. 27-28, 34-40,

O Direito Comercial que classicamente rejeita os atos de natureza gratuita, por considerá-los de natureza exclusivamente civil (cfr. art. 2.º, II Parte do CCom) já acolheu há muito certas doações, designadamente se elas forem efetuadas no interesse do doador, como sucede com as doações mecenáticas que presentemente estão legalmente autorizadas e que vão muito para além das ofertas de caráter publicitário que correspondem ao normal exercício da atividade mercantil por não serem totalmente desinteressadas.

Regressemos agora às razões que nos conduzem a rejeitar a admissibilidade de prestações pecuniárias não reembolsáveis.

Em primeiro lugar, porque as doações não se enquadram na previsão da lei, ainda que sejam gratuitas; em segundo lugar, porque as contribuições dos sócios devem ter uma expressão contabilística inequívoca; e, em terceiro lugar, porque, ainda que fossem legalmente admissíveis, não poderiam ser prestadas por sociedades comerciais, visto que estas não têm capacidade para efetuar sem contrapartida disponibilização de bens a título definitivo, ou que não tenham fundamento legal, como acontece nos atos de mecenato, possíveis visto que são efetuados num quadro legal que os permite reconduzir a encargos dos respetivos autores. Neste aspeto particular a falta de previsão legal da possibilidade de efetuar prestações (pecuniárias) em benefício da sociedade a fundo perdido, em cumprimento de obrigações sociais, afigura-se decisiva para afastar das obrigações acessórias atos com esta natureza. Com efeito, para que elas fossem admissíveis a lei tinha de as autorizar, para as acolher, sem margem para dúvidas, e conceder-lhes explicação contabilística, o que não acontece como já vimos.

Dir-se-á que certas prestações de facto, como por exemplo os serviços que os sócios se encontrem obrigados a realizar em benefício da sociedade, podem corresponder, na prática, a verdadeiras doações, mas a verdade é que as mesmas, por um lado, não implicam qualquer alteração na situação patrimonial da sociedade e, por outro lado, não devem ser prestadas por sociedades se tais atos não tiverem respaldo contabilístico e não puderem ser por elas assumidos como custos da sua atividade.

40-42 e 48-50) e os comentários ao Código Civil da Católica, AA.VV., *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Contratos em Especial*, coord. António Agostinho Guedes e Júlio Vieira Gomes, UCE, Lisboa, 2023, pp. 230-300, em especial, anot. aos arts. 940.º e 941.º, por JÚLIO VIEIRA GOMES, pp. 230 a 239 e 239 a 243, e de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código Civil Comentado – Dos contratos em especial*, CIDP/Almedina, Coimbra, 2024, anot. aos arts. 940.º a 979.º, pp. 176-229, em especial Introdução (pp. 176-182) e art. 940.º (pp. 182-185).

Não é, pois, possível realizar prestações acessórias gratuitas, sem obrigação de reembolso e, ou, sem remuneração, por exemplo, procurando estipular nos estatutos que os acionistas fiquem obrigados a realizar prestações acessórias não reembolsáveis.

Em suma, as prestações acessórias gratuitas que consistam na disponibilização de dinheiro à sociedade devem ser reembolsáveis, sob pena de serem consideradas doações, sem fundamento legal.

11. A realização das finalidades prosseguidas com reforços de capital a fundo perdido

Tendo visto não ser possível realizar entradas em capital a fundo perdido, por falta de alicerce sistémico e de quadro legal⁴⁰, equacionemos como pode ser atingido semelhante objetivo, se apenas recaísse sobre alguns sócios o ónus de realizar tais prestações.

Se o fim visado for fazer recair sobre apenas alguns sócios o encargo de capitalizar a sociedade a fundo perdido até certos montantes – naquilo que constitui uma obrigação de que um ou mais sócios estejam dispensados –, então o mesmo também pode ser atingido com um aumento do capital em que apenas alguns sócios (os investidores) têm de suportar um ágio (ou prémio de subscrição), ainda que o mesmo seja significativo no contexto da operação a realizar, que seja subscrita por todos os sócios proporcionalmente à sua participação.

Assim, pretendendo, por exemplo, o promotor ser indiretamente beneficiado pelas contribuições dos demais sócios, a via mais evidente é a de promover um aumento do capital por novas entradas, parcialmente realizado com prémio suportado apenas por alguns acionistas. Por um lado, as disponibilidades da sociedade aumentarão significativamente; e, por outro, o *status quo* das participações mantém-se inalterado, sendo contabilizáveis os ágios ou prémios pagos pelos acionistas como encargos inerentes à sua participação.

⁴⁰ A clássica “reintegração de capital” tem de ter um fundamento jurídico e uma correspondência contabilística. Assim, reintegramos o capital com reforço de capital, no contexto de um aumento, ou mediante a realização de prestações acessórias que configurem reforço dos capitais próprios.

Com efeito, não se perspetiva a disponibilização à sociedade de meios que não correspondam à realização de uma obrigação de entrada (eventualmente em aumento do capital social) ou à disponibilização de bens, que apenas serão reembolsáveis quando a situação líquida da sociedade o permitir.

12. Compatibilização do reforço do capital previsto no art. 35.º com a impossibilidade de realizar prestações pecuniárias não reembolsáveis

Antes de concluirmos a análise que estamos a efetuar importa ver que tipo de reforços de capital admite o artigo 35.º do CSC⁴¹.

Recorde-se que esta disposição legal – cuja previsão (n.ºs 1 a 3) fica suspensa no contexto de qualquer processo de recuperação de empresas previsto pelo CIRE (n.º 4, na redação do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro) – impõe que os gestores societários alertem os sócios para uma situação de subcapitalização significativa com a qual a sociedade se debate, com a obrigação de lhes proporem uma solução para a superar. Caso estes não respondam satisfatoriamente – isto é, não aprovem nenhuma das medidas propostas (ou alternativas) –, o dever legal dos administradores ou gerentes estará cumprido. Assim, quando verificarem estar perdida, pelo menos, metade do capital social (isto é, do capital próprio) ou simplesmente percecionarem encontrar-se a sociedade nessa situação, a administração deve tomar a iniciativa de promover a convocação da assembleia geral com a finalidade de os sócios poderem reagir a essa situação e promoverem o reequilíbrio financeiro da sociedade ou aproveitar a assembleia geral anual – se ela se perfilar num horizonte próximo – para propor a solução que entenderem (mais) adequada. Refira-se, a este propósito, que, embora o art. 35.º aponte para a necessidade de promover a divulgação da insuficiência dos capitais próprios logo que a mesma for percecionada pela administração pelo desenvolvimento da atividade social, a verdade é que a aplicação do disposto nesta regra suscita-se quase sempre no contexto da realização da assembleia geral anual e

⁴¹ Não nos propomos proceder à análise desta regra que foi objeto de inúmeras abordagens doutrinárias, de entre as quais saliento o meu livro citado de *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., 2019, pp. 1035-1047, e os meus estudos que precederam essa edição, «A redução do capital das Sociedades Anónimas», AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 659-693 (cfr., em especial, pp. 677-683), e «O novo regime da redução do capital social e o artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais», AA.VV., *Prof. Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 1023-1078 – escrito após a última alteração do Código em matéria de redução do capital (determinada pelo DL 8/2007, de 17 de janeiro) –, em especial pp. 1062-1078, nas quais descrevemos a história do preceito (pp. 1068-1070).

Na doutrina mais recente – que não se encontra contemplada nos meus anteriores escritos por ser ulterior –, importa chamar a atenção para PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O Financiamento Societário pelos Sócios (e o seu reverso)*, 2.ª ed., cit., 2022, pp. 229-258, em especial pp. 241-242 e 248-255.

de apreciação das contas do exercício. Então, a pedido da administração, é incluído, em ponto autónomo da respetiva ordem de trabalhos – após o que se destina à aprovação do relatório de gestão, da demonstração de resultados e do balanço do exercício –, um novo ponto com a finalidade de satisfazer o disposto no art. 35.º.

Assim, são as seguintes as medidas que devem constar dessa ordem de trabalhos⁴²:

- a) *A dissolução da sociedade;*
- b) *A redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade, com respeito, se for o caso, do disposto no n.º 1 do art. 95.º (e não 96.º, como, por lapso, se afirma no texto da lei);*
- c) *A realização pelos sócios de entradas para reforço da cobertura de capital.*

Note-se que se a medida prevista na alínea a) não pode ser, por definição, cumulativa, a medida prevista na alínea b) pode ser cumulada com a prevista na alínea c), numa operação harmónio⁴³.

No entanto, de entre as medidas enunciadas, apenas nos importa aqui a que consta da alínea c) e a essa dedicamos a nossa atenção.

Que tipo de entradas são admissíveis para reforço da cobertura de capital?

– Cremos que estão em causa apenas novas entradas em aumento do capital⁴⁴ e a realização de prestações suplementares (necessariamente em dinheiro) ou de prestações acessórias que resultem em capital próprio da

⁴² Tenha-se em conta que os sócios, confrontados com as várias propostas possíveis, no quadro do aviso convocatório que enuncie as possíveis medidas a tomar, podem decidir nada fazer, mantendo a situação inalterada e a sociedade no quadro do art. 35.º. Por isso, e porque a decisão de nada fazer apenas tem como efeito a necessidade de fazer constar das menções externas obrigatórias o montante do capital próprio (art. 171.º, n.º 2 *in fine*), pela aposição de um carimbo, afirmamos, há muito, que o art. 35.º é uma norma “quase vazia” (*Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., 2019, pp. 1046-1047, e «O novo regime da redução do capital social e o artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais», cit., 2007, pp. 1077-1078).

⁴³ PAULO OLAVO CUNHA, «A redução do capital das Sociedades Anónimas», cit., 2003, p. 682.

⁴⁴ Na situação em que a sociedade se encontra (capital próprio igual ou inferior a metade do capital) não faz sentido que o aumento envolva ágio.

Excluindo, sem razão, as entradas de capital, PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O Financiamento Societário pelos Sócios*, 2.ª ed., cit., 2022, p. 251, admitindo entradas a “fundo perdido” (*ibid.*), aparentemente configuradas como prestações suplementares ou prestações acessórias (pp. 254-255), que podem ser realizadas voluntariamente, como reconhece.

sociedade, por ficarem sujeitas a um regime de reembolso dependente da situação líquida vir a ser positiva⁴⁵.

Não é possível entregar dinheiro à sociedade que não se venha a enquadrar numa rúbrica do balanço, designadamente no capital próprio da beneficiária (e naturalmente em montante correspondente no ativo), até porque, em nada contribuiria para reduzir a perda de, pelo menos, metade do capital social (*i.e.*, do capital próprio) que o art. 35.º tem por finalidade conseguir.

13. Síntese conclusiva

Em suma, do exposto no texto podemos extrair as seguintes conclusões:

- 1.º – As prestações acessórias devem estar contratualmente consagradas para vincular os sócios, mas podem ser prestadas voluntariamente.
- 2.º – As prestações acessórias podem ter por objeto bens fungíveis, *maxime cash* (dinheiro), ou infungíveis, bem como prestações de facto, podendo ser exigidas a um sócio concretamente identificado.
- 3.º – As prestações acessórias podem ser onerosas ou gratuitas.
- 4.º – As prestações onerosas pressupõem uma contrapartida da sociedade e as gratuitas não são remuneradas ou retribuídas.
- 5.º – Quando as prestações acessórias tiverem por objeto dinheiro, elas são gratuitas se, uma vez realizadas, não forem remuneradas, limitando-se a sociedade a reembolsar os credores sem suportar encargos pela fruição do capital.
- 6.º – Com as prestações gratuitas não se devem confundir as doações à sociedade, porque as mesmas configuram entradas a fundo perdido, sem enquadramento contabilístico, visto que, uma vez realizadas, jamais teriam aplicação e passariam a pertencer exclusivamente à sociedade.
- 7.º – As sociedades comerciais não podem efetuar doações que não encontrem suporte nas regras contabilísticas a que estão sujeitas.
- 8.º – Ainda que houvesse acolhimento contabilístico, as sociedades não podem, na qualidade de sócias ou acionistas, realizar pres-

⁴⁵ Já nesse sentido apontávamos no nosso último estudo sobre «O novo regime da redução do capital social e o artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais», cit., 2007, pp. 1030-1032.

- tações acessórias que não sejam reembolsáveis, porquanto não têm base legal para efetuar essa doação.
- 9.^a – As prestações pecuniárias não reembolsáveis têm de configurar verdadeiras entradas de capital, ainda que sob a forma de pré-mio ou ágio.
- 10.^a – A possibilidade de reforço da cobertura do capital para superar a perda de metade, ou mais, do capital próprio não colide com a inadmissibilidade de realizar prestações pecuniárias não reembolsáveis, porquanto o artigo 35.º, n.º 3, *alínea c*) tem precisamente em vista abrir a porta ao recurso a prestações acessórias para reforço da situação líquida sem prejudicar o equilíbrio entre o capital social e o capital próprio.

Lisboa, 29 de fevereiro de 2024

RESUMO: A Lei 62/2017, de 1 de agosto, marca a rutura com anteriores soluções regulatórias em matéria de representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de governo de sociedades cotadas. Optando por fixar imperativamente o limiar mínimo de 33, 3%, a partir da primeira assembleia geral eletiva após 1 de janeiro de 2020, a Lei 62/2017 não identifica os meios idóneos a alcançar tal resultado. São as normas do Código das Sociedades Comerciais e as recomendações do Código de Governo das sociedades chamadas a regular o processo e o ato de designação. O incumprimento dos limiares mínimos previstos na Lei 62/2017 desencadeia sanções administrativas aplicadas pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, mas não determina a nulidade do ato de designação. Ao consagrar a faculdade de *opt-out*, consagrada no seu art. 12.º, a Diretiva 2022/2381 do Parlamento e do Conselho condescende com objetivos nacionais menos ambiciosos do que os por si previstos (40%/33%).

Palavras-chave: governo de sociedades; mérito; representação equilibrada entre mulheres e homens; Diretiva *women on boards*.

ABSTRACT: Law 62/2017 of 1 August shifts from previous regulatory solutions in terms of balanced representation between women and men on the corporate governance bodies of listed companies. By opting to mandatory set the minimum threshold at 33.3%, as of the first elective general meeting after 1 January 2020, Law 62/2017 does not identify the appropriate procedures to achieve this result. It is the rules of the Companies Code and the recommendations of the Corporate Governance Code that are called upon to mould the process and rule on the act of nomination. Non-compliance with the minimum thresholds set out in Law 62/2017 triggers administrative sanctions applied by the Portuguese Securities Market Commission but does not determine the nullity of the act of designation.

By allowing the opt-out option set out in Article 12, Directive 2022/2381 of the European Parliament and of the Council accepts national quotas that are less ambitious than those it sets (40%/33%).

Keywords: corporate governance; merit; balanced representation of women and men; Women on Boards Directive.

All aboard – mulheres e homens no governo das sociedades cotadas

1. Irrelevância jurídica do sexo ou género de administradores ou fiscalizadores

O Código das Sociedades Comerciais¹ desinteressa-se do sexo ou do género² das pessoas singulares que integram os órgãos de administração³ e de fiscalização⁴ de sociedades comerciais e civis em forma comercial⁵. O que significa que é juridicamente válido e eficaz o *ato de designação*⁶ em que são do mesmo sexo os titulares designados. Ao abrigo deste regime-regra, os sócios, enquanto “proprietários” da sociedade, escolhem livre e desvinculadamente as pessoas singulares que povoam os órgãos de governo da “sua” sociedade, independentemente do sexo ou género de cada um dos titulares⁷.

* Professora Associada com Agregação em Direito a exercer funções na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Univ Coimbra, CeBER, Faculty of Economics, Av Dias da Silva 165, 3004-512 Coimbra. Email: mgramos@fe.uc.pt. O presente texto serviu de suporte à comunicação que apresentei nas *II Jornadas de ESG – Environmental, Social & Governance* que, no dia 21 de novembro de 2023, tiveram lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a coordenação dos Senhores Professores Doutores Dário Moura Vicente, A. Barreto Menezes Cordeiro e Francisco Rodrigues Rocha. Renovo os meus agradecimentos pelo convite que a Coordenação das *II Jornadas ESG* me dirigiu.

¹ Daqui em diante, CSC. São do CSC as normas legais indicadas sem a fonte legislativa.

² Por “género” entende-se “os papéis, os comportamentos, as atividades e as atribuições socialmente construídos que uma sociedade considera apropriados para as mulheres e os homens” - art. 3.º, c), da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica.

³ Cfr. arts. 191.º, 252.º, 1, 390.º, 3, 425.º, 6, d), 470.º. Afirmação que também se aplica às sociedades civis, conforme o que resulta do art. 985.º do Código Civil.

⁴ Cfr. arts. 413.º, 414.º, 423.º-B, 434.º.

⁵ O art. 16.º do Código Comercial de 1888 regulava os poderes da mulher casada comerciante que se fundava no princípio geral da necessidade de autorização do marido, prevista no art. 1686.º, n.º 1, do Código Civil de 1966. Foi revogado pelo DL 363/77, de 2 de setembro.

⁶ Para o “duplo sentido” de designação de administradores: “como processo de formação da vontade” e como “resultado desse processo”, v. Paulo Câmara, “Introdução: designação de administradores e governo das sociedades”, *A designação de administradores*, Coimbra: Almedina/Governance Lab, 2015, p. 13.

⁷ No setor financeiro, o art. 30.º, 6, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Socie-

Este resultado é jurídico-societariamente legitimado também em razões de *mérito*. Diz-se que o recrutamento dos titulares dos órgãos de governo há de ser desvinculado de imposições legais sobre género ou sexo porque os sócios têm de ser livres de captar os profissionais mais capazes, os mais talentosos e os candidatos cujo perfil mais se adequa às funções de administração e de fiscalização da sociedade, afastando os incompetentes. E de facto, várias normas jurídico-societárias convocam o *mérito* fundado em formação e competências académicas, experiência profissional, idoneidade de administradores e fiscalizadores. Considerem-se, por exemplo, as referências aos méritos do “gestor criterioso e ordenado” que, para os efeitos dos *deveres de cuidado* (art. 64.º, 1, a)), apelam à “competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções”⁸. Em matéria de fiscalização da sociedade anónima, as regras sobre a composição qualitativa exigem “qualificações e a experiência profissional adequadas ao exercício das suas funções” (art. 414.º, 3), “curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade” (art. 414.º, 4, 423.º-B, 4, 434.º, 4).

A emergência da *responsabilidade social das empresas* (que timidamente também se vislumbra no art. 64.º, 1, b)⁹) e do movimento *ESG* não perturbam, em rigor, a solução tradicional da *escolha desvinculada* de titulares do órgão de administração e de fiscalização das sociedades. Conceber a incorporação de mulheres (ou de outros grupos de pessoas sub-representadas) nos órgãos de administração e de fiscalização da sociedade como medida de responsabilidade social relevante “para a sustentabilidade da sociedade”¹⁰ (art. 64.º, 1, b)) configura uma decisão de natureza volun-

dades Financeiras determina que: “A política interna de seleção e avaliação dos membros dos órgãos de administração e fiscalização deve promover a diversidade de qualificações e competências necessárias para o exercício da função, fixando objetivos para a representação de homens e mulheres e concebendo uma política destinada a aumentar o número de pessoas do género sub-representado com vista a atingir os referidos objetivos.” E, por sua vez, o n.º 7 prescreve que “O Banco de Portugal recolhe e analisa a informação relativa às práticas de diversidade e comunica-a à Autoridade Bancária Europeia.”

⁸ Sobre o dever de os administradores tomarem “decisões (substancialmente) razoáveis”, v. J. M. Coutinho de Abreu, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 21. V. tb. Ricardo Costa, “Artigo 64.º - Deveres fundamentais”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 778, ss.

⁹ J. M. Coutinho de Abreu, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, cit., p. 46, ss.

¹⁰ O *Study on directors' duties and sustainable corporate governance* Final Report, July 2020, sugere a mudança na composição do conselho de administração, designadamente através

tária (uma “boa prática”) e não corresponde ao cumprimento de *dever legal*¹¹.

Em 2004, emerge o *ESG* – acrônimo que significa *Environmental, Social & Governance* – no âmbito de uma iniciativa das Nações Unidas vocacionada para integrar as questões ambientais, sociais e de governo das sociedades nas *decisões de investimento*¹². Na sua génesis o *ESG*¹³ não se preocupou com a representação equilibrada de homens e mulheres na composição dos órgãos de administração e de fiscalização das sociedades¹⁴. E, atualmente, o *ESG* é uma “grande tenda”¹⁵ onde convivem grupos com interesses contraditórios, não sendo claro que relevante tem a diversidade de sexo/género de administradores e fiscalizadores nas *decisões de investimento*¹⁶.

de igualdade de género. John Coffee duvida que a integração de mulheres no órgão de administração promova a sustentabilidade da sociedade e sugere, ao invés, a alternativa de “mandatory VEGAN Director” (disponível em <https://ecgi.global/news/european-commission-considers-%E2%80%9Cshort-termism%E2%80%9D-and-%E2%80%9Cwhat-do-you-mean-%E2%80%9D>).

¹¹ Cfr. J. M. Coutinho de Abreu, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, cit., p. 47.

¹² “The Global Compact, Who Cares Wins. Connecting financial markets to a changing world. Recommendations by the financial industry to better integrate environmental, social and governance issues in analysis, asset management and securities brokerage” (2004). É no sumário executivo deste documento que se encontra a trilogia *ESG*, no seguinte segmento: “This report is the result of a joint initiative of financial institutions which were invited by United Nations Secretary-General Kofi Annan to develop guidelines and recommendations on how to better integrate environmental, social and corporate governance issues in asset management, securities brokerage services and associated research functions.to develop guidelines and recommendations on how to better integrate environmental, social and corporate governance issues in asset management, securities brokerage services and associated research functions”.

¹³ Sobre a génesis do *ESG*, v. Elizabeth Pollman, *The Making and Meaning of ESG*, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 659/2022, October 2022, p. 3, ss

¹⁴ Elizabeth Pollman, *The Making and Meaning of ESG*, cit., p. 9, 30, salienta que em alguns países é especialmente relevante a questão da corrupção, enquanto nos EUA “board diversity is instead a top issue that has gained traction under the ESG acronym but did not appear on the original list”.

¹⁵ Amanda M. Rose, “A Response to Calls for SEC-Mandated ESG Disclosure”, *Washington University Law Review*, 98, (2021), p. 1821, 1825: “The breadth of topics embraced by ESG, and the breadth of motivations spurring the ESG movement, has created a big tent that has undoubtedly served a purpose in terms of helping the various causes of those involved to gain momentum.”

¹⁶ Cfr. Elizabeth Pollman, *The Making and Meaning of ESG*, cit., p. 37. Sobre a questão do relevante dos investidores institucionais na promoção da diversidade (não só de género) na composição do governo societário, Jill E. Fisch, *Promoting corporate diversity: the uncertain*

De todo o modo, não devem ser ignoradas as repercussões jurídico-societárias do ESG. O direito da União Europeia tornou obrigatória, para certas sociedades, a “demonstração não financeira” (ou o *aggionarto* e anunciado “relato de sustentabilidade das empresas”¹⁷) que deve incluir *informação* sobre a igualdade entre homens e mulheres e a descrição da política seguida pela empresa em relação a estas questões¹⁸. Normas que exigem a divulgação informação, mas é estranho à sua *ratio legis* o intuito de garantir ou impor a composição equilibrada entre homens e mulheres no governo das sociedades¹⁹.

O Código de Governo das Sociedades de 2018 (revisto em 2023)²⁰, no que tange a “Diversidade na composição e funcionamento dos órgãos da sociedade”, recomenda a adoção de “requisitos de diversidade (com particular atenção à igualdade entre homens e mulheres), que possam contribuir para a melhoria do desempenho do órgão e para o equilíbrio na respetiva composição”²¹. Em matéria de “nomeações”, a atual versão do Código de Governo das Sociedades recomenda a existência de “comis-

role of institutional investors, ECGI Working Paper Series in Law, Law Working Paper n° 699/2023.

¹⁷ Diretiva (UE) 2022/2464 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 que altera o Regulamento (UE) n.º 537/2014, a Diretiva 2004/109/CE, a Diretiva 2006/43/CE e a Diretiva 2013/34/UE no que diz respeito ao relato de sustentabilidade das empresas. Segundo o art. 5.º desta Diretiva, “os Estados-Membros põem em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento aos artigos 1.º a 3.º da presente diretiva até 6 de julho de 2024”.

¹⁸ Cfr. arts. 66.º-B e 508.º-G, aditados pelo DL 89/2017, de 28 de julho, que transpôs a Diretiva 2014/95/UE, de 22 de outubro, relativa à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre diversidade por parte de certas empresas e grupos.

¹⁹ Resulta expressamente do art. 66.º-B, n.º 3, do CSC, que a “demonstração não financeira” segue o modelo do *comply or explain*. Também é este o modelo adotado pela Diretiva (UE) 2022/2464. O art. 20º (...), passa a receber a seguinte redação: “g) Uma descrição da política de diversidade aplicada pela empresa relativamente aos seus órgãos de administração, de direção e de supervisão em termos de género e outros aspetos, tais como idade, deficiências ou habilitações e experiência profissional, os objetivos dessa política de diversidade, a forma como foi aplicada e os resultados no período de referência. Caso essa política não seja aplicada, a declaração deve conter uma explicação para esse facto”.

²⁰ Disponível em <https://cgov.pt/codigo-de-governo-das-sociedades/o-codigo/cgs-em-vigor> (consulta no dia 26 de janeiro de 2024). Sobre este processo de revisão, v. V. Rui Pereira Dias, Mariana Fontes da Costa, Renata Melo Esteves, Nuno Devesa Neto, “Sustentabilidade, risco e inteligência artificial: a revisão de 2023 do Código de Governo das Sociedades do IPCG”, *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 30, ano 15, outubro de 2023, p. 97, ss.

²¹ Recomendação II.2.1.

são de nomeações de membros de órgãos sociais” que deve ser composta por uma “maioria de administradores independentes”²².

Estas recomendações de bom governo, que revestem a natureza de *soft law*, são assistidas por um comando (*hard law*) que impõe o *comply or explain*²³. O art. 29º-H do CVM, relativo ao “Relatório anual sobre governo das sociedades”, determina que os emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado em Portugal referidas no n.º 1 do artigo 13.º-B do Código dos Valores Mobiliários divulgam, em capítulo do relatório anual de gestão especialmente elaborado para o efeito ou em anexo a este, um relatório detalhado sobre a estrutura e as práticas de governo societário, contendo, pelo menos, “Uma descrição da política de diversidade aplicada pela sociedade relativamente aos seus órgãos de administração e de fiscalização, designadamente, em termos de idade, sexo, habilitações e antecedentes profissionais, os objetivos dessa política de diversidade, a forma como foi aplicada e os resultados no período de referência” (alínea *q*) do CVM.

Também esta norma não garante que cada emitente adote uma política de diversidade. Ela garante que o emitente comunica ao mercado as práticas adotadas. O art. 29.º-H, n.º 2, do CVM exige que “Caso a política referida na alínea *r*)²⁴ do número anterior não seja aplicada, o relatório detalhado sobre a estrutura e as práticas de governo societário contém uma explicação para esse facto”.

Da “demonstração não financeira” (arts. 66.º-B e 508.º-G) e do *relatório de governo* (art. 29.º-H, n.º 1, *n*, *q*), do CVM) não se espera que assegurem a produção de “atos de designação” efetivamente equilibrados entre mulheres e homens na composição dos órgãos de governo das

²² Cfr. Recomendação VI.3.2. O Código de Governo das Sociedades distingue entre comissão de nomeação de “membros de órgãos sociais” (esta composta por uma maioria de administradores independentes) e a comissão de nomeação de “quadros dirigentes”. O Código esclarece que “Entendem-se por quadros dirigentes, neste Código, as pessoas que integrem a alta direção, nos termos definidos (sob o nome “dirigentes”) pela legislação europeia e nacional relativa a sociedades cotadas, com exclusão dos membros dos órgãos da sociedade” (*últ. ob. cit.*, p. 24).

²³ Sobre o *soft law*, v. Manuel Carneiro da Frada, ““Ou cumpres ou explicas-te!”: sobre a *soft law* no governo societário”, *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 339, ss.; Alexandre de Soveral Martins, “Soft? Not soft enough? Too soft? Leitura crítica de algumas soluções contidas no Código de Governo das Sociedades (em 15 minutos”, *III Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 345, ss.

²⁴ Seguramente que a referência à “alínea *r*), do número anterior” é uma gralha que se deve à anterior inserção sistemática destas normas: art. 245º-A, *r*), do CVM, disposição hoje revogada. E, portanto, onde se lê “alínea *r*)” deve ler-se “alínea *q*” do n.º 1.

sociedades. O que se espera é que estes instrumentos de comunicação com os *stakeholders*²⁵ divulguem informações, respetivamente, sobre as “políticas de igualdade entre homens e mulheres” seguidas na empresa e “os resultados dessas políticas” (art. 66.º-B, 2, b, c))²⁶ e as práticas de governo societário em matéria de diversidade na composição dos órgãos societários e especificando as eventuais recomendações de que diverge e as razões de tal divergência (art. 29.º-H, n.º 1, n), n.º 2, do CVM)²⁷.

2. Sociedades cotadas e a representação equilibrada entre homens e mulheres

2.1. Falha de mercado e evolução na abordagem regulatória

Os números disponíveis evidenciam as crescentes qualificações académicas e profissionais das mulheres e, simultaneamente, a sub-representação nos órgãos de governo²⁸. “A União dispõe de um vasto conjunto de mulheres altamente qualificadas, que está em constante aumento, como demonstra o facto de atualmente 60% das pessoas licenciadas serem mulheres”²⁹.

Em Portugal, as estatísticas são claras quanto à *sub-representação das mulheres* nos órgãos de administração e de fiscalização das sociedades e, em particular, das sociedades cotadas³⁰. Se considerarmos os dados

²⁵ Cfr. Juliano Ferreira, “Direito de voto e sustentabilidade. O impacto das tendências ESG no modo de organização interna das empresas e na sua projeção externa”, *VII Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2023, p. 213.

²⁶ Cfr. arts. 66.º-B, 9, e 70.º, relativos à divulgação da informação “não financeira”.

²⁷ V. também art. 1.º, n.º 3, do Regulamento CMVM n.º 4/2013. Veja-se também a Recomendação da Comissão Europeia sobre a qualidade da informação relativa à governação das sociedades (“cumprir ou explicar”), de 9 de abril de 2014, secção III.

²⁸ Sofia Leite Borges, “Designação obrigatória de administradores e diversidade do género: algumas reflexões sobre a proposta de diretiva relativa à melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres no cargo de administrador não executivo das empresas cotadas em bolsa e a outras medidas conexas”, *Designação de administradores*, Coleção Governance Lab, Coimbra: Almedina, 2015, p. 167, analisa criticamente alegadas razões da disparidade: a) falta de mérito das mulheres, b) falta de disponibilidade, c) teto de vidro. As duas primeiras razões são confrontadas com os dados recentes relativos à preparação académica das mulheres.

²⁹ Considerando 16 da Diretiva (UE) 2022/2381 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de novembro de 2022 relativa à melhoria do equilíbrio de género nos cargos dirigentes de empresas cotadas e a outras medidas conexas.

³⁰ Mas não só. Deolinda Meira/Ana Luísa Martinho, “Igualdade de género e governação cooperativa em Portugal - uma análise jurídica e fática”, *Deusto Estudios Cooperativos*, n.º

de 2021 relativos à aplicação da Lei 62/2017, observamos que a lei foi aplicada a um total de 402 empresas, abrangendo este número o setor empresarial do Estado e as empresas cotadas em bolsa³¹. No que a estas últimas diz respeito, as sociedades do PSI 20, contabilizavam 185 lugares de administração e 78 lugares de órgão de fiscalização. Quanto às “empresas cotadas em bolsa”, representavam 345 lugares de administração e 157 de fiscalização³². Quanto à distribuição de lugares por sexos, observa-se que, no universo das “empresas cotadas em bolsa”, o órgão de administração é povoado por 29,3% de mulheres e por 70,7% de homens e, quanto aos órgãos de fiscalização, a proporção é de 35,7% de mulheres e de 64,3% de homens. “Desagregando os órgãos de administração por cargos executivos e não executivos, também se verifica uma progressão contínua na proporção de mulheres, no período compreendido entre 2018 e 2021, embora a percentagem de mulheres nos cargos executivos (16,2%) seja bastante inferior à proporção existente nos cargos não executivos (38,6%).”³³.

Conhecida a sub-representação das mulheres no governo das sociedades, são avançadas razões variadas para justificar a intervenção regulatória: *a) o princípio da igualdade e promoção de igualdade de oportunidades ao sexo sub-representado no exercício de atividades económicas e empresariais; b) a promoção da performance da sociedade e criação de valor acionista³⁴; c) a democracia; d) a melhoria de reputação*

12 (2019), pp. 57-77, mostram que os dados disponíveis no Portal de Credenciação da Cooperativa António Sérgio para a Economia Social (CASES) evidenciam a situação de representação desequilibrada entre homens e mulheres nos órgãos das cooperativas.

³¹ Comissão para a Cidadania e a Igualdade do Género, Relatório sobre a aplicação da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto. Em conformidade com o artigo 8º da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto, 2021.

³² Comissão para a Cidadania e a Igualdade do Género, Relatório sobre a aplicação da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto. Em conformidade com o artigo 8º da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto, 2021, p. 12.

³³ Comissão para a Cidadania e a Igualdade do Género, Relatório sobre a aplicação da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto. Em conformidade com o artigo 8º da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto, 2021, p. 15.

³⁴ Eva Desana, “Dal “disvalore” della diversità alla valorizzazione della gender diversity negli organi di amministrazione e controllo delle società quotate e pubbliche”, Paolo Montalenti / Mario Monti (a cura di), *La nuova società quidata: tutela degli stakeholders, sostenibilità e nuova governance*, Milano: Giuffrè, 2022, p. 170, salienta os efeitos positivos (sob o ponto de vista de diversidade) na governação das sociedades cotadas italianas. Em 2011, registra-se uma taxa de 7,4% de mulheres nos órgãos administrativos de sociedades cotadas, correspondentes a 192 administradores, para uma taxa de 38,8% (846 administradores) em 2020, e 38,6% nos órgãos de fiscalização. Esta autora, reportando-se à realidade italiana, observa que o ingresso de mulheres no *board* determinou que tenha aumentado o número

da sociedade; *e*) o contributo do talento das mulheres; *f*) o combate à homogeneidade própria do “business-as-usual” ou do “groupthink”³⁵, e *g*) o enriquecimento do processo decisório pela incorporação de diferentes perspetivas³⁶.

Na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 52/XIII³⁷ – preparatória da Lei 62/2017 –, são invocados vários argumentos legitimadores da intervenção regulatória. Em primeiro lugar, é convocada a tarefa fundamental do Estado de promoção da igualdade entre homens e mulheres (art. 9.º, *h*), da CRP³⁸). Em seguida, são evidenciadas as razões históricas e estruturais “determinada[s] por relações de poder que marcam as estruturas sociais” que potenciam o diagnosticado desequilíbrio entre homens e mulheres nos cargos de poder. Também são invocados os argumentos do “talent-pool” e do “glass ceiling”: “As mulheres representam mais de metade da população portuguesa e mais de metade da população com qualificação académica de nível superior, pelo que a sua subrepresentação nos processos de tomada de decisão significa que o seu potencial está a ser subutilizado e que continuam a existir barreiras que as impedem

de administradores com “diploma di laurea” ou com um título de especialização “post laurea”, foi levemente reduzida a idade média dos membros e aumentou a diversidade de *background* profissional (*ob. cit.*, p. 170).

³⁵ “Groupthink is a phenomenon that arises when the urge to conform or the belief that dissent is itself harmful or unproductive leads a group of well-intentioned people to make irrational or nonoptimal decisions” - Chris Brummer/ Leo E. Strine Jr., “Duty and diversity”, *Penn Carey Law: Legal Scholarship Repository*, 2022, p. 35.

³⁶ Para a análise crítica de cada um destes fundamentos, v. Hanne S. Birkmose, “Improving the Gender Balance Among Directors of Listed Companies in the EU”, *European Company and Financial Law Review*, 2023, p. 181.

³⁷ Trata-se da Proposta de Lei n.º 52/XIII (2.ª) que estabelece o regime da representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de administração e de fiscalização das empresas do setor público empresarial e das empresas cotadas em bolsa. Disponível em <https://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/02/054/2017-01-18/68?pgs=6872&org=PLC&plcdf=true>.

³⁸ Sobre o sentido da “norma-tarefa” do art. 9.º, 1, *h*), por referência ao princípio de igualdade, v. J.J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, “Artigo 9.º - Princípios fundamentais”, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 281, s. O Parecer emitido pela Associação de Empresas Emitentes de Valores Mobiliários salientou, entre outras críticas à Proposta de Lei n.º 52/XIII (2.ª): *a*) desvantagens competitivas para o mercado bolsista português; *b*) divergências face à (então) proposta de Diretiva *Women on boards* (aprovada em 2022). O Parecer emitido pela Comissão do Mercado de Valores Mobiliários propôs o modelo de “comply or explain”. Disponíveis em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=40919> (acesso no dia 8.2.2024).

de aceder aos cargos de topo”³⁹. “Esta desigualdade encontra-se enraizada em estereótipos e práticas discriminatórias que têm condicionado as opções profissionais e pessoais tanto de mulheres como de homens, e que se repercutem ao longo da vida de quem se vê assim privado de oportunidades efetivas e da possibilidade de escolher”.

E qual é a adequada abordagem regulatória?⁴⁰ A exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 52/XIII reconhece que foram “escassos” os resultados de iniciativas anteriores. Refere-se, por um lado, à “Resolução do Conselho de Ministros n.º 19/2012, de 8 de março, que pretendeu promover a presença plural de mulheres e de homens nos órgãos de administração e de fiscalização das entidades do setor empresarial do Estado e das empresas do setor privado cotadas em bolsa” e à “Resolução do Conselho de Ministros n.º 11-A/2015, de 6 de março, tendo em vista a celebração, com as empresas cotadas em bolsa, de um compromisso que promova um maior equilíbrio na representação de mulheres e de homens nos respetivos conselhos de administração, pressupondo, por parte das empresas, a vinculação a um objetivo de representação de 30% do sexo sub-representado, até final de 2018.”⁴¹.

Há razões para afirmar que, em matéria de representação de mulheres nos órgãos de governo de sociedades, se produziu uma *falha de mercado*⁴² cuja correção exige intervenção regulatória. A Lei 62/2017, de 1 de agosto, marca a *ruptura* com as abordagens regulatórias anteriores, consa-

³⁹ Em Itália, a lei Golfo-Mosca (Lei n.º 120/2011) é silente quanto aos motivos justificados da diversidade de género no órgão de administração da sociedade. Veja-se Eva Desana, “Dal “disvalore” della diversità alla valorizzazione della gender diversity negli organi di amministrazione e controllo delle società quotate e pubbliche”, cit., p. 167.

⁴⁰ Sobre a diversidade de opções políticas no contexto da União Europeia, v. Klaus Hopt, “Comparative corporate governance. The state of the art and international regulation”, Andreas M. Fleckner /Klaus Hopt (edited by), *Comparative corporate governance. A functional and international analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 34, s. Veja-se também Christoph Teichmann /Carolin Langes, “The Europe wide movement towards a gender quota at board level”, *Boards of directors in European Companies, Reshaping and Harmonising their organization and duties*, Hanne Birkmose, Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen (edited by), Netherlands Wolters Kluwer, 2013, p. 279, ss; Sara Falcão Casaca, “Enquadramento: limiares mínimos de representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de gestão das empresas”, *Livro Branco – Equilíbrio entre Mulheres e Homens nos Órgãos de Gestão das Empresas e Planos para a Igualdade*, Lisboa, 2021, p. 34, ss. Mais recentemente, sobre as experiências norueguesa, francesa e dinamarquesa, v. Hanne S. Birkmose, “Improving the Gender Balance Among Directors of Listed Companies in the EU”, p. 175, ss.

⁴¹ Cfr. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 52/XIII.

⁴² Também Paulo Câmara, Introdução: designação de administradores e governo das sociedades”, cit., p. 35.

grando *normas legais imperativas*⁴³ que exigem *limiares mínimos*⁴⁴ a serem preenchidos por pessoas do *sexo* sub-representado na composição de órgãos de administração e de fiscalização das entidades do setor público empresarial⁴⁵ e das “empresas cotadas”. De 20% a partir da primeira assembleia geral eletiva após 1 de janeiro de 2018, passa a 33,3% a partir da primeira assembleia geral eletiva após 1 de janeiro de 2020 (art. 5.º, 1, da Lei 62/2017, de 1 de agosto). Qualquer um destes *limiares mínimos* deve ser cumprido “relativamente à totalidade dos administradores executivos e não executivos, que integrem os órgãos de administração”⁴⁶.

A solução portuguesa não escapa à *controvérsia* que resulta da *intersecção* entre quotas reservadas a pessoas do sexo sub-representado e o caráter meritocrático do governo de sociedades cotadas⁴⁷. Trata-se de um debate que se desenvolve em múltiplos níveis, mas em apertada síntese pode ser condensado nas seguintes manifestações: *a)* a natureza intrinsecamente controversa do modelo de “quotas” e as restrições à iniciativa privada; *b)* a potencial inconstitucionalidade de soluções legislativas que discriminam positivamente grupos em razão do sexo, tendo em conta o

⁴³ Determina o art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 62/2017, que a “proporção das pessoas de cada sexo designadas (...) obedece aos limiares mínimos definidos na presente lei”.

⁴⁴ Considerando que “the different models applied in different Member States show that gender quotas seem to be the best option”, v. Hanne S. Birkmose, “Improving the Gender Balance Among Directors of Listed Companies in the EU”, cit., p. 198.

⁴⁵ Nos termos do art. 2.º, 1, da Lei 133/2013, de 3 de outubro, o “sector público empresarial” abrange o sector empresarial do Estado e o sector empresarial local. A Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto, aplica-se ao setor empresarial local e, mediante diploma próprio, é aplicável ao setor público empresarial das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira. Sobre a designação de administradores das empresas públicas, v. Vasco Freitas da Costa, “Da designação dos administradores das empresas públicas”, *Designação de administradores*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 263, ss.

⁴⁶ Sobre a distinção entre administradores executivos e não executivos, v. Alexandre de Soveral Martins, *Administradores-delegados e comissões executivas*, Coimbra: Almedina/IDET, 2012; João Soares da Silva, “Que papel para o contrato de sociedade na delegação orgânica de administração”, *E depois do Código das Sociedades em Comentário?*, Coimbra: IDET/Almedina, 2016, p. 265, ss.

⁴⁷ No sentido de que a “composição e funcionamento do órgão administrativo-representativo” é uma questão de governação das sociedades, v. J. M. Coutinho de Abreu, *Governação das sociedades comerciais*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, p. 9. Sobre o *public corporate governance*, v. Paulo Olavo Cunha, “Corporate Governance & Public Governance nas Sociedades Anónimas: primeira reflexão”, *Direito das Sociedades em Revista*, ano 2, n.º 4, 2010, pp. 159-179, publicado também em A. AVV, *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: estudos em homenagem*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 803-825.

teor do art. 13.º da CRP^{48/49}; *c*) do ponto de vista das políticas de igualdade de género, a natureza limitada de uma política pública centrada no *equilíbrio* (não igualdade) e no sexo e não no género; *d*) os efeitos muito limitados das medidas consagradas na Lei 62/2017, dirigidas às sociedades cotadas e empresas do setor público empresarial que abrangem, segundo os últimos dados, 0,03% de todo o universo empresarial⁵⁰.

Concordo com quem afirma que o igual tratamento entre homens e mulheres é um dos pilares de sociedades justas, seja qual for o impacto que a composição equilibrada tenha na rendibilidade da empresa ou no seu desempenho financeiro⁵¹. Parece-me equívoco o argumento que invoca específicas características femininas e os benefícios que essas alegadas características trazem à qualidade da decisão empresarial. Parece-me que este argumento deve ser afastado, na medida em que constrói ou replica estereótipos de género e, de alguma forma, acantona as mulheres em tarefas que, alegadamente, lhes são naturais. Se o “bom governo das sociedades é intrinsecamente meritocrático”⁵², a Lei 62/2017 é clara em preservar o *mérito* enquanto critério de designação de administradores e fiscalizadores de sociedades cotadas. De facto, o art. 1.º, n.º 2, da Lei 62/2017 é perentório em afirmar que as pessoas de cada sexo são “designadas em razão das suas competências, aptidões, experiência e qualificações legalmente exigíveis” para os órgãos de administração e de fiscalização da sociedade.

⁴⁸ Sobre a função social do princípio da igualdade e a obrigação de diferenciação para se compensar a desigualdade de oportunidades, v. J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, arts. 1.º a 107.º, I volume, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 341-342.

⁴⁹ A legalidade da discriminação positiva é confirmada pelo art. 14(4) do Tratado de Amesterdão e reconhecida em vários Acórdãos dos Tribunal de Justiça, como, por exemplo, ECJ, 28 março de 2000, Badeck, C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163; e ECJ, 6 julho de 2000, Abrahamsson, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367.

⁵⁰ Dados relativos a 2021, colhidos em Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, Relatório sobre a aplicação da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto. Regime da representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de administração e de fiscalização das entidades do setor público empresarial e das empresas cotadas em bolsa, 2021, p. 22.

⁵¹ European Company Law Experts Group, *Gender Balance Broom Wagon – The resurrection of the Commission Proposal on improving the gender balance among board members*. ECGI Blog, disponível em <https://ecgi.global/blog/genderbalance-broom-wagon-%E2%80%93-resurrection-commission-proposal-improvinggender-balance-among> (acesso em 31.1.2024).

⁵² Paulo Câmara, “Introdução: designação dos administradores e governo das sociedades”, *cit.*, p. 34.

2.2. As “empresas cotadas em bolsa” são o farol da representação equilibrada

Para os efeitos do regime da representação equilibrada nos órgãos de governo societários, “empresas cotadas em bolsa” são definidas como “as empresas com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado” (art. 3.º, d), da Lei 62/2017). É inegável que a expressão “empresas cotadas em bolsa” tem “valor de uso” no tecido empresarial que a torna facilmente apreensível e que beneficia a comunicação. O que, por conseguinte, pode facilitar a percepção dos objetivos e dos propósitos da lei junto dos agentes económicos que dela são destinatários.

Do ponto de vista jurídico-societário e jurídico-mobiliário, por várias razões, não é correta a designação “empresas cotadas em bolsa”. Antes de mais, do ponto de vista jurídico-societário, há que distinguir “empresa” de “sociedade”⁵³. Por outro lado, do ponto de vista jurídico-mobiliário, são as *sociedades anónimas* (e, teoricamente, as sociedades em comandita por ações) as emitentes de ações que são objeto de admissão ao mercado regulamentado⁵⁴. Por fim, a expressão “bolsa” - com centenária tradição em Portugal - foi substituída pela “negociação em mercado regulamentado”⁵⁵.

Várias razões parecem justificar a aplicação do regime *imperativo e excepcional* de composição equilibrada às sociedades cotadas. Por um lado, as informações⁵⁶ sobre governo societário que as sociedades cotadas

⁵³ Cfr. J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial. Das sociedades*, vol. II, 8.ª ed., Coimbra: Almedina, 2024, p. 42, ss.

⁵⁴ Sobre os requisitos e efeitos de admissão de ações à negociação em mercado regulamentado, v. José Ferreira Gomes, “§ 7. Admissão à negociação em mercado regulamentado”, José Ferreira Gomes, *Direito das sociedades cotadas*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2023, p. 193, ss. Defendendo que a sociedade cotada é um subtipo de sociedade anónima, v. José Ferreira Gomes/ Diogo Costa Gonçalves/José Maria Gonçalves Pereira, “§ 1. O princípio do fim das sociedades abertas”, *Direito das sociedades cotadas*, 2.ª ed., coord. José Ferreira Gomes, Lisboa: AAFDL, 2023, p. 75.

⁵⁵ Sobre esta evolução, v. José Ferreira Gomes/Diogo Costa Gonçalves/ José Maria Gonçalves Pereira, “§ 2. As sociedades cotadas e a sua nova centralidade”, *Direito das sociedades cotadas*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2023, p. 65, ss. Sobre a noção de mercado regulamentado, v. o artigo 4.º, n.º 1, ponto 21, da Diretiva 2014/65/UE. Nos termos do art. 199.º, 1, do CVM, “São mercados regulamentados os sistemas que, tendo sido autorizados como tal por qualquer Estado membro da União Europeia, são multilaterais e funcionam regularmente a fim de possibilitar o encontro de interesses relativos a instrumentos financeiros com vista à celebração de contratos sobre tais instrumentos”.

⁵⁶ European Parliament’s Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, *Women on Board Policies in Member States and the Effects on Corporate Governance*, 2021, disponível em <https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/700556/>

estão obrigadas a divulgar⁵⁷ permitem que a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários⁵⁸ controle o cumprimento dos limiares mínimos exigidos legalmente e, se for o caso, declare o *incumprimento* (art. 6.º, 1, b) da Lei 62/2017). Por outro lado, tipicamente, a composição dos órgãos de governo das sociedades cotadas é alargada, sendo o órgão de administração integrado por gestores/as profissionais, distribuídos/as entre cargos executivos e não executivos⁵⁹. Já as sociedades fechadas, sociedades familiares e sociedades-PME são normalmente geridas pelos próprios sócios ou pelas pessoas da família. Cingir o regime imperativo de representação equilibrada entre homens e mulheres às sociedades cotadas é uma forma de refrear a intervenção do Estado nas escolhas dos sócios.

Fora do perímetro do setor público empresarial, a Lei 62/2017, de 1 de agosto, não se aplica às sociedades anónimas que tenham outros valores mobiliários (que não ações) admitidas à negociação em mercado regulamentado e às sociedades não cotadas, seja qual for a sua dimensão. A Lei 62/2017 não afasta expressamente as PME do seu âmbito de aplicação⁶⁰. Acontece, porém, que no tecido empresarial português as sociedades-PME são, tipicamente, sociedades não cotadas⁶¹.

IPOL_STU(2021)700556_EN.pdf (acesso no dia 8.2.2024), fala no 'trickle-down effect', p. 42-24. Hanne S. Birkmose, "Improving the Gender Balance Among Directors of Listed Companies in the EU", cit., p. 198, defende que a presença de mais mulheres em funções executivas em sociedades contribui para que "female executives become role models for more junior women in listed companies".

⁵⁷ Nos termos dos arts. 10.º e 11.º da Lei 62/2017 e do art. 2.º, 3, do Despacho Normativo n.º 18/2019, de 21 de junho, "as alterações à composição dos órgãos de administração e de fiscalização são comunicadas pelas empresas cotadas em bolsa no Sistema de Difusão de Informação (SDI), junto da CMVM, sendo automaticamente remetidas à CIG". Por força do art. 8.º da Lei 62/2017, a Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género é a entidade competente para acompanhar a aplicação desta lei, competindo-lhe elaborar anualmente o relatório sobre a execução desta lei.

⁵⁸ Paulo Câmara, *Manual de direito dos valores mobiliários*, 4.ª ed., Coimbra. Almedina, 2018, p. 27, identifica a existência da CMVM, autoridade de supervisão, como uma das razões de "intromissão de normas de direito público no domínio bolsista".

⁵⁹ Recorde-se, todavia, que o conselho de administração executivo é composto exclusivamente por administradores/as executivos/as. O art. 433.º não remete para o art. 407.º V. J. M. Coutinho de Abreu, *Corporate governance em Portugal*, Miscelâneas n.º 6, Coimbra: IDET/Almedina, 2010, p. 19, nt. 26; Pedro Maia, *Voto e corporate governance. Um novo paradigma para a sociedade anónima*, Coimbra: Almedina, 2019, p. 32, nt 11; Ricardo Costa, "Artigo 424.º - Composição do conselho de administração executivo", *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. VI, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p.746, 747.

⁶⁰ Cfr. Heloísa Perista, Sara Falcão Casaca e Susana Ramalho Marques, "A voz de stakeholders: Think Tank Women on Boards", Sara Falcão Casaca (coord.), *Livro Branco – Equilíbrio*

2.3. Do processo de designação ao ato de designação equilibrado

Um dos fatores da promoção de *igualdade de oportunidades* entre homens e mulheres no acesso aos lugares do órgão de administração está nos *processos de recrutamento*. Já em 2003, o relatório Higgs⁶² evidenciava a utilização de contactos pessoais com fonte principal de recrutamento de candidatos favorecendo tendencialmente pessoas oriundas de contextos sociais, culturais e académicos semelhantes que se reconhecem mutuamente e que, através de processos de recrutamento informais, reproduzem a homogeneidade de composição dos órgãos de administração. De facto, os processos de consulta informais entre os acionistas destinados a identificar candidatos podem perpetuar os “enviesamentos”.

entre Mulheres e Homens nos Órgãos de Gestão das Empresas e Planos para a Igualdade, 2021, p. 100, recolhe do testemunho da AEM - Associação de Empresas Emitentes de Valores Cotados em Mercado, que questiona a aplicação da lei a “sociedade cotada de pequena dimensão”.

⁶¹ A Diretiva (UE) 2022/2381 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de novembro de 2022 aplica-se exclusivamente às “empresas cotadas”. Para este efeito, é cotada a “empresa que tem a sua sede estatutária num Estado-Membro e cujas ações são admitidas à negociação num mercado regulamentado, na aceção do artigo 4.º, n.º 1, ponto 21 da Diretiva 2014/65/UE, num ou vários Estados-Membros”. Expressamente, a Diretiva afasta do seu campo de aplicação (art. 2.º) as micro, pequenas e médias empresas (PME). Para a definição de PME relevante para estes efeitos, v. o art. 3.º, 8) da Diretiva (UE) 2022/2381. Não é consensual que o âmbito de aplicação da Lei 62/2017, de 1 de agosto, seja alargado de modo a abranger PME ou sociedades familiares. Para as respostas a um inquérito sobre esta questão, v. Maria João Guedes, “Análise do “G” do ESG: a diversidade de género das empresas em Portugal”, José Costa Pinto (coordenação), *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, Vol. III, Coimbra: Almedina, 2023, p. 223, ss. V. também Sara Falcão Casaca (coord.) Maria João Guedes Susana Ramalho Marques Nuno Paço Heloísa Perista, *Livro Branco – Equilíbrio entre Mulheres e Homens nos Órgãos de Gestão das Empresas e Planos para a Igualdade*, SOCIUS - Centro de Investigação em Sociologia Económica e das Organizações, 2021, p. 130, formulam a seguinte recomendação de política pública: “Ampliar a cobertura dos termos da Lei, alargando a obrigatoriedade de limiares mínimos de representação equilibrada entre mulheres e homens aos órgãos de gestão de todas as empresas de dimensão relevante (primeiro triénio: entidades que empreguem 250 ou mais trabalhadoras e trabalhadores; segundo triénio: entidades que empreguem 100 ou mais trabalhadoras e trabalhadores)”.

⁶² Derek Higgs, “The Higgs report: review of the role and effectiveness of non-executive directors”, Department of Trade and Industry, 2003, p. 42-43. Mais recentemente, v. Chris Brummer/ Leo E. Strine Jr., “Duty and diversity”, *Penn Carey Law: Legal Scholarship Repository*, 2022, p. 14, que referem as “dynamics disadvantage women and minorities who do not necessarily hail from or participate in the same cultural or socioeconomic networks as the white men who dominate corporate boards”.

tos de afinidade⁶³ ou os “preconceitos de contexto”⁶⁴ que inquinam o propósito de objetivo e transparente processo de seleção dos mais adequados candidatos ou candidatas⁶⁵. Sabe-se que as “relações puramente informais entre acionistas”⁶⁶ são especialmente relevantes em matéria de seleção e de recrutamento de candidatos/as. A circunstância de vários códigos de governo recomendarem que a designação deve ser formal e transparente⁶⁷ não diminui o relevo *de facto* da informalidade no processo de seleção dos/as candidatos/as e a consequente formação da(s) lista(s) submetidas à eleição dos acionistas⁶⁸.

Há, pois, que preparar a estrutura das sociedades de modo que o processo de nomeação produza “atos de designação” cumpridores da lei

⁶³ Chris Brummer/ Leo E. Strine Jr. “Duty and Diversity”, *Vanderbilt Law Review*, 75, 2022, 1, p. 22, falam da “affinity bias” e explicam as consequências adversas nos processos de recrutamento: “(...) women, and especially Black and Brown candidates, may be subject to “outsider bias,” the idea that those not part of a known circle of friends and associates must have values and interests foreign to your own. In business, this and other affinity based biases can have an especially large impact during the recruitment processes, where it presents itself as a lack of “culture fit,” an ambiguous evaluation employed to disqualify job candidates.”

⁶⁴ Chris Brummer/ Leo E. Strine Jr. “Duty and Diversity”, cit., p. 22.

⁶⁵ A Diretiva (UE) 2022/2381 identifica a “atual falta de transparência dos processos de seleção e dos critérios de qualificação para cargos dirigentes na maioria dos Estados-Membros” como um “importante obstáculo a um maior equilíbrio de género entre dirigentes. (...)” – cfr. Considerando 23 da Diretiva (UE) 2022/2381 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de novembro de 2022.

⁶⁶ Paulo Câmara, “Introdução: designação dos administradores e governo das sociedades”, cit., p. 14. Sobre a concertação entre acionistas, v. Bruno Ferreira, “Articulação acionista, acordos parassociais e designação de administradores através de lista”, *A designação de administradores*, Coimbra: Almedina/Governance Lab, 2015, p. 59, ss. Também Osório de Castro, “A imputação de direitos de voto no Código dos Valores Mobiliários, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, 7, 2000, p. 174, refere estas relações informais baseadas na “confiança” e a potencial determinação (informal) dos comportamentos e decisões dos eleitos.

⁶⁷ Vejam-se, a título de exemplo, OCDE (2016), *Princípios de Governo das Sociedades do G20 e da OCDE*, Éditions OCDE, Paris, Recomendação, VI.D.5. Ou, mais recentemente, a Recomendação VI.3.4. do Código de Governo das Sociedades (2023).

⁶⁸ A diversidade na composição dos órgãos de governo das sociedades é um dos temas permeáveis à *cultura de empresa* que não é expressamente referida no Código das Sociedades Comerciais. Neste sentido, v. Abel Sequeira Ferreira, “A cultura empresarial no governo das sociedades: breve introdução”, *Administração e governação das sociedades*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 187, 196. Esta invisibilidade legislativa coexiste com o relevo de facto nas escolhas e nas práticas societárias. Sendo que o “cerne da cultura empresarial assenta em elementos informais, designadamente em valores” – Abel Sequeira Ferreira, “A cultura empresarial no governo das sociedades: breve introdução”, cit., p. 222.

e, em particular, do regime de representação equilibrada entre mulheres e homens no governo das sociedades cotadas.

A Lei 62/2017 fixa imperativamente o *resultado*⁶⁹ da designação de administradores e de fiscalizadores de sociedades cotadas – 33,3% a partir da primeira assembleia geral eletiva após 1 de janeiro de 2020 –, mas abstém-se de regular o *processo* de identificação dos/as candidatos/as com o perfil adequado⁷⁰, da seleção (ou pré-seleção) ou da elaboração de listas⁷¹.

O que significa que o resultado de representação equilibrada entre homens e mulheres – que é o desígnio da Lei 62/2017 – coexiste com os processos de nomeação de administradores e de fiscalizadores previstos no Código das Sociedades Comerciais ou recomendados pelo Código de Governo das Sociedades. A prática societária mostra que em Portugal, “na assembleia eletiva ordinária a votação dos titulares dos órgãos sociais em assembleia geral é usualmente feita por lista”⁷². Este processo de eleição por intermédio de lista é relevante para a matéria da composição equilibrada dos órgãos de governo das sociedades porque, por um lado, ele “implica um processo prévio de consulta entre acionistas”⁷³ e, por outro lado, “não implica um escrutínio individual de cada candidato”⁷⁴. Na verdade, os candidatos constantes das listas devem ser aprovados em bloco ou rejeitados em bloco. No que à composição equilibrada entre homens e mulheres diz respeito, a votação por listas propicia que aos acionistas sejam submetidas listas que integram equipas diversas. Mas

⁶⁹ Cfr. Paulo Câmara, “Introdução: designação dos administradores e governo das sociedades”, cit., p. 13.

⁷⁰ A circunstância de o art. 6.º, n.º 2 da Lei 62/2017 exigir uma “declaração de cumprimento dos limiares de representação equilibrada” não infirma o que se diz no texto.

⁷¹ Sobre as diversas formas de designação de administradores, v. Ricardo Costa, “Artigo 391.º - Designação”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. VI, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 231.

⁷² Paulo Câmara, “Introdução: designação dos administradores e governo das sociedades”, cit., p. 20, ss., que analisa as vantagens e desvantagens deste modelo de eleição. V. também o disposto no art. 423.º-C. Ricardo Costa, “Artigo 423.º-C – Designação da comissão e auditoria”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. VI, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 724, 725, admite que as regras especiais do art. 392.º se aplicam também à comissão de auditoria. V. também o 435.º, 3, do CSC. O art. 6.º, 2, da Lei 62/2017, de 1 de agosto, faz referência aos “proponentes das listas para os órgãos de administração”.

⁷³ Cfr. Paulo Câmara, “Introdução: designação dos administradores e governo das sociedades”, cit., p. 21.

⁷⁴ Cfr. Paulo Câmara, “Introdução: designação dos administradores e governo das sociedades”, cit., p. 21.

não assegura, em si mesma, este resultado⁷⁵. Não se garante que os critérios de seleção sejam prévios, claros, inequívocos, formulados de forma neutra e aplicados de forma não discriminatória em todo o processo de recrutamento.

Nas sociedades cotadas, é *obrigatória* a estipulação de uma das “regras especiais de eleição” de administradores (art. 392.º, 8, do CSC)⁷⁶: “eleição isolada” (art. 392.º, 1) ou a “eleição pelos vencidos”⁷⁷ (art. 392.º, 6). No

⁷⁵ O disposto no art. 289.º, 1, *d*) - informação preparatória da assembleia geral sobre os nomes das pessoas a propor, as suas qualificações profissionais, as atividades profissionais exercidas nos últimos cinco anos, designadamente as funções exercidas noutras empresas ou na própria sociedade - não é idónea a garantir a transparência do recrutamento porque não fornece indicações sobre o processo de seleção dos/as candidatos/as que se apresentam a eleição. Para as sociedades cotadas, o art. 21.º-J do CVM nada acrescenta quanto à transparência dos processos de recrutamento de candidatos/as aos órgãos de governo das sociedades. Por outro lado, embora sendo um tema controverso, parece que o preceito do art. 289.º, 1, *d*), não impossibilita a apresentação de proposta no decurso da própria assembleia - neste sentido, v. Alexandre de Soveral Martins, “Artigo 289.º - Informações preparatórias da assembleia geral”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. V, 2^a ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 221.

⁷⁶ O art. 392.º, 8, do CSC continua a referir-se às “sociedades com subscrição pública”. O art. 7.º do DL 486/99, de 13 de novembro (aprovou o Código dos Valores Mobiliários) substituiu essa expressão por “sociedade com o capital aberto ao investimento do público”, abreviadamente designada por “sociedade aberta” que, até 2021, estava caracterizada no art. 13.º do Código dos Valores Mobiliários. A Lei 99-A/2021, de 31 de dezembro, alterou o Código dos Valores Mobiliários, eliminou a figura legal da “sociedade aberta”, revogou o art. 13.º do CVM, dedicando-se o regime, agora, às sociedades emitentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado. Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governo das sociedades*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 199, situa o regime do art. 392º, 8, do CSC nas “sociedades cotadas”. Sobre o fim das sociedades abertas e as consequências para os acionistas, v. José Ferreira Gomes/ Diogo Costa Gonçalves/José Maria Gonçalves Pereira, “§ 1. O princípio do fim das sociedades abertas”, *Direito das sociedades cotadas*, 2.^a ed., Coord. José Ferreira Gomes, Lisboa: AAFDL, 2023, p. 63, ss,

⁷⁷ António Menezes Cordeiro/A. Barreto Menezes Cordeiro, “Artigo 392.º - Regras especiais de eleição”, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, coord. António Menezes Cordeiro, 5.^a ed., Lisboa/Coimbra: CIDP/Almedina, 2022, p. 1304. Sobre estas regras especiais, v. J. M. Coutinho de Abreu, “Artigo 392.º - Regras especiais de eleição”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. VI, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 260, ss.; Alexandre de Soveral Martins, *Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 68, ss. Veja-se o art. 435.º, 3, do CSC sobre regras semelhantes estipuladas em estatutos de sociedades que adotam o modelo de administração e de fiscalização do art. 278.º, 1, *c*), do CSC, quanto à composição do conselho geral e de supervisão. Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governo das sociedades*, cit., p. 200, explica esta solução pela circunstância de o conselho geral e de supervisão configurar um “meio institucional de gestão de conflitos de interesses na sociedade, e com o controlo exercido sobre o órgão de administração”.

primeiro caso, aos grupos minoritários é conferido o *direito de propor listas de pessoas*⁷⁸ a fim de alguma ou algumas delas serem eleitas por *todos os sócios* em assembleia geral⁷⁹. No segundo caso, o grupo minoritário (que tenha votado contra a proposta que fez vencimento) tem o direito de *eleger um ou mais administradores*. Neste último caso, o(s) administrador(es) eleito(s) substituem automaticamente a(s) pessoa(s) menos votada(s) da lista vencedora. Em qualquer dos casos, a lei não confere aos acionistas minoritários o direito especial de designar administradores nem permite a criação de categorias de ações que confirmam direito de designação de administradores (arts. 24.º, 4, 391.º, 3, do CSC)⁸⁰.

Questão que se pode pôr é se as listas apresentadas pelos minoritários, para efeitos de eleição isolada, estão ou não obrigadas a cumprir, também elas, os critérios da Lei 62/2017. Parece-me que a *ratio legis* do regime da representação equilibrada é que o *resultado da designação* – ou seja, o “ato de designação” – cumpra a composição equilibrada, não *necessariamente* cada uma das listas apresentadas pelos minoritários. O que não significa a irrelevância da composição das listas para o cumprimento do equilíbrio de género do “ato de designação”.

A Lei 62/2017 não se intromete no processo de designação – políticas de diversidade, identificação de perfis, existência de comissão de nomeações, contratação de serviços de “talent hunting”, identificação de candidatos/as, seleção, formação das listas, sejam elas apresentadas por minoritários⁸¹ ou maioritários, eventuais propostas apresentadas durante a assembleia geral, designação de pessoa singular por pessoas coletivas eleitas administradores, etc. Neste contexto em que o ato de designa-

⁷⁸ Cfr. art. 289.º, 1, d).

⁷⁹ Admitindo que várias listas são apresentadas, “a votação incide sobre o conjunto dessas listas” (art. 392.º, n.º 4). J. M. Coutinho de Abreu, “Artigo 392.º- Regras especiais de eleição”, cit., p. 260, convoca o art. 386.º, 2, para concluir que “fará vencimento a lista que tiver a seu favor maior número de votos. Declarada a lista vencedora, passar-se-á à votação nas pessoas nela indicadas para cada lugar a preencher, sendo eleita quem tiver a seu favor maior número de votos”. Nos termos do art. 392.º, 5, os administradores propostos pelos minoritários têm de ser eleitos antes da eleição dos restantes.

⁸⁰ Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de governo das sociedades*, cit., p. 199. V. tb. Pedro Maia, *Voto e corporate governance*, cit., p. 39, ss.

⁸¹ Admitindo a aplicação dos limiares mínimos à “quota de administradores designados por acionistas minoritários nas sociedades cotadas (artigo 392.º, n.os 1 a 6 do CSC), Sofia Leite Borges, “Designação obrigatória de administradores e diversidade de género: algumas reflexões sobre a proposta de diretiva relativa à melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres no cargo de administrador não executivo das empresas cotadas em bolsa e a outras medidas conexas”, cit., p. 179, nota 469, escrevendo antes da entrada em vigor da Lei 62/2017, de 1 de agosto.

ção deve cumprir vários requisitos legais, mostra-se relevante o trabalho da *comissão de nomeações*⁸² na coordenação do processo “de formação de vontade”⁸³ para a regular designação de membros órgãos de governo de sociedades cotadas. Neste processo é necessário identificar os candidatos dotados do perfil adequado à função, cumprir as normas legais imperativas – designadamente, as relativas à designação por minorias, requisitos de independência, composição equilibrada – e, além disso, cumprir as recomendações de *soft law* ou preparar a explicação sobre as razões da divergência. O resultado deste processo de designação há de ser um “ato de designação” que, entre outros requisitos legais, cumpra o regime da composição equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de governo.

Dito isto ficam, ainda, várias perguntas que a Lei 62/2017 não resolve expressamente⁸⁴. Por exemplo, como garantir o cumprimento dos limiares mínimos em caso de cooptação, designação pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria? Parece que, também, nestes casos o resultado destes processos de designação tem de ser compatível com o cumprimento dos limiares mínimos previstos na lei. E também aqui, a Lei 62/2017 (bem ou mal) não se intromete no processo que, em cada caso, deve ser adotado para cumprir a lei.

⁸² Estrutura que o Código das Sociedades Comerciais não prevê, mas que o Código de Governo das Sociedades recomenda. Para dados sobre o acolhimento das recomendações em matéria de nomeações, v. *Relatório anual de monitorização CEAM - Comissão Executiva de Acompanhamento e Monitorização Código de Governo das Sociedades do IPCG*, Lisboa, novembro de 2023, p. 53, ss., disponível em https://cgov.pt/images/ficheiros/2023/ipcg_relatorio2022_pt_ebook_vf.pdf (consulta no dia 10.2.2024). Sobre as comissões de nomeações no direito português, v. Manuel Requicha Ferreira, “Comissão de nomeações”, *A designação de administradores*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 152, ss. O comité de nomeações das instituições de crédito resulta do art. 115.º-B, n.º 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. Uma das competências do comité de nomeações, “relativamente aos órgãos de administração e fiscalização” é a de “fixar um objetivo para a representação de homens e mulheres naqueles órgãos e conceber uma política destinada a aumentar o número de pessoas do género sub-representado com vista a atingir os referidos objetivos”.

⁸³ Paulo Câmara, “Introdução: designação de administradores e governo das sociedades”, cit., p. 13.

⁸⁴ Em 2015, Sofia Leite Borges, “Designação obrigatória de administradores e diversidade de género: algumas reflexões sobre a proposta de diretiva relativa à melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres no cargo de administrador não executivo das empresas cotadas em bolsa e a outras medidas conexas”, cit., p. 180, defendeu que as regras de equilibrada representação de mulheres e homens não se aplicam à nomeação judicial de administrador (art. 394.º do CSC), por ser uma designação transitória “em que o administrador nomeado judicialmente é equiparado ao administrador único”.

2.4. Resistência à mudança – o “ato de designação” incumpridor dos limiares mínimos

Em 2021, com base em informação fornecida pela CMVM, o *Relatório sobre a aplicação da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto*, contabiliza as situações de *incumprimento* imputáveis a sociedades cotadas⁸⁵. Registaram-se em 2018, 4 situações, em 2019, 6, em 2020, 4, em 2021, 4. Perante estes incumprimentos, a CMVM adotou os seguintes procedimentos: contactos prévios com os emitentes, audiência prévia (em 2020 houve zero audiências prévias), declaração de incumprimento e caráter provisório do ato de nomeação. Desde 2018 até 2021 não houve qualquer repreensão registada nem a aplicação de sanção pecuniária compulsória⁸⁶. Relata a experiência que, antes desta *declaração de incumprimento*⁸⁷ e a declaração do caráter provisório do ato de nomeação, a CMVM desenvolve contactos prévios com os emitentes visados e organiza audiências prévias.

A declaração administrativa de *incumprimento* determina o “caráter provisório do ato de designação” (art. 6.º, 1, b), da Lei 62/2017). O que confere à sociedade cotada o prazo de 90 dias para proceder à *regularização* da designação (art. 6.º, 1, b), da Lei 62/2017). O art. 6.º, n.º 2, da Lei 62/2017 exige aos “proponentes das listas para os órgãos de administração”⁸⁸ a *declaração de cumprimento* dos limites de representação equilibrada sendo certo que os limiares mínimos se aplicam tanto a

⁸⁵ Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, *Relatório sobre a aplicação da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto*, 2021. O Relatório Anual de Monitorização do Código de Governo das Sociedades, relativo ao exercício de 2021, finalizado pela CEAM (Comissão Executiva de Acompanhamento e Monitorização) em outubro de 2022, p. 37, informa que “o acolhimento da recomendação I.2.1., sem qualquer caso de *explain* materialmente equivalente, foi de 51,4% no total das empresas emitentes e 68,5% nas empresas do PSI (o que compara com 60% e 72% no exercício anterior, respetivamente)”. A avaliação do cumprimento das recomendações do Código de Governo das Sociedades do Instituto Português de Corporate Governance é assegurada pela Comissão de Acompanhamento e Monitorização, criada pelo IPCG. José Ferreira Gomes/Carlos Osório de Castro/Chen Chen, “§ 10. Transparência”, José Ferreira Gomes (coordenador), *Direito das sociedades cotadas*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL, p. 260.

⁸⁶ Cfr. Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, *Relatório sobre a aplicação da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto*, p. 20-21.

⁸⁷ V. os arts. 13.-B e 29.-H, ambos do CVM sobre a comunicação do relatório de governo de sociedades cotadas à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

⁸⁸ O itálico não faz parte do texto original. O sentido de “órgãos de administração” está definido no art. 3.º, a), da Lei 62/2017, que compreendem “os conselhos diretivos, os conselhos executivos, os conselhos de gestão, os conselhos de administração ou outros órgãos colegiais com competências análogas”.

órgãos de administração como a órgãos de fiscalização⁸⁹ de sociedades cotadas (arts. 1.º, 5.º, 1, da Lei 62/2017). Se esta norma exime os propONENTES de listas à assembleia que regulariza o ato de designação de órgão de fiscalização da declaração de cumprimento, então não é claro o fundamento jurídico da distinta solução.

Por outro lado, também pode suscitar algumas dúvidas a exigência de que a regularização do ato de designação se faça por intermédio de deliberação de “assembleia geral eletiva” (art. 6.º, n.º 2, da Lei 62/2017). No modelo dualista ou germânico, previsto no art. 278.º, 1, c), compete ao conselho geral e de supervisão “nomear e destituir os administradores, se tal competência não for atribuída nos estatutos à assembleia geral” (art. 441.º, 1, a))⁹⁰. Se o incumprimento for imputável a sociedade que adote o modelo de designação dos titulares do conselho de administração executivo pelo conselho geral e de supervisão, não compete à assembleia geral a designação e, por conseguinte, põe-se a questão de saber a quem compete sanar o incumprimento: ao conselho geral e de supervisão (como parece resultar do art. 441.º, 1, a), ou à assembleia geral eletiva, tal como parece sugerir o art. 6.º, 2, da Lei 62/2017? Se se aplicar literalmente o disposto no art. 6.º, 2, da Lei 62/2017 às sociedades cotadas que adotam o modelo de designação previsto nos arts. 425.º, 1, a), 441.º, 1, a) – e, por conseguinte, atribuir a “assembleia geral eletiva” a competência para regularizar o ato de designação -, então esse resultado interpretativo significará, para os efeitos da sanação do incumprimento dos limiares mínimos, derrogar o modelo de administração e de fiscalização escolhido pelos sócios⁹¹. Não parece ser esse o propósito da Lei 62/2017. A alternativa é interpretar restritivamente o disposto no art. 6.º, 2, da Lei 62/2017, atribuindo, nos casos do art. 441.º, 1, a), a regularização do ato

⁸⁹ Para a designação dos diversos órgãos de fiscalização, v. J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*. Vol. II. *Das sociedades*, cit., p. 650, ss.; Alexandre de Soveral Martins, *Sobre a fiscalização das sociedades anónimas. Os órgãos de fiscalização*. O ROC, Coimbra: Almedina, 2020, p. 36, ss, 72, 98, s.

⁹⁰ V. também o art. 425.º, 1, a). Sobre a designação de titulares do conselho de administração executivo, v. também Ricardo Costa, “Artigo 425.º - Designação”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 751. Para a introdução histórica ao “modelo germânico”, v. José Ferreira Gomes, *Da administração à fiscalização das sociedades. A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 441, s.

⁹¹ “Por defeito”, nas palavras de Gabriela Figueiredo Dias, “Artigo 441.º - Competência do conselho geral e de supervisão”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Vol. VI, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 838.

de designação à competência do conselho geral e de supervisão e não à assembleia geral. Mas a dúvida persiste.

Não é de esperar que a assembleia geral eletiva de regularização – tendente a incorporar pessoas do sexo sub-representado em órgãos de governo da sociedade – delibere a cessação de funções de administradores cuja designação foi declarada de natureza provisória pela CMVM⁹². Esta regularização pode passar, por exemplo, por alterações estatutárias de alargamento do número de administradores/fiscalizadores, sendo que os novos lugares são ocupados por pessoas do sexo sub-representado. O que poderá exigir a alteração estatutária relativa ao número de membros do órgão de administração ou de fiscalização.

Pode, no entanto, não ser necessária a alteração estatutária. Para quem admite que, à luz do art. 390.º, 1, é lícita a cláusula estatutária que indica, não um número fixo de administradores, mas sim um *intervalo* entre um mínimo e um máximo⁹³ e, por conseguinte, o número exato é

⁹² Sara Falcão Casaca (coord.) Maria João Guedes Susana Ramalho Marques Nuno Paço Heloísa Perista, *Livro Branco – Equilíbrio entre Mulheres e Homens nos Órgãos de Gestão das Empresas e Planos para a Igualdade*, SOCIUS - Centro de Investigação em Sociologia Económica e das Organizações, 2021, p. 115, s., recolheu o seguinte testemunho da APEM (Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres): “Na verdade, constatamos que quando é preciso aumentar a participação das mulheres alarga-se o número, alarga-se a dimensão dos órgãos para acomodar as novas chegadas, ‘the new arrival’, mas ninguém perde o privilégio que já tinha anteriormente. Temos verificado isso em partidos políticos, enfim, é uma estratégia de distribuir poder sem retirar nenhum a quem já lá está”.

⁹³ Manuel Requicha Ferreira, “Comissão de nomeações”, *A designação de administradores*, cit., p. 148, nota 393, considera ser lícito “fixar um número mínimo e máximo de membros do órgão de administração”. Paulo Olavo Cunha, *Direito das sociedades comerciais*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 813, nota 1210, reputa lícita a seguinte cláusula: “O conselho de administração é composto por um mínimo de dois e um máximo de nove membros, conforme for deliberado em assembleia geral”. No sentido da licitude de cláusula que fixe tão-só o intervalo, v. Ilídio Duarte Rodrigues, *A administração das sociedades por quotas e anónimas – organização e estatuto dos administradores*, Lisboa: Livraria Petrony, 1990, p. 85; Raúl Ventura, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome coletivo*, Coimbra: Almedina, 1994, p. 14; Albino Matos, *Constituição de sociedades*, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, p. 251; Paulo Câmara/Gabriela Figueiredo Dias, “O governo das sociedades anónimas”, *O governo das organizações. A vocação universal do corporate governance*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 53, ss.; Paulo Câmara, “Introdução: designação de administradores e governo das sociedades”, cit., p. 33. No sentido de que é o número fixo (e não um intervalo) a solução que o art. 390.º, 1, do CSC consagra, v. Alexandre de Soveral Martins, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 102 e nt. 183; João Espírito Santo, *Sociedades por quotas e anónimas – vinculação, objeto social e representação plural*, Coimbra: Almedina, 2000, p. 406; Pedro Maia, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 169, ss.; Eduardo Lucas Coelho, “Reflexões epigramáticas sobre a nova

deliberado pelos acionistas em cada eleição, nestes casos, é possível uma outra solução. Pode acontecer que o “ato de designação” incumpridor da Lei 62/2017 (e que necessita de ser regularizado) tenha indicado um número de administradores inferior ao limite máximo do intervalo estatutário. Neste caso, poderá acontecer que ainda haja lugares disponíveis para cumprir os limites mínimos exigidos pela Lei 62/2017.

Questão de superior importância é a de saber se é *válida e eficaz* a deliberação de assembleia geral eletiva de sociedade cotada que não respeita os limiares mínimos aplicáveis. É interessante observar que o art. 6.º, n.º 1, a), da Lei 62/2017, de 1 de agosto, determina, quanto às empresas do setor público empresarial, a *nulidade do ato* de designação que incumpe os limiares mínimos. Compreende-se que assim seja.

Muito diferente é a solução que a mesma lei adota quanto ao “ato de designação” de sociedade cotada que incumpe os limiares mínimos previstos na lei. Neste caso, a *lei não prevê a nulidade*, mas sim outras consequências jurídicas: declaração administrativa de incumprimento, repreensão registada ao infrator publicitada integralmente, e, por fim, sanção pecuniária compulsória (art. 6.º, n.º 2, 3, 4, 5, da Lei 62/2017).

Deliberação dos sócios que incumpe os limiares mínimos previstos pela Lei 62/2017 configura a violação de “preceitos legais que não [podem] ser derrogados, nem sequer por vontade unânime dos sócios” (art. 56.º, 1, d), do CSC) - abreviadamente, *normas legais imperativas*. E também não restam dúvidas que a Lei 62/2017, de 1 de agosto, ao impor imperativamente para as sociedades cotadas o regime de representação equilibrada entre homens e mulheres nos órgãos de administração e de fiscalização das sociedades cotadas, quis assegurar “certo esquema organizativo-funcional”⁹⁴.

O que acontece é que a Lei 62/2017, relativamente às sociedades cotadas, cria um *regime excepcional*⁹⁵ aplicável a “ato de designação” que não cumpre os limiares mínimos. Este *regime excepcional* de reação a esta ile-

governação das sociedades”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2008, p. 393-394; António Menezes Cordeiro/A. Barreto Menezes Cordeiro, “Artigo 390º - Conselho de administração”, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, coord. de António Menezes Cordeiro, 5.ª ed., Lisboa/Coimbra: 2022, p. 1298. Ricardo Costa, “Artigo 390.º- Composição”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. VI, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p. 205, defende “que a exigência da lei será cumprida ainda que esse número seja indicado em alternativa”.

⁹⁴ J. M. Coutinho de Abreu, “Artigo 56.º - Deliberações nulas”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 698.

⁹⁵ Regime excepcional porque oposto ao regime geral do art. 56.º, 1, d), do CSC.

galidade está previsto no art. 6.º desta lei que preserva a validade do ato de designação. A *irregularidade* resultante do incumprimento dos limiares mínimos determina a natureza provisória do ato de designação e a posterior “regularização”.

Acresce que a *manutenção do incumprimento* não determina a caducidade do ato de designação⁹⁶. O ato de designação mantém-se, mas determina a aplicação de *sanção administrativa* que consiste na “aplicação de uma repreensão registada ao infrator e a publicitação integral da mesma num registo público”. Mantendo-se o incumprimento por período superior a 360 dias a contar da data da repreensão, a Comissão do Mercado de Valores Mobiliários aplica “uma sanção pecuniária compulsória, em montante não superior ao total de um mês de remunerações do respetivo órgão de administração ou de fiscalização, por cada semestre de incumprimento” (art. 6.º, n.º 4, da Lei 62/2017).

O que parece significar que, quanto às sociedades cotadas, a lei quis refrear a sua intromissão na escolha feita pelos acionistas e *preserva a validade e a eficácia* de “ato de designação” que incumpre os limiares mínimos. E, por conseguinte, os/as administradores/as designados/as por ato incumpridor dos limiares mínimos são *administradores de direito*⁹⁷, permitindo-se, assim, que a sociedade cotada não fique paralisada, que continue a operar no mercado. Cabe à CMVM desenvolver as diligências necessárias e, no limite, espera-se que o efeito dissuasor dos prevíveis danos reputacionais causados pelo registo público da repreensão escrita⁹⁸ exerça suficiente pressão no sentido promover o cumprimento por parte da cotada.

⁹⁶ O CSC usa a figura da caducidade de ato de designação para a situações em que, em violação da lei, os administradores não prestam caução (art. 396.º, 4, do CSC). V. também o disposto no art. 425.º, n.º 7, do CSC.

⁹⁷ Sobre a dicotomia administradores de facto/administradores de direito, v. J. M. Coutinho de Abreu/Maria Elisabete Ramos, “Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379.º do Código do Trabalho)”, *Miscelâneas* n.º 3, Coimbra: IDET/Almedina, 2004, p. 7, ss.; Ricardo Costa, *Os administradores de facto de sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014, *passim.*; Alexandre de Soveral Martins, *Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, cit., p. 194, ss.

⁹⁸ A Portaria 174/2019, de 6 de junho, regulamenta os termos da repreensão registada prevista na Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto. Nos termos do art. 3.º, 3, desta Portaria, “A repreensão registada é publicitada no Sistema de Difusão de Informação da CMVM e cessa logo que a CMVM confirme a regularização do incumprimento”.

A preservação da validade do ato de designação é suscetível de merecer diferentes valorações, consoante o ângulo de análise. Notoriamente, o legislador português afastou-se de soluções radicais como teria sido a dissolução da sociedade que não cumpre os limiares mínimos e quis conciliar o *enforcement* da lei com a manutenção do ato de designação. O que para uns, pode parecer equilibrado e sensato do ponto de vista do funcionamento do mercado e das “empresas cotadas”, para outros será frouxo e até frustrante porque, no limite, contribui para perpetuar órgãos de administradores de governo não equilibrados.

No entanto, merece ser sublinhado que os números mostram que a Lei 62/2017 impulsionou “uma evolução lenta, mas positiva em termos da representação mais equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de fiscalização das entidades do setor público empresarial e das empresas cotadas em bolsa.”⁹⁹. Ainda assim: *a)* “as mulheres permanecem particularmente sub-representadas nos cargos de decisão”. Observa-se um aumento de nomeação de mulheres para cargos não executivos, não se verificando o mesmo crescimento para cargos não executivos¹⁰⁰; *b)* “baixa cobertura”, ou seja, o âmbito de aplicação da lei é muito baixo, pois o setor público e as empresas cotadas representam 0,03% de todo o universo empresarial; *c)* “fraca efetividade dos planos de igualdade”¹⁰¹.

Em particular, para quem defende que a solução portuguesa é “frouxa”, o que importa questionar é se a Diretiva *Women on boards* vai tornar o regime de representação equilibrada mais efetivo. É o que veremos em seguida.

⁹⁹ Comissão para a Cidadania e a Igualdade do Género, Relatório sobre a aplicação da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto. Em conformidade com o artigo 8º da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto, 2021, p. 23.

¹⁰⁰ Maria João Guedes, Sara Falcão Casaca, Susana Ramalho Marques e Nuno Paço, “Representação de mulheres e homens nos órgãos de gestão: Portugal no contexto da União Europeia”, *Livro Branco – Equilíbrio entre Mulheres e Homens nos Órgãos de Gestão das Empresas e Planos para a Igualdade*, Lisboa, 2021, p. 46, escrevem que “o progresso tem sido feito, sobretudo, com nomeações de mulheres para cargos não executivos e de fiscalização. Nos cargos executivos, bem como nas posições de maior proeminência nos órgãos de gestão ainda pouco se tem avançado, evidência bem patente no facto de apenas uma mulher ocupar o cargo de CE”.

¹⁰¹ Comissão para a Cidadania e a Igualdade do Género, Relatório sobre a aplicação da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto. Em conformidade com o artigo 8º da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto, 2021, p. 23.

3. A harmonização mínima da Diretiva *Women on boards* cumpre os mínimos?

3.1. 10 anos é muito tempo

No dia 14 de novembro de 2012, a Comissão Europeia adotou a proposta de Diretiva destinada a melhorar o equilíbrio de género entre os administradores não executivos de sociedades cotadas nos mercados de capitais¹⁰². 10 anos depois, é publicada a Diretiva (UE) 2022/2381 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de novembro de 2022 relativa à melhoria do equilíbrio de género nos cargos dirigentes de empresas cotadas e a outras medidas conexas, vulgarmente conhecida como Diretiva *women on boards*.

A Diretiva vai buscar fundamento ao art. 157.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União que diz respeito a “medidas destinadas a garantir a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e da igualdade de tratamento entre homens e mulheres em matéria de *emprego e de trabalho*, incluindo o princípio da igualdade de remuneração por trabalho igual ou de valor igual”¹⁰³.

O alicerce jurídico escolhido tem suscitado a questão de saber se a Diretiva concretiza uma iniciativa em matéria de *direito das sociedades* - se assim fosse, o fundamento deveria ser o art. 54º do TFUE¹⁰⁴ – ou configura uma medida inserida em políticas sociais de igualdade de género em “matéria de emprego e trabalho”¹⁰⁵. A dúvida é pertinente porque a relação de administração não configura juridicamente uma relação de

¹⁰² V. Para os principais aspetos desta proposta, v. Sofia Leite Borges, “Mulheres em cargos de administração: algumas notas sobre a proposta de Diretiva COM (2012) 614 final relativa à melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres no cargo de administrador não executivo das empresas cotadas em bolsa e a outras medidas conexas”, *Revista de Direito das Sociedades*, V (2013), 3, p. 427, ss., Idem, “Designação obrigatória de administradores e diversidade de género: algumas reflexões sobre a proposta de Diretiva relativa à melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres no cargo de administrador não executivo das empresas cotadas em bolsa e a outras medidas conexas”, cit., p. 171, ss.; Catarina Serra, “Diversidade de género nos conselhos de administração das sociedades – uma primeira abordagem”, *Direito das Sociedades em Revista*, 13, vol. 26, 2021, p. 45, ss.

¹⁰³ O itálico não consta do original.

¹⁰⁴ Defendendo que “the proposed directive should be based on Art 54 TFEU”, v. European Company Law Experts Group, *Gender Balance Broom Wagon – The resurrection of the Commission Proposal on improving the gender balance among board members*, cit..

¹⁰⁵ Hanne S. Birkmose, “Improving the Gender Balance Among Directors of Listed Companies in the EU”, p. 191, defende que o fundamento legal da Diretiva e o texto não deixam dúvidas de que “the EU legislative institutions view the Directive as one of gender

trabalho ou de emprego, como parece sugerir a convocação do art. 157.º, n.º 3, do TFUE¹⁰⁶.

Aplicando-se às empresas cotadas¹⁰⁷, a “diretiva visa alcançar uma representação de mulheres e homens mais equilibrada entre os dirigentes das empresas cotadas, estabelecendo medidas eficazes destinadas a assegurar progressos rápidos no sentido do equilíbrio de género, dando simultaneamente às empresas cotadas tempo suficiente para procederem às adaptações necessárias para o efeito” (art. 1.º da Diretiva)¹⁰⁸.

Por força do art. 5.º, n.º 1, da Diretiva, os Estados-Membros asseguram que as empresas cotadas ficam obrigadas a alcançar *um* dos seguintes objetivos, a atingir até ao dia 30 de junho de 2026:

- a) Os membros do sexo sub-representado ocuparem pelo menos 40 % dos cargos de dirigente não executivo¹⁰⁹;
- b) Os membros do sexo sub-representado ocuparem pelo menos 33 % de todos os cargos dirigentes, incluindo tanto os dirigentes executivos¹¹⁰ como os não executivos¹¹¹.

O art. 5.º, 2, da Diretiva determina que as sociedades cotadas *que não estejam obrigadas* ao cumprimento do objetivo fixado no art. 5.º, n.º 1, b) fixam *objetivos quantitativos individuais* tendo em vista melhorar o equilí-

equality rather than a company law initiative. Therefore, the corporate governance perspective is absent”.

¹⁰⁶ Os Estados-Membros questionaram o ponto de vista da Comissão e solicitaram ao Serviço Jurídico do Conselho (CLS) um parecer sobre a matéria. O CLS concluiu que a proposta não se pode basear no artigo 157.º, n.º 3, do TFUE, uma vez que o exercício de funções de administrador (não executivo) de uma empresa não é, em geral, “uma questão de emprego e de profissão”, como exigido pelo artigo 157. Este raciocínio não foi, no entanto, aceite pela Comissão, que insistiu na base jurídica proposta e declarou em Staff Working Document SWD(2013) 278: ‘In no way, the proposal intends to harmonise company law’. Mostrando-se muitos críticos quanto a esta posição da Comissão, v. Experts Group, *Gender Balance Broom Wagon – The resurrection of the Commission Proposal on improving the gender balance among board members*, cit.

¹⁰⁷ Definidas no art. 3.º, 1, da Diretiva.

¹⁰⁸ Para uma abordagem centrada na diversidade (não só de sexo), v. “Nasdaq’s Board Diversity Rule” que foi aprovado pela SEC no dia 6 de agosto de 2021 - <https://listingcenter.nasdaq.com/assets/Board%20Diversity%20Disclosure%20Five%20Things.pdf>

¹⁰⁹ A noção de “Dirigente não executivo” resulta do art. 3.º, 5), da Diretiva.

¹¹⁰ A definição de “Dirigente executivo” resulta do art. 3.º, 4), da Diretiva.

¹¹¹ Mostrando-se muito céticos quanto à exequibilidade destas regras no contexto das sociedades cotadas, Experts Group, *Gender Balance Broom Wagon – The resurrection of the Commission Proposal on improving the gender balance among board members*, cit..

brio de género entre os *dirigentes executivos*¹¹². E estes resultados devem ser alcançados até 30 de junho de 2026¹¹³.

A Diretiva prevê não só “objetivos respeitantes ao equilíbrio de género nos órgãos sociais” (art. 5.º) como os “meios para alcançar os objetivos” (art. 6.º).

Quanto aos *meios* para alcançar os objetivos, o art. 6.º da Diretiva determina que os Estados-Membros asseguram que as sociedades cota-das *que não tenham atingido os objetivos previstos no art. 5.º, 1, alíneas a) ou b)*, estão obrigadas a adaptar os seus processos de seleção de candidatos a uma nomeação ou para *cargos dirigentes*¹¹⁴. Por conseguinte, os Estados-Membros devem assegurar que “os candidatos devem ser selecionados com base numa avaliação comparativa das qualificações de cada candidato”. O propósito é que sejam fixados “critérios claros, inequívocos e formulados de forma neutra”, sendo “aplicados de forma não discriminatória e ao longo de todo o processo de seleção, incluindo durante a preparação dos anúncios de abertura de vagas, a fase de pré-seleção, a fase de elaboração da lista restrita ou a criação de reservas de seleção de candidatos”.

Quanto a candidatos a *dirigentes*, os Estados-Membros devem assegurar que, “ao escolher entre os candidatos com qualificação igual em termos de aptidão, competência e desempenho profissional, é dada prioridade ao candidato do sexo sub-representado” (art. 6.º, n.º 2, da Diretiva). Todavia, o art. 6.º, n.º 2, da Diretiva admite que, em casos excepcionais, “haja razões juridicamente ponderosas, tais como a prossecução de outras políticas de diversidade, invocadas no âmbito de uma avaliação objetiva e que tenha em conta a situação específica de um candidato de outro sexo, com base em critérios não discriminatórios, que façam pender a balança a favor do candidato do outro sexo.”.

Estas medidas visam identificar potenciais candidatos/as com o perfil adequado a *cargo dirigente* e, desta forma, combater certas práticas culturais instaladas de processos de recrutamento informais em homogéneos contextos económicos, académicos e profissionais cujos membros

¹¹² Discute-se se o art. 5.º, 2, tem natureza imperativa. No sentido de que “Article 5(2) has a normative rather than a mandatory tone”, v. Hanne S. Birkmose, “Improving the Gender Balance Among Directors of Listed Companies in the EU”, cit., p. 190.

¹¹³ O Anexo da Diretiva fixa os “objetivos para o número de dirigentes do sexo sub-representado”, oferecendo uma tabela que consoante o número de cargos do órgão social, calcula o número mínimo de dirigentes não executivos (para alcançar o resultado previsto no art. 5.º, n.º 1, a)) e o número mínimo de dirigentes do sexo sub-representado necessário para alcançar o objetivo dos 33% (art. 5.º, 1, b)).

¹¹⁴ A definição de “dirigente” consta do art. 3.º, 3), da Diretiva.

se reconhecem mutuamente como dotados do perfil adequado. Estes procedimentos que procuram identificar talento - seja qual o sexo da pessoa - visam também combater estereótipos de género que alegam que não há mulheres suficientemente qualificadas ou disponíveis para ocupar os cargos de topo nos órgãos de administração ou de fiscalização¹¹⁵.

Ainda em matéria de "meios para alcançar os objetivos", o art. 6.º, 3, da Diretiva impõe que os Estados-Membros asseguram que, a pedido do candidato, a empresa cotada o informe sobre os critérios de qualificação em que baseou a seleção e as razões que, excepcionalmente, fizeram "pender a balança a favor do candidato que não do sexo sub-representado". A Diretiva também impõe aos Estados-Membros que introduzam nos respetivos sistemas judiciais medidas necessárias a garantir que caberá à "empresa cotada provar que não houve violação do artigo 6.º, n.º 2", quando os factos apresentados pelo candidato excluído (demandante) permitam "presumir que esse candidato possui qualificação igual à do candidato do outro sexo selecionado" (art. 6.º, n.º 4).

Por fim, o art. 6.º, n.º 5, da Diretiva considera a situação em que cabe aos acionistas ou aos trabalhadores, através de votação, nomear ou eleger determinado candidato para um cargo dirigente. Nestes casos, os Estados-Membros devem "exigir que as empresas cotadas assegurem que os votantes sejam devidamente informados sobre as medidas previstas na presente diretiva, designadamente as sanções aplicáveis em caso de incumprimento por parte da empresa cotada" (art. 6.º, 5, da Diretiva).

As sociedades cotadas estão obrigadas a prestar informação sobre a composição do órgão de administração, anualmente, distinguindo entre *cargos executivos* e *cargos não executivos*. As sociedades cotadas devem também publicar essa informação nos seus *websites* (art. 7.º). Nas situações em que a sociedade cotada não alcança os objetivos do art. 5.º, 1, ou se aplicável, do art. 5.º, 2, da Diretiva, a informação exigida, nestas circunstâncias, deve identificar as razões justificativas do não cumprimento dos objetivos e uma descrição exaustiva das medidas que a empresa cotada já tomou ou tenciona tomar para os alcançar (art. 7.º, 2, da Diretiva). Por fim, e agora por força da Diretiva 2013/34/UE, a informação a fornecer pela empresa cotada deve ser incluída no relatório de governo¹¹⁶.

¹¹⁵ Combater os estereótipos de género é um dos objetivos da Estratégia para a Igualdade de Género 2020-2025. Cfr. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Uma União da Igualdade: Estratégia para a Igualdade de Género 2020-2025*, Bruxelas, 5.3.2020, COM (2020) 152 final.

¹¹⁶ Cfr. art. 20.º da Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013 relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras

A Diretiva parece ter sido muito sensível ao argumento de que, em certas situações, as sociedades cotadas encontram-se objetivamente impedidas de cumprir os limiares mínimos pela inexistência de pessoas do sexo sub-representado dotadas do perfil adequado. Se bem virmos, algo paradoxalmente, o art. 6.º é compatível com o resultado do não equilíbrio de sexo nos órgãos sociais de empresas cotadas. De facto, o que o art. 6.º consagra é quase uma “obrigação de meios” e não a obrigação de resultado. Admite-se, em circunstâncias certamente excepcionais, que seja válida e eficazmente selecionado o candidato do sexo sobre-representado (art. 6.º, 2).

3.2. A faculdade de opt-out e a situação portuguesa

Segundo Birkemose, “11 Member States, which currently have less than 40% representation of women on boards, but more than 30%, are able to avoid the procedure requirements in Article 6.”¹¹⁷.

De facto, o art. 12.º da Diretiva autoriza, sob certos requisitos, a suspensão da aplicação do art. 6.º e, se for caso disso, do art. 5.º, n.º 2, se até 27 dezembro de 2022 se encontrarem preenchidas as condições identificadas nas alíneas *a*) ou *b*) do n.º 1. A Diretiva considera cumpridos os objetivos previstos no art. 5.º, 1, no caso em que os Estados-Membros exercem o referido *opt-out* “com base em qualquer uma das condições estabelecidas no primeiro parágrafo” do art. 12.º, 1.

Uma das condições que autorizam a suspensão da aplicação do art. 6.º (processo de seleção de candidatos) e, se for caso disso, o art. 5.º, n.º 2, é a situação em que até 27 de dezembro de 2022, no Estado-Membro “os membros do sexo sub-representado ocupam pelo menos 30% dos cargos dirigentes não executivos” (art. 12.º, n.º 1, *a*), da Diretiva).

Em Portugal, os dados relativos ao ano de 2021 evidenciam que “desagregando os órgãos de administração por cargos executivos e não executivos, também se verifica uma progressão contínua na proporção de mulheres, no período compreendido entre 2018 e 2021, embora a per-

consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas, que altera a Diretiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga as Diretivas 78/660/CEE e 83/349/CEE do Conselho art. 20.º Diretiva 2013/34/EU.

¹¹⁷ Hanne S. Birkemose, “Improving the Gender Balance Among Directors of Listed Companies in the EU”, p. 196.

centagem de mulheres nos cargos executivos (16,2%) seja bastante inferior à proporção existente nos cargos não executivos (38,6%)”¹¹⁸.

Não restam dúvidas que, através desta facultade de *opt-out*, a Diretiva contemporiza com objetivos nacionais menos ambiciosos do que os previstos no art. 5.º, ¹¹¹⁹, considerando que esses Estados-Membros cumpriram os objetivos da Diretiva¹²⁰.

Conclusão

A Lei 62/2017, de 1 de agosto, marca a rutura com as precedentes abordagens regulatórias em matéria de representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de governo das sociedades cotadas. Servindo-se de normas legais imperativas, a lei exige que, a partir da primeira assembleia geral eletiva após 1 de janeiro de 2020, seja de 33,3% a proporção de pessoas de cada sexo designadas de novo para cada órgão de administração e de fiscalização das sociedades cotadas.

Este regime imperativo opõe-se ao regime-regra consagrado no Código das Sociedades Comerciais (e no Código Civil para as sociedades civis simples) de irrelevância jurídica do sexo dos titulares de órgãos de governo. Regime-regra que está em sintonia com a primazia da vontade acionista e com “propriedade” acionista, permitindo que sejam do mesmo sexo todas as pessoas que compõem os órgãos de governo societários.

O regime de representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de administração e de fiscalização de sociedades cotadas responde a uma falha de mercado que se manifesta na sub-representação de mulheres nos órgãos societários e, em particular, nos cargos executivos. Cingindo-se às sociedades cotadas e às empresas do setor público empre-

¹¹⁸ Comissão para a Cidadania e a Igualdade do Género, Relatório sobre a aplicação da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto. Em conformidade com o artigo 8º da Lei n.º 62/2017, de 1 de agosto, 2021, p. 15.

¹¹⁹ Salienta esta aparente contradição Hanne S. Birkmose, “Improving the Gender Balance Among Directors of Listed Companies in the EU”, p. 195.

¹²⁰ Experts Group, *Gender Balance Broom Wagon – The resurrection of the Commission Proposal on improving the gender balance among board members*, cit., consideram razoável a facultade de *opt-out*: “Given the impossibility to apply the proposal in a meaningful way, they should probably do so and design their own solutions in order to avoid these unworkable provisions. Hence, one could understand the proposal’s real aim as giving incentives to some Member States to act on the issue of gender balance, while others, where such measures are already in place, will not need to introduce new legislation.”.

sarial, a Lei 62/2017 não se aplica à maioria das empresas portuguesas que continuam regidas pelo regime-regra.

A Lei 62/2017 não prevê os meios ou os procedimentos idóneos a produzir atos de designação cumpridores dos limiares mínimos legais. Serão as normas do Código das Sociedades Comerciais, as disposições estatutárias e as recomendações do Código de Governo das Sociedades as fontes reguladoras do processo de nomeação dos titulares dos órgãos de governo das sociedades. Em matéria de estruturas societárias, a comissão de nomeações poderá terá um papel relevante no apoio ao processo de designação de administradores e de fiscalizadores, designadamente, mediante a identificação e recomendação de candidatos e avaliação da composição dos órgãos de governo em matéria de conhecimentos, competências e diversidade de sexo.

Compete à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários declarar o incumprimento e o caráter provisório do ato de designação que não cumpre os limiares mínimos previstos na Lei 62/2017. No caso das sociedades cotadas, a lei preserva a validade e a eficácia de ato de designação que incumpre o regime da representação equilibrada. A reação a esta irregularidade faz-se por via administrativa, através da declaração provisória do ato de designação, fixação de prazo para a regularização do ato, repreensão escrita e publicada e, por fim, sanção pecuniária compulsória. Procurou-se conciliar os objetivos de composição equilibrada os órgãos de governo de sociedades cotadas com as exigências de funcionamento de sociedades cotadas e do mercado de capitais.

A Diretiva (UE) 2022/2381, vulgarmente conhecida como Diretiva *Women on boards*, impõe que os Estados-Membros asseguram que as empresas cotadas ficam obrigadas a cumprir um dos seguintes objetivos até 30 de junho de 2026: *a)* os membros do sexo sub-representado ocupam pelo menos 40% dos cargos de dirigente não executivo, ou *b)* os membros do sexo sub-representado ocupam pelo menos 33% de todos os cargos dirigentes, incluindo tanto os executivos como os não executivos.

No entanto, a Diretiva aceita que o Estado-membro, com fundamento no art. 12.º, tome a decisão de suspensão do art.º 6 ou, se for o caso do art. 5.º, n.º 2. O que significa, por um lado, que a Diretiva aceita objetivos nacionais menos ambiciosos do que os que resultam do seu texto, e, por outro, que a decisão de suspensão ainda é uma forma de alcançar os resultados por si fixados. Foram precisos 10 anos para se chegar a este resultado...

RESUMO: O Decreto-Lei 114-D/2023, de 5 de dezembro, transpõe para o ordenamento nacional a Diretiva (UE) 2019/2121, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 na parte respeitante às transformações, fusões e cisões transfronteiriças, alterando, entre outros diplomas nacionais, o Código das Sociedades Comerciais (CSC), nomeadamente, ao modificar o regime da fusão transfronteiriça e ao regular, pela primeira vez, a cisão e transformação transfronteiriças.

Apresentam-se as três operações transfronteiriças, tal como delineadas pelo CSC, bem assim as principais soluções normativas para concretizar a harmonização do regime de proteção dos sócios e dos credores sociais, ao mesmo tempo que se dilucidam algumas questões interpretativas suscitadas pela redação adotada algumas normas.

Palavras-chave: operações (fusão, cisão e transformação) transfronteiriças; fusão transfronteiriça por incorporação entre sociedades irmãs e formalidades simplificadas; cisão transfronteiriça por incorporação; proteção dos sócios; proteção dos credores.

ABSTRACT: Decree-Law 114-D/2023 transposed into national law Directive (EU) 2019/2121, which amends Directive (EU) 2017/1132 as regards cross-border conversions, mergers and divisions, amending, among other national legislation, the Commercial Companies Code (CSC), namely, by modifying the cross-border merger regime and regulating, for the first time, the cross-border division and conversion.

The three cross-border operations, as outlined by the CSC, are presented, as well as the main normative solutions to achieve the harmonization of the protection regime for shareholders and creditors, while at the same time clarifying some interpretative issues raised by the wording adopted in some legal provisions.

Keywords: cross-border (merger, division and conversion) operations; cross-border merger by acquisition of sister companies and simplified formalities; cross-border division by acquisition; protection of shareholders; protection of creditors.

O novo regime jurídico-societário da fusão, cisão e transformação transfronteiriças – algumas questões interpretativas

I. Transposição da Diretiva (UE) 2019/2121 pelo Decreto-Lei n.º 114-D/2023, de 5 de dezembro

Prevendo a Diretiva (UE) 2017/1132, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, um regime jurídico harmonizado relativo à fusão e à cisão de sociedades anónimas, a nível nacional, e às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada, a nível europeu, a Diretiva (UE) 2019/2121, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, que altera aquela, veio adotar regras harmonizadas em matéria de transformações e de cisões transfronteiriças (tanto parciais, como totais, mas em qualquer dos casos apenas mediante constituição de novas sociedades) de sociedades comerciais de responsabilidade limitada, a nível europeu, a fim de se alcançar uma maior segurança jurídica, de ser assegurado o exercício pleno da liberdade de estabelecimento ínsita nos arts. 49.º e 54.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e de ser garantida a proteção dos trabalhadores, credores e sócios minoritários no mercado europeu.

Com a Diretiva (UE) 2019/2121, o legislador europeu aproveitou para introduzir alterações ao regime harmonizado preexistente da fusão transfronteiriça e alargou-o, com as devidas adaptações, à cisão e transformação transfronteiristas.

O âmbito de aplicação subjetivo (mínimo) do regime das fusões transfronteiriças mantém-se, abrangendo, assim, agora a respeito das três operações transfronteiriças, as sociedades de responsabilidade limitada – tal como enumeradas no Anexo II da Diretiva (UE) n.º 2017/1132, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017 –, que incluem as sociedades anónimas, as sociedades em comandita por ações e as sociedades por quotas, previstas e reguladas no direito pátrio, e as sociedades suas congêneres no direito de cada Estado-Membro (EM) da União Europeia (UE) ou, pelo menos quanto à fusão transfronteiriça, no direito de um Estado membro do Espaço Económico Europeu (EEE)¹.

¹ Alguns EM estendem expressamente o âmbito subjetivo de aplicação do regime das ope-

O Decreto-Lei n.º 114-D/2023, de 5 de dezembro, transpôs para o ordenamento nacional a Diretiva (UE) 2019/2121, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de novembro de 2019, que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 na parte respeitante às transformações, fusões e cisões transfronteiriças. O mencionado decreto-lei altera, entre outros diplomas, o Código das Sociedades Comerciais (CSC²), nomeadamente, ao modificar o regime da fusão transfronteiriça e ao regular, pela primeira vez, a cisão e transformação transfronteiriças.

Uma fusão ou cisão transfronteiriça, a que seja aplicável o novo regime transposto para o CSC (cfr. arts. 117.º-A, 1 e 3, 129.º-A, 1 e 3), implicará a participação de, pelo menos, uma sociedade anónima, sociedade em comandita por ações ou sociedade por quotas sujeita à lei portuguesa e, pelo menos, outra sociedade de responsabilidade limitada constituída de acordo com a legislação de um EM da UE ou, pelo menos quanto à fusão transfronteiriça, de um Estado membro do EEE, e com sede estatutária, a administração central ou o estabelecimento principal no território da UE ou, pelo menos quanto à fusão transfronteiriça, do EEE.

Por sua vez, o CSC (cfr. art. 140.º-B, 1 e 2) será aplicável a uma transformação transfronteiriça por meio da qual uma sociedade anónima, sociedade em comandita por ações ou sociedade por quotas registada em Portugal converte a sua forma jurídica para uma forma jurídica de algum dos tipos de sociedades de responsabilidade limitada identificados no anexo II da Diretiva (UE) 2017/1132 prevista no EM para o qual transfere a sua sede estatutária, ou por meio da qual uma sociedade de responsabilidade limitada de algum dos tipos identificados no anexo II da Diretiva (UE) 2017/1132 registada noutro EM converte a sua forma jurídica para uma forma jurídica prevista pelo direito nacional (sociedade anónima, sociedade em comandita por ações ou sociedade por quotas), transferindo a sua sede estatutária para Portugal.

O regime jurídico harmonizado a nível europeu das operações (fusão, cisão e transformação) transfronteiriças contribui para a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento das sociedades de responsabilidade

rações transfronteiriças às sociedades de responsabilidade limitada sujeitas ao direito de um dos Estados membros do EEE (Islândia, Liechtenstein e Noruega): v.g., Alemanha, cfr. § 112a UmwG (extensão às sociedades em geral); Espanha, cfr. art. 80.1 Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio (extensão unicamente às sociedades de capital). O âmbito de aplicação da Diretiva 2005/56/CE, relativa às fusões transfronteiriças de sociedades de responsabilidade limitada, foi alargado, através da decisão do comité misto do EEE 127/2006, que alterou o Anexo XXII (Direito das Sociedades) do Acordo EEE, aos Estados membros do EEE.

² Todos os artigos citados sem menção da sua fonte normativa pertencem ao CSC.

limitada sujeitas ao direito da UE e, ao mesmo tempo, proporciona proteção adequada às partes interessadas (*stakeholders*), designadamente trabalhadores, credores e sócios minoritários, sem descurar o interesse público, instituindo mecanismos (cfr. arts. 117.º-G, 7, b), 129.º-I, 5, b), 140.º-K, 7, b)) para evitar que uma operação (fusão, cisão ou transformação) transfronteiriça possa ser utilizada para fins abusivos ou fraudulentos, como seja contornar os direitos dos trabalhadores, os pagamentos à segurança social ou as obrigações fiscais, ou para fins criminosos.

Como é habitual, o quadro regulatório resulta de um equilíbrio de interesses diversos, por vezes contrapostos, neste caso, entre oferecer às sociedades maior facilidade de mobilidade transfronteiriça, por um lado, e assegurar a proteção dos mencionados *stakeholders*, por outro, uma vez que normas demasiado protetoras destes podem diminuir a atratividade das medidas concebidas para promover a mobilidade dos entes societários.

II. Previsão expressa de outra modalidade (com duas submodalidades) de fusão transfronteiriça por incorporação sem emissão de participações sociais pela sociedade incorporante: a fusão por incorporação entre sociedades irmãs³

- a. A fusão por incorporação entre sociedades irmãs (al. d) do n.º 2 do art. 119.º) e a extensão da aplicabilidade das formalidades simplificadas (n.ºs 1 e 3 do art. 132.º) no quadro da Diretiva (UE) 2017/1132**

A nova al. d) do n.º 2 do art. 119.º da Diretiva (UE) 2017/1132, introduzida pela Diretiva (UE) 2019/2121, prevê expressamente como modalidade (especial) de fusão transfronteiriça a operação pela qual «uma ou mais sociedades transferem todo o seu património ativo e passivo para outra sociedade já existente, a sociedade incorporante, sem a emissão de novas participações sociais por esta última, desde que uma pessoa detenha, direta ou indiretamente, a totalidade das participações sociais das sociedades objeto de fusão ou os sócios das sociedades objeto de fusão detenham os seus títulos e participações sociais na mesma proporção em todas as sociedades objeto de fusão». Está em causa a fusão por incorporação em que a sociedade incorporante e simultaneamente a(s) sociedade(s) incorporada(s) são detidas, direta ou indiretamente, pelo mesmo sócio único ou, noutra configuração possível, são detidas na

³ Na doutrina alemã, esta modalidade é denominada de fusão de sociedades irmãs (*Verschmelzung von Schwesterngesellschaften*).

mesma proporção por todos os sócios, sendo, assim, de distinguir duas submodalidades desta fusão por incorporação entre sociedades irmãs.

Esta modalidade (especial) de fusão por incorporação junta-se à modalidade (especial, também) já prevista na al. *c*) do mesmo n.º 2 do art. 119.º da Diretiva (UE) 2017/1132, que qualifica como fusão transfronteiriça a operação pela qual «uma sociedade, sendo dissolvida sem liquidação, transfere todos os seus ativos e passivos para a sociedade detentora da totalidade das ações ou outros títulos representativos do seu capital social»⁴. Trata-se da fusão transfronteiriça por incorporação de sociedade(s) totalmente detida(s) pela sociedade incorporante⁵, para a qual estão previstas formalidades simplificadas (cfr. art. 132.º, 1 e 3 Diretiva (UE) 2017/1132). No CSC, ela está regulada no art. 117.º-I.

Por sua vez, a ambas as modalidades (especiais) de fusão por incorporação descritas é aplicável o art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132, cuja redação⁶ dos n.ºs 1 e 3 foi alterada pela Diretiva (UE) 2019/2121 justamente para receber no seu campo de aplicação (apenas) uma das submodalidades da nova modalidade (especial) de fusão por incorporação acolhida na mencionada nova al. *d*) do n.º 2 do art. 119.º da Diretiva (UE) 2017/1132: a fusão por incorporação em que a sociedade incorporante e simultaneamente a(s) sociedade(s) incorporada(s) são detidas, direta ou indiretamente, pelo mesmo sócio único. O n.º 1 do citado art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132 estabelece as formalidades simplificadas de que beneficiam tais modalidades (especiais) de fusão por incorporação, desde que a sociedade incorporante não atribua participações sociais no âmbito da fusão por incorporação de sociedade(s) totalmente detida(s)

⁴ A Diretiva (UE) 2017/1132 (cfr. arts. 119.º, 2, *c*), 132.º, 1) parece apenas prever a configuração em que a sociedade incorporante detém o domínio total direto sobre a sociedade ou sociedades incorporadas, mas não o domínio indireto sobre esta(s).

⁵ A fusão, interna ou transfronteiriça, por incorporação de sociedade(s) totalmente detida(s) pela sociedade incorporante é denominada vulgarmente *upstream merger*.

⁶ A redação do n.º 2 do art. 132.º manteve-se inalterada, que respeita à fusão transfronteiriça por incorporação de sociedade detida em 90% ou mais, mas não na totalidade pela sociedade incorporante. Transcreve-se a norma citada: «Quando uma fusão transfronteiriça mediante incorporação é realizada por uma sociedade que seja titular de 90 % ou mais, mas não da totalidade, das respetivas ações e dos outros títulos que confirmam direito de voto na assembleia-geral da sociedade ou das sociedades incorporadas, só são exigidos relatórios de um ou vários peritos independentes, bem como os documentos necessários para o controlo, na medida em que o exija a legislação nacional aplicável à sociedade incorporante ou à(s) sociedade(s) incorporada(s), em conformidade com o capítulo I do título II.» No direito português, a mencionada norma foi transposta, em 2009 (pela Lei 19/2009, de 12 de maio), para o art. 117.º-J.

pela sociedade incorporante⁷ e, na nova redação, igualmente da fusão por incorporação entre sociedades irmãs, mas, quanto a esta modalidade, apenas⁸ na submodalidade em que as sociedades objeto da operação (ou seja, sociedade ou sociedades incorporadas e sociedade incorporante) são detidas totalmente, direta ou indiretamente, pelo mesmo sócio (único).

Não tendo lugar a emissão de participações sociais pela sociedade incorporante, por estar proibida (cfr. art. 131.º, 5) na fusão de sociedade totalmente detida pela sociedade incorporante e, agora opcionalmente (pois que não há impedimento legal à emissão de participações sociais pela sociedade incorporante) com o fim de simplificar o procedimento da operação, na fusão por incorporação entre sociedades irmãs totalmente detidas, direta ou indiretamente, pelo mesmo sócio único, prescreve-se expressamente não ser exigido no projeto de fusão, em ambas as modalidades de fusão mencionadas, a indicação da relação de troca e o montante de eventuais pagamentos, nem as regras para a transmissão das parti-

⁷ Na fusão por incorporação de sociedade(s) totalmente detida(s) pela sociedade incorporante, a atribuição de participações pela sociedade incorporante está proibida legalmente (cfr. art. 131.º, 5, a)), pelo que se comprehende que na anterior redação do n.º 1 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132 não constasse a condição de aplicabilidade agora inserida de que «a sociedade incorporante não atribua participações sociais no âmbito da fusão». Esta condição de aplicabilidade apenas tem sentido a respeito da fusão por incorporação entre sociedades irmãs, pois que não está impedida a atribuição de participações sociais pela sociedade incorporante, ainda que seja totalmente dispensável para o fim de assegurar a proteção da posição social preexistente dos sócios da sociedade incorporante e o legislador europeu veio expressamente admitir que a fusão por incorporação entre sociedades irmãs pode concretizar-se sem emissão de participações sociais pela sociedade incorporante na nova al. *d*) do n.º 2 do art. 119.º Diretiva (UE) 2017/1132.

⁸ Não é abrangida no campo de aplicação do n.º 1 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132 a submodalidade de fusão por incorporação entre sociedades irmãs, em que todas as sociedades objeto da operação (ou seja, sociedade ou sociedades incorporadas e sociedade incorporante) são detidas na mesma proporção pelos mesmos sócios. Nesta submodalidade também não é exigida a emissão de participações sociais pela sociedade incorporante (cfr. al. *d*) do n.º do art. 119.º da Diretiva (UE) 2017/1132), mas, apesar disso, não lhe foi estendida a aplicabilidade do n.º 1 do art. 132.º da referida diretiva.

Apesar de a Diretiva não alargar expressamente a inaplicabilidade do disposto nos arts. 122.º, *b*, *c*, *e* e *m*) e 131.º, 1, *b*) à submodalidade de fusão por incorporação entre sociedades irmãs detidas pelos mesmos sócios em igual proporção, há que notar que, não sendo obrigatória a emissão de participações (mediante aumento do capital social) pela sociedade incorporante (por estar agora expressamente acautelado, quando antes apenas se poderia defender a sua desnecessidade para proteção da posição social dos sócios da sociedade incorporante), ao abrigo da al. *d*) do n.º 2 do art. 119.º Diretiva (UE) 2017/1132, e não tendo efetivamente, por opção, lugar essa emissão (atribuição) de participações, também não será obviamente aplicável o disposto nos referidos arts. 122.º, *b*, *c*, *e* e *m*) e 131.º, 1, *b*) da Diretiva.

pações sociais da sociedade incorporante, nem a data a partir da qual as participações sociais da sociedade incorporante conferem o direito de participação nos lucros, nem sequer as informações sobre a compensação pecuniária oferecida aos sócios titulares do direito de exoneração (cfr. art. 132.º, 1, primeiro parágrafo da Diretiva (UE) 2017/1132). Também precisamente por não haver emissão (ou atribuição) de participações pela sociedade incorporante, em ambas as modalidades de fusão mencionadas, não se verifica o efeito jurídico da aquisição da qualidade de sócio da sociedade incorporante pelos sócios da(s) sociedade(s) incorporada(s) (cfr. art. 132.º, 1, primeiro parágrafo da Diretiva (UE) 2017/1132).

Para além da inexistência de emissão de participações sociais (mediante aumento do capital social) pela sociedade incorporante⁹, decorrente da al. d) do n.º 2 do art. 119.º Diretiva (UE) 2017/1132, o art. 132.º, 1 vem simplificar o procedimento de fusão nas modalidades de fusão abrangidas pelo seu campo de aplicação, dele resultando a dispensa *tout court* (sem necessidade de consentimento da unanimidade dos sócios das sociedades objeto das referidas modalidades de fusão) de algumas das formalidades do procedimento de fusão, a saber (cfr. art. 132.º, 1 da Diretiva (UE) 2017/1132): (exame e o) relatório¹⁰ de cada um dos peritos independentes ou do perito independente comum (cfr. art. 125.º); relatório do órgão de administração da(s) sociedade(s) incorporada(s) destinado aos sócios e aos trabalhadores (cfr. art. 124.º); e a aprovação do projeto comum de fusão pela(s) sociedade(s) incorporada(s) (cfr. art. 126.º, 1).

Em face da inexigibilidade, nas modalidades de fusão abrangidas pelo seu campo de aplicação, da aprovação do projeto comum de fusão pela(s) assembleia(s) geral(ais) da(s) sociedade(s) incorporada(s), por força do n.º 1 do art. 132.º, a que pode acrescer a isenção de aprovação do projeto comum de fusão pela assembleia geral da sociedade incorporante, quando prevista no direito nacional dos EM, nos termos gerais (aplicáveis a qualquer fusão transfronteiriça) do artigo 126.º, 3, vem o n.º 3¹¹ do art.

⁹ O que simplifica só por si a fusão por incorporação entre sociedades irmãs (em ambas as submodalidades), tornando desnecessário o aumento do capital social da sociedade incorporante.

¹⁰ O relatório pericial pode ser dispensado em qualquer fusão (cfr. art. 125.º, 4), cisão (cfr. art. 160.º-F, 3) ou transformação transfronteiriça (cfr. art. 86.º-F, 3), mediante o consentimento de todos os sócios de uma sociedade com respeito à respectiva sociedade (de que são sócios).

¹¹ «Se o direito dos Estados-Membros de todas as sociedades objeto de fusão previr a isenção de aprovação pela assembleia geral nos termos do artigo 126.º, 3, e do n.º 1 do presente artigo, o projeto comum de fusão transfronteiriça ou as informações a que se refere o artigo 123.º, 1 a 3, respetivamente, e os relatórios a que se referem os artigos 124.º e 125.º devem ser disponibilizados

132.º exigir que, no caso de o direito dos EM de todas as sociedades objeto de fusão previr a inexigibilidade de aprovação do projeto de fusão pelas assembleias gerais de todas as sociedades participantes na fusão transfronteiriça, o projeto comum de fusão transfronteiriça ou as informações a que se refere o artigo 123.º, 1 a 3 (além do projeto de fusão, exige-se também a publicação de um aviso aos sócios, credores e trabalhadores) e os relatórios do órgão de administração e os relatórios dos peritos a que se referem os artigos 124.º e 125.º (mas que podem ser dispensados nos termos gerais desses mesmos dispositivos¹², o que é deveras relevante para a interpretação do sentido normativo do n.º 3 do art. 132.º) «devem ser disponibilizados com a antecedência mínima de um mês a contar da data em que a sociedade tomar a decisão sobre a fusão, nos termos do direito nacional.» Veremos que este n.º 3 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132 não foi corretamente transposto para o CSC.

É de aplaudir a atenção votada pelo legislador comunitário à fusão por incorporação entre sociedades irmãs.

A fusão por incorporação (interna ou transfronteiriça) é usada maioritariamente como meio de reestruturação dentro de um grupo de sociedades em relação de domínio total, existindo já a previsão de um regime simplificado do procedimento de fusão interna e transfronteiriça por incorporação de sociedade(s) totalmente dominada(s) pela sociedade incorporante, que é estendido agora à fusão transfronteiriça por incorporação entre sociedades irmãs detidas pelo mesmo sócio único. Esta solução de alargar as formalidades simplificadas à fusão realizada por incorporação entre sociedades irmãs detidas pelo mesmo sócio único, acolhida pela Diretiva (UE) 2019/2121, traduz uma adaptação do direito à realidade jurídico-económica das reestruturações dentro dos grupos¹³ de socieda-

com a antecedência mínima de um mês a contar da data em que a sociedade tomar a decisão sobre a fusão, nos termos do direito nacional.»

¹² V. nota 10.

¹³ Aliás, em face dos mecanismos de proteção instituídos a favor dos trabalhadores, dos sócios (em especial o direito a requerer, em certas condições, a avaliação judicial das respectivas participações sociais com fundamento na inadequação da relação de troca das participações sociais, constante do projeto de fusão ou cisão transfronteiriça, exigindo a atribuição de uma compensação monetária adequada e havendo ademais o perigo de decisões judiciais divergentes emitidas por instâncias judiciais de EM diferentes) e dos credores, é de prever que as sociedades com enorme *free float* não façam uso da fusão transfronteiriça, continuando a ser usada maioritariamente como meio de reestruturação dentro dos grupos de sociedades. V. ELDA MARQUES, «A proteção dos sócios e credores nas transformações, fusões e cisões transfronteiriças segundo a Diretiva (UE) 2019», in VI Congresso de Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2022, p. 232, nt. 46.

des, promovendo assim um ambiente jurídico favorável à sua execução no plano transfronteiriço.

b. A receção da fusão por incorporação entre sociedades irmãs no CSC e a incorreta transposição do n.º 3 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132 para as als. c) e d) do n.º 4 do art. 117.º-I do CSC

O art. 117.º-A, 2 do CSC recebeu a nova modalidade (com duas sub-modalidades) de fusão por incorporação entre sociedades irmãs, transpondo a nova al. *d*) do n.º 2 do art. 119.º da Diretiva (UE) 2017/1132.

A título prévio, merece-nos sinalizar que, apesar de o aditado nº 2 do art. 117.º-A referir que a «*fusão transfronteiriça pode revestir qualquer das modalidades previstas no n.º 4 do art. 97.º, podendo realizar-se, ainda, mediante (...)*» a modalidade (especial) de fusão (por incorporação, como constataremos) entre sociedades irmãs, existe ainda outra modalidade (também especial) de fusão por incorporação (de sociedade(s) totalmente detida(s) pela incorporante), prevista no art. 117.º-I, que, ao ter-se alterado o art. 117.º-A e por igualdade de razão em relação à nova modalidade (especial) de fusão por incorporação entre sociedades irmãs acolhida no seu n.º 2, também deveria ter sido expressamente prevista no próprio art. 117.º-A.

Do novo n.º 2 do art. 117.-A resulta a qualificação expressa como fusão transfronteiriça da fusão por incorporação *sem* que haja emissão¹⁴ de participações sociais (mediante aumento do capital social) pela sociedade incorporante, desde que (hipótese *a*) uma pessoa (singular ou coletiva) detenha, direta ou indiretamente, a totalidade das participações sociais das sociedades participantes na operação [ou seja, da sociedade incorporante e concomitantemente da(s) sociedade(s) incorporada(s)]; ou (hipótese *b*) os sócios (pessoas singulares e/ou coletivas) das sociedades participantes na operação [ou seja, da sociedade incorporante e simultaneamente da(s) sociedade(s) incorporada(s)] detenham as suas participações sociais na mesma proporção em todas as sociedades participantes na operação.

As duas hipóteses, *a* e *b*), contemplam a *fusão por incorporação*¹⁵ entre sociedades «irmãs» em sentido amplo, não circunscrita, pois, à fusão por

¹⁴ E também sem atribuição de participações próprias detidas pela sociedade incorporante.

¹⁵ No n.º 2 do art. 117.º-A CSC, apesar de ser usada a expressão «sociedades a fundir» (e dada a maior proximidade gramatical à fusão de sociedades fundidas para a constituição de uma nova sociedade), ao invés de «sociedades objeto de fusão», como consta da al. *d*) do n.º 2 do art. 119.º da Diretiva (UE) 2017/1132, e simultaneamente ser omitida a referência a «sociedade incorporante» já existente, na qualidade de sociedade resultante da fusão, que consta da mesma norma da diretiva mencionada, não está abrangida no seu

incorporação entre sociedades irmãs detidas totalmente, direta ou indiretamente, pela mesma sociedade mãe no âmbito de um grupo¹⁶ (de direito) de sociedades por domínio total.

Na hipótese descrita em a), está abrangida a operação de fusão por incorporação entre sociedades (irmãs) detidas totalmente, direta ou indiretamente, pelo mesmo sócio único (que pode ser uma pessoa singular ou uma sociedade ou outra pessoa coletiva, como, p. ex., uma cooperativa); se a mesma sócia única, direta ou indiretamente, for uma sociedade anônima, em comandita por ações ou uma sociedade por quotas, estará em causa uma fusão por incorporação entre sociedades irmãs (detidas pela mesma sociedade mãe) no quadro de uma relação de grupo por domínio total, direto ou indireto.

Na hipótese b) está coberta a operação de fusão por incorporação entre sociedades (irmãs) detidas diretamente por dois ou mais sócios (sejam pessoas singulares, sociedades ou outras pessoas coletivas, como, entre outras admissíveis, cooperativas) na mesma proporção.

Em ambas as hipóteses, a) e b), é dispensada a emissão de participações sociais (mediante aumento do capital social) da sociedade incorporante preexistente para atribuição a) ao sócio único ou b) aos sócios em igual proporção da(s) sociedade(s) incorporada(s).

A desnecessidade de emissão de participações sociais para adjudicação a) ao sócio único ou b) aos sócios em igual proporção da(s) sociedade(s) incorporada(s) justifica-se pelo facto de não haver qualquer repercussão da operação para a posição social a) do sócio único ou b) dos sócios em igual proporção, porquanto apenas se trata de concentrar juridicamente (na esfera da sociedade incorporante) uma realidade (desconcentrada juridicamente em duas ou mais sociedades, mas) já economicamente unificada. A estrutura da relação societária preexistente na esfera das sociedades participantes na fusão mantém-se idêntica, após a operação, na esfera da

âmbito de aplicação a fusão entre sociedades irmãs (com o sentido amplo mencionado) *por constituição de uma nova sociedade*. É que numa fusão por constituição de nova sociedade, ainda que entre sociedades irmãs (naquelas hipóteses a) e b) mencionadas) a serem fundidas/extintas, existe sempre emissão inicial de participações sociais para atribuição ao sócio único ou aos sócios em igual proporção da nova sociedade, ainda que a atribuição de participações sociais corresponda a um simples cálculo aritmético (dispensando, em bom rigor, a relação de troca das participações sociais).

A al. d) do n.º 2 do art. 119.º da Diretiva (UE) 2017/1132 refere-se expressamente a sociedade já existente na qualidade de sociedade adquirente naquelas referidas hipóteses a) e b), o que remete para a fusão entre sociedades (irmãs) realizada por incorporação (na língua inglesa, *cross-border merger by acquisition*).

¹⁶ Cfr. arts. 481.º, 1, 488.º, 1 e 489.º, 1.

(única) sociedade incorporante, sem necessidade de qualquer atribuição de participações sociais. A desnecessidade (ou a não obrigatoriedade) de atribuição de participações sociais (e, por conseguinte, a desnecessidade de realização de um aumento do capital para o efeito) simplifica a execução da operação de fusão por incorporação entre sociedades irmãs (em ambas as submodalidades).

Sendo dispensada a emissão de participações sociais, deixa de ser necessária concomitantemente a indicação no projeto de fusão: da relação de troca das participações sociais e das eventuais quantias em dinheiro; bem assim das informações sobre a contrapartida pecuniária oferecida aos sócios titulares do direito de exoneração; e, igualmente, sendo a sociedade incorporante uma sociedade anónima, das modalidades de entrega das suas ações e a data a partir da qual essas ações dão direito a lucros (cfr. art. 98.º, 1, e), j) e m) *ex vi* art. 117.º-B, 1). Também justamente por não haver emissão (ou atribuição) de participações pela sociedade incorporante, em ambas as submodalidades de fusão por incorporação entre sociedades irmãs, não se verifica o efeito jurídico da aquisição da qualidade de sócio da sociedade incorporante pelos sócios da(s) sociedade(s) incorporada(s) (cfr. arts. 112.º, b), 117.º-I, 2¹⁷).

A inaplicabilidade das als. e), j) e m) do n.º 1 do art. 98.º, bem como da al. b) do art. 112.º resulta logicamente da mera desnecessidade de emissão de participações sociais pela sociedade incorporante, sancionada no n.º 2 do art. 117.º-A, sendo válida para ambas as submodalidades de fusão por incorporação entre sociedades irmãs. Ainda assim essa inaplicabilidade está expressamente prevista para a modalidade (também especial) de fusão por incorporação de sociedade(s) totalmente detida(s) pela sociedade incorporante (*upstream merger*) no n.º 2 do art. 117.º-I. Era certamente intenção do legislador nacional estender o âmbito de aplicação do art. 117.º-I à nova submodalidade de fusão por incorporação entre sociedades irmãs detidas totalmente pelo mesmo sócio único, em cumprimento da transposição do disposto no n.º 1 do art. 132.º da Diretiva 2017/1132, mas a nova redação do n.º 1 do art. 117.º-I não alcançou tal desiderato.

Como referido acima, no quadro da Diretiva, nas modalidades (especiais) de fusão transfronteiriça abrangidas pelo âmbito de aplicação do correspondente n.º 1 do art. 132.º resulta excluída a aplicação de algumas das formalidades do procedimento de fusão comum ou geral. Com a alte-

¹⁷ Que, como defenderemos, deve ser interpretado no sentido de abranger igualmente a fusão por incorporação entre sociedades irmãs detidas pelo mesmo sócio único.

ração efetuada à redação do n.º 1 do art. 117.º-I¹⁸, o legislador português, porém, não conseguiu estender *expressis verbis* a exclusão de determinados requisitos do procedimento comum ou geral de fusão, sancionada no n.º 2 do mesmo dispositivo (sendo essa exclusão já aplicável à fusão por incorporação de sociedade(s) totalmente dominada(s), direta ou indiretamente, pela sociedade incorporante (*upstream merger*), à agora aditada fusão por incorporação entre sociedades (irmãs) detidas totalmente, direta ou indiretamente, pelo mesmo sócio único. Julga-se que o legislador pátrio terá intencionado operar a extensão da simplificação do procedimento de fusão prevista no art. 117.º-I à fusão por incorporação entre sociedades detidas totalmente, direta ou indiretamente, pelo mesmo sócio único, em cumprimento da nova redação do n.º 1 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132, com o aditamento ao n.º 1 do referido art. 117.º-I «*desde que a sociedade incorporante não atribua novas participações sociais no âmbito da fusão*», expressão esta muito próxima, nesta parte, da nova redação do citado n.º 1 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132, dada pela Diretiva (UE) 2019/2121. A tentativa do nosso legislador foi gorada, pois que não transpôs a restante parte da alteração à redação do n.º 1 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132, conferida pela Diretiva (UE) 2019/2121, que passou a incluir expressamente, além da fusão por incorporação realizada por uma sociedade que detenha, direta ou indiretamente, a totalidade das participações com direito de voto nas assembleias gerais da sociedade incorporada ou incorporadas, adicionalmente a fusão realizada entre a sociedade incorporante e a sociedade incorporada ou incorporadas, sendo todas as sociedades participantes (irmãs) detidas totalmente, direta ou indiretamente, pela mesma pessoa¹⁹.

¹⁸ Aliás, a epígrafe do art. 117.º-I também teria de ter sido alterada para acolher a fusão por incorporação entre sociedades (irmãs) detidas totalmente, direta ou indiretamente, pelo mesmo sócio único. Ou poderia simplesmente a epígrafe corresponder à expressão singela «formalidades simplificadas», à semelhança da epígrafe do art. 132.º da Diretiva transposto.

¹⁹ Estando, assim, excluída, nessa norma europeia, em face da sua redação, a extensão obrigatória da simplificação do procedimento de fusão geral ou comum à outra submodalidade de fusão por incorporação entre sociedades irmãs, ou seja, quando as sociedades incorporante e incorporada(s) sejam detidas por dois ou mais sócios na mesma proporção, apesar de estar prevista para tal submodalidade também a desnecessidade de emissão de participações sociais pela sociedade incorporante no n.º 2 do art. 117.º-A, por força da transposição da citada al. d) do n.º 2 do art. 119.º da Diretiva (UE) 2017/1132. Todavia, os EM podem prever a extensão das formalidades simplificadas à outra submodalidade de fusão por incorporação entre sociedades irmãs no seu direito nacional. No direito espanhol, às duas submodalidades de fusão interna entre sociedades irmãs são estendidas as formalidades simplificadas sancionadas para a fusão interna por incorporação de socie-

Em face da letra do n.º 1 do art. 117.º-I, não está abrangida a fusão por incorporação em que uma pessoa (singular ou coletiva) detenha, direta ou indiretamente, a totalidade das participações sociais das sociedades participantes na operação [ou seja, da sociedade incorporante e da(s) sociedade(s) incorporada(s)], como impõe a nova redação do n.º 1 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132, dada pela Diretiva (UE) 2019/2121. Enquanto o legislador nacional não alterar a redação infeliz do n.º 1 do art. 117.º-I, terá o intérprete de recorrer à extensão teleológica (caracterizada como uma forma de correção do texto da norma) do respetivo campo de aplicação, exigida por uma interpretação em conformidade com a norma europeia.

Quanto às demais alterações introduzidas ao art. 117.º-I, parecem-nos necessários alguns comentários.

O n.º 2 do art. 117.º-I foi alterado pontualmente para sancionar adequadamente a inaplicabilidade da al. j) do n.º 1 do art. 98.º (ou seja, a menção no projeto comum de fusão das informações sobre a contrapartida da aquisição das participações sociais dos sócios titulares do direito de exoneração), bem assim a não exigibilidade do relatório do órgão de administração (destinado aos sócios e aos trabalhadores) da sociedade incorporada. Comparando o disposto no n.º 2 do art. 117.º-I com o estatuído no n.º 1 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132, na redação dada pela Diretiva (UE) 2019/2121, acima explanado, é de sinalizar que, no regime português, apenas continua a não ser exigível o (exame e o) relatório do perito

dade totalmente detida pela incorporante, na medida em que sejam adaptáveis (*mutatis mutandis*) – cfr. art. 56. 1 do Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junho –, e por força da aplicação do regime da fusão interna à fusão transfronteiriça em que participe uma sociedade regida pelo direito espanhol, ao abrigo da remissão geral constante do art. 83.1, as formalidades simplificadas resultam estendidas às duas submodalidades de fusão transfronteiriça entre sociedades irmãs (*mutatis mutandis*). Transcevem-se os dispositivos citados do Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junho.

«Artículo 56. Supuestos asimilados a la absorción de sociedades íntegramente participadas 1. *Lo dispuesto para la absorción de sociedades íntegramente participadas será de aplicación, en la medida que proceda, a la fusión, en cualquiera de sus clases, de sociedades íntegramente participadas de forma directa o indirecta por el mismo socio o por socios que tengan idéntica participación en todas las sociedades que se fusionen (...)*»

«Artículo 83. Régimen aplicable a las sociedades españolas

1. *Salvo que el presente título disponga lo contrario, las sociedades españolas que participen en una modificación transfronteriza cumplirán con los requisitos y trámites previstos para las modificaciones estructurales internas en este real decreto-ley y lo previsto en las disposiciones que siguen. En caso de discordancia o contradicción, prevalecerán las disposiciones de este título.*

2. *En la interpretación de estas normas se tendrá en cuenta que la libertad de establecimiento constituye un principio fundamental del Derecho de la Unión Europea.*»

da sociedade incorporada, quando o regime europeu determina a não exigibilidade dos relatórios dos peritos (ou do relatório do perito comum) referentes a todas as sociedades participantes na fusão. Ainda assim nada impede que o(s) sócio(s) da sociedade incorporante renunciem ao exame e relatório do perito independente, ao abrigo do disposto no n.º 5 do art. 117.º-D, ou também do estabelecido n.º 6 do art. 99.º, para o qual remete o n.º 1 do art. 117.º-D.

O n.º 3 do art. 117.º-I mantém a sua redação, dispensando *tout court* a aprovação do projeto comum de fusão pela(s) assembleia(s) geral(ais) da(s) sociedade(s) incorporada(s) – totalmente detida(s) pela sociedade incorporante –, permitindo, igualmente, a dispensa da aprovação do projeto comum de fusão pela assembleia geral da sociedade incorporante, desde que se verifiquem cumulativamente os requisitos²⁰ estabelecidos no n.º 3 do art. 116.º.

Ao art. 117.º-I foi aditado o novo n.º 4, em vista da transposição do n.º 3 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132 (n.º 3 esse aditado pela Diretiva (UE) 2019/2121). Transcreve-se o n.º 4 do art. 117.º-I.

«No caso de ser dispensada a aprovação do projeto comum de fusão pelas assembleias gerais de todas as sociedades participantes na fusão, nos termos número anterior, devem ser disponibilizados com a antecedência mínima de um mês a contar da data em que a sociedade tomar a decisão sobre a fusão:

- a) O projeto comum de fusão transfronteiriça;*
- b) Um aviso aos sócios, credores e representantes dos trabalhadores da sociedade objeto de fusão ou, quando estes não existam, aos próprios trabalhadores, de que podem apresentar à respetiva sociedade, até cinco dias úteis antes da data em que a sociedade tomará a decisão sobre a fusão, observações sobre o projeto comum de fusão transfronteiriça;*
- c) O relatório da administração destinado aos sócios e aos trabalhadores, previsto no n.º 2 do artigo 117.º-C;*
- d) O relatório do revisor ou das sociedades de revisores oficiais de contas, previsto no n.º 2 do artigo 117.º-D e no n.º 4 do artigo 99.º.»*

²⁰ A saber: a indicação no projeto de que não há prévia deliberação; os sócios da sociedade incorporante tenham podido tomar conhecimento, na sede social, da documentação referida no art. 101.º, a partir, pelo menos, do 8.º dia seguinte à publicação do registo do projeto de fusão e disso tenham sido avisados no mesmo projeto ou simultaneamente com a comunicação deste; nos 15 dias seguintes à publicação do registo do projeto de fusão não tenha sido requerida, por sócios detentores de 5% do capital social da sociedade incorporante, a convocação da respetiva assembleia geral para se pronunciar sobre a fusão.

O aditado n.º 4 estabelece que, se a aprovação do projeto comum de fusão pelas assembleias gerais de todas as sociedades participantes na fusão for dispensada, ou seja, em termos práticos, se a assembleia geral da sociedade incorporante for dispensada, ao abrigo do disposto no n.º 3 do art. 116.º (porquanto a inexigibilidade da aprovação do projeto comum de fusão pela(s) assembleia(s) geral(ais) da(s) sociedade(s) incorporada(s) resulta *tout court* do estatuído no n.º 3 do art. 117.º-I), devem ser publicados (e disponibilizados ao público no registo comercial)²¹, com a antecedência mínima de um mês a contar da data em que a sociedade tomar a decisão sobre a fusão, o projeto comum de fusão (cfr. al. *a*) do n.º 4 do art. 117.º-I) e um aviso aos sócios, credores e representantes dos trabalhadores (ou, quando estes não existam, aos próprios trabalhadores) da sociedade objeto de fusão submetida à lei portuguesa, de que podem apresentar à respetiva sociedade, até cinco dias úteis antes da data em que a sociedade tomar a decisão sobre a fusão, observações sobre o projeto comum de fusão transfronteiriça (cfr. al. *b*) do n.º 4 do art. 117.º-I). A antecedência mínima exigida para as referidas publicações é «de um mês a contar da data em que a sociedade tomar a decisão sobre a fusão», o que significa que, não havendo a aprovação do projeto comum de fusão pelas assembleias gerais de todas as sociedades participantes na fusão, o momento do procedimento de fusão a partir do qual deve ser aferido o cumprimento da antecedência mínima de um mês será o da inscrição da fusão no registo competente do EM da sede da sociedade incorporante (cfr. art. 67.º-A, 3 e 4 CRCom). É igualmente o mesmo o momento relevante para a aferição do cumprimento da antecedência mínima de cinco dias úteis para a apresentação à sociedade (participante a que seja aplicável a lei portuguesa) de observações ao projeto comum de fusão pelos sócios, credores e representantes dos trabalhadores (ou, quando estes não existam, pelos próprios trabalhadores).

Já algo incompreensivelmente pela sua abrangência genérica, as als. *c*) e *d*) do novo n.º 4 do art. 117.º-I impõem que seja disponibilizado, respetivamente, o relatório do órgão de administração (destinado aos sócios e aos trabalhadores) da sociedade objeto de fusão submetida à lei portuguesa, previsto no n.º 2 do art. 117.º-C, bem assim o relatório do revisor oficial de contas ou da sociedade²² de revisores oficiais de contas

²¹ Cfr. art. 123.º, 1 da Diretiva (UE) 2017/1132.

²² A existir apenas uma sociedade objeto de fusão sujeita à lei portuguesa, então, apesar de o texto legal se referir a «sociedades», deve ler-se «sociedade» de revisores oficiais de contas, porquanto a lei portuguesa apenas pode exigir o relatório pericial a respeito da sociedade objeto de fusão a que seja aplicável a lei nacional.

relativamente à sociedade objeto de fusão a que seja aplicável a lei portuguesa, previsto no n.º 2 do art. 117.º-D e no n.º 4 do art. 99.º. Ora, tais prescrições legais contidas nas als. *c*) e *d*) do novo n.º 4 do art. 117.º-I contrariam²³ em parte o disposto no n.º 2 do mesmo art. 117.º-I e, tal como redigidas (ao remeterem, respetivamente, para o no n.º 2 do art. 117.º-C e para o n.º 2 do art. 117.º-D e no n.º 4 do art. 99.º), *sem ressalvarem a hipótese de não existirem*, criam potencialmente alguma rigidez na interpretação sistemática (articulada, respetivamente, com o n.º 9 do art. 117.º-C e com o n.º 5 do art. 117.º-D, ou também o estabelecido no n.º 6 do art. 99.º, para o qual remete o n.º 1 do art. 117.º-D). Vejamos.

O n.º 2 do art. 117.º-I determina a inexigibilidade do relatório do órgão de administração da sociedade incorporada²⁴, bem assim do relatório pericial relativo à sociedade incorporada (e não também da sociedade incorporante, como o n.º 1 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132 sanciona).

A respeito do relatório do órgão de administração da sociedade incorporante, em abstrato exigível por interpretação *a contrario* do n.º 2 do art. 117.º-I, nada impede que os sócios da sociedade incorporante objeto de fusão, a que seja aplicável a lei portuguesa, dispensem a elaboração do relatório do respetivo órgão de administração quanto à secção que lhes é destinada, ao abrigo do n.º 9 do art. 117.º-C. Quanto à secção do relatório do órgão de administração destinada aos trabalhadores, ela não é exigida nos termos do n.º 10 do art. 117.º-C.

Relativamente ao relatório pericial respeitante à sociedade incorporante objeto de fusão, submetida à lei nacional, que resulta (por mero lapso ou então má opção do legislador nacional) exigível²⁵ em abstrato por interpretação *a contrario* do n.º 2 do art. 117.º-I, também ele pode (e deve) ser dispensado, ao abrigo do disposto no n.º 5 do art. 117.º-D, ou também do estabelecido n.º 6 do art. 99.º, para o qual remete o n.º 1 do art. 117.º-D. É que não constando do projeto comum de fusão a relação de troca das participações sociais e das eventuais quantias em dinheiro,

²³ Com exceção, em vista a salvar algum conteúdo útil à prescrição legal da al. *d*) do n.º 4 do art. 117.º-I, da exigibilidade do relatório pericial relativo à sociedade incorporante objeto de fusão a que seja aplicável da lei portuguesa, dado que não resulta dispensado pelo n.º 2 do art. 117.º-I (ainda que, como referimos, o relatório pericial possa ser dispensado nos termos do n.º 5 do art. 117.º-D ou também nos termos do n.º 6 do art. 99.º, para o qual remete o n.º 1 do art. 117.º-D, e devendo efetivamente ser dispensado por não ter objeto de análise).

²⁴ Em conformidade com o n.º 1 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132.

²⁵ O relatório pericial respeitante à sociedade incorporante não é exigido pelo 1.º parágrafo do n.º 1 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132.

bem assim as informações sobre a contrapartida pecuniária oferecida aos sócios titulares do direito de exoneração, o exame pericial fica sem objeto de análise para a elaboração de relatório, pois que não será executável a emissão de parecer fundamentado sobre a adequação e a razoabilidade da relação de troca e da contrapartida da aquisição das participações sociais e a avaliação dos métodos de avaliação utilizados (cfr. n.º 4 e 5 do art. 99.º, para o qual remete o n.º 2 do art. 117.º-D) em vista da proteção dos interesses dos sócios, que não são colocados em causa. Por ser assim, a inexigibilidade do relatório pericial respeitante à sociedade incorporante deveria resultar *tout court* do próprio n.º 2 do art. 117.º-I²⁶, em conformidade com o estabelecido no 1.º parágrafo do n.º 1 do art 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132).

As prescrições constantes das als. *c*) e *d*) do n.º 4 apenas preservam a sua coerência normativa com o disposto no n.º 2 antecedente, se interpretadas restritivamente no sentido de apenas estar em causa a exigibilidade em abstrato do relatório do órgão de administração e do relatório pericial unicamente com respeito à sociedade incorporante objeto de fusão sujeita à lei nacional e sob condição de que existam (isto é, com a ressalva de que tais documentos apenas devem ser disponibilizados se existirem, já que podem não existir por serem inexigíveis, por aplicação nos termos gerais dos arts. 117.º-C, 9 e 10, e 117.º-D, 5, como referido anteriormente).

Por último, torna-se necessário voltar a assinalar que o disposto no art. 117.º-I deve ser interpretado como abrangendo (por extensão teleológica, como defendido) a fusão por incorporação entre sociedades (irmãs) detidas pelo mesmo sócio único, em conformidade com o disposto no 1.º parágrafo do n.º 1 do art. 132.º da Diretiva (UE) 2017/1132: nomeadamente, por não resultar do disposto no n.º 2 do art. 117.º-A, considerar-se inexigível *tout court* o relatório do órgão de administração da(s) sociedade(s) incorporada(s), o relatório pericial respeitante à(s) sociedade(s) incorporada(s), a aprovação do projeto comum de fusão pela(s) assembleia(s) geral(ais) da(s) sociedade(s) incorporada(s) e permitindo, igualmente, a dispensa da aprovação do projeto comum de fusão pela assembleia geral da sociedade incorporante, desde que se verifiquem cumulativamente os requisitos²⁷ estabelecidos no n.º 3 do art. 116.º, bem

²⁶ Sugerindo-se a correção desta incoerência normativa numa próxima alteração legislativa ao n.º 2 do art. 117.º-I.

²⁷ A saber: a indicação no projeto de que não há prévia deliberação; os sócios da sociedade incorporante tenham podido tomar conhecimento, na sede social, da documentação referida no art. 101.º, a partir, pelo menos, do 8.º dia seguinte à publicação do registo do projeto de fusão e disso tenham sido avisados no mesmo projeto ou simultaneamente com a comunicação deste; nos 15 dias seguintes à publicação do registo do projeto de

assim considerar-se aplicável o disposto no n.º 4 do art. 117.º-I com o sentido interpretativo restritivo acima delineado.

III. Receção no direito nacional da cisão e transformação transfronteiriças

Apesar de a Diretiva (UE) 2019/2121 apenas impor a receção no direito interno de cada EM da cisão, seja parcial, seja total, por constituição de nova(s) sociedade(s) beneficiária(s) e da cisão por separação por constituição de nova(s) sociedade(s) beneficiária(s), o direito nacional prevê, assim o julgamos, também a cisão transfronteiriça, quer seja parcial, quer seja total, por incorporação, em sociedade(s) beneficiária(s) preexistente(s), bem assim a nova modalidade de cisão por separação também por incorporação em sociedade(s) beneficiária(s) preexistente(s).

Com efeito, ao contrário da Diretiva (UE) 2019/2121, que circunscreve o conceito de sociedade beneficiária a uma sociedade recém-constituída no decurso de uma cisão transfronteiriça (cfr. respetivo art. 160.º-B, 3), não regulando, por conseguinte, a cisão por incorporação numa ou mais sociedades beneficiárias preexistentes – o que foi criticado pelos peritos de direito europeu das sociedades (European Company Law Experts (ECLE)²⁸) –, o regime jurídico nacional da cisão transfronteiriça omite uma definição de sociedade beneficiária, mas não deixa dúvidas, em face de várias expressões espalhadas pelo articulado da cisão transfronteiriça, de que podem participar na cisão duas ou mais sociedades (sendo uma necessariamente a sociedade cindida e a(s) outra(s) sociedade(s), logicamente, a(s) sociedade(s) beneficiária(s) já existente(s)) – cfr., entre outros, arts. 129.º-C, 1, 129.º-D, 1, 129.º-E, 2, 129.º-F, 1, a), e 2. Também no mesmo sentido é de assinalar a expressa previsão, em alternativa, da deliberação sobre o projeto de alteração a introduzir no contrato da sociedade beneficiária (aqui, leia-se, preexistente), ou sobre o projeto de contrato da nova sociedade (que é necessariamente beneficiária) – cfr. art. 129.º-F, 1, b).

fusão não tenha sido requerida, por sócios detentores de 5% do capital social da sociedade incorporante, a convocação da respetiva assembleia geral para se pronunciar sobre a fusão.

²⁸ «The Commission's 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – An Assessment, September 2018», acessível em https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/the-commissions-2018-proposal-on-cross-border-mobility-an-assessment-september-2019/#_ftnref90, ponto II.

Esta opção legislativa nacional, que é de aplaudir, está em sintonia com a tomada por outros EM na transposição da citada diretiva, como, p. ex., Espanha e Alemanha.²⁹ Está, assim, regulada internamente a cisão total por constituição de duas ou mais sociedades beneficiárias e por incorporação em duas ou mais sociedades beneficiárias já existentes; a cisão parcial por constituição de uma ou mais sociedades beneficiárias e por incorporação numa ou mais sociedades beneficiárias já existentes; e a inovadora cisão por separação por constituição³⁰ de uma ou mais sociedades beneficiárias e por incorporação numa ou mais sociedades beneficiárias já existentes.

Em conformidade com a Diretiva (UE) 2019/2121, está prevista a cisão transfronteiriça, parcial ou total, não proporcional, isto é, a cisão realizada sem respeito da proporcionalidade na atribuição de participações sociais aos sócios da sociedade cindida em cada uma das sociedades beneficiárias (cfr. art. 129.º-C, 1, b) e i) em conjugação com o art. 129.º-J, a) ii) e b) ii)). A não proporcionalidade poderá respeitar a todos os sócios da sociedade cindida ou afetar apenas alguns, em igual ou diferente medida entre eles, podendo servir para a divisão dos sócios da sociedade cindida pelas sociedades beneficiárias e, no caso de cisão parcial, permitindo a divisão dos sócios da sociedade cindida pela(s) sociedade(s) beneficiária(s) e pela própria sociedade cindida parcialmente. A cisão não proporcional possibilita assim a distribuição dos sócios ou grupos de sócios da sociedade cindida, segundo novas combinações e equilíbrios das relações de poder societário, pela(s) sociedade(s) beneficiária(s) e, no caso de cisão parcial, também permite a reconfiguração das relações de poder social no quadro da própria sociedade cindida.

A transposição da Diretiva (UE) 2019/2121 impôs igualmente a receção da operação de transformação transfronteiriça, por meio da qual se opera a conversão da forma jurídica de uma sociedade (sem ser dissolvida ou liquidada ou entrar em liquidação) registada num EM de partida numa forma jurídica do EM de destino, sendo suficiente transferir a sua sede

²⁹ Na Itália, também foi regulada a cisão parcial e total por incorporação, mas quanto à cisão por separação (*scissione mediante scorporo*) restringiu-se esta modalidade de cisão expressamente à realizada mediante a constituição de uma ou mais sociedades beneficiárias (cfr. art. 2506.1 Codice Civile, para o qual remete o art. 41, 1, a) do DECRETO LEGISLATIVO 2 marzo 2023, n. 19).

³⁰ A cisão por separação oferece às sociedades um novo procedimento harmonizado no mercado interno. No que respeita à possibilidade de constituir uma sociedade mediante uma cisão por separação, ela não coloca em causa a liberdade de as sociedades criarem diretamente filiais (sociedades subsidiárias totalmente dominadas ou não) outros EM, ao abrigo do art. 49.º, 1 TFUE.

estatutária para este último EM, mantendo a sua personalidade jurídica (cfr. art. 140.º-B, 1). Com efeito, tal como clarificado no caso C-106/16 Polbud [2017], a transformação numa forma jurídica de sociedade sujeita à lei de outro EM (de destino) é protegida pelo art. 49.º do TFUE, ainda que a administração central ou o estabelecimento principal não seja alterado. Por outras palavras, não é necessário qualquer vínculo económico real ao EM de destino. Isto significa que há uma escolha livre da *lex societatis*, não apenas na fase originária – no momento da constituição da sociedade –, como foi estabelecido pelas decisões do Tribunal de Justiça Europeu a partir do caso C-212/97 Centros [1999] –, mas também numa fase posterior – como consequência de uma operação de transformação transfronteiriça.³¹ Antevê-se que a harmonização do regime da transformação transfronteiriça motive os agentes económicos dos diferentes EM a tirarem maior partido da liberdade de escolha da lei societária aplicável (fenómeno conhecido por *law shopping*), o que constitui um verdadeiro incentivo para a competição e concorrência de ordens jurídicas no âmbito societário.

IV. Regime harmonizado de proteção dos sócios (minoritários) na fusão, cisão e transformação transfronteiriças

Por determinação da Diretiva, o CSC estabelece um regime material harmonizado de proteção dos seus sócios (máxime minoritários) nas três operações transfronteiriças (fusão, cisão ou transformação).

Efetivamente, institui-se o direito (legal) de exoneração dos sócios minoritários da sociedade incorporada, cindida ou transformada, que, sendo titulares do direito de voto, votem contra a aprovação do projeto de operação transfronteiriça e contanto que, em virtude da operação, lhe tenham sido atribuídas participações sociais na sociedade resultante da operação regidas pela legislação de outro EM. O direito de exoneração tem de ser exercido no prazo de um mês a contar da data da deliberação que aprova a operação, estando a sociedade resultante da operação, no prazo de dois meses a contar da inscrição da operação transfronteiriça no registo comercial, obrigada a proceder ao pagamento da contrapartida em

³¹ V. European Company Law Experts (ECLE), «The Commission's 2018 Proposal on Cross-Border Mobility – An Assessment, September 2018», acessível em https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/the-commissions-2018-proposal-on-cross-border-mobility-an-assessment-september-2019/#_ftnref90, ponto I.

dinheiro oferecida no projeto da operação (fusão, cisão ou transformação) transfronteiriça (cfr. arts. 117.º-F, 6 e 8, 129.º-G, 2 e 5, e 140.º, 1 e 4).

Sem prejuízo do direito de exoneração, atribui-se aos sócios da sociedade incorporada/fundida, cindida ou transformada, que, dispondo do direito de exoneração, o tenham exercido, o direito de requerer, no prazo de seis meses a contar da data da deliberação que aprova o projeto da operação de fusão, cisão ou transformação transfronteiriça, a avaliação judicial das respetivas participações sociais (ao abrigo do estabelecido nos artigos 1068.º e 1069.º do Código de Processo Civil) com fundamento na inadequação da contrapartida em dinheiro da aquisição das suas participações sociais, oferecida no projeto da operação (fusão, cisão ou transformação) transfronteiriça, reclamando a fixação de uma compensação monetária suplementar (cfr. arts. 117.º-F, 11, 129.º-G, 6, 140.º-I, 5). A inadequação da contrapartida monetária pela aquisição das participações sociais dos sócios exonerados, constante do projeto da operação transfronteiriça, não é fundamento autónomo de impugnação da deliberação que aprova o projeto da operação (cfr. arts. 117.º-F, 5, b), 129.º-F, 5, b), 140.º-H, 3, a)). A reclamação judicial de uma compensação monetária suplementar não impede a inscrição definitiva da operação de fusão ou cisão no registo comercial (cfr. art. 117.º-F, 12, aplicável à cisão por remissão do art. 129.º-B, 1); a mesma solução, apesar da lacuna legal, é de aplicar à operação de transformação.

Com exceção da transformação transfronteiriça, relativamente aos sócios³² não titulares do direito de exoneração ou que, sendo titulares desse direito, não o tenham exercido, é-lhes conferido o direito de requerer, no prazo de seis meses a contar da data da deliberação que aprova o projeto da *fusão* ou *cisão*, a avaliação judicial das respetivas participações sociais (ao abrigo do estabelecido nos artigos 1068.º e 1069.º do Código de Processo Civil) com fundamento na inadequação da relação de troca das participações sociais, constante do projeto de fusão ou cisão transfronteiriça, exigindo a atribuição de uma compensação monetária adequada. Esta é a interpretação razoável do disposto nos arts. 117.º-F, 7, 129.º-G, 1), em conformidade com Diretiva transposta (cfr. arts. 126-A, 6, 160.º-I, 6 da Diretiva (UE) 2017/1132, na redação dada pela Diretiva (UE) 2019/2121), sendo de criticar o texto legal vertido naqueles dispositivos, denotando alguma confusão do legislador nacional (ao referir-se a «con-

³² Estando abrangidos, por conseguinte, os sócios de qualquer sociedade objeto de fusão ou cisão transfronteiriça, com exceção dos sócios da sociedade incorporada ou cindida que, tendo votado contra o projeto da operação, tenham exercido o direito de alienar as respetivas participações sociais (i.e., o direito de exoneração).

trapartida da aquisição das suas participações sociais», ao invés de a «relação de troca das participações sociais», como seria curial). A inadequação da relação de troca das participações sociais, constante do projeto de fusão ou cisão transfronteiriça, não é fundamento autónomo de impugnação da deliberação que aprova o projeto de fusão ou cisão (cfr. arts. 117.º-F, 5, a), 129.º-F, 5, a)). A reclamação judicial de uma compensação monetária não impede o registo comercial da fusão ou cisão transfronteiriça (cfr. art. 117.º-F, 12, aplicável à cisão por remissão do art. 129.º-B, 1).

V. Regime harmonizado de tutela dos credores da fusão e cisão transfronteiriças. As especificidades no caso de cisão e de transformação transfronteireras

A este respeito, a nossa análise está restringida ao regime harmonizado de proteção dos credores sociais, ficando fora de consideração as normas de proteção do capital da(s) sociedade(s) objeto da fusão ou cisão transfronteiriças (já que, na transformação transfronteiriça, o capital social, em princípio, manter-se-á o mesmo).

Em conformidade com a Diretiva, também o CSC estabelece prescrições muito específicas de proteção material harmonizada dos credores para as fusões, cisões e transformações transfronteireras, de caráter prévio ou a montante da eficácia da operação transfronteiriça.

Mantém-se o direito dos credores das sociedades participantes na fusão transfronteiriça de deduzir oposição judicial à fusão transfronteiriça, agora no prazo de três meses após a publicação do registo do projeto, com fundamento no prejuízo que dela derive para a realização dos seus direitos de crédito anteriores a essa publicação (e ainda que já vencidos), desde que tenham solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada, há pelo menos 15 dias, sem que o seu pedido tenha sido atendido (cfr. art. 101.º-A, aplicável por remissão geral do art. 117.º-B, 1). A produção de efeitos da prestação de garantias pela sociedade³³ participante na fusão, ordenadas por decisão judicial (nos termos do art. 101.º-B, está sujeita à condição suspensiva de a fusão transfronteiriça se tornar eficaz mediante inscrição no registo comercial (cfr. art. 117.º-B, 2).³⁴

³³ Que pode ser a sociedade incorporada ou a fundir ou a sociedade incorporante.

³⁴ Não se aplaude a restrição legal efetuada no art. 117.º-B, 2 no sentido de apenas as garantias prestadas em cumprimento de decisão judicial nos termos do n.º 1 do artigo 101.º-B ficarem sujeitas à condição suspensiva de a fusão produzir efeitos. De todo o

A respeito da *cisão* transfronteiriça, prevê-se o direito dos credores das sociedades participantes de requerer judicialmente a obtenção de garantias adequadas, no prazo de três meses a contar da publicação do projeto de cisão transfronteiriça, desde que demonstrem, fundamentadamente, que a cisão compromete a satisfação dos seus créditos (anteriores à publicação do projeto de cisão transfronteiriça e ainda que já vencidos) e que a sociedade não lhes ofereceu as garantias adequadas (cfr. art. 129.º-H, 1). A produção de efeitos da prestação de garantias pela sociedade participante, previstas no projeto de cisão transfronteiriça ou ordenadas por decisão judicial (nos termos do art. 101.º-B), está sujeita à condição suspensiva de a cisão transfronteiriça se tornar eficaz mediante inscrição no registo comercial. Esta é a interpretação razoável, e em conformidade com a Diretiva, do texto infeliz, por confuso, constante do art. 129.º-H, 2. É de notar que, ao contrário do que é estabelecido a respeito da fusão, na cisão não é exigido que os credores tenham solicitado à sociedade devedora a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada, há pelo menos 15 dias, sem que o seu pedido tenha sido atendido.

No que respeita à *transformação* transfronteiriça por meio da qual uma sociedade anónima, sociedade em comandita por ações ou sociedade por quotas registada em Portugal converte a sua forma jurídica para uma forma jurídica de algum dos tipos de sociedades de responsabilidade limitada identificados no anexo II da Diretiva (UE) 2017/1132 prevista no EM para o qual transfere a sua sede estatutária, estabelece-se o direito dos credores da sociedade a ser transformada registada em Portugal, cujos créditos sejam anteriores à publicação do projeto de transformação e que *ainda não estejam vencidos* nessa data, no prazo de três meses a contar da publicação do projeto de *transformação* transfronteiriça, de requerer judicialmente a determinação de garantias adequadas, com fundamento no prejuízo que decorra da transformação transfronteiriça para a satisfação dos seus direitos (cfr. art. 140.º-J, 1). A produção de efeitos da prestação de garantias pela sociedade a ser transformada, previstas no projeto de transformação transfronteiriça ou ordenadas por decisão judicial, está sujeita à condição suspensiva de a transformação transfronteiriça se tornar eficaz mediante inscrição no registo comercial (cfr. art. 140.º-J, 2 e 3). É

modo, ao abrigo da autonomia negocial da sociedade participante, poderá ser estipulada uma condição suspensiva da eficácia da garantia prestada voluntariamente pela sociedade, de acordo com o previsto no projeto de fusão (cfr. al. *h*) do n.º 1 do art. 98.º, aplicável por remissão geral do art. 117.º-B, 1); apesar de a disposição citada aludir às «*garantias oferecidas pela sociedade incorporante ou pela nova sociedade*», não deixa de ser de equacionar que a garantia seja oferecida e prestada pela sociedade incorporada, que, após a eficácia da fusão, é assumida *ex lege* pela sociedade resultante/incorporante.

de notar ainda que os credores da sociedade a ser transformada registada em Portugal, cujos créditos sejam anteriores à data de publicação do projeto de transformação transfronteiriça, independentemente de os referidos créditos *estarem ou não já vencidos*, podem, nos dois anos imediatamente posteriores à produção de efeitos da transformação, intentar nos tribunais portugueses ações contra a sociedade transformada (numa forma jurídica de algum dos tipos de sociedades de responsabilidade limitada prevista no EM para o qual transfere a sua sede estatutária), sem prejuízo de outras regras em matéria de competência decorrentes do direito da UE, do direito nacional ou de pacto de jurisdição.³⁵

Especificamente em relação à *cisão* transfronteiriça, o regime de proteção geral dos credores é complementado³⁶ pela prescrição da responsabilidade solidária da(s) sociedade(s) beneficiária(s) – assim, no caso de haver mais do que uma sociedade beneficiária em resultado da cisão –, até ao limite do ativo líquido que lhe(s) tenha sido atribuído no âmbito da operação de cisão e, se não se extinguir, em caso de cisão parcial ou cisão por separação, da própria sociedade cindida pelas dívidas atribuídas a uma sociedade beneficiária, caso o património total desta venha a revelar-se insuficiente para a satisfação dos respetivos credores (cfr. art. 129.º-H, 3). A responsabilidade solidária da(s) sociedade(s) beneficiária(s) e, se não se extinguir, da sociedade cindida é, assim deve entender-se³⁷, subsidiária em relação à sociedade beneficiária (devedora principal) à qual foi atribuído o elemento passivo do património da sociedade cindida. Vejamos mais em pormenor.

Cada sociedade beneficiária deve cumprir as dívidas atribuídas no projeto de cisão na sequência da eficácia da operação, sendo, portanto, o sujeito adstrito a cumprir a obrigação principal. No caso de incumprimento da obrigação principal pelo respetivo sujeito a esta adstrito, e apenas nesta condição, surge a responsabilidade acessória ou subsidiária das restantes sociedades participantes na cisão (sociedade(s) beneficiária(s) e,

³⁵ Para maior desenvolvimento, v. ELENA MARQUES, «A proteção dos sócios e credores nas transformações, fusões e cisões transfronteiriças...» cit., p. 246-249.

³⁶ A respeito da cisão transfronteiriça (aliás, tal como em relação à cisão interna), torna-se necessário adicionalmente atender ao risco de não satisfação dos créditos derivado da reorganização ou divisão patrimonial a que há lugar: com efeito, quer na cisão total, quer na cisão parcial, quer na agora também prevista cisão por separação, ocorre a transferência de elementos do ativo e do passivo da sociedade cindida para a(s) sociedade(s) beneficiária(s) (cfr. art. 129.º-J, 1, a), i) , b), ii), c) i)). Cfr. ainda os arts. 129.º-J, 2, e 126.º, 2, aplicável por remissão geral operada pelo art. 129.º-B, 1.

³⁷ Mais desenvolvidamente, v. ELENA MARQUES, «A proteção dos sócios e credores nas transformações, fusões e cisões transfronteiriças...» cit., p. 244-246.

se for o caso, sociedade cindida que não se extinga) em relação ao credor insatisfeito. Nestas responsabilidades acessórias ou subsidiárias há nelas solidariedade em relação ao credor insatisfeito.

Portanto, é só uma obrigação, havendo diferentes sujeitos a ela adstritos, quer a título principal (a sociedade beneficiária à qual a dívida é atribuída), quer a título acessório ou subsidiário (as restantes sociedades participantes). A responsabilidade solidária (perante o credor insatisfeito) das restantes sociedades, que não aquela a quem a dívida foi atribuída no projeto de cisão, (que é subsidiária em relação à devedora principal; e solidária entre as restantes sociedades) está, no que respeita às sociedades beneficiárias, limitada ao património ativo atribuído no projeto de cisão.

RESUMO: O presente texto tem por objeto a proposta de uma interpretação atualista do conceito de terceiro e as razões que a justificam. Enumeram-se ainda os pressupostos de cuja verificação depende a possibilidade de os acréscimos patrimoniais provenientes das operações, com quem não tem a qualidade de membro da cooperativa, serem equiparadas a excedentes distribuíveis. E, finalmente, aborda-se a problemática dos grupos económicos cooperativas de facto que tem vindo a ser constituídos com uma estrutura organizativa decalcadas dos grupos de sociedades.

Palavras-chave: Cooperativas; Conceito de terceiro; Grupos Económicos Cooperativos.

ABSTRACT: The purpose of this text is to propose a current interpretation of the concept of third party and the reasons that justify it. It also lists the assumptions on the verification of which the possibility of the accrual of assets arising from transactions with those who are not members of the cooperative being treated as distributable surpluses depends. Finally, the problem of the cooperative economic groups, which have been set up with an organizational structure similar to that of groups of companies, is addressed.

Keywords: Cooperatives; the Concept of the Third Party; Cooperative Economic Groups.

JOAQUIM TAVEIRA DA FONSECA*

Excedentes cooperativos: interpretação atualista do conceito de terceiro e pressupostos de cuja verificação depende a possibilidade de os acréscimos patrimoniais provenientes das operações, com quem não tem a qualidade de membro da cooperativa, serem equiparados a excedentes distribuíveis

Sumário conclusivo

1. As cooperativas não podem ter o lucro como finalidade (artigo 2.º, n.º 1 do Código Cooperativo), sendo esse, de resto, o elemento distintivo nuclear em relação às restantes empresas, organizadas sob a forma jurídica societária, e nomeadamente, mas não exclusivamente, as comerciais.

* Advogado

2. Tanto os lucros, como os excedentes consubstanciam resultados da atividade que podem ser definidos como a diferença entre proveitos e custos.

3. O grande elemento diferenciador entre excedente e lucro não reside no acréscimo ou ganho patrimonial, mas na possibilidade da sua distribuição aos cooperadores que contribuíram para que o mesmo fosse gerado.

4. A alteração dos hábitos de consumo e as regras por que se rege a economia de mercado onde as cooperativas operam, e em que, em alguns dos setores, a venda dos resultados da produção dos cooperadores ao cliente final tem canais de distribuição e comercialização dominados por grandes operadores, quase todos também com marcas próprias, e que concorrem com os produtores/fornecedores e lhes estrangulam as margens, exige que as cooperativas encontrem soluções para acrescentar valor ao resultado da atividade dos seus membros e que ao mesmo tempo lhes permitam negociar, em maior pé de igualdade, ainda que indiretamente, com quem domina e controla o mercado.

5. O Código Cooperativo admite, de forma expressa, “a possibilidade de as cooperativas, na prossecução dos seus objetivos”, poderem “realizar operações com terceiros”, incluindo a associação com outra pessoa coletiva (mesmo que não seja criada uma nova pessoa coletiva) e ainda a subscrição do capital de uma sociedade comercial (n.º 2 do artigo.º 2.º e artigo 8.º do Código Cooperativo).

6. O Código não impede, deste modo, que uma cooperativa recorra a terceiros para fazer a transformação do resultado da atividade dos seus membros, desde que esta seja (i) funcionalmente complementar da dos cooperadores; (ii) se destine a permitir que a destes seja melhor paga; (iii) e que, por isso, esteja apenas em causa o escopo de proporcionar vantagens aos membros da cooperativa e ou satisfazer necessidades destes; (iv) e a cooperativa não disponha de meios técnicos para internalizar a operação.

7. O artigo 99.º do Código Cooperativo veda, literalmente, a distribuição dos excedentes gerados pelas atividades com terceiros, ou seja, com quem não seja membro da cooperativa.

8. Todavia, a norma tem de ser interpretada, à luz da sua “ratio”, para cuja determinação há que atentar no preceituado nos artigos 2.º e 8.º do Código Cooperativo e ter em conta o que dispõe o n.º 1 do artigo 9.º do Código Civil, ou seja, que a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir de textos o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

9. A alteração dos canais de distribuição do mercado e dos próprios padrões de consumo, impõe uma interpretação atualista do artigo 99.º e

do n.º 1 do artigo 100.º do Código Cooperativo: sem esta interpretação, as empresas cooperativas serão inviáveis e os seus membros, em vez de recolherem/usufruírem dos benefícios inerentes aos princípios proclamados no Código Cooperativo, são prejudicados em relação às vantagens que teriam se estivessem organizados sob a forma de uma empresa não cooperativa.

10. A lei, ao não definir o conceito de terceiro, cuja densificação atribuiu ao intérprete, só poderia ter pretendido excluir a possibilidade de distribuir os excedentes provenientes das operações com terceiros, se estas não visarem a prossecução do fim com que a cooperativa foi constituída, uma vez que a interpretação não pode ignorar o preceituado nos artigos 2.º e 8.º do Código Cooperativo.

11. Interpretação esta necessariamente restritiva do conceito de terceiros a que aludem os artigos do Código Cooperativo apontados em 9.

12. Assim, os não cooperadores (pessoa singular ou coletiva) com quem a cooperativa ou a união de cooperativas contratou uma operação destinada a complementar a atividade a que se dedica, em face da impossibilidade de a internalizar, a fim de acrescentar valor ao resultado da atividade do cooperador, não deverão ser considerados terceiros, desde que:

- (i) o ganho (diferença entre o proveito e o custo), quer a sua origem seja um contrato de cooperação ou de um lucro, depois de recebido pela empresa cooperativa (dividendo), não seja repartido a não ser pelos sócios desta que contribuíram para que o mesmo fosse gerado (ficando excluídos todos os outros);
- (ii) a repartição seja efetuada na proporção do contributo para a formação do ganho (na acepção indicada) ou do dividendo, determinado em função da quantidade e valor dos fornecimentos ou da prestação, em sentido amplo, realizados pelos cooperadores que contribuíram para a sua formação (os substantivos ganho e lucro serão usados, ao longo do texto, com o significado que lhe foi atribuído);
- (iii) a repartição seja, na sua substância, um retorno traduzido na concessão de uma vantagem que se destina a compensar o cooperador pelo facto de ter vendido o resultado da sua atividade por um preço inferior àquele que a cooperativa lhe poderia ter pago se tivesse meios para lhe acrescentar valor;
- (iv) a autonomia e independência da cooperativa estejam plenamente salvaguardadas.

13. O que permite sustentar que a legislação, se bem interpretada, não veda a possibilidade de os ganhos provenientes de contratos de cooperação empresarial com terceiros e dos lucros, recebidos de sociedades comerciais, em cujo capital a cooperativa participe, serem distribuídos aos cooperadores, desde que verificados cumulativamente o conjunto de pressupostos que se passam a indicar:

- (i) os ganhos resultem da transformação e comercialização de produtos fornecidos ou dos serviços prestados pelos cooperadores;
- (ii) a atividade dos terceiros se insira na fileira da cooperativa e se destine exclusivamente a acrescentar valor ao resultado da atividade dos seus membros;
- (iii) a distribuição se consubstancie num verdadeiro retorno, ou seja, de uma restituição do que pertence ao cooperador, como será o caso de uma majoração das vantagens que lhe sejam atribuídas em função do contributo, ainda que indireto, que deu para os ganhos proporcionados por um contrato de cooperação ou dos lucros de uma sociedade comercial em cujo capital a cooperativa participe e que aquela, posteriormente, os entrega a esta sob a forma de dividendos;
- (iv) a repartição seja efetuada, não de acordo com as participações de capital dos cooperadores, mas em função do valor do resultado da atividade de cada um dos cooperadores a partir da qual se gerou o ganho (e apenas destes e não de todos os outros).

14. Os acréscimos patrimoniais (quer sejam ganhos provenientes de um contrato de cooperação, quer de lucros recebidos de sociedades comerciais em cujo capital a cooperativa participe) devem ser equiparados a excedentes “*strito sensu*”, ou seja, de acréscimos patrimoniais resultantes apenas dos negócios jurídicos celebrados entre a cooperativa e os seus membros e que são gerados pelo facto de os últimos terem recebido menos do que seria possível pagar pelos produtos entregues e ou dos trabalhos e serviços prestados; ou, “*mutatis, mutandis*”, de pagarem mais à cooperativa do que poderia e deveria ter sido pago pelos serviços que esta lhes prestou ou pelos bens que lhes entregou/vendeu.

15. O critério que justifica a diversidade do tratamento é a complementaridade funcional das operações em relação à atividade a que a cooperativa se dedica e que só não são realizadas no seu seio por não existirem meios para o fazer ou em virtude de ser mais eficiente contratá-las com terceiros com vista a maximizar as vantagens proporcionadas aos cooperadores, pelo que

16. Tais operações deverão considerar-se como fazendo parte integrante da mutualidade indireta em sentido amplo e devem ser assimiladas às literalmente cooperativizadas sob pena de inviabilização da empresa cooperativa e de frustração do seu principal escopo e que é o da satisfação de necessidades dos seus membros, entre as quais, as económicas.

17. Tratam-se, por conseguinte, de excedentes gerados pela “fileira” da atividade a que as cooperativas se dedicam.

18. Não é contrária ao escopo cooperativo a repartição desses ganhos, sob a forma do retorno de algo que pertence aos cooperadores, através de vantagens e benefícios conferidos em função das operações realizadas entre estes e a cooperativa e esta e aqueles.

19. O que está em causa é o reembolso/retorno de algo que pertence ao cooperador.

20. Retorno esse repartido em função do contributo que cada cooperador deu para a formação do excedente, ou seja, da quantidade de produtos fornecidos pelo cooperador ou, dito de outra forma, da prestação deste à cooperativa.

21. Solução que afasta qualquer propósito de estar a remunerar o capital investido e, ao mesmo tempo, respeita/observa o princípio mutualista de fazer retornar os excedentes para quem contribuiu para que os mesmos existissem de uma forma proporcional ao contributo dado, ou seja, à atividade desenvolvida pelo cooperador.

22. Trata-se de restituir ao cooperador aquilo que lhe é devido pela comparticipação para a formação do excedente.

23. O que não desvirtua o espírito mutualista nem nenhum dos princípios estruturantes da empresa cooperativa.

24. A distribuição não pode violar qualquer das regras previstas nos artigos 96.º, 97.º e 100.º n.º 2 do Código Cooperativo e o princípio geral de prudência na entrega dos excedentes e reservas pelos quais se devem nortear as boas práticas de gestão de qualquer espécie de empresa, independentemente da sua natureza comercial, ou não, e da forma como se estruture juridicamente.

25. Dado o princípio da tipicidade da organização e repartição da competência dos órgãos das uniões e das cooperativas que o Código Cooperativo consagra, a competência para deliberar a distribuição pertence às assembleias gerais.

26. Se for uma união de cooperativas a participar no capital da sociedade comercial, as regras de distribuição dos lucros às cooperativas agrupadas e os critérios que cada uma destas deverá observar na sua repartição aos cooperadores também será estabelecida na assembleia geral.

27. A união das cooperativas tem o poder/dever de tornar obrigatória a observância das regras que fixar pelas cooperativas afiliadas.

28. Devendo as regras constarem de um regulamento previamente aprovado na assembleia geral da união e ratificado nas assembleias gerais das cooperativas.

29. A deliberação deverá, ainda, condicionar o reembolso/retorno das quantias distribuídas, às cooperativas associadas, ao respeito pelos critérios de repartição fixados, de forma a assegurar que os excedentes serão distribuídos aos cooperadores e que não serão “retidos” nas cooperativas agrupadas na união.

30. Só serão distribuídas as reservas, usando a terminologia do código cooperativo, constituídas com ganhos provenientes de contratos de cooperação empresarial com terceiros e dos lucros, recebidos de sociedades comerciais, em cujo capital a cooperativa participe, desde que verificados cumulativamente os pressupostos indicados em 13.

31. Uma vez que a possibilidade de fazer retornar as reservas aos cooperadores depende de as mesmas serem provenientes do escoamento do resultado da atividade dos membros das cooperativas, a repartição deverá obedecer a um cálculo baseado num “pro-rata” entre o volume dos fornecimentos feitos pela união das cooperativas e a quantidade entregue por cada cooperativa.

32. Critério idêntico terá de ser seguido na repartição feita pelas cooperativas aos seus membros, destinatários últimos e finais das quantias distribuídas pela união das cooperativas.

33. Só os cooperadores que tenham contribuído com o resultado da sua atividade para os lucros da sociedade comercial é que terão direito ao recebimento, em virtude de este constituir uma forma de majoração do preço pelo qual entregaram aquele (resultado da sua atividade) à cooperativa.

34. A alteração dos hábitos dos consumidores e das regras de funcionamento do mercado referidas em 4, forçou as cooperativas de grau superior (como as uniões) a constituírem autênticos grupos económicos cooperativos, com uma estrutura jurídica organizativa decalcada dos grupos de sociedades.

35. Em alguns casos, as cooperativas e as uniões de cooperativas têm vindo a constituir sociedades gestoras de participações sociais, de que têm o domínio total do capital, e são estas as titulares das participações no capital das sociedades comerciais em que as restantes sócias são cooperativas.

36. Todas as regras que foram sendo enunciadas são aplicáveis aos grupos económicos cooperativos constituídos em “cascata”.

37. É desejável que no objeto das sociedades comerciais, em cujo capital a cooperativa ou união participam, seja relevado que a atividade a que a sociedade se dedica se destina predominantemente à comercialização e transformação dos produtos fornecidos pelas uniões de cooperativas únicas acionistas da sociedade, com a finalidade de lhe acrescentar valor, de modo a permitir majorar os preços pagos aos produtores membros das cooperativas agrupadas e viabilizar a concorrência com os outros operadores cujo objeto é estritamente comercial.

38. Em resumo:

- Todas as razões que nos levam a sustentar a possibilidade de distribuir aos cooperadores os lucros recebidos da sociedade através da majoração do preço, que lhe foi ou vai ser pago pelo resultado da sua atividade, tem o fundamento de que aquilo que está em causa é fazer retornar aos cooperadores o que lhes é devido pelo facto de terem feito o fornecimento que o gerou e de este poder ter sido pago a um preço superior ao que foi.
- Desnecessário será referir que, assim sendo, toda a “construção”, que se foi desenhando, deixará de ter sustentáculo se a distribuição não for feita apenas aos cooperadores cujo resultado da atividade esteve na origem do ganho (produto, serviço ou qualquer outra prestação em sentido amplo).
- É indispensável, por isso, que os elementos da contabilidade da sociedade comercial, da união de cooperativas e da cooperativa permitam segregar esta informação de modo a que não existam dúvidas sobre a fidedignidade dos valores/números.
- Pelas mesmas razões, as cooperativas, que não entreguem produtos à união de cooperativas, não terão direito ao reembolso.
- Uma vez que a possibilidade de fazer retornar os excedentes aos cooperadores depende de os mesmos resultarem do escoamento dos fornecimentos feitos pelos membros das cooperativas, ou dos produtos resultantes da transformação daqueles, a repartição dos excedentes deverá obedecer a um cálculo baseado num “pro-rata” entre o volume total dos fornecimentos feitos pela cooperativa à união de cooperativas e a quantidade entregue por cada cooperativa.
- Na deliberação a tomar na união de cooperativas só esse critério deverá ser tido em consideração.
- A deliberação terá igualmente de definir o intervalo de anos elegível para fazer o cálculo.
- E, igualmente, por maioria de razão, o montante global a distribuir.

- É também importante que a deliberação quantifique o valor, ainda que aproximado, da majoração dos fornecimentos entregues por cada cooperador e delimitar temporalmente o período em que a mesma durará.
- A deliberação tomada nas cooperativas que integram a união deverá prever a não distribuição da compensação às cooperativas que, em assembleia geral, não aprovem regras de distribuição e de elegibilidade para receber a majoração no preço a pagar pelo resultado da atividade do cooperador idênticas às aprovadas e que serão seguidas por todas as agrupadas.
- As regras de distribuição e elegibilidade dos cooperadores beneficiados devem constar de regulamento aprovado na assembleia geral da união das cooperativas.
- As regras aprovadas devem ser publicitadas junto de todos os cooperadores sócios das cooperativas pelas Direções destas.

1. Razão da escolha do tema e delimitação do seu objeto

1.1. O Código Cooperativo¹, aprovado pela Lei n.º 199/2015, de 31 de agosto, manteve no essencial as soluções e até a redação de grande parte das normas da Lei n.º 51/96, de 7 de setembro, que revogou.

No atual código (art. 4.º), a exemplo do que sucedia no pretérito, elencaram-se vários ramos que são os setores da atividade económica a que as cooperativas se poderão dedicar.

O tema que irá ser tratado tem especial acuidade nas cooperativas de produção, em particular do setor agrícola, e também no das pescas.

O motivo é facilmente compreensível.

Nestes setores de atividade, os cooperadores ou são produtores na pura aceção do termo ou, como no caso da pesca, a associação com terceiros que sejam sociedades comerciais é essencial para acrescentar valor às sobras do pescado, sempre que as haja.

Pensemos nos seguintes dois exemplos:

- Uma cooperativa de produtores de leite participa numa sociedade comercial cujo objeto é a transformação do leite em produtos lácteos e a comercialização destes, com o objetivo de lhe acrescentar valor. Os lucros recebidos pela cooperativa da sociedade comercial

¹ Doravante, também referido apenas pelo acrônimo CCoop.

constituirão excedentes não distribuíveis ou poderão ser usados para majorar o preço do leito fornecido pelos cooperadores?

- Uma cooperativa de pescadores celebra um contrato de cooperação com uma sociedade comercial que se dedica ao aproveitamento e transformação do peixe em conservas. Os excedentes (ganhos) da cooperativa provenientes do contrato de cooperação poderão ser aplicados num pagamento suplementar aos cooperadores que entregaram as sobras do pescado à cooperativa por um preço inferior àquele a que o poderiam ter alienado porque o mesmo foi subvalorizado atento o facto de se tratarem de "restos"?

O problema não se circunscreve apenas às cooperativas dos setores de atividade que apontamos, mas é muito mais frequente nestes, devido ao modo como está organizado o processo de transformação, distribuição e comercialização dos resultados da atividade dos seus cooperadores.

1.2. As cooperativas não podem ter o lucro como finalidade (art. 2.º, n.º 1 do CCoop). Esse constitui, de resto, o elemento distintivo nuclear em relação às restantes empresas, organizadas sob a forma jurídica societária, e nomeadamente, mas não exclusivamente, as comerciais².

Porém, é igualmente certo que o CCoop admite, de forma expressa, "a possibilidade de as cooperativas, na prossecução dos seus objetivos", poderem "realizar operações com terceiros", incluindo a associação com outras pessoas coletivas (ainda que da mesma não resulte a criação de uma outra pessoa coletiva nova) e ainda a subscrição do capital de uma sociedade comercial (n.º 2 do art.º 2.º e art.º 8.º)³.

O que, como veremos, "abre" caminho para justificar que a legislação, se bem interpretada, não veda a possibilidade de os ganhos provenientes

² Sobre a natureza da empresa cooperativa e os seus "elementos característicos", equacionando e enumerando as várias posições sobre a matéria, e fazendo uma análise distintiva do conceito de lucro e de excedente, cfr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Da Empresarialidade – As Empresas No Direito, Almedina, 1996, pp. 111 e ss. em especial a partir da p. 164 até à p. 188.

³ Nesse sentido, Maria João Dias, pp 63 e ss, in Código Cooperativo Anotado, Almedina, outubro de 2018, coordenação de Deolinda Meira/Maria Elisabete Ramos.

O CCoop Espanhol, aprovado pela Ley 27/1999, de 16 de julho, e que tem sido objeto de variadíssimas alterações durante o seu longo período de vigência, é ainda mais claro, ao dispor no art. 79.º n.º 1: "*1. Las cooperativas de cualquier tipo y clase podrán constituir sociedades, agrupaciones, consorcios y uniones entre sí, o con otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, y formalizar convenios o acuerdos, para el mejor cumplimiento de su objeto social y para la defensa de sus intereses.*"

de contratos de cooperação com terceiros e dos lucros, recebidos de sociedades comerciais, em cujo capital a cooperativa participe, serem distribuídos às cooperativas de qualquer grau.

Para que isso suceda, é, porém, imprescindível que a atividade da sociedade com quem foi celebrado o contrato de cooperação e a da sociedade comercial que gera e distribui os lucros acrescente valor aos produtos e serviços fornecidos pelos cooperadores, ou seja, as operações façam parte da fileira do objeto que a cooperativa prossegue.

Distribuição efetuada a fim de que estas os⁴ façam retornar, ainda que em parte⁵, aos cooperadores cuja atividade está na sua origem: os ganhos e os lucros só existem e foram possíveis de obter devido à atividade dos cooperadores.

Propomo-nos, em suma, distinguir as várias aceções de terceiros e justificar as razões pelas quais os ganhos de operações realizadas ao abrigo de contratos de cooperação e, se for o caso, os dividendos recebidos de sociedades comerciais instrumentais e funcionalmente ligadas à atividade das cooperativas não deverão ser classificados como ganhos extracooperativos e, em consequência, serem equiparados a excedentes passíveis de retornarem, pelo menos em parte, aos cooperadores em função do volume de fornecimentos feitos ou de critério análogo, ou seja, do contributo para a sua gênese.

2. Natureza Jurídica das cooperativas e dos excedentes cooperativos por contraposição com os lucros societários “stricto sensu”

2.1 Introdução

A perspetiva em relação à natureza jurídica das cooperativas não é unívoca⁶: existem várias orientações, desde aquelas que negam liminarmente a natureza societária e que as consideram meras associações em virtude de estar vedado o fim lucrativo, até aquelas que perspetivam as cooperativas como sociedades em sentido amplo.

⁴ Ganhos em sentido amplo no caso dos contratos de cooperação e dividendos sempre que estejam em causa lucros recebidos de sociedades comerciais em que a cooperativa participe.

⁵ Uma vez observadas as normas imperativas impostas pelo Código Cooperativo – arts. 96.º, 97.º, 98.º e 99.º, n.º 2, do CCoop.

⁶ Sobre o assunto, ver David Fróis, A Natureza Jurídica das Cooperativas – O estatuto do cooperador, o capital próprio e os resultados nas cooperativas -Dissertação submetida como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas – ISCTE, setembro de 2012, disponível em [www:<http://hdl.handle.net/10071/5507](http://hdl.handle.net/10071/5507).

Esta segunda corrente, ainda que reconheça as afinidades com as sociedades e admita que as cooperativas possam gerar lucros, nega a possibilidade de estes serem distribuídos aos cooperadores.

Tratam-se, por conseguinte, de diferenças meramente conceituais.

O grande elemento diferenciador reside não no acréscimo ou ganho patrimonial, mas na possibilidade da sua distribuição aos cooperadores que contribuíram para que o mesmo fosse gerado. Tanto os lucros, como os excedentes consubstanciam resultados da atividade que podem ser definidos como a diferença entre proveitos e custos⁷.

2.2. Distinção entre os Excedentes Cooperativos e os Lucros Societários

Os excedentes cooperativos correspondem, de acordo com as posições dominantes e até consolidadas, aos resultados positivos gerados exclusivamente pela atividade decorrente das relações contratuais (de compra e

⁷ Um dos muitos autores que defende esse entendimento, Arlindo Alegre Donári, *Natureza dos Excedentes e Reservas nas Cooperativas: Seu Retorno e Distribuição*, 2.ª edição aumentada e atualizada, (Maio 2013), pp. 118 a 119, CARS da Universidade Autónoma de Lisboa, sustenta o seguinte:

«Os “fins não lucrativos” nas cooperativas consubstanciam a insusceptibilidade legal absoluta da repartição pelos cooperadores da parte dos excedentes (e reservas) que provenham do valor acrescentado por trabalhadores terceiros, os quais têm a natureza de lucros;

Apenas o valor acrescentado criado pelos cooperadores, no processo produtivo, poderá reverter para os mesmos (excedentes verdadeiros e reservas livres que provenham destes excedentes);

Os lucros (excedentes fictícios) gerados por trabalhadores terceiros, ou quaisquer reservas (mesmo as reservas livres) que tenham sido criadas com base nestes lucros, são insusceptíveis de serem distribuídos pelos cooperadores;

Quaisquer outros proveitos, para além dos lucros, resultantes da venda de bens materiais (móveis e imóveis), de bens imateriais ou mais-valias realizadas, que sejam obtidos de operações com terceiros (em sentido lato) – porque não são excedentes verdadeiros (no sentido de não serem provenientes do valor acrescentado pelos cooperadores) – não poderão ser distribuídos pelos sócios da cooperativa».

O autor distingue, referindo-se às cooperativas de ensino, nas relações com terceiros aquelas que contribuem para a realização de valor acrescentado no processo produtivo da cooperativa, como, por exemplo, a compra de bens ou serviços, daquilo que designa por criação do processo produtivo. Os excedentes resultantes das primeiras operações seriam passíveis de serem distribuídos aos cooperadores; os provenientes das segundas (operações que conduzem à criação de valor acrescentado e não à sua realização pela cooperativa), já não o seriam – pp.42 e 45.

Se bem interpretarmos a posição de Donári sempre que o resultado da atividade do cooperador e ou da cooperativa seja transformado ou modificado pelo terceiro, já estaremos em face não de um contributo, mas da criação de valor.

Também das conclusões (pp.117 a 123) parece decorrer que a distinção entre o contributo para a realização e a criação do valor acrescentado é aplicável a todas as cooperativas e não apenas especificamente às de ensino.

venda, prestação de serviços e ou de outros tipos contratuais) entre a cooperativa e os seus membros ou de estes com a primeira⁸.

Os acréscimos patrimoniais cuja origem seja a atividade económica com terceiros, entendendo-se como tal os não cooperantes, uma vez que não resultam da interação da cooperativa com os seus membros, deverão ser qualificados, de acordo com a letra do código cooperativo, como excedentes não distribuíveis, ainda que a doutrina os qualifique como lucros⁹.

Proibição fácil de perceber se estiverem em causa negócios que não se insiram no objeto “lato sensu” da cooperativa; mas dificilmente inteligível se as operações com terceiros tiverem uma relação estreita e direta e visarem complementar a atividade a que a cooperativa se dedica e se inserirem na prossecução dos seus objetivos – n.º 2 do art. 2.º do CCoop.

O Código Cooperativo vedo, literalmente, a distribuição dos excedentes gerados pelas atividades com terceiros¹⁰, interpretação que a generalidade dos autores em Portugal segue (ver notas 6 e 7), recusando, no essencial, uma interpretação atualista das normas (arts. 99.º e 100.º, n.º 1) consentânea com os princípios mutualistas que o próprio código consagra como

⁸ Pensamos poder, assim, afirmar que, substancialmente, excedentes e lucros constituem uma mesma realidade jurídica: ambos são ganhos. A colaboração de terceiros na formação do ganho é que será, para estas correntes, o elemento que conduz a que este se “transmutes” em “lucro” apesar de, em ambos os casos, se estar em face de um acréscimo patrimonial.

⁹ O art. 99.º do CCoop qualifica de reservas os excedentes que resultem de operações com terceiros. Não sendo possível a distribuição, o legislador entende que os excedentes deverão figurar na contabilidade da cooperativa como reservas.

Deolinda Meira, Código Cooperativo Anotado, Almedina, outubro de 2018, pág. 538, escreveu, textualmente, o seguinte: “(…) resultados provenientes de operações com terceiros (que o legislador inapropriadamente designa de excedentes). Ora, os resultados positivos provenientes das operações com terceiros são lucros e, por isso, o legislador cooperativo português impediul que estes resultados sejam repartidos entre os cooperadores, quer durante a vida da cooperativa, quer no momento da sua dissolução (arts 99.º, 100.º, n.º 1, e 114.º do CCoop), sendo transferidos integralmente para reservas irrepartíveis¹¹²³. Estamos perante lucros (objetivos); ainda que, ao impedir a sua distribuição pelos cooperadores, não se possa falar de escopo lucrativo, uma vez não há lucro subjetivo”. No mesmo sentido, parece ser também a opinião de Arlindo Alegre Donári, estudo cit, (2013).

A autora, ainda que com dúvidas quanto à possibilidade de distribuição, parece poder admiti-la em circunstâncias específicas, no caso de um grupo económico cooperativo, “organizado em cascata” – “A contaminação societária do regime jurídico das cooperativas – A problemática dos grupos económicos cooperativos”, in 5.º Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2018, p.407. Ver, a este propósito, infra 7.

¹⁰ O n.º 1 do art. 100.º do CCoop proíbe a distribuição: “Os excedentes anuais líquidos, com exceção dos provenientes de operações realizadas com terceiros, que restarem depois do eventual pagamento de juros pelos títulos de capital e das reversões para as diversas reservas, poderão retornar aos cooperadores.”

os da “satisfação das necessidades e aspirações económicas (...)”¹¹ dos cooperadores de forma a assegurar a sustentabilidade da economia cooperativa que, nos dias de hoje, tão distantes do final do século XIX e mesmo até às últimas décadas do século XX¹², só pode ser conseguida se as cooperativas realizarem operações com terceiros: a globalização do tecido económico, a alteração dos hábitos dos consumidores e a modificação dos canais de distribuição inviabilizam a sustentabilidade de uma organização “virada sobre si mesma” e a viver das relações contratuais entre os seus membros e entre a cooperativa e estes (cooperadores).

O CCoop não alude nunca a lucros ainda que substancialmente a natureza dos excedentes seja, como defendemos, essa.

O próprio CIRC¹³ parece ter entendimento semelhante, já que o artigo 66.º - A do Estatuto dos Benefícios Fiscais se limitou a isentar de IRC alguns grupos de cooperativas ao tratar os resultados, não provenientes de operações com terceiros, como não tributáveis.

Os excedentes foram, assim, perspetivados como um resultado não sujeito ao pagamento do imposto, ou, por outras palavras, uma variação patrimonial positiva sobre a qual não incide imposto sobre rendimento, o que é diferente da sua desconsideração como um ganho que substancialmente é um lucro.

E o próprio SNC não excluiu as cooperativas do perímetro de aplicação das suas regras (ver infra, mais desenvolvidamente, 6.6. ,8.1. e 8.2).

A razão de o código cooperativo não designar os excedentes de lucros tem a ver com a perspetiva redutora e injustificadamente monista do mutualismo que o enforma.

Apesar disso, no art. 3.º do CCoop, em particular no “3.º princípio” estabelece-se que um dos objetivos das cooperativas é o benefício dos seus sócios na proporção das suas transações com a cooperativa e ainda o apoio a outras atividades aprovadas pelos membros.

Ora, se com a atividade com terceiros, dentro do perímetro e pressupostos que nos propomos delimitar em detalhe, se gerarem ganhos

¹¹ N.º 1 do art. 2 do CCoop.

¹² Período em que os grandes pensadores e autores que modelaram o cooperativismo português, inspirados em alguns dos filósofos que dominaram o pensamento europeu de então, escreveram a sua obra.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu no Curso de Direito Comercial, volume II, 6.ª edição, Almedina, 2020, faz uma síntese, mas com informação muito detalhada, da evolução do movimento cooperativo europeu e português e da distinção entre as sociedades e as cooperativas, pp. 41 a 47.

¹³ Acrônimo que, doravante, designa o Código do Imposto sobre o Rendimento de Pessoas Coletivas.

(que substancialmente em nada diferem dos excedentes), e se estes forem repartidos apenas aos cooperadores que contribuíram com o resultado da atividade para a sua formação, não vemos que esteja a ser postergado qualquer princípio do cooperativismo, tal como o mesmo deve ser atualmente perspetivado.

E isto ainda que a distribuição se consubstancie num verdadeiro retorno, ou seja, de uma restituição do que pertence ao cooperador, como será o caso de uma majoração das vantagens que lhe sejam atribuídas em função do contributo, ainda que indireto, que deu para os ganhos proporcionados por um contrato de cooperação ou dos lucros de uma sociedade comercial em cujo capital a cooperativa participe e que aquela, posteriormente, entrega a esta sob a forma de dividendos.

É difícil, assim, compreender o alcance da literalidade do preceituado no art. 99.º do CCoop porque, desde que os ganhos provenientes de contratos de cooperação com terceiros e os lucros da sociedade comercial resultem da transformação e comercialização de produtos fornecidos ou dos serviços prestados pelos cooperadores, não se afigura que os princípios mutualistas sejam desvirtuados, se os “excedentes” forem afetos por esta à concessão ou majoração dos benefícios para quem deu o contributo decisivo para que os mesmos fossem gerados: os cooperadores.

É indispensável ainda que se encontre verificado um outro pressuposto e que é o de que a atividade da sociedade comercial se insira na fileira da cooperativa e se destine exclusivamente a acrescentar valor ao resultado da atividade dos seus membros.

Repare-se que o código não veda a possibilidade de, por exemplo, as cooperativas de produtores transformarem o resultado da atividade dos seus sócios, a fim de lhes acrescentarem valor e que estes os readquiram ao preço de custo e, subsequentemente, se organizem numa sociedade comercial em cujo capital participem com a finalidade de os comercializarem junto do público em geral, e recebendo e repartindo os lucros entre si em função da participação de capital por cada um detido.

O que vale por dizer que, se a atividade for exercida fora da órbita da cooperativa, ainda que funcional e complementarmente ligado a ela, o código não a impede sequer literalmente.

Bem pelo contrário: o n.º 2 do art. 2.º do CCoop permite que as cooperativas “na prossecução dos seus objetivos”, possam “realizar operações com terceiros”¹⁴.

¹⁴ No caso das cooperativas agrícolas, o recurso à associação com terceiros é reforçado pelo disposto na b) do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 355/99, de 20 de agosto, que permite às cooperativas agrícolas ter como objeto “a recolha, a concentração, a transformação, a

O lucro societário, como resulta da definição dada no art. 980.º do CC¹⁵, é também um acréscimo ou incremento patrimonial que é gerado tendo em vista a sua distribuição, sendo essa finalidade (ou elemento teleológico) que o distingue, no plano conceitual, da cooperativa a que é estranho esse escopo lucrativo.

O escopo cooperativo seria apenas o de satisfazer as necessidades dos seus membros e proporcionar-lhes vantagens, que o próprio código admite poderem ser económicas no exercício da atividade a que os cooperantes se dedicam – art. 2.º do CCoop. Não pode ser outra a conclusão a retirar de a norma aludir a “aspirações económicas”.

A realidade, todavia, é que os excedentes cooperativos e a possibilidade da sua distribuição (limitada às operações com os cooperadores) feita, não de acordo com as participações de capital dos membros, mas em função das suas transações com a cooperativa¹⁶, justificam a afirmação de que a sua natureza é, na substância, idêntica à dos lucros. Em ambos os casos, estamos em face de ganhos: a diferença reside apenas nas regras para a sua distribuição pelos cooperadores.

A “ratio” do n.º 1 do art. 100.º do CCoop permite, assim, a interpretação de que os excedentes, cuja origem seja a transformação do resultado da atividade dos cooperadores e o seu escoamento no mercado, são reembolsáveis a estes, ainda que resultem não de todas, mas apenas de determinadas operações com terceiros.

Pelas razões que se aduziram, a viabilidade da empresa cooperativa e, consequentemente, da atividade dos cooperadores, impõe que quer o

conservação, a armazenagem e o escoamento de bens e produtos provenientes das explorações dos seus membros”.

O mesmo sucede nas cooperativas de pesca, reguladas pelo Decreto-Lei n.º 312/81, de 18 de novembro, que no n.º 1 do art. 2.º estabelece que a conservação e a transformação do pescado são, entre outras, uma das finalidades prosseguidas pelas mesmas.

Também nas cooperativas de produção em que os seus membros se dedicam à produção de bens e produtos, mais ou menos sofisticados e ou complexos, o recurso à associação com sociedades comerciais será normalmente essencial ou pelo menos importante para que os “objetivos sejam plenamente prosseguidos”.

¹⁵ Curiosamente, no Código das Sociedades Comerciais o legislador não define contrato de sociedade, ainda que o propósito de repartir os lucros decorra de várias normas como os arts. 21.º e 22.º do diploma. Intuito limitado, porém, supletivamente, prevendo-se inclusivamente a possibilidade de o contrato de sociedade subordinar a distribuição ao assentimento da maioria dos associados (arts. 217.º e 294.º do C.S.C.).

¹⁶ Parte final do 3.º princípio (art. 3.º do CCoop) e também art. 100.º, muito embora, como a doutrina sublinha, o legislador tenha definido uma orientação genérica, passível de ser concretizada pelos cooperantes no órgão próprio que, como veremos, é a assembleia geral.

art. 99.º, quer o n.º 1 do art. 100.º do CCoop sejam objeto de uma interpretação atualista.

3. Litude da titularidade do capital de sociedades comerciais por empresas cooperativas

Decorre do que se deixou expresso em relação à natureza jurídica das cooperativas e da distinção do conceito dos excedentes cooperativos por contraposição com o de lucros que o grande elemento de diferenciação reside na impossibilidade de o escopo da empresa cooperativa ser o de exercer uma atividade económica predominantemente com terceiros e não com os cooperadores visando a distribuição dos ganhos entre estes de acordo com o contributo dado para a sua obtenção e não da participação no capital da cooperativa.

Mas, como já observamos, o CCoop não só não veda, como admite a possibilidade de a cooperativa realizar “operações com terceiros” que gerem excedentes, fórmula eufemística de não proibir que aquelas proporcionem ganhos/lucros.

Nos últimos anos tem-se vindo a consolidar na Europa o conceito de empresa social que, é certo, não pode distribuir lucros, nem ter o lucro como objetivo principal, mas que “a contrario” o poderá ter como escopo secundário.

Portugal foi dos primeiros países da Europa que criou um instrumento normativo balizador e regulador da economia social.

O que fez através da Lei n.º 30/2013, de 8 maio – Lei de Bases da Economia Social.

No art. 4.º da Lei enumeram-se as entidades que integram a economia social e que são as seguintes:

- a) As cooperativas;
- b) As associações mutualistas;
- c) As misericórdias;
- d) As fundações;
- e) As instituições particulares de solidariedade social não abrangidas pelas alíneas anteriores;
- f) As associações com fins altruísticos que atuem no âmbito cultural, recreativo, do desporto e do desenvolvimento local.

A Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de julho de 2018, faz recomendações à Comissão sobre a criação do estatuto jurídico das empresas sociais, como dá conta Deolinda Meira em estudo onde sublinha a dificul-

dade da sua compatibilização com a forma societária, mas em que acaba por admitir que isso suceda¹⁷.

Assim, não vemos que a legislação vede, muito menos comine com nulidade, a titularidade, a simples relação de participação¹⁸, ou até o domínio total, direto ou indireto, de cooperativas no capital de sociedades comerciais¹⁹.

O que, de resto, é uma realidade incontornável fora do âmbito cooperativo, nomeadamente em associações e outras pessoas coletivas que, por definição, não podem exercer sequer qualquer atividade económica lucrativa como, por exemplo, algumas universidades públicas, mesmo quando adotam a estrutura jurídica de uma fundação.

4. O problema de os ganhos decorrentes de um contrato de cooperação com um terceiro ou lucros gerados pelas sociedades comerciais participadas pela cooperativa, uma vez distribuídos a esta, adquirirem, ou não, uma natureza equiparável a “excedentes cooperativos” e serem passíveis de retornarem aos cooperadores: pressupostos para que isso suceda.

4.1. Enunciação: da necessidade de repensar o conceito de terceiro e densificação dos pressupostos que justificam a equiparação dos ganhos a excedentes cooperativos “stricto sensu”

Já vimos que o Código Cooperativo nunca se refere a lucros.

E também observámos que substancialmente a natureza jurídica dos excedentes cooperativos, em particular quando resulta de negócios jurídicos com terceiros estranhos à atividade da cooperativa, é a de um ganho que em nada difere do lucro. É o que sucederá no caso de uma cooperativa de produtores em que a cooperativa recebe o resultado da atividade do cooperante e o vende diretamente a terceiros.

A diferença entre o preço pago ao membro da cooperativa e o preço de venda ao terceiro será literalmente um excedente não distribuível. Terá isto sentido e lógica?

¹⁷ Empresas sociais – entre o lucro e o interesse geral, VI Congresso do Direito das Sociedades em Revista, Almedina, maio, 2022, pp. 261 a 284.

¹⁸ O n.º 1 do art. 8.º do CCoop exige apenas que a autonomia e independência da cooperativa seja salvaguardada.

¹⁹ No mesmo sentido, admitindo de forma inequívoca a titularidade de participação em sociedade comercial, Deolinda Meira, estudo cit. (2018), nota 9 supra, p.407.

Quando os cooperadores se associam numa cooperativa visam, entre outras vantagens, adquirirem, por essa via, uma escala que lhes permita colocar o resultado da sua atividade a um preço superior àquele que conseguiriam se os estivessem a alienar isoladamente, nomeadamente quando o comprador tem uma dimensão e volume de negócios que compromete a possibilidade de se alcançarem condições remuneratórias (quer se tratem de produtos, serviços ou qualquer outra espécie de prestação) mais aproximadas do seu valor de mercado.

Está em causa o exercício de uma atividade económica cujos bens ou serviços que resultam da mesma – quer quando se trate de uma atividade produtiva em si mesma, quer a transformação dos bens produzidos, quer a prestação de serviços associada a terceiros (entendendo-se como tal não cooperadores) – é objeto de negócios jurídicos onerosos.

A diferença entre o custo para a cooperativa dos bens ou dos serviços prestados a cooperantes ou a terceiros e do preço pelos quais os vende, é um ganho que se traduz num acréscimo patrimonial que em nada difere do lucro.

Ganho que o Código Cooperativo qualifica como excedente – art. 99.º do CCoop.

E que, literalmente, não permite a distribuição enquanto ganho financeiro ou económico direto, nomeadamente quando a sua fonte são negócios jurídicos com não cooperantes (n.º 1 do art. 100.º do CCoop).

Já também foi relevado o contrassenso da solução literal (ver supra 2.2) e ainda que a “ratio” da norma não impede o reembolso se a origem for a transformação do resultado da atividade dos cooperadores com o intuito de lhe acrescentar valor, e o seu escoamento no mercado.

As regras de distribuição dos excedentes é que não são as mesmas das dos lucros: a repartição não poderá ser feita em função dos títulos de participação de capital detidos, mas do contributo dado pelo cooperador para a formação do excedente: a distribuição constitui uma forma de “retorno” parcial do contributo da prestação do cooperador para a formação do excedente.

Mas, será que os ganhos provenientes de um contrato de cooperação com terceiros e lucros gerados por sociedades comerciais em cujo capital a cooperativa participa, a partir do momento em que sejam recebidos ou distribuídos a esta (titular da totalidade do capital) poderão e deverão ser considerados como se se tratasse de excedentes cooperativos “stricto sensu”²⁰ ?

²⁰ Já vimos que autores consagrados, como Donário, rejeitam liminarmente essa possibilidade – nota 7.

Literalmente, os excedentes cooperativos resultarão apenas dos negócios jurídicos celebrados entre a cooperativa e os seus membros e que seriam gerados pelo facto de os últimos terem recebido menos do que seria possível pagar pelos produtos entregues e ou dos trabalhos e serviços prestados; ou, “mutatis, mutandis”, de pagarem mais à cooperativa do que poderia e deveria ter sido pago pelos serviços que esta lhes prestou ou pelos bens que lhes entregou/vendeu.

Os excedentes seriam, utilizando uma imagem metafórica, o resultado a crédito do cooperador, como se existisse uma espécie de “conta-corrente” entre aquele e a cooperativa.

A resposta afirmativa à interrogação colocada depende da verificação de um conjunto de pressupostos que se irão enumerar e que permitem classificar as operações como formas de mutualidade indireta.

4.2. As várias categorias de operações com terceiros e a mutualidade indireta

Há, porém, que distinguir várias espécies de operações com terceiros. As operações podem ser muito distintas quer em função do seu objeto, quer da qualidade do terceiro.

Assim, é possível agrupar as operações do seguinte modo:

- Operações que têm por objeto assegurar uma atividade complementar funcionalmente ligada aos estritos fins prosseguidos pela cooperativa, visando a transformação do produto fornecido ou do serviço prestado pelo cooperador, a fim de lhe (s) acrescentar valor e ou facilitar e promover a sua comercialização e escoamento no mercado²¹;

²¹ Será o caso de uma cooperativa de pesca que contrate com uma empresa de conservas a entrega de peixe, a fim de o mesmo ser preparado, embalado e comercializado junto do consumidor final, e recebendo a empresa comercial o preço” relativo à atividade contratada com a cooperativa. A diferença entre o custo pago à conserveira e o preço recebido pela venda que a cooperativa faça ao cliente final das latas de conserva colocadas no mercado com uma marca própria, traduzir-se-á numa receita adicional destinada a majorar o preço do pescado fornecido pelo cooperante. Ou da venda do leite a uma empresa de lacticínios que lhe acrescente valor pela sua transformação em manteiga, queijo, iogurtes e outros produtos lácteos e que possua uma rede de comercialização e escoamento dos produtos, sendo o acréscimo líquido do preço obtido utilizado para aumentar o montante pago ao cooperador. A relação jurídica será, nos dois exemplos, assimilável a um contrato de cooperação empresarial (só que entre uma empresa cooperativa e uma empresa comercial).

- Operações que têm por objeto um negócio jurídico estranho à atividade a que a cooperativa se dedica, mas que se inclui nas boas práticas de gestão²²;
- Operações celebradas com terceiros absolutamente estranhos à cooperativa²³;
- Operações com terceiros em cujo capital social a cooperativa participe²⁴.

As operações que possam ser qualificadas como uma forma de mutualidade indireta, o que sucede com todas aquelas que, muito embora sejam realizadas com sociedades comerciais, se revelem necessárias ou objetivamente úteis à prossecução do fim da cooperativa, não podem ter o mesmo tratamento das que não preenchem esses requisitos.

Importa, por isso, distinguir as várias categorias de operações com terceiros.

As operações com não cooperadores, destinadas a assegurar uma atividade complementar funcionalmente ligada aos estritos fins prosseguidos pela cooperativa e visando a transformação do produto fornecido ou do serviço prestado pelo cooperador, a fim de lhe (s) acrescentar valor e ou facilitar e promover a sua comercialização e escoamento no mercado, devem ser equiparadas às realizadas entre a cooperativa e os cooperadores.

4.3. Definição do critério distintivo das diferentes operações com terceiros e seu reflexo na possibilidade de repartição dos ganhos/excedentes pelos cooperadores

As diferentes espécies de operações que se acabaram de apontar postulam que se repense o conceito de terceiro, de modo a definir quais as operações cujos excedentes em sentido amplo (ganhos) são passíveis de serem distribuídos aos cooperantes.

Apesar de, nominalmente, a proveniência dos excedentes resultar de operações com terceiros, as operações não são idênticas e não devem, por isso, merecer o mesmo tratamento.

²² De que será exemplo a venda de um prédio rústico ou urbano que já não é utilizado pela cooperativa para o exercício da atividade.

²³ Incluem-se nesta categoria os negócios jurídicos com sociedades em relação às quais não existe qualquer espécie de participação no capital.

²⁴ Este grupo engloba todas as relações negociais com sociedades em que se possa afirmar existir uma relação de coligação análoga à prevista para as sociedades comerciais.

O critério que justifica a diversidade do tratamento é o que vimos repetidamente apontando: a complementaridade funcional das operações em relação à atividade a que a cooperativa se dedica e que só não são realizadas no seu seio por não existirem meios para o fazer ou em virtude de ser mais eficiente contratá-las com terceiros com vista a maximizar as vantagens proporcionadas aos cooperadores²⁵.

Ao contrário do entendimento ainda dominante²⁶, somos de opinião que estas operações com terceiros não poderão ter o tratamento das desig-

²⁵ Perfilhando claramente essa posição com uma clarividência que não era comum à data em que foi proferido: Ac. RL de 29.09.2005 (Relator António Valente) disponível em www.dgsi.pt onde se decidiu que *"nada impede que várias cooperativas se tornem accionistas de uma sociedade por elas criada, funcionando tal sociedade como instrumento de uma mais eficaz concretização da actividade que constitua e continua a constituir o escopo dessas cooperativas"* em ação instaurada pelo Ministério Público onde era pedida a declaração de nulidade de uma sociedade constituída entre as cooperativas e uma sociedade comercial e a sua entrada em liquidação.

²⁶ A lei não define o conceito de terceiro, pelo que a densificação tem sido feita pela doutrina com uma formulação que torna, por vezes, ainda mais incompreensível a conclusão de que os excedentes são irrepártiveis estando a excluída a possibilidade de os fazer retornar aos cooperadores.

A nosso ver, deve ser feita uma interpretação ampla da "teleologia" das normas do CCoop que regulam o conceito de terceiro e da possibilidade de distribuição.

Rui Namorado, Cooperatividade e Direito Cooperativo, Estudos e Pareceres, Almedina 2005, pp.184 e 185, escreveu o seguinte: *"Vamos pois indicar a noção de terceiros, de um ponto de vista cooperativo, que tem sido consagrada pela doutrina. No fundo quando nos referimos a terceiros, estamos a falar em alguns daqueles que se relacionam com a cooperativa sem serem seus membros – estamos a falar em alguns, não em todos. Efectivamente, para o que está em causa a partir deste conceito, nem todos os não cooperadores que se relacionem com a cooperativa são abrangidos pela categoria de terceiros. Terceiros, no sentido que a doutrina dá a esta noção, são apenas aqueles que se relacionam com uma cooperativa através das actividades nela cooperativizadas, e não outros.*

Deste modo, numa cooperativa de consumo são terceiros os consumidores que, enquanto tais, se relacionaram com a cooperativa (se forneceram na cooperativa) sem, no entanto, serem seus membros, mas já não são terceiros os trabalhadores da cooperativa que não sejam seus membros.

Numa cooperativa de produtores de serviços, são terceiros os trabalhadores que desempenhem nessa cooperativa um tipo de trabalho igual àquele que é desempenhado pelos membros da cooperativa, não sendo eles próprios cooperadores, mas já não se qualificam como terceiros os adquirentes dos serviços produzidos pela cooperativa.

Numa adega cooperativa, são terceiros os produtores que fazem o seu vinha na adega, não sendo seus membros, mas já não são terceiros os eventuais compradores do vinho, nem os trabalhadores da adega que não sejam cooperadores.

Portanto, se reflectirmos sobre estes exemplos, compreenderemos facilmente que terceiros, de um ponto de vista cooperativo, são todos aqueles que mantenham com uma cooperativa relações que se enquadrem na prossecução do seu objecto principal, como se fossem seus membros, embora de facto não o sejam.

nadas atividades não cooperativizadas e os resultados positivos das mesmas devem poder ser repartidos.

Pelo contrário, estas operações deverão ser assimiladas às literalmente cooperativizadas sob pena de inviabilização da empresa cooperativa e de frustração do seu principal escopo e que é o da satisfação de necessidades dos seus membros, entre as quais, as económicas.

Se a externalização da operação permite aumentar as vantagens, nomeadamente as de ordem económica, para os cooperadores, afigura-se irrecusável que a "ratio" da proibição de distribuição do excedente, que é a de não permitir que a cooperativa se dedique à atividade com a finalidade de obter o lucro, não se verifica. E, como tal, os excedentes com essa proveniência não devem estar abrangidos pela previsão.

O critério deve ser o da finalidade concreta que levou a cooperativa a realizar a operação com o terceiro e aquilo que a mesma teve em vista: se estiver em causa acrescentar valor ao resultado da atividade do cooperante, com o objetivo de o mesmo poder ser melhor remunerado não só não vemos que nenhum princípio cooperativo seja violado, como, ao invés, parece ser inquestionável estarmos em face de uma operação que visou não a obtenção do lucro, mas a prossecução do fim com que a cooperativa foi constituída e dos motivos pelos quais os seus membros a ela aderiram.

Recusamos a ideia de uma espécie de presunção "jure et jure" de que as operações com terceiros são necessariamente uma atividade extracooperativa e cujos resultados são, em qualquer circunstância, irrepartíveis e, nessa medida, irretornáveis: os cooperantes não terão direito a beneficiar dos mesmos, ainda que observando escrupulosamente os princípios cooperativos, como sucederá se o ganho permitir majorar o preço a pagar pela cooperativa da prestação em espécie (fornecimento de produto) ou da realização do serviço dos seus membros.

Como se viu, a qualidade de terceiro não corresponde em todos os ramos cooperativos à mesma posição, mas os diversos perfis que assume repercutem de uma maneira objectiva a diversidade dos ramos cooperativos, sendo inequivocamente determináveis".

O autor sublinha (segundo parágrafo da p. 184) que "o Código Cooperativo não inclui qualquer preceito que fixe juridicamente o conceito de terceiro, o que só pode significar que se considerou que a noção pré-jurídica de terceiro, consagrada na doutrina cooperativa, tinha a clareza suficiente para dispensar uma intervenção inovadora ou clarificadora do legislador."

As posições doutrinais não podem deixar de acompanhar a evolução da realidade que as normas jurídicas se propõem regular. As regras de interpretação das normas do Código Cooperativo fornecem elementos para uma atualização do conceito de terceiro e de excedentes distribuíveis, aplicável a todo os ramos do direito cooperativo, o que nos propomos fazer. Atualização esta imposta pela complexidade que a atividade económica adquiriu e a competitividade concorrencial do mercado em que as cooperativas operam e a necessidade de assegurar a sua sobrevivência.

A interpretação restritiva do conceito de terceiro tem apoio no elemento teleológico das normas do CCoop, pois, a lei, ao não definir o conceito cuja densificação atribuiu ao intérprete, só poderia ter pretendido excluir a possibilidade de distribuir os excedentes provenientes das operações com terceiros, se estas não visarem a prossecução do fim com que a cooperativa foi constituída.

Das espécies ou grupos de operações elencados em 4.2. só serão extra-cooperativos os que têm por objeto uma atividade ou negócio jurídico estranho ao objeto da cooperativa, apesar de se incluírem nas boas práticas de gestão.

Os ganhos não podem ser repartidos pelos cooperadores, mas os mesmos podem ser afetos à atividade da cooperativa e utilizados para fazer obras nas instalações existentes ou construir novas instalações, adquirir equipamentos e, de um modo geral, aplicados em qualquer outra finalidade enquadrável nas boas práticas de gestão da empresa cooperativa.

4.4. Regras a que deve obedecer a repartição dos ganhos quando os mesmos sejam distribuíveis

A repartição dos excedentes distribuíveis não pode ser feita em função do número de unidades de participação no capital da cooperativa de que o membro é titular, mas do contributo dado pelo cooperador para a sua formação, mesmo que esteja em causa o recebimento dos lucros de uma sociedade comercial em cujo capital a cooperativa participa.

Esse critério é o único aceitável por respeitar o princípio da repartição dos benefícios na proporção das transações dos membros com a cooperativa – (art. 3.º do CCoop – 3.º princípio participação económica dos membros).

A distribuição dos ganhos cuja génese são contratos de cooperação com terceiros (mesmo que sociedades comerciais) e do recebimento de dividendos de sociedades em que a cooperativa participe, estão sujeitos à mesma regra que é a única admissível atento o acima apontado princípio estruturante do direito cooperativo e que o CCoop expressamente consagra.

Também importa repetir que tais ganhos e ou dividendos só serão distribuíveis se estiverem em causa atividades complementares com a da cooperativa e o seu escopo seja o de acrescentar valor ao resultado da atividade do cooperador quer esteja em causa uma operação de transformação, quer de distribuição e ou escoamento.

4.5. Contributo para uma definição genérica do conceito de terceiro, aplicável a todos os setores cooperativos e, consequentemente, estabelecer os princípios por que se rege a repartição dos excedentes cuja proveniência sejam operações realizadas com aqueles

Já fomos deixando expresso que o conceito de terceiro consagrado no Código Cooperativo não pode ser objeto de uma interpretação literal.

Aqui chegados, estamos em condições de propor uma definição genérica do conceito de terceiro, aplicável a todos os setores cooperativos e, consequentemente, estabelecer os princípios por que se rege a repartição dos excedentes cuja proveniência sejam operações realizadas com aqueles.

Os terceiros a que o art.99.º do CCoop se refere, ao vedar a possibilidade da repartição, aos cooperadores, dos excedentes cuja proveniência sejam operações com estes, não podem ser todos aqueles que não sejam membros da cooperativa.

Pelas razões e motivos que já adiantamos justifica-se uma interpretação restritiva do conceito que se coaduna com a ratio da norma (ver arts. 2.º e 8.º do CCoop) e tenha em conta o que dispõe o n.º 1 do art. 9.º do CC, ou seja, de que a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir de textos o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.

Assim, o conceito de terceiro não abrange os não cooperadores (pessoa singular ou coletiva) com quem a cooperativa ou a união de cooperativas contratou, em face da impossibilidade de a internalizar, uma operação destinada a complementar a atividade a que se dedica, a fim de acrescentar valor ao resultado da atividade do cooperador, desde que:

- (i) o ganho, quer tenha origem num contrato de cooperação ou se trate de um lucro proveniente de uma sociedade em que a cooperativa participe, depois de recebido, não seja repartido a não ser pelos sócios desta que contribuíram para a que o mesmo fosse gerado (ficando excluídos todos os outros);
- (ii) a repartição seja efetuada na proporção do contributo para a formação do ganho ou do lucro, determinado em função da quantidade e valor dos fornecimentos ou da prestação, em sentido amplo, realizados pelos cooperadores que contribuíram para a formação do ganho;
- (iii) a repartição seja, na sua substância, um retorno traduzido na concessão de uma vantagem que se destina a compensar o cooperador pelo facto de ter vendido o resultado da sua atividade

- por um preço inferior àquele que a cooperativa lhe poderia ter pago se tivesse meios para lhe acrescentar valor;
- (iv) a autonomia e independência da cooperativa estejam plenamente salvaguardadas.

Será em face deste entendimento de terceiro e da possibilidade do recebimento, pelos sócios das cooperativas, dos ganhos e ou de dividendos provenientes de operações onde se verifiquem cumulativamente todos os pressupostos enunciados, que continuaremos a análise.

5. Algumas considerações sobre os ganhos cuja fonte sejam contratos de cooperação ou de dividendos recebidos de sociedades em cujo capital a cooperativa participe

5.1 As especificidades decorrentes dos ganhos provenientes de operações realizadas pela cooperativa ao abrigo de contratos de cooperação empresarial

Se estiver em causa o recebimento de “um ganho” decorrente de um contrato de cooperação empresarial como o que se exemplificou na nota 21 supra e em que, por conseguinte, a proveniência do montante recebido decorre da transformação do resultado da atividade produtiva do cooperador (no caso de uma cooperativa agrícola, por exemplo, de uma determinada cultura ou leite; e na de pesca do peixe capturado²⁷), afigura-se-nos ser inteiramente sustentável à luz dos princípios mutualistas que se está perante uma operação que só formalmente poderá ser considerada realizada com um terceiro, uma vez que do que se trata é de acrescentar valor à atividade do cooperador, complementando-a e criando condições para que aquele veja o resultado do seu trabalho ou da sua atividade produtiva mais justamente retribuído.

Ora, tal acréscimo de valor, através da transformação do resultado da atividade produtiva do cooperador, encontra-se expressamente previsto não só no Código Cooperativo (art. 8.º, n.º 1), mas também na legislação que regula algumas cooperativas, como as agrícolas.

É o que decorre da possibilidade consagrada na alínea b) do art. 2.º e na alínea f) do art. 3.º do Decreto-Lei 335/99, de 20 de agosto.

²⁷ As cooperativas de pesca encontram-se reguladas no Decreto-Lei n.º 312/81, de 18 de novembro. A valorização dos produtos do mar capturados consta no objeto de todas as cooperativas de pesca.

Se o ganho tem a sua origem no resultado da atividade a que a cooperativa se dedica (nos exemplos que apontamos quer seja uma cultura, quer seja a produção de leite, uvas ou a captura de pescado) não vemos que se possa considerar que o espírito mutualista foi subvertido.

Isto, evidentemente, desde que o retorno do ganho ou de parte deste aos cooperadores seja realizado em função do contributo que os mesmos deram para a sua formação (quantidade de produtos agrícolas, leite ou do pescado fornecido).

Estar-se-á, na substância, perante um retorno traduzido na concessão de uma vantagem que se destina a compensar o cooperador pelo facto de ter vendido o resultado da sua atividade por um preço inferior àquele que a cooperativa lhe poderia ter pago se tivesse meios para internalizar a operação (num dos exemplos dados, fabricar a conserva).

Tratam-se de ganhos gerados por fornecimentos feitos pela cooperativa²⁸, no âmbito estrito do seu objeto, e dentro da “fileira” produtiva que começa no cooperador, passa pela cooperativa e que termina, após a sua transformação e ou comercialização pela empresa com quem foi celebrado o contrato de cooperação, junto do cliente final.

Estes ganhos situam-se no âmbito da mutualidade indireta, pelo que a sua equiparação aos excedentes “stricto sensu” se justifica, a nosso ver, plenamente.

É importante que o contrato de cooperação documente e explice a impossibilidade de evitar a externalização devido à inviabilidade do aproveitamento dos restos do pescado poder ser efetuado na cooperativa, por ausência de meios técnicos e de ser inviável economicamente.

Tem também de existir uma contabilidade analítica, baseada em documentação de suporte idónea, a fim de que o ganho obtido seja distribuído, com rigor, apenas e tão só pelos cooperadores que forneceram o pescado, ficando excluídos os outros, e na proporção da quantidade e valorização dos fornecimentos feitos.

Afasta-se, assim, qualquer possibilidade de estar a distribuir um lucro e torna-se claro que o propósito é unicamente majorar o valor da prestação feita pelo cooperador (preço pelo qual lhe foi pago o peixe pela cooperativa).

²⁸ Sucedem até frequentemente nas cooperativas de produtores/agrícolas que o ciclo produtivo incorpore a venda dos produtos pelas cooperativas às cooperativas de grau superior como uniões de cooperativas.

5.2. Ganhos provenientes de dividendos recebidos de sociedade comercial em cujo capital a cooperativa participe e cujo objeto seja a transformação dos produtos resultantes da atividade da cooperativa com a finalidade exclusiva de lhes acrescentar valor e proceder à sua comercialização e escoamento no mercado

A distribuição dos dividendos recebidos de uma sociedade comercial, em cujo capital a cooperativa participe, suscita questões que importa analisar.

A primeira observação que se sublinha é a de que o objeto da sociedade tem necessariamente de ser a transformação dos produtos resultantes da atividade da cooperativa com a finalidade exclusiva de lhes acrescentar valor e ou proceder à sua comercialização e escoamento no mercado, ou seja, deve fazer parte da fileira da atividade a que a cooperativa se dedica. É desejável até que no objeto da sociedade conste expressamente a atividade de transformar, a fim de lhe acrescentar valor, e comercializar os produtos fornecidos pela cooperativa e que são o resultado da atividade dos seus cooperadores.

Para além disso, também a autonomia e independência da cooperativa têm de ficar plenamente salvaguardadas.

A economia de mercado onde as cooperativas operam, e em que, na maioria dos setores, nomeadamente o agro pecuário, a venda dos resultados da produção dos cooperadores ao cliente final tem canais de distribuição e comercialização dominados por grandes operadores, quase todos também com marcas próprias, e que concorrem com os produtores/fornecedores e lhes estrangulam as margens, exige que as cooperativas encontrem soluções para acrescentar valor ao resultado da atividade dos seus membros e que ao mesmo tempo lhes permitam negociar, em maior pé de igualdade, ainda que indiretamente, com quem domina e controla o mercado.

Um objetivo desses só se consegue com a associação com sociedades comerciais, em que a cooperativa desejavelmente participe no capital, e onde existam condições para poderem ter ao seu serviço colaboradores profissionalizados, em quantidade e tecnicamente habilitados para contratarem com empresas comerciais de grande dimensão e capacidade negocial (inclusivamente para importarem produtos concorrentes do exterior) e que possuem quadros altamente qualificados em todos os domínios da gestão.

A participação em sociedades comerciais com as finalidades apontadas é uma condição “sine qua non” para a sobrevivência de muitas das cooperativas.

Os lucros gerados nas sociedades comerciais e distribuídos à cooperativa só poderão, porém, retornar aos cooperadores em função do contributo que os mesmos tenham dado para a sua formação.

O retorno será consubstanciado na concessão de uma vantagem que se destina a compensar o cooperador de ter vendido o resultado da sua atividade por um preço inferior àquele que a cooperativa lhe poderia ter pago, ou seja pela majoração deste (preço).

Só quem fizer uma interpretação do Código Cooperativo que ignore as razões que justificam uma interpretação atualista do mesmo é que poderá sustentar opinião diversa, uma vez que a ratio do n.º 1 do art. 100.º do CCoop tem de ser apurada, tendo em atenção o que dispõem o n.º 2 do art. 2.º e o art. 8.º, ambos também do CCoop.

Como já se referiu e repete, o elemento teleológico permite sustentar que o legislador não pretendeu no art. 99.º do CCoop impedir a distribuição de ganhos provenientes de operações que tenham por objeto, ainda que indireto, a valorização do que é produzido pelos cooperadores.

Sem essa possibilidade, na economia atual, as empresas cooperativas e os seus membros, em vez de recolherem os benefícios inerentes aos princípios proclamados no código, são apenas prejudicados em relação às vantagens que teriam se estivessem organizados sob a forma de uma empresa não cooperativa.

É certo que não poderá ser feita uma distribuição direta dos proveitos financeiros.

O escopo cooperativo impede efetuar a distribuição, pois, dessa forma, o ganho teria de ser considerado como contrário ao fim da cooperativa (que não visa o lucro), outro tanto não sucedendo, porém, se os ganhos acabarem por ser repartidos pelos cooperadores através de vantagens e benefícios conferidos em função das operações realizadas entre estes e a cooperativa e esta e aqueles.

Em suma: a lógica da solução terá de ser sempre a de um reembolso/retorno de algo que pertence ao cooperador.

Dito de outro modo: os ganhos serão repartidos não de acordo com os títulos de capital detidos pelos cooperadores (participação no capital), mas em função do contributo que cada cooperador dá para a sua formação.

Afasta-se qualquer propósito de estar a remunerar o capital investido e, ao mesmo tempo, com a solução está-se a respeitar/observar o princípio mutualista de fazer retornar os excedentes para quem contribuiu para que os mesmos existissem de uma forma proporcional ao contributo dado, ou seja, à atividade desenvolvida pelo cooperador.

Estamos no âmbito da mera compensação e não da retribuição de uma aplicação de capital.

Dentro da lógica da metáfora que utilizámos da “conta-corrente” que se estabelece entre o cooperador e a cooperativa do que se trata é de restituir ao primeiro aquilo (“saldo credor”) que lhe é devido pelo contributo dado para a formação do excedente.

O espírito mutualista não é desvirtuado nem nenhum dos princípios estruturantes da empresa cooperativa violado.

Este entendimento é reforçado por um outro argumento.

Se a possibilidade de distribuição for negada, ainda que nos precisos termos indicados, ou seja, de um retorno, em caso de liquidação da cooperativa, se não se formar “uma nova entidade cooperativa”, o saldo de liquidação proveniente desses ganhos (contabilizados como reservas) reverterá para uma outra cooperativa “preferencialmente do mesmo município, a determinar pela federação ou confederação representativa da atividade principal da cooperativa” – n.º 3 do art. 114.º do CCoop.

Esses excedentes serão, em suma, apropriados, por terceiros, ainda que cooperantes, que em nada concorreram para a sua formação e que não resultaram do seu esforço, da sua atividade e trabalho.

A iniquidade do resultado dispensa qualquer observação suplementar.

6. Da possibilidade de os excedentes cuja origem são lucros gerados pela sociedade comercial em que uma cooperativa participe, direta ou indiretamente, serem distribuídos às cooperativas agrupadas numa união de cooperativas com a finalidade de estas, por sua vez, os fazerem retornar aos cooperadores

6.1. Em face da linha argumentativa que tem vindo a ser desenvolvida, é antecipável a conclusão de que é possível a distribuição dos excedentes às cooperativas agrupadas numa união de cooperativas com a finalidade de estas, por sua vez, os fazerem retornar aos cooperadores.

Na cadeia da produção cooperativa, os ganhos terão de ser necessariamente distribuídos à união por ser esta a titular do capital da sociedade comercial onde os excedentes se geraram, pelo que o retorno terá de passar primeiro pelas cooperativas agrupadas que será quem irá fazer a distribuição aos seus membros, ou seja, às cooperativas de primeiro grau e estas aos produtores (cooperadores) que estão na base da pirâmide.

Não é possível a uma união de cooperativas distribuir diretamente esses excedentes aos cooperadores sócios de cada uma das cooperativas agrupadas.

Atendendo ao modo de organização das uniões de cooperativas e ao princípio da tipicidade das regras de distribuição das competências dos seus órgãos, afigura-se-nos que a solução não poderá deixar de ser a que se acabou de apontar.

De acordo com o art. 105.º do CCoop são órgãos das uniões de cooperativas os previstos para as cooperativas de primeiro grau, com as seguintes adaptações:

- a) A assembleia geral é constituída por titulares de órgão de administração ou por delegados das cooperativas filiadas, podendo os estatutos determinar que apenas um dos representantes possa usar da palavra e votar e sendo a respetiva mesa eleita de entre os membros das cooperativas filiadas para um mandato de duração igual ao dos outros órgãos;
- b) Os órgãos de administração e de fiscalização têm natureza colegial e são compostos por pessoas singulares membros das cooperativas de primeiro grau.

A alínea f) do art. 38.º do CCoop estabelece que é da competência da assembleia geral a “aprovação da forma de distribuição dos excedentes”: será, assim, nas assembleias gerais da união de cooperativas e nas de cada uma das cooperativas agrupadas que a distribuição deverá ser deliberada.

6.2. Não há dúvida que os excedentes cooperativos “stricto sensu” correspondem, quando está em causa uma união de cooperativas, aos ganhos provenientes das operações feitas com os membros das cooperativas agrupadas e de estas com os seus cooperadores.

E igualmente que os ganhos provenientes de operações com terceiros também o serão ainda que devam ser classificados como “reservas de excedentes provenientes da transformação do resultado da atividade das cooperativas e do escoamento dos produtos transformados”.

E isto ainda que os ganhos tenham sido gerados, direta ou indiretamente, numa sociedade comercial, desde que se encontrem verificados cumulativamente os pressupostos que fomos indicando (ver supra 4.5.).

Em 2.2. e 3 supra já explicámos em detalhe as razões que justificam as afirmações feitas e ainda a licitude da participação da cooperativa numa sociedade comercial com o propósito indicado, pelo que será despiciendo estar a repeti-las.

Os lucros recebidos da sociedade comercial (dividendos) que transformou e comercializou os produtos que resultaram da atividade do cooperador não estão abrangidos pela “ratio” da proibição literalmente consagrada no n.º 1 do art. 100.º do CCoop.

Os produtores não podem estar condenados a ver o resultado da sua atividade produtiva paga a preços pouco mais do que marginais em relação ao custo em nome de uma interpretação literal que ignora a teleologia da norma que só o disposto no n.º 2 do art. 2.º do CCoop permite apurar.

O que a norma pretendeu foi que o escopo mutualista não fosse desvirtuado.

E isso não acontece se a finalidade é a de permitir pagar o resultado da atividade produtiva a preço mais elevado aos cooperadores.

Não há outra razão que possa justificar o estatuído no n.º 2 do art. 2.º do CCoop.

Os ganhos obtidos com operações com terceiros são repartíveis pelos cooperadores desde que verificados os pressupostos que vimos enumerando : (i) estar em causa a transformação do resultado da atividade dos cooperadores; (ii) o intuito seja o de acrescentar valor ao resultado, normalmente um produto; (iii) a distribuição visar o retorno dos resultados positivos resultantes da comercialização, dos produtos transformados aos produtores, que os forneceram e apenas a estes e não aos outros membros da cooperativa; (iv) a operação não poder ser internizada, ou seja, realizada no interior da cooperativa e (v) a distribuição ser efetuada em função do volume e valor dos fornecimentos e não de qualquer outro critério.

Se a lei tem necessariamente de ter subjacente a observância dos princípios mutualistas e estes são os de proporcionar vantagens aos cooperadores, ainda que recorrendo a terceiros, seria contraditório com a própria “ratio” do art. 2.º do Código Cooperativo que o retorno dos ganhos, com as características enunciadas, fosse vedado.

Em conclusão: por tudo quanto se expôs, os resultados positivos provenientes da atividade das sociedades comerciais participadas pelas cooperativas, desde que observados os pressupostos que se foram indicando, devem ser considerados excedentes distribuíveis à luz do Código Cooperativo, mais precisamente reservas de excedentes provenientes da transformação dos produtos fornecidos pelos membros das cooperativas.

6.3. Mas, será que a assembleia geral da cooperativa poderá deliberar fixar regras de repartição/reembolso diferentes das aprovadas na assembleia geral da união de cooperativas?

Atendendo à origem dos excedentes, cremos que, neste caso, é defensável a obrigatoriedade da observância da deliberação tomada no seio da união de cooperativas pelas cooperativas afiliadas.

Isso, todavia, só será possível se o estatuto da união de cooperativas prever a possibilidade de serem elaborados os regulamentos necessários e

indispensáveis ao bom funcionamento da união, regulamentos esses que deverão ser aprovados em assembleia geral.

E, assim, a deliberação de distribuição e os seus critérios ser precedida da aprovação de um regulamento onde se fixe a obrigatoriedade de as cooperativas agrupadas as observarem, de modo a assegurar que o escopo cooperativo é respeitado e tornar claro que não está em causa a repartição de lucros em função de participações no capital como sucederia nas sociedades comerciais.

Ao longo da exposição já fomos avançando com a resposta para o problema da repartição do reembolso dos excedentes ou de ganhos de qualquer outra origem (ver supra 4.2. a 4. 4.).

A repartição/reembolso terá de ser efetuada em função do contributo que cada cooperador dá para a formação do excedente.

O critério terá de ser objetivo, pelo que tem sido generalizado o entendimento de que o mesmo terá de refletir o volume de transações que o cooperante teve com a cooperativa e esta com aquele.

Mesmo no caso de uma união de cooperativas, ou de uma organização mais complexa como será a de um grupo económico cooperativo (ver infra 7), o critério será sempre o do contributo dado para a formação do excedente pelo cooperador que está na base da pirâmide do grupo económico.

Importante será que a contabilidade e demais elementos da escrituração, nomeadamente a contabilidade analítica, forneçam informação inquestionável e não passível de ser contestada do volume e valor das transações que serve de base ao retorno do excedente e ou do ganho em sentido amplo.

6.4. A forma de assegurar que os excedentes serão distribuídos aos cooperadores e que não serão “retidos” nas cooperativas agrupadas na união, será o de a deliberação condicionar o reembolso às cooperativas à observância das regras de repartição fixadas, sendo desejável que as mesmas constem de um regulamento, previamente aprovado, se os estatutos o permitirem.

O “caminho” que fomos sustentando é aquele que nos parece ser defensável em termos de legalidade, porquanto os princípios cooperativos consagrados no código de forma alguma são violados.

A deliberação de distribuição não pode deixar de prosseguir e respeitar os referidos princípios e impedir soluções que se revelem, na prática, contrárias àqueles²⁹.

²⁹ Porém, se na majoração forem exclusivamente usados fundos cuja origem sejam exce-

Para além disso, a deliberação terá igualmente de definir o intervalo de anos elegível para fazer o cálculo.

E, igualmente, por maioria de razão, o montante global a distribuir.

As regras aprovadas também devem ser publicitadas junto de todos os cooperadores sócios das cooperativas pelas Direções destas.

6.5. A distribuição total ou apenas parcial das reservas provenientes dos lucros recebidos pela união de cooperativas da sociedade comercial que procedeu à transformação e ao escoamento dos produtos transformados tem de observar algumas regras.

Importa distinguir as limitações de natureza jurídica, ou seja, impostas pela lei, das que decorrem de critérios de gestão, nomeadamente das que resultem da necessidade de cumprir “ratios” de autofinanciamento em função dos investimentos realizados e ou a realizar e do princípio da prudência que, além de encerrarem subjetividade, estão fora do perímetro do nosso estudo.

Em relação às limitações de ordem legal, abordaremos apenas as regras legais a observar no âmbito quer da cooperativa, quer das cooperativas nela agrupadas.

A primeira nota é a de que é indispensável a existência de elementos probatórios idóneos e demonstrativos de que as reservas constituídas ou os lucros levados à conta de resultados transitados distribuídos à cooperativa têm a sua origem nos produtos fornecidos pelos cooperadores.

O que naturalmente postulará a prova de todo o processo genético de formação do lucro que dá origem às reservas.

Assim, deverão existir elementos probatórios inequívocos de que:

- O resultado da atividade produtiva do cooperador foi vendido a uma das cooperativas agrupadas na união;
- As cooperativas venderam esse resultado à união das cooperativas e esta à sociedade que o transformou, acrescentou valor e assegurou o escoamento/ comercialização;

dentes provenientes de lucros decorrentes da atividade corrente da cooperativa, a competência para a deliberação pertencerá à Direção.

Todavia, se a majoração for realizada, ainda que em parte, com fundos, cuja origem seja a distribuição de reservas provenientes de lucros resultantes da transformação dos produtos realizada por uma sociedade comercial em que a cooperativa participe, já a deliberação de distribuição competirá à Assembleia Geral da cooperativa e não à Direção desta.

- Os lucros da sociedade distribuídos, direta ou indiretamente³⁰, à união de cooperativas resultaram exclusivamente da atividade que complementa e acrescenta valor à das cooperativas e dos cooperantes.

É, deste modo, desejável, se não mesmo indispensável, que exista uma contabilidade analítica rigorosa e baseada em documentos de suporte com uma idoneidade inequívoca.

Subsequentemente, a deliberação de distribuição dos ganhos que ingressam na união das cooperativas provenientes da sociedade comercial deverá assegurar que se trata de uma forma de retorno de algo que pertence ao cooperador, pelo que os montantes só poderão ser entregues como forma de majoração do preço que lhe foi pago pelo resultado da sua atividade.

Dito de outro modo: a deliberação de retorno às cooperativas agrupadas tem de estabelecer que a repartição é efetuada em função dos volumes, quantidades e valor entregues por cada uma delas e que estas só entregarão o montante recebido às cooperativas agrupadas desde que esteja garantido que a distribuição será efetivada através da majoração do preço de compra do resultado da atividade do cooperador, durante um lapso de tempo definido, de acordo com o mesmo critério do volume, quantidade e valor das entregas, mas agora de cada cooperante.

Sem observância dos postulados que se foram enumerando, jamais o corolário em que se baseia a legalidade do retorno dos ganhos/excedentes aos cooperadores se verificará.

O que terá como consequência a impossibilidade de sustentar, com argumentos consistentes, a posição de que as reservas de excedentes provenientes da transformação e do escoamento dos produtos “transformados” estão a ser utilizadas para o retorno aos produtores dos excedentes que resultam da atividade que desenvolveram e desenvolvem.

6.6. A distribuição tem também de observar as regras estabelecidas no art. 33.º do CSC e em particular nos n.ºs 2 e 3 do art. 32.º que impedem a distribuição de reservas que resultem da utilização do MEP³¹.

³⁰ Se se tratar de um grupo económico cooperativo (ver infra 7) poderão os lucros ser distribuídos a uma sociedade gestora de participações sociais que, por sua vez, os distribuirá à união de cooperativas.

³¹ Método da Equivalência Patrimonial.

No que diz respeito à ³²distribuição das reservas provenientes da transformação e escoamento dos produtos transformados, têm de ser tidas em atenção as regras estabelecidas no Código Cooperativo e que sumariamente se descreveram em 6.1. a 6.5. supra.

As mesmas regras valem para as cooperativas sócias da união de cooperativas.

Quanto às reservas que não venham a ser distribuídas ou, por outras palavras, que não sejam incluídas no programa de retorno dos excedentes aos cooperadores, deverão continuar contabilizadas numa das subcontas 55 do SNC. Tratar-se-á do saldo remanescente.

Ainda a este propósito, deverá, obviamente, ter-se sempre em atenção que, em função da evolução dos resultados e das necessidades de financiamento da cooperativa, deverão ser respeitadas as regras prudenciais a que se fez alusão em 6.5.

6.7. Em resumo:

- Todas as razões que nos levam a sustentar a possibilidade de distribuir aos cooperadores os lucros recebidos da sociedade através da majoração do preço, que lhe foi ou vai ser pago pelo resultado da sua atividade, tem o fundamento de que aquilo que está em causa é fazer retornar aos cooperadores o que lhes é devido pelo facto de terem feito o fornecimento que o gerou e de este poder ter sido pago a um preço superior ao que foi.
- Desnecessário será referir que, assim sendo, toda a “construção”, que se foi desenhando, deixará de ter sustentáculo se a distribuição não for feita apenas aos cooperadores cujo resultado da atividade esteve na origem do ganho.
- É indispensável, por isso, que os elementos da contabilidade da sociedade comercial, da união de cooperativas e da cooperativa permitam segregar esta informação de modo a que não existam dúvidas sobre a fidedignidade dos valores/números.
- Pelas mesmas razões, as cooperativas, que não entreguem produtos à união de cooperativas, não terão direito ao reembolso.
- Uma vez que a possibilidade de fazer retornar os excedentes aos cooperadores depende de os mesmos resultarem do escoamento dos fornecimentos feitos pelos membros das cooperativas, ou dos pro-

³² Ver desenvolvidamente, quanto a esta matéria, Paulo de Tarso Domingues, Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 500-502, coordenação Jorge Manuel Coutinho de Abreu.

dutos resultantes da transformação daqueles, a repartição dos excedentes deverá obedecer a um cálculo baseado num “pro-rata” entre o volume total dos fornecimentos feitos pela cooperativa à união de cooperativas e a quantidade entregue por cada cooperativa.

- Na deliberação a tomar na união de cooperativas só esse critério deverá ser tido em consideração.
- A deliberação terá igualmente de definir o intervalo de anos elegível para fazer o cálculo.
- E, igualmente, por maioria de razão, o montante global a distribuir.
- É também importante que a deliberação quantifique o valor, ainda que aproximado, da majoração dos fornecimentos entregues por cada cooperador e delimitar temporalmente o período em que a mesma durará.
- A deliberação tomada nas cooperativas que integram a união deverá prever a não distribuição da compensação às cooperativas que, em assembleia geral, não aprovem regras de distribuição e de elegibilidade, para receber a majoração no preço a pagar pelo resultado da atividade do cooperador, idênticas às aprovadas e que serão seguidas por todas as agrupadas.
- As regras de distribuição e elegibilidade dos cooperadores beneficiados devem constar de regulamento aprovado na assembleia geral da união das cooperativas.
- As regras aprovadas devem ser publicitadas junto de todos os cooperadores sócios das cooperativas pelas Direções destas.

7. A possibilidade de criação de um grupo económico cooperativo de que façam parte sociedades comerciais com o objeto e a finalidade que vimos indicando

A realidade, ou por outras palavras, a necessidade de sobrevivência no mercado que sucintamente foi descrita em 5.2. impôs-se ao direito.

E, assim, é que as cooperativas de grau superior (como as uniões) foram constituindo autênticos grupos económicos de facto, com uma estrutura jurídica organizativa decalcada dos grupos de sociedades.

Em alguns casos, as cooperativas e as uniões de cooperativas têm vindo a constituir sociedades gestoras de participações sociais, de que têm o domínio total do capital, e são estas as titulares das participações no capital das sociedades comerciais em que as restantes sócias são cooperativas.

Será desejável, o que nos casos que conhecemos não acontece, que no objeto das sociedades comerciais seja devidamente relevado que a ativi-

dade se destina predominantemente à comercialização e transformação dos produtos fornecidos pelas uniões de cooperativas, únicas acionistas da sociedade, com a finalidade de lhes acrescentar valor e também, se for o caso, de lhes prestarem serviços a si, às cooperativas agrupadas e aos cooperadores, de modo a permitir majorar os preços pagos aos produtores membros das cooperativas agrupadas e viabilizar a concorrência com os outros operadores cujo objeto é estritamente comercial.

O legislador português ainda não despertou para esta realidade³³, mas é imperioso que o faça.

E isto ainda que o art. 9.º do CCoop, ao estabelecer que as lacunas serão integradas, na medida em que o não possam ser com o recurso à legislação complementar, pelos preceitos do CSC e “nomeadamente os especificamente aplicáveis às sociedades anónimas” legitima o recurso às regras reguladoras dos grupos societários. Isto, evidentemente, desde que não conflituem com os princípios estruturantes do direito cooperativo³⁴.

7.1. Destino e afetação dos resultados positivos

O destino/afetação dos resultados positivos está regulado no Código Cooperativo:

³³ Chamando a atenção para o que se está a passar, ver, de forma desenvolvida, Deolinda Meira, em estudo publicado no Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo: “Os grupos económicos cooperativos na encruzilhada entre os princípios da intercooperação e da autonomia e da independência. Uma análise à luz do direito português” que conclui desta maneira: “Quanto aos resultados provenientes de operações que a cooperativa desenvolve indiretamente através de sociedades comerciais por si detidas ou participadas, que se reportam a atividades situadas dentro do objeto social da cooperativa, as quais se revelam necessárias para a prossecução do escopo mutualístico, poderão levantar-se dúvidas quanto à sua classificação e regime de distribuição. O conceito de excedente parece revelar-se inadequado para enquadrar estes resultados, mas impõe-se uma reflexão quanto à possibilidade de os mesmos serem, pelo menos parcialmente repartidos pelos cooperadores” – cfr. <https://baidc.revistas.deusto.es/article/view/2126/2675>.

³⁴ Nesse sentido, cfr. a admissibilidade do recurso à ação “ut singuli”, regulada nos arts 77.º e ss do CSC, no direito cooperativo, defendida por Manuel Carneiro da Frada/Diogo Costa Gonçalves « Acção ut singuli (de responsabilidade civil) e relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais», in Revista de Direito das Sociedades Ano I (2009), n.º4, Almedina, pp. 888 – 904, em anotação favorável ao Ac. RP de 16 de outubro de 2008 (Pinto de Almeida).

O Acórdão foi anotado também por Maria Elisabete Gomes Ramos, in Jurisprudência Cooperativa comentada, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, obra coletiva coordenada por Deolinda Aparício Meira (2012) – p. 445-451.

- Uma parte reverte necessariamente para reserva legal e para a reserva para educação (arts. 96.º, n.º 2 e 97.º do CCoop);
- Outra para formação cooperativa (art. 97.º do CCoop);
- E uma terceira para o eventual pagamento de juros pelos títulos de capital (art. 100.º, n.º 1, do CCoop).

E só a parte sobrante poderá ser distribuída aos cooperadores, como forma de restituição do saldo credor a seu favor na “conta-corrente” – (art. 100.º n.º 1 do CCoop).

Isto desde que a reserva legal não tenha sido utilizada, em exercícios anteriores, para cobrir perdas, hipótese em que a distribuição só pode ocorrer após a mesma ter sido reconstituída – art. 100.º, n.º 2 do CCoop.

A parte sobrante que a lei classifica como excedentes só será, de acordo com a letra da lei, distribuível se não for proveniente de operações com terceiros.

Todavia, o n.º 1 do art. 100.º do CCoop carece de ser interpretado pelas razões e nos termos que se deixaram expressos em 4.1. a 4.5 supra, o que tem implicações na contabilização dos excedentes.

E o conceito de terceiros tem de ser interpretado restritivamente de acordo com o que fomos defendendo.

7.2. Algumas considerações sobre a contabilização dos excedentes

O Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de julho, que aprovou o Sistema de Normalização Contabilística abrangeu, de forma expressa, as cooperativas, exceção feita a certas cooperativas de solidariedade social.

Uma vez apurados os resultados e feitas as afetações obrigatórias mencionadas em 8.1, os excedentes que resultem das operações indicadas, poderão ser distribuídos aos cooperadores.

A distribuição poderá ser total ou apenas parcial de acordo com o que for deliberado na assembleia geral da cooperativa que é o órgão competente para tomar a decisão (art. 38.º, f) do CCoop).

Se não for distribuída a totalidade dos excedentes, a parte que sobrar será contabilizada como reservas livres, ou seja, na conta 552 do SNC – ver supra 6.6.

Sempre que esteja em causa a distribuição de dividendos recebidos de uma sociedade comercial, em que a cooperativa participe e cujo objeto seja a realização de uma atividade de transformação, ou outra, que acrescente valor aos produtos fornecidos pelos cooperadores à cooperativa e por esta à sociedade com as finalidades apontadas em 5.2., os dividendos

deverão ser contabilizados também como reservas, mas lançados, a fim de não se confundirem com outros cuja origem seja diversa, numa subconta que poderá ser denominada de “reservas de excedentes provenientes da transformação e escoamento dos produtos fornecidos pelos cooperadores à sociedade (____) ³⁵ em cujo capital a cooperativa participa³⁶.

A distinção/diferenciação justifica-se pelo facto de a proveniência serem lucros de uma sociedade coligada e de a sua natureza ser equiparável à de um excedente “stricto sensu”.

Em síntese: o lucro distribuído passa a ter a natureza de um excedente proveniente da transformação e escoamento dos produtos que resultam da atividade do cooperador que, contabilisticamente, é tratado como uma reserva. Reserva que, a nosso ver, é distribuível pelos cooperadores nos termos e de acordo com as regras que fomos sustentando.

Ao contrário do português, o Código Cooperativo Espanhol regula a contabilização dos excedentes³⁷.

8. Considerações finais

8.1. Ainda que a violação de princípios cooperativos possa determinar a nulidade do ato ou negócio jurídico e que a nulidade possa ser arguida por qualquer interessado, não vemos que o universo dos legitimados para a suscitarem seja irrestrito.

É, porém, evidente que o âmbito dos legitimados é muito grande.

Estamos convencidos de que tudo quanto defendemos não viola qualquer preceito do Código Cooperativo e que não se colocará a questão da responsabilidade dos membros do órgão de gestão das cooperativas ou das uniões cooperativas pela distribuição de ganhos que não poderiam ser repartidos pelos cooperadores – art. 71.º, n.º 1, do CCoop.

Quanto aos cooperadores, uma vez que os mesmos estarão de boa fé, somos de opinião que não se aplica sequer o estatuído no art. 34.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais (ex vi, art. 9.º do CCoop), ou seja, não correm o risco de devolver as quantias que forem recebendo a título de majoração do resultado da sua atividade.

³⁵ Identificação da sociedade.

³⁶ Tratando-se de uma sociedade coligada com a cooperativa é desejável que se indique se se trata de uma relação de simples participação ou de domínio total. As próprias relações de participação recíproca não estarão, em princípio, excluídas, mesmo no caso de cooperativas de compra de matérias primas para fornecimento aos cooperadores – ver arts. 5.º, n.º 4 e 20.º, n.º 2 do CCoop.

³⁷ Arts. 57.º a 58.º e 60.º e ss. do Código Cooperativo Espanhol.

Mas, não poderemos negar, em face das posições doutrinais dominantes, de que estamos perante matéria em que ninguém poderá garantir que a solução defendida é inatacável.

Não obstante o exposto, será desejável que a matéria seja regulada de forma clara pelo legislador quer no Código Cooperativo, quer no Estatuto dos Benefícios Fiscais.

O legislador tem o poder/dever de o fazer, em face das exigências impostas pelas mudanças profundas no mercado em que as empresas cooperativas operam e que tem uma especial acuidade, por exemplo, na agropecuária, setor produtivo, cuja essencialidade para a economia é inquestionável.

E cujos problemas são do domínio público, não só em Portugal, como em toda a Comunidade Europeia.

8.2. Estamos cientes de que muitos dos entendimentos que defendemos são heréticos em relação às opiniões dominantes e, em alguns casos, dir-se-ia mesmo consolidadas.

A controvérsia justificada e fundada sempre foi, porém, o catalisador do aperfeiçoamento da interpretação e aplicação do direito. As posições que perfilhamos propõem-se ser um contributo para a mudança que a realidade vivida, em muitos setores onde a empresa cooperativa tem uma presença relevante, como, por exemplo, o da agricultura, impõe.

A problematização da dúvida é o melhor caminho para construir e chegar à interpretação correta da norma, uma vez que “a interpretação jurídica é (...) “o momento da concreta e problemático-decisória da realização do direito³⁸”.

E a interpretação correta não pode ser feita abstraindo da realidade que a norma regula no momento da aplicação, conforme, de resto, o n.º 1 do art. 9.º do CC impõe.

E isto porque, como sabiamente referiu Vaz Serra, “ (...) o direito só raras vezes não dará solução a situações indesejáveis: as regras de interpretação e integração das leis são tão amplas e oferecem ao julgador tão fortes possibilidades de proteger situações carecidas do amparo do direito, que, em regra lhe será possível encontrar e aplicar a solução justa e oportuna dos conflitos de interesses que se lhe deparam”.

Terminamos, afirmando que estamos perante uma dessas situações.

³⁸ Castanheira Neves, Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais, p.142, Coimbra Editora, Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, reimpressão, Stvdia Iuridica, 2013.

“A sabedoria consiste em duvidar daquilo em que acreditamos saber”.

Elogia da Dúvida, Victoria Campus,
p.179, Edições 70, Janeiro de 2021

RESUMO: Os Empréstimos Participativos foram criados através do Decreto-lei n.º 11/2022, de 12 de janeiro, na esteira das orientações da Comissão Europeia (2014/C 19/04) relativa aos auxílios de Estado para a promoção dos investimentos de financiamento de risco. Os Empréstimos Participativos têm como foco principal as PME; intervenientes fulcrais no tecido empresarial mundial e que são a categoria de empresas que mais sofre com falta de fundos, alternativos ao financiamento bancário, que permitam a sua continuada viabilidade. O presente estudo visa, portanto, enquadrar a figura portuguesa dos Empréstimos Participativos no contexto político-económico nacional e europeu, analisando crítica e comparativamente o seu regime com outras figuras já existentes no nosso e outros ordenamentos jurídicos, analisar as regras problematizantes e a sua aplicabilidade prática para, por fim, concluir pela sua adequação ou não para a resolução do problema do sobreendividamento que aflige grande parte das PME.

Palavras-chave: Empréstimos Participativos; Conversão; Mútuo parciário; Código das Sociedades Comerciais; Capital próprio; Títulos de dívida; Instrumentos financeiros híbridos.

ABSTRACT: Participative Loans were established by Decree-Law no. 11/2022, of 12 January, following the guidelines of the European Commission (2014/C 19/04) regarding State aid for the promotion of risk financing investments. Participative Loans primarily target SME, pivotal players in the global business fabric and the category of companies most affected by a lack of funds. These loans serve as alternatives to traditional bank financing, aiming to ensure the continued viability of SME. The current study, therefore, seeks to contextualize the concept of (Portuguese) Participative Loans within the national and European political-economic framework. It critically and comparatively analyses their legal framework in relation to other existing figures in our and other legal systems, examines problematic rules and their practical applicability, and ultimately concludes on their suitability or unsuitability for resolving the issue of over-indebtedness that afflicts a significant portion of SME.

Keywords: Participative loans; Conversion; Portuguese Commercial Companies Code; Equity; Debt securities; Hybrid financing instruments.

Empréstimos Participativos: uma tentativa frustrada de contribuir para a redução do sobreendividamento das empresas

1. Introdução

O tema do presente estudo é o empréstimo participativo (“EP”) tal como introduzido no ordenamento jurídico português pelo DL n.º 11/2022, de 12 de janeiro. Como se pode ler no preâmbulo daquele diploma, o Regime Jurídico dos Empréstimos Participativos (“RJEP”) foi criado com a finalidade de apostar na diversificação das “*fontes de financiamento das empresas e na redução da sua dependência do financiamento do sistema bancário, com estruturas de capital mais equilibradas, nomeadamente facilitando o acesso das PME*¹ *ao mercado de capitais, bem como a necessidade de prosseguir a trajetória de melhoria do quadro de apoio ao investimento e capitalização das empresas*”².

A questão do sobreendividamento (sobretudo das PME) e da dependência do financiamento bancário não se restringe a Portugal, estendendo-se a nível europeu e mundial³, sendo há muitos anos pauta de discussão.

* Texto submetido a revisão por pares (*peer review*).

¹ Cfr. os critérios definidos na Recomendação da Comissão Europeia 2003/361 e os critérios definidos no DL n.º 372/2007, de 6 de novembro na sua redação atual, para uma empresa ser considerada uma PME.

² Esta preocupação já se notava noutras medidas adotadas pelo governo (XXI Governo Constitucional), na esteira do Programa Capitalizar, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 42/2016, de 18 de agosto, visando a adoção de medidas concretas que permitam formas alternativas de alavancagem do financiamento e do investimento privado, bem como de dinamização do mercado de capitais, nomeadamente o DL n.º 77/2017, de 30 de junho, no qual se consagra a figura das SIMFE, o DL n.º 19/2019, de 28 de janeiro, que aprova o regime das SIGI, a Lei n.º 7/2017, de 2 de março, que aprova o Regime Jurídico da Conversão de Créditos em Capital (“RJCCC”), e o DL n.º 79/2017, de 30 de junho, a propósito de um “*mecanismo simplificado de aumento de capital por conversão de suprimentos*”, que alterou os arts 87.º e 89.º do CSC.

³ Cfr. SASSO, LORENZO, 2013, *Capital Structure and Corporate Governance. The role of hybrid financial instruments*, International Banking and Finance Law Series, Vol. 21, p. 53, ressalta a importância de se ter um rácio passivo/CP equilibrado na estrutura financeira de uma empresa. Tal rácio serve como forte indicador do seu potencial risco financeiro aquando da decisão de investir ou não por bancos e outros investidores, como barreira de distribuição aos sócios nas sociedades comerciais europeias e até como fator de avaliação de ações de sociedades admitidas à negociação em mercado regulamentado.

* Advogado-estagiário na Vieira de Almeida e Associados, Mestre em Direito Empresarial e Assistente convidado na Católica Lisbon School of Business and Economics.

Há iniciativas a nível europeu que visam enfrentar tais dificuldades, sendo, no entanto, muitas das vezes, focadas em empresas com perfis específicos e com forte potencial de crescimento⁴. Percebendo esta lacuna, foi emitido um Parecer do Comité Económico e Social Europeu – “Recapitalizar as empresas da EU – Uma solução inovadora para uma recuperação sustentável e inclusiva” (2023/C 75/05) (“Parecer Recapitalizar”) em que se aborda o tema do sobreendividamento das PME⁵ e, por sua vez, se fomenta outras fontes de financiamento para as mesmas, em especial os instrumentos financeiros híbridos (“IFH”)⁶. De entre eles, os “*emprestimos híbridos*” (como é o caso dos EP português) revelam-se como uma interessante alternativa, pois representam (i) uma solução a longo prazo e que protege mais a empresa mutuária em comparação com as obrigações, (ii) em que não há diluição ou perda de controlo (pelo menos, inicial)⁷, e

⁴ A título exemplificativo, veja-se o programa ESCALAR do Banco Europeu de Investimento, disponível em [ESCALAR Pilot Programme \(eif.org\)](http://ESCALAR Pilot Programme (eif.org)).

⁵ O Parecer Recapitalizar refere que as PME representam 99,8% do número total de empresas na UE, quase dois terços (65%) do emprego e mais da metade (53%) do valor acrescentado gerado pelo setor empresarial não financeiro. Segundo estudos recentes, o défice de capital próprio e de capital híbrido das PME situa-se entre € 450 e 600 mil milhões de euros. A nível europeu, em 2022, na área do euro, 70% das PME dependiam do financiamento externos dos bancos (contra 40% dos EUA) – cfr. “European SMEs Financing Gap”, in Euler Hermes.

⁶ “*Hybrid financing instruments lie in the middle of the investors' risk/return spectrum, from “pure” debt to “pure” equity, combining features of both debt and equity into a single financing vehicle. These instruments differ from straight debt finance, in so far as they imply greater sharing of risk and reward between the user of capital and the investor*” – cfr. OECD, “New Approaches to SME and Entrepreneurship Financing: Broadening the Range of Instruments” 2015, disponível em www.oecd.org. Cfr. também SASSO (2013) e E. FREGONARA, “*Strumenti finanziari partecipativi, imprese innovative e PMI s.r.l.: questioni aperte*”, in *Rivisto di Diritto Societario*.

⁷ Mesmo que não haja uma perda de capital acionista (inicial), há de ter em atenção os instrumentos (financeiros híbridos) que permitem um grande poder intervintivo pelo financiador na sociedade mutuária. Cfr. SASSO (2013), pp. 101 e ss, que demonstra a possibilidade de se prever mecanismos de controlo pelo subscritor daqueles instrumentos – nomeadamente, contingências, direito de voto, votos em matérias que lhes digam respeito, etc. Além disso, em certos ordenamentos jurídicos se prevê, expressamente, a possibilidade de o financiador ter um poder intervintivo na sociedade financiada. Em Itália, os artigos 2346.^º e ss do *Codice Civile* permitem a criação de instrumentos financeiros participativos, em que o termo “*participativo*” ganha arrimo na participação pelo investidor na sociedade (leia-se, sendo titular de alguns direitos que se destinam aos sócios). E o artigo 2351.^º do *Codice Civile* prevê o direito de voto que pode ser atribuído àqueles instrumentos, como o direito de nomeação a cargos sociais (“*... la nomina di un componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza o di un sindaco*”) – havendo quem defende que se pode votar apenas nos assuntos que digam respeito aos titulares dos instrumentos participativos (cfr. SAGLIOCCA, MARCO, “*Strumenti finanziari partecipativi e*

(iii) que oferece um retorno atrativo para o mutuante sem envolver tais detentores nas decisões da empresa⁸.

Em termos comparados, existem duas tendências principais para a regulação da figura dos EP: de um lado, há sistemas jurídicos que disciplinam os EP não mobiliários, como é o caso de França⁹ e Espanha¹⁰, e de outro os que preveem as obrigações participativas, como sucede em Itália¹¹. No caso de Portugal, o regime dos EP encontra-se numa terceira via, podendo configurar um contrato de mútuo ou títulos representativos de dívida.

A complexidade de outros instrumentos financeiros – nomeadamente, obrigações – que se encontram nos mercados de capitais e a falta de sofisticação necessária para a maioria das PME terem acesso aos mesmos¹², faz com que os empréstimos híbridos (participativos) sejam uma potencial solução a longo prazo, podendo “gerar uma ampla aceitação entre os investidores institucionais [públicos e privados] que procuram perfis de risco de dívida e de tipo híbrido, mas com rendimentos mais elevados, respondendo também às necessidades das empresas de menor dimensão” (cfr. §1.6 do Parecer Recapitalizar).

Com efeito, debruçar-se-á o presente texto sobre o EP português para, de forma crítica, analisar a sua adequação às questões que visa solucionar

poteri di partecipazione attiva al governo delle società per azioni”, in *Rivisto di Diritto Societario*). Certo é que a lei parece atribuir liberdade de estipulação contratual entre as partes sobre alguns temas – nomeadamente, condições de reembolso e remuneração. Sobre quais direitos os mutuantes detêm, a amplitude e restrições, cfr. BUSANI, ANGELO e SAGLIOPPI, MARCO, *Gli Strumenti Finanziari Partecipativi Nelle Operazioni Di Restructuring*, disponível em <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/254/Busani%20-%20Saglioppo%20-%20Enriques,%20Luca,%20Quartum%20Datur%20-%20Appunti%20in%20Tema%20di%20Strumenti%20Finanziari%20Partecipativi%20-%20Inghilterra,%20Negli%20Stati%20Uniti%20e%20in%20Italia,%20200,%20pp.%20166%20e%20ss>.

⁸ Tendo em conta que do universo de PME a nível europeu, 60% são compostas por empresas familiares, tal característica revelar-se-á atrativa para estas empresas. Contudo, como se imagina, a abstenção na estratégia da condução de negócios terá como efeito a exigência de uma remuneração mais elevada.

⁹ Em França, os *prêts participatifs* foram criados pela *loi du 13 juillet 1978*, no intuito de financiar a longo prazo as PME (cfr. *Code Monétaire et Financier* (CMF), *articles L313-13 à L313-20*).

¹⁰ Criado através do *Real Decreto-ley 7/1996*, com sucessivas alterações.

¹¹ Consagrado pelo 35.º da *Legge n. 317* de 5 de outubro de 1991.

¹² A assimetria de informação, custo de transações e outros fatores fazem com que as PME sejam mais prejudicadas no acesso ao financiamento. Sobre a matéria e sobre os benefícios dos EP, *vide* BERTONI, FABIO, MARTÍ, JOSE, REVERTE, CARMELO, 2017, “Participative Loans as an Alternative Policy Instrument for Promoting SME’s Growth”, in *European Financial Management Association*, pp. 3-21.

e se, por conseguinte, será uma figura utilizada pelos investidores e pelas PME, cumprindo as expectativas em si depositadas.

2. Breve descrição e enquadramento do diploma dos empréstimos participativos

2.1. Enquadramento do diploma no contexto político-económico

Como referido, o problema da subcapitalização tem sido, há muitos anos, objeto de estudo em alguns países, entre eles Portugal – entendendo-se que ocorre subcapitalização de uma empresa quando “*o valor do seu capital próprio [é] inferior ao tido por exigível, de acordo com um certo critério ou para a consecução de um determinado fim*”¹³. Tendo em conta o âmbito do presente trabalho, não se cuidará de aprofundar aqui a razão por detrás do referido fenómeno¹⁴, restringindo-se a análise, num primeiro momento, à “fotografia” do cenário empresarial português atual para, posteriormente, se entrar na figura inovadora trazida pelo DL de janeiro de 2022.

A figura dos EP vem na esteira de preocupações no quadro da economia empresarial portuguesa, designadamente tendo em conta o elevado número de empresas sobreendividadas do setor privado¹⁵ que se tem verificado desde há já alguns anos (especialmente das sociedades não financeiras), para além de uma forte dependência do crédito bancário, sobretudo de curto prazo. Números divulgados pelo Banco de Portu-

¹³ Cfr. DUARTE, RUI PINTO, 2011, “A subcapitalização das Sociedades – Notas de Direito Privado e de Direito Fiscal” in *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches – Volume IV*, Fernando Araújo, João Taborda da Gama e Paulo Otero (coord.), Coimbra Editora., p. 1066.

¹⁴ Sobre este tópico, cfr. RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, 2016, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Almedina. p. 25 e PINTO, ALEXANDRE MOTA, 2022, *Do Contrato de Suprimento*, Coimbra, Almedina., p. 97.

¹⁵ Em França, com a mais recente crise pandémica causada pelo coronavírus, iniciou-se um novo projeto de investimento às empresas francesas (*Les prêts participatifs relance (PPR)*), impulsionado (e garantido parcialmente) pelo Estado francês e a terminar no fim de 2023. Sobre os *prêts participatifs*, *vide* Banque de France, 2021, *Les prêts participatifs, Référentiel des financements des entreprises*, fiche 411, in https://entreprises.banque-france.fr/sites/default/files/fiche_411-15003.pdf. Sobre o *PPR* em si, consultar <https://www.economie.gouv.fr/plan-de-relance/mesures/prets-participatifs-relance> e a resposta da Comissão Europeia (C(2021) 1554 final) quanto à notificação do Estado francês para a implementação dessa medida, disponível em https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202110/292992_2252971_42_2.pdf.

gal¹⁶, a propósito das sociedades não financeiras em Portugal, indicam um cenário mediocre em que mais de um quarto (27%) das empresas apresentavam capitais próprios negativos em 2020. A dívida remunerada permaneceu como a principal fonte de financiamento alheio das empresas no mesmo ano, ao representar 54% do passivo agregado das empresas não financeiras (52%, em 2019)¹⁷.

Mesmo se nos situarmos nas estatísticas pré-pandémicas, que apresentavam a evolução do financiamento das empresas em anos de "normalidade" – que, diga-se, vinha decrescendo em número de empréstimos totais na última década –, é possível, ainda assim, observar uma forte dependência, por parte das empresas¹⁸, do crédito bancário.

O mesmo estudo demonstra ainda que apenas 44% das empresas com atividade no país existem há mais de 10 anos – um dado que revela dificuldades para a maioria das empresas em se manterem ativas¹⁹.

Mais recentemente ainda, o Aviso n.º 03/C05-i04-RAA/2023, de 24 de julho de 2023, do Banco de Fomento Português ("Programa Capital Participativo Açores I")²⁰, reporta a existência de cerca de €21.800,00M de crédito de empresas não-financeiras sujeitas ao regime de moratória instituído pelo DL n.º 22-C/2021, de 22 de março, para além de cerca de €8.537,00M de linhas de crédito com garantia de Estado, concedidas em resposta à crise económica, espoletada pela crise decorrente da pandemia associada à Covid-19.

2.2. Breve descrição do diploma

Reservando as críticas para uma fase posterior, começar-se-á por uma breve descrição do RJEP.

¹⁶ Cfr. Banco de Portugal, 2020, *Estudo Central de Balanços – Estudo 49 – Análise das sociedades não financeiras 2020*, in <https://www.bportugal.pt/publications/banco-de-portugal/all/124>, p. 31.

¹⁷ Cfr. Banco de Portugal (2020) p. 32, nota 15.

¹⁸ Principalmente as PME, que até o final do ano de 2021 eram responsáveis por 51% dos empréstimos concedidos. Neste sentido, Banco de Portugal (2020), p. 39.

¹⁹ A pandemia do coronavírus veio acentuar o desequilíbrio financeiro das empresas, tornando mais oneroso o cumprimento dos compromissos assumidos com mutuantes. Na detalhada análise feita pelo BdP, em 2020, mais de um terço das empresas (36%) não gerou EBITDA suficiente para cobrir os gastos de financiamento, proporção nove pontos percentuais superior à observada em 2019 – Banco de Portugal (2020), p. 36.

²⁰ Trata-se de um concurso dirigido à capitalização do sistema empresarial dos Açores, com enfoque nas PME, em que a contratualização do instrumento com os beneficiários finais selecionados se fará pelo regime dos EP sob a forma de mútuo, nos termos do DL n.º 11/2022. Cfr. em <https://recuperarportugal.gov.pt/>.

Como primeira noção de EP, temos que é “*um contrato de crédito oneroso, sob a forma de mútuo ou sob a forma de títulos representativos de dívida, cuja remuneração e reembolso ou amortização dependem, ainda que parcialmente, do resultado da atividade do mutuário e cujo valor em dívida pode ser convertido em capital social do mutuário*”²¹. O EP junta-se a outros tipos de financiamentos híbridos, entre o capital próprio (“CP”) e a dívida, chamados de “*investimento de quase-capital*”.

Para ser considerado, nos termos do RJEP, como CP para efeitos da legislação comercial – e aqui se encontra uma das principais particularidades deste regime –, é necessário que o empréstimo respeite algumas condições, tais como, (i) a remuneração devida ao mutuante depender dos resultados do mutuário e (ii) o reembolso ou amortização depender dos critérios previstos nos arts. 32.º e 33.º do Código das Sociedades Comerciais (“CSC”). Importa igualmente referir a graduação deste tipo de empréstimo numa situação de insolvência do mutuário, adiantando-se que o mesmo é considerado como crédito subordinado^{22/23}, com a ligeira vantagem (se assim se puder qualificar) de estar graduado acima dos créditos dos sócios e de outras pessoas especialmente relacionadas com o devedor^{24/25}.

Relativamente às partes possíveis neste tipo de contrato, temos, como mutuantes, um elenco que é, ao que tudo indica, exaustivo. Atentando-se no art. 3.º n.º 1 do RJEP, os mutuantes podem ser (i) instituições de crédito e sociedades financeiras previstas no art. 3.º e no n.º 1 do art. 6.º do RGICSE, (ii) organismos de investimento alternativo especializado de créditos, de capital de risco e de empreendedorismo social²⁶, (iii) sociedades de investimento mobiliário para fomento da economia²⁷, (iv) o Fundo de Capitalização e Resiliência²⁸ e (v) outras entidades que estejam habilitadas à concessão de crédito a título profissional.

²¹ Cfr. art. 2.º, n.º 2 do RJEP.

²² Cfr. art. 7.º do RJEP.

²³ No direito francês, *article L313-15* do CMF, os créditos participativos são pagos depois dos credores privilegiados ou quirografários. No direito espanhol, a *Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª*, de 24 de novembro de 2020 (número 2504/2020) considerou a interpretação do *artículo 281.º, n.º 1.2 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*, que aprova o texto consolidado da Ley Concursal, como créditos subordinados.

²⁴ Os créditos subordinados estão elencados, taxativamente, no art. 48.º do CIRE, sendo de acionar àquele elenco, nos termos do art. 7.º do RJEP, este novo crédito.

²⁵ O que implicará, nos termos do art. 97.º, n.º 1, alínea e) do CIRE, a extinção das garantias reais com a eventual declaração de insolvência do mutuário.

²⁶ Cfr. Lei n.º 18/2015, de 4 de março, na sua redação atual.

²⁷ Cfr. DL n.º 77/2017, de 30 de junho, na sua redação atual.

²⁸ Cfr. DL n.º 63/2021, de 28 de julho.

Quando se passa para o lado dos mutuários, aqui sim, temos um universo muito mais abrangente²⁹, já que pode ser mutuário qualquer sociedade comercial do setor não financeiro.

Quanto à forma exigida para a contratação dos EP, esta varia consoante o empréstimo seja realizado sob a forma de mútuo ou de emissão de títulos representativos de dívida. No primeiro caso, os EP deverão ser celebrados por escrito, ao passo que no segundo será aplicável o regime da emissão de valores mobiliários³⁰. Além da necessidade de o contrato do EP ou a emissão de títulos representativos de dívida mencionarem expressamente a sujeição ao RJEP, a celebração do empréstimo requer deliberação prévia, expressa e favorável da AG do mutuário, salvo quando a contratação dos EP seja feita durante a pendência de um processo de reestruturação de empresas previsto no CIRE³¹.

Ao tratar da finalidade dos EP, o diploma, no seu art. 5.º, deixa-a na autonomia privada, podendo ser escolhida qualquer finalidade, desde que compatível com o objeto social ou política de investimento do mutuante e do mutuário e com a demais legislação aplicável. Não obstante, o RJEP adianta algumas finalidades possíveis, como o financiamento de investimento, o reforço de fundo de maneio e o reembolso de dívida anterior.

O EP é oneroso e a sua remuneração pode ser exclusiva ou parcialmente³² indexada a uma participação nos resultados do mutuário, fixada pelas partes no contrato³³. Tal participação nos resultados pode consistir numa percentagem fixa ou crescente daqueles resultados, ou ser proporcional ao peso do valor nominal do EP no CP do mutuário³⁴. Dito de outro modo, sendo a remuneração atrelada ao desempenho do mutuário – seja este desempenho traduzido no volume de negócios, no resultado operacional ou no resultado líquido³⁵ –, caso a empresa contraente do empréstimo tenha uma situação financeira aquém dos mínimos estabelecidos nos arts. 9.º, n.º 1 e 11.º, ou seja, (i) quando o CP do mutuário seja ou se torne, em virtude do pagamento, inferior à soma do capital social e das reservas ou (ii) quando os lucros do exercício sejam necessários para cobrir prejuízos transitados ou para formar ou reconstruir reservas impostas por lei ou pelo contrato de sociedade, não há lugar ao paga-

²⁹ Cfr. art. 3.º, n.º 2 do RJEP

³⁰ Cfr. art. 4.º, n.º 2 do RJEP.

³¹ Cfr. art. 4.º, n.º 3 do RJEP.

³² Podendo esta parte da remuneração, não indexada aos resultados do mutuário, corresponder a uma componente adicional de taxa de juros (cf. o artigo 8.º, n.º 5 do RJEP).

³³ Cfr. art. 8.º, n.º 2 do RJEP.

³⁴ Cfr. art. 8.º, n.º 3 RJEP.

³⁵ Cfr. art. 8.º, n.º 4 do RJEP.

mento da remuneração. Aqui está uma primeira vantagem para a empresa mutuária que vê o pagamento da remuneração adaptado ao seu progresso financeiro.

Quanto ao reembolso, que se traduz exclusivamente na devolução do capital mutuado³⁶, e que também obedece aos limites mencionados do art. 11.º, o mutuário pode efetuá-lo a todo tempo, pelo valor nominal, acrescido da remuneração inicialmente prevista e da que se venceria até ao início do trimestre em que ocorra o reembolso.

Uma medida de grande importância para a proteção do crédito do mutuante é a proibição consagrada no art. 13.º do RJEP. Salvo autorização expressa do mutuante, esta norma impede o mutuário de *"alterar as condições de repartição de lucro fixadas no contrato de sociedade, atribuir privilégios às participações sociais existentes, reembolsar suprimentos, prestações acessórias ou suplementares, amortizar participações sociais ou deliberar a redução do seu capital"*³⁷, englobando nesta proibição de redução do capital social do mutuário *"eventuais ações próprias e outros instrumentos de capital próprio e prémios de emissão"*³⁸. Acredita-se ser razoável o que diz Marta Boura³⁹ quando refere que, tendo em conta as restrições previstas no art. 13.º, feitas no intuito de evitar a subcapitalização do mutuário e frustrar o crédito do mutuante, deve-se proceder ao registo comercial dos EP, de forma

³⁶ Cfr. art. 8.º, n.º 1 do RJEP, que define a remuneração e o reembolso.

³⁷ À semelhança do art. 368.º, n.º 1 do CSC, a propósito das obrigações convertíveis em ações.

³⁸ Talvez faça igualmente sentido para o mutuante, a nível contratual, estabelecer que, uma vez verificados os pressupostos da conversão, não se possa proceder na mutuária um aumento de capital com rubricas que não do capital próprio durante a vigência do contrato dos EP. Isso, pois, como explicita o artigo 21.º do RJEP, o cálculo para a conversão será proporcional ao valor do empréstimo não pago somado ao valor nominal das remunerações que não tenham sido pagas, tudo relativamente ao capital próprio da mutuária. Imagine-se, uma vez verificados os pressupostos da conversão, que os sócios decidam por converter os suprimentos que detêm perante a sociedade no valor de €1.000.000,00 em capital social. Se o capital próprio antes da conversão dos suprimentos era um total de €3.000.000,00 e o valor total em dívida pela sociedade era de €1.000.000,00, dever-se-ia converter o EP em 33,3% do capital social da sociedade. Com a conversão dos suprimentos anterior à conversão dos EP, o capital próprio ascende a um total de €4.000.000,00, pelo que o mutuante, uma vez convertido o EP, teria uma participação de apenas 25% na sociedade. Cfr. Sasso (2013), pp. 143 e ss, onde apresenta métodos anti-diluição da conversão de obrigações convertíveis em capital social, em proteção do mutuante.

³⁹ BOURA, MARTA, 2022, "O regime jurídico dos empréstimos participativos: comentário ao Decreto-Lei n.º 11/2022, de 12 de janeiro", in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano 14, n.º, p. 134.

a facilitar o controlo destas proibições⁴⁰. De modo a reforçar a posição creditícia do mutuante, o RJEP atribui a possibilidade de este exigir uma auditoria à situação financeira do mutuário e de poder converter o crédito em capital social sempre que o órgão de administração do mutuário não apresente ao mutuante comprovativo da aprovação de contas e depósito na Conservatória do Registo Comercial decorridos 12 meses sobre o prazo legal para o efeito⁴¹.

Finalmente, a possibilidade de conversão⁴² do EP em capital social, consagrada no capítulo III do RJEP, é uma outra especialidade deste diploma. As partes podem livremente estipular condições (mais exigentes) no contrato ou nas condições de emissão dos títulos representativos de dívida a propósito do direito de conversão⁴³. Além disso, o mutuante terá sempre o direito à conversão quando (i) o reembolso não tenha ocorrido na totalidade, decorrido o prazo de reembolso fixado pelas partes no contrato ou nas condições de emissão dos títulos representativos de dívida, (ii) caso o mutuário não haja pago a remuneração devida durante mais de 12 meses, seguidos ou interpolados, ou, como já referido, (iii) caso o órgão de administração do mutuário não apresente ao mutuante comprovativo da aprovação de contas e depósito na Conservatória do Registo Comercial decorridos 12 meses sobre o prazo legal para o efeito⁴⁴. Uma vez verificado algum destes requisitos, o mutuante pode apresentar uma proposta de conversão do EP em capital social ao mutuário, acompanhado do relatório do ROC⁴⁵, aplicando-se o que estiver disposto no contrato de

⁴⁰ Cfr. art. 3.º, n.º 1, alínea l) do CRC, que impõe a obrigatoriedade de registo da emissão de obrigações quando realizada através de uma oferta particular.

⁴¹ Cfr. arts. 9.º, n.ºs 5 e 6 e 14.º, alínea c) do RJEP.

⁴² Também designada de *debt equity swap*, *debt to equity swap* ou DES, esta operação tem sido muito usada mundialmente, visto ser um “instrumento que permite, de forma rápida e expedita, moderar e combater o sobreendividamento societário” – DOMINGUES, PAULO DE TARSO, 2019, “Regime Jurídico da Conversão de Créditos: A Tomada de Assalto das Sociedades pelos Credores?”, in *Seminário de Direito da Insolvência* Catarina Serra (coord.), Coimbra, Almedina, p. 80.

⁴³ Cfr. art. 14.º do RJEP.

⁴⁴ Cfr. art. 14.º, alíneas a) a c) do RJEP.

⁴⁵ Sobre o relatório do ROC ser a solução que melhor tutela os interesses envolvidos, conferindo uma maior proteção à sociedade, aos seus credores e restantes sócios, para além da eventual responsabilização solidária do sócio minoritário, *vide* TRIUNFANTE, ARMANDO, 2018, “Conversão de Créditos de Suprimentos em Capital (DL n.º 79/2017, de 30/6 e Retificação n.º 21/2017, de 25/8” in *V Congresso Direito das Sociedades em Revista*, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, J. M. COUTINHO DE ABREU E PAULO DE TARSO DOMINGUES (coord.), Coimbra, Almedina, p. 285 e RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, 2019, “Regime Simplificado de Aumento de Capital por Conversão de Suprimentos”, in *Seminário de Direito da Insolvência*, Catarina Serra (coord.), Coimbra, Almedina, p. 58. Numa indagação igualmente válida para o presente

EP ou nas condições de emissão dos títulos representativos de dívida⁴⁶. Em alternativa, nos termos do n.º 4, caso seja permitido pelo contrato ou através de deliberação da AG (nos termos do art. 366.º do CSC), podem as partes estabelecer que o mutuante tem um direito potestativo de conversão, derrogando o previsto nos arts. 15.º a 20.º do RJEP⁴⁷.

3. Alcance do diploma no plano societário

Dispõe o art. 2.º, n.º 2 do RJEP, que “[os] empréstimos participativos são considerados capital próprio para efeitos da legislação comercial”⁴⁸ caso respeitem os pressupostos mencionados no ponto anterior. É, assim, essencial tentar perceber o que se deve entender por “para efeitos de legislação comercial”, uma vez que esta expressão acaba por ser muito ampla, dificultando a sua interpretação.

Torna-se, assim, imperativo definir o âmbito de aplicação do diploma. Mais ainda se se tiver em conta que, dependendo do seu âmbito de aplicação – i.e., se aplicável para efeitos de normas contabilísticas, de dissolução da sociedade, de distribuição de dividendos, de insolvência, etc. –, o RJEP poderá tornar-se mais ou menos apelativo para as empresas (mutuárias) e para os agentes financiadores do mercado.

Comece-se, então, com um dos pontos mais questionáveis do diploma e, crê-se, um dos mais importantes: afinal, o capital mutuado é efetivamente considerado, para todos os efeitos, como CP?

3.1. Alcance do diploma no plano contabilístico

De modo a atingir o objetivo de proporcionar informação sobre a posição financeira/patrimonial de uma entidade no fim do período de

trabalho: sobre quem caberá a escolha do ROC para efeitos da avaliação do crédito no âmbito do RJCCC? Neste sentido, *vide* GUINÉ, ORLANDO VOGLER, (2018), “Comentários Preliminares ao Regime Jurídico da Conversão de Créditos em Capital”, in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano X, n.º 2, pp. 302 e 303.

⁴⁶ Cfr. art. 15.º, n.ºs 1 e 2 do RJEP.

⁴⁷ Devem as partes definir expressamente as circunstâncias e os termos a que o exercício de tal direito deverá obedecer. Derrogar-se-á, nomeadamente o direito de preferência de sócios ou acionistas, previsto no art. 19.º do diploma.

⁴⁸ No direito francês, de uma forma mais direta, o *article L313-14* do CMF afirma equiparar os *prêts participatifs* a capital próprio, dizendo que “[i]ls sont, au regard de l’appréciation de la situation financière des entreprises qui en bénéficient, assimilés à des fonds propres”.

relato, as empresas mutuárias devem elaborar (pelo menos, uma vez por ano⁴⁹) o seu balanço. A elaboração do balanço baseia-se num conjunto de normas que permite uma linguagem conhecida quer pela empresa, quer pelos utilizadores externos (que irão tomar decisões com base nessa informação).

Em primeiro lugar, quando se fala de normas de contabilidade, importa referir as *International Financial Reporting Standards* ("IFRS") – normas internacionais de contabilidade emitidas pelo *International Accounting Standards Board* ("IASB"). A crescente relevância do IASB⁵⁰ no cenário internacional sente-se em Portugal que, desde 2005, passou a impor⁵¹ que as empresas cujos valores mobiliários (ações ou obrigações) fossem admitidos à negociação em mercado regulamentado passassem a preparar as suas demonstrações financeiras de acordo com o previsto nas IFRS^{52/53}. A manifestação da importância do referido órgão e das normas por este emitidas também é percebida no Sistema Nacional de Contabilidade ("SNC")⁵⁴, cujo conteúdo está, de certa forma, alinhado com o que se encontra nas IFRS⁵⁵, fazendo com que, indiretamente, o restante das empresas também estejam sujeitas às IFRS⁵⁶. Dentro dos instrumentos contabilísticos do SNC, deve-se analisar, para efeitos do presente estudo, a Estrutura Conceptual ("EC")⁵⁷ e as Normas Contabilística e de Relato Financeiro (NCRF)⁵⁸.

Dito isto, dissecar-se-á o instrumento dos EP. Salientando novamente o referido no preâmbulo do RJEP, os EP são (em teoria) instrumentos de

⁴⁹ Cfr. arts. 65.º e ss. do CSC, em especial arts. 65.º e 70.º.

⁵⁰ A sua importância resulta evidente no Regulamento (CE) n.º 1126/2008, de 3 de novembro, que passou a adotar uma extensa lista de normas do IAS e IFRS, emitidas pelo IASB.

⁵¹ Cfr. Regulamento n.º 1606/2002, de 19 de julho e art. 4.º do DL que aprova o SNC.

⁵² Cfr. IAS 33, *Resultados por ação*, ponto 2.

⁵³ As sociedades não emitentes de valores mobiliários admitidas à negociação em mercado regulamentado também podem preparar as demonstrações financeiras de acordo com as IFRS, desde que as referidas demonstrações financeiras estejam sujeitas a certificação legal de contas.

⁵⁴ Aprovado pelo DL n.º 158/2009.

⁵⁵ Em 2010, as empresas portuguesas foram obrigadas a aplicar o SNC (que sofreu uma revisão em 2015, de forma a transpor a Diretiva n.º 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, cujo objetivo era precisamente atingir uma maior harmonização entre os Estados-Membros da UE).

⁵⁶ Para maior detalhe, *vide* ISIDRO, Helena e PAIS, Cláudio, 2017, "The Role and Current Status of IFRS in the Completion of National Accounting Rules – Evidence from Portugal" in *Accounting in Europe*, vol. 14, Issue 1-2. ISIDRO (2017).

⁵⁷ Disponível em http://www.cnc.min-financas.pt/_siteantigo/SNC_projeto/SNC_EC.pdf.

⁵⁸ Disponível em https://www.cnc.min-financas.pt/Instrumentos_snc2016.html.

quase-capital, ou seja, são instrumentos que podem ser contabilizados, total ou parcialmente, como CP. Nos termos da EC, CP é “*o interesse residual nos activos da entidade depois de deduzir todos os seus passivos*”, ao passo que passivo “*é uma obrigação presente da entidade proveniente de acontecimentos passados, da liquidação da qual se espera que resulte um exfluxo de recursos da entidade incorporando benefícios económicos*”⁵⁹. O parágrafo 5.º da NCRF 27 dá uma definição diferente de passivo financeiro. Porém, retira-se do mesmo parágrafo um outro critério importante que é o da *obrigação* de entregar (ou trocar com) a contraparte algo (dinheiro, ativos ou passivos financeiros em condições potencialmente desfavoráveis para a entidade, não derivados por instrumentos de CP, etc.).

Olhando às normas internacionais, os *International Accounting Standards* (“IAS”)⁶⁰, em particular o IAS 32⁶¹, as definições que nele constam assemelham-se às previstas no NCRF. Assim, está-se perante um passivo financeiro sempre que haja uma *obrigação* contratual, uma *obrigação* de entregar dinheiro ou uma *obrigação* de entregar outro instrumento financeiro para outra entidade (e com as outras possibilidades acima mencionadas)⁶². O parágrafo 17 daquela norma destaca, aliás, quando se estaria perante uma situação de *não obrigação* contratual: uma característica crítica na diferenciação de um passivo financeiro de um instrumento de CP é a existência de uma *obrigação* contratual de uma das partes do instrumento financeiro, o emitente, quer de entregar dinheiro ou outro ativo financeiro à outra parte, o titular, quer de trocar ativos financeiros ou passivos financeiros com o titular, sob condições que são potencialmente desfavoráveis para o emissor. Apesar de o detentor de um instrumento de CP poder ter direito a receber uma parte (*pro rata*) de quaisquer dividendos ou outras distribuições de capital, o emitente não tem uma *obrigação* contratual de fazer tais distribuições, uma vez que não se lhe pode ser exigido que entregue dinheiro ou outro ativo financeiro a outra parte (tradução livre do parágrafo 17).

Um ponto a destacar do IAS 32 é o que se encontra no seu parágrafo 25 que refere que um instrumento financeiro que apenas permita exigir o pagamento no caso de um evento futuro e incerto, nomeadamente receitas do emitente, rendimento líquido ou rácio de endividamento em capital,

⁵⁹ Cfr. parágrafo 49 da EC.

⁶⁰ Normas de contabilidade também emitidas pelo IASB.

⁶¹ Epígrafe “Instrumentos Financeiros: Apresentação”, parágrafo 11.

⁶² Noção de CP similar à constante da EC (parágrafo 11): “An equity instrument is any contract that evidences a residual interest in the assets of an entity after deducting all of its liabilities”.

e que fuja do controlo do emitente, não deixa, ainda assim, de ser considerado um passivo financeiro, dado que o emitente não tem o direito incondicional de evitar a entrega do dinheiro ou de outro ativo financeiro uma vez verificado o evento futuro e incerto.

Ainda, e de forma resumida, o Parecer Recapitalizar refere, com base no IFRS e no quadro da Basileia II, que os IFH (nomeadamente, empréstimos híbridos) *“podem ser considerados capital próprio se forem não garantidos, subordinados e totalmente desembolsados, se não forem reembolsáveis por iniciativa do detentor, se puderem ser utilizados para cobrir perdas e se for possível adiar a obrigação de pagar juros”*^{63/64}.

Tendo-se olhado às normas contabilísticas, cumpre analisar o RJEP. Este diploma afirma que os EP serão considerados CP se a respetiva remuneração depender dos resultados do mutuário e se a remuneração e reembolso respeitarem o disposto nos arts. 32.º e 33.º do CSC. A letra da lei induz a crer que, uma vez respeitados os pressupostos do art. 2.º, n.º 2, o capital mutuado será efetivamente contabilizado no CP da empresa.

Os n.ºs 1 e 2 do art. 9.º descrevem, de uma forma não tão clara, que caso aqueles requisitos se verifiquem, o mutuário *procede* ao pagamento da remuneração devida *“nos termos previstos no contrato”* ou *“nas condições de emissão dos títulos representativos de dívida”*, sob pena de ter as garantias por si prestadas acionadas ou estar sujeito à conversão do montante em falta em capital social. Como se percebe, o caráter de obrigatoriedade é patente. À parte mutuária dos EP não é concedido um direito de recusa caso haja

⁶³ Veja-se, ainda que numa vertente regulatória, os artigos 489.º a 491.º do Regulamento (UE) n.º 575/2013, 26 de junho de 2013 (CRR – *Capital Requirements Regulation*) – um dos regulamentos europeus concretizadores das diretrizes dos Acordos de Basileia (Basileia I – 1988; Basileia II – 2004; Basileia III – 2010) que define os requisitos prudenciais aplicáveis às instituições de crédito e às empresas de investimento, nomeadamente no que respeita ao estabelecimento de regras de cálculo e determinação dos níveis mínimos de fundos próprios –, a propósito da qualificação dos IFH como fundos/capitais próprios. Aqueles artigos determinam as condições necessárias para que um determinado IFH seja considerado como fundo próprio *tier 1* ou *tier 2*. Cfr. também GUINÉ, ORLANDO, 2011, “O Financiamento de Sociedades por meio de Valores Mobiliários Híbridos (entre as acções e as obrigações)”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, pp. 83 e ss, que esquematiza, com base num conjunto de fontes europeias (nomeadamente, as *Implementation Guidelines for Hybrid Capital Instruments* do Committee of European Banking Supervisors), um conjunto de condições essenciais para qualificar os valores mobiliários híbridos como fundos *tier 1* (i.e., os “fundos próprios de base”) – relativamente (i) ao grau de senioridade do crédito quanto aos restantes credores, (ii) prazo de reembolso, (iii) discricionariedade ou não do pagamento de juros e sua prioridade face aos dividendos dos acionistas, e (iv) a elasticidade do valor nominal.

⁶⁴ Cfr. §4.2.1. e a sua nota 18.

resultados distribuíveis, já que, caso houvesse tal direito, não seria concedido ao mutuante a via executória das garantias prestadas pelo devedor ou a possibilidade de conversão, demonstrando que a empresa que contraiu o financiamento *deve* pagar, nos termos do contrato, assim que preencher os pressupostos elencados pelo diploma⁶⁵.

Poder-se-ia tentar ligar a característica de a remuneração estar dependente de resultados que podem nunca acontecer a um aspeto de incerteza desse retorno, remontando a uma componente de instrumento de CP – parecido, aliás, com o que ocorre na restituição das prestações suplementares⁶⁶. Acontece que, como mencionado a propósito do parágrafo 25 do IAS 32, o facto de a remuneração do mutuante depender dos resultados do mutuário, por si só, não afasta a obrigação de pagar, dado que, no momento em que o mutuário preencha esses critérios, *terá* de proceder ao pagamento^{67/68}.

Acresce que o facto de os arts. 9.º, n.º 4 e art. 10.º, n.º 5 do RJEP permitirem uma deliberação prévia da AG antes da remuneração e/ou reembolso não afasta a imperatividade da vinculação ao pagamento. Na

⁶⁵ Parece, pelo menos, indiscutível que a taxa de juro – fixa, previamente estabelecida e não indexada aos resultados da empresa – a que se refere o n.º 5 do art. 8.º do RJEP é uma componente passiva.

⁶⁶ Cfr. art. 213.º do CSC, em particular, o n.º 1. Parece que o legislador quis inspirar-se na previsão do art. 213.º a propósito das prestações suplementares, tendo em conta que (i) as prestações suplementares *“só podem ser restituídas aos sócios desde que a situação líquida não fique inferior à soma do capital e da reserva legal”* (n.º 1), e (ii) *“[a] restituição das prestações suplementares depende de deliberação dos sócios”* (n.º 2).

⁶⁷ Também AG25 do IAS 32, a respeito das ações preferenciais, demonstra que a incapacidade do emitente (leia-se, no caso, mutuário) de satisfazer uma obrigação de resgatar uma ação preferencial quando contratualmente exigido para o fazer, seja por falta de fundos, uma restrição estatutária ou lucros ou reservas insuficientes, não afasta a obrigação. Sobre as ações preferenciais, de forma desenvolvida, cfr. CUNHA, PAULO OLAVO, 1993, *Os Direitos Especiais nas Sociedades Anónimas as Acções Privilegiadas*; SASSO (2013) e PESSOA, DIOGO, 2021, *Das Ações Preferenciais e Direito de Voto*, Universidade Católica Editora.

⁶⁸ Considerando que o diploma concede um certo grau de autonomia privada às partes, poderíamos tentar conjecturar, a respeito da remuneração (art. 9.º, n.º 4 do RJEP), um cenário (improvável) em que as partes acordam caber, única e exclusivamente, ao mutuário a decisão de pagar (ou *não* pagar) ou a decisão de *quando* pagar, sem que da decisão de não pagar atribua a possibilidade do mutuante acionar as garantias ou o direito à conversão do n.º 3 do mesmo artigo. Só assim se concebe uma eventual consonância com as normas de contabilidade descritas, permitindo imputar a remuneração no CP do balanço da empresa. Acredita-se ser aplicável o mesmo raciocínio ao nível do reembolso, sem prejuízo do contrato ou das condições de emissão preverem o direito de o mutuante exigir a todo tempo a restituição do reembolso (art. 10.º, n.º 2 do RJEP).

opinião de Diogo Pessoa⁶⁹, nos casos em que a possibilidade de haver deliberação prévia da AG não foi estipulada no contrato, o devedor deve pagar. O raciocínio deve, no entanto, ir mais longe, verificando a obrigação de pagamento, seja quando tal deliberação não estiver prevista no contrato, seja *com* a sua previsão nos mesmos. Ora, a estipulação dessa possibilidade permite *apenas* trazer à competência dos acionistas a análise e decisão de pagamento (ou não pagamento), bem como a delinear das condições em que o mesmo seria efetuado. É manifesto que a decisão de pagamento (ou não pagamento) da remuneração pelo mutuário tem consequências relevantes. O não pagamento pode, desde logo, dar lugar à entrada de novo(s) acionista(s) na sociedade⁷⁰ e eventual diluição proporcional das suas participações no capital social⁷¹, não sendo uma repercussão futura indiferente na vida societária de uma empresa. Havendo a possibilidade de conversão e possível redução⁷² proporcional das participações sociais no capital social da mutuária, gerar um potencial desequilíbrio numa eventual alteração da estrutura acionista do mutuário.

Assim, o legislador quis apenas trazer à competência dos sócios a decisão de proceder ao pagamento da remuneração e/ou reembolso, mas, caso não o façam, tratar-se-á, na mesma, de uma situação de incumprimento contratual por parte da sociedade, dispondo o mutuante dos referidos mecanismos ao abrigo do RJEP. Parece evidente que, uma vez verificados os requisitos de pagamento do reembolso e/ou remuneração, o mutuário *deve* proceder ao pagamento, independentemente de estar, ou não, previsto no contrato de EP a possibilidade de deliberação prévia pela AG.

Decorre do que vem sendo exposto que o RJEP deixa muitas dúvidas em aberto. Foi, portanto, na tentativa de sanar essas dúvidas, que a Comissão de Normalização Contabilística (CNC) estabeleceu, através da Orientação Técnica n.º 4, que os EP devem ser contabilizados nos termos do NCRF 27, nomeadamente o parágrafo 21, à luz do qual, estando-se

⁶⁹ Cfr. PESSOA, DIOGO, 2022, *The new Portuguese Framework of Participative Loans – some questions and perplexities*, in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4042047, pp. 9 e 10.

⁷⁰ Em caso de não pagamento o mutuante adimplente pode também optar por acionar as garantias prestadas pelo mutuário, ao abrigo do art. 9.º, n.º 2 do RJEP.

⁷¹ Cfr. art. 19.º do RJEP.

⁷² Sob pena de uma expropriação forçada sem justa indemnização, a proposta que inclua a redução deve ser devidamente justificada, contendo uma demonstração do valor das participações sociais – cfr. DOMINGUES (2019), p. 89.

perante um instrumento composto^{73/74}, deve-se “*alocar a quantia recebida entre as respetivas componentes* [a saber, passivo ou CP]”, devendo-se primeiro determinar a quantia exata do passivo financeiro para depois imputar o montante residual à componente de CP. Ora, como exposto durante o presente ponto, ao aplicar aquela norma ao caso concreto, resulta evidente que a remuneração fixa consagrada no RJEP deverá ser contabilizada no passivo da sociedade mutuária. E, ao que tudo indica, a remuneração indexada aos resultados também deverá ser imputada na mesma rubrica⁷⁵. Em suma, parece que a expressão “*para efeitos da legislação comercial*” que consta no art. 2.º, n.º 2 do diploma não inclui o plano da contabilidade⁷⁶ – ou seja, apenas na eventual conversão do crédito

⁷³ Tal como refere o parágrafo 21 do NCRF 27, “*(...) como sejam instrumentos de dívida com opção de conversão ou obrigações com warrant ou qualquer outro instrumento que combine instrumentos de capital próprio com passivos financeiros (...)*”.

⁷⁴ Faria sentido indagar ainda se os EP, sobretudo quando celebrados sob a forma de obrigações, podem ser subsumidos ao conceito de IFH, ao abrigo do IAS 39, §10.º a §13.º e AG27 – AG33B: o instrumento híbrido é todo o instrumento financeiro que contém um derivativo incorporado (“*embedded derivative*”) incluído num instrumento principal (“*host contract*”). Nestes termos, o “*embedded derivative*” deve ser mensurado em primeiro lugar, ao valor justo (“*fair value*”) e o “*host contract*” é mensurado residualmente pela diferença entre aquele e o valor total do IFH. Ou seja, trata-se de um procedimento inverso ao do instrumento financeiro composto. Não se abordará o conflito semântico entre instrumentos financeiros compostos e híbridos – cfr. VIEIRA, JORGE, “Instrumentos Financeiros Compostos e Contratos Híbridos: um Ensaio Normativo sobre os Efeitos da Regulação Contábil e Tributária no Brasil”, in *Revista Direito Tributário Atual* n.º 48 39, p. 175 – 201. No entanto, SASSO (2013), p. 54 refere que os atuais requisitos contabilísticos que regem a classificação dos instrumentos financeiros como passivos ou capital próprio, tanto ao abrigo das IFRS como dos GAAP dos EUA, têm sido criticados por não disporem de um conjunto de princípios claro e consistentemente aplicado e por não distinguirem entre capital próprio e não-capital próprio de uma forma que reflete a vertente económica das transações que envolvem esses instrumentos.

⁷⁵ Aliás, numa situação similar ao que aqui se passa, em França, como exposto a nota 53, o CMF estabelece que o montante mutuado deve ser equiparado, ao nível do balanço, a CP. No entanto, jurídica e contabilisticamente não parece ser o caso, tendo em conta, respetivamente, o que foi proferido pela *Cour de Cassation* em 2000 (cfr. *Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 6 juin 2000, 97-15.864*), que considerou justificada a decisão dos juízes da Relação de não levar em consideração o valor do empréstimo patrimonial para o cálculo do património, e a *Conseil National de Comptabilité*, que também considera os EP como dívida para o mutuário, enquadrando-os no art. 941-16, classe 16, do plano geral de contas (“*plan comptable général*”), *règlement ANC N° 2014-03*, registando numa linha específica do balanço (*compte 1675*).

⁷⁶ O art. 67.º, n.º 12, alínea a) do CIRC é claro ao dizer que são considerados gastos de financiamento, passíveis de dedução e determinação do lucro tributável da mutuária, até ao montante previsto no n.º 1 do artigo, os juros de empréstimos devidos à remuneração de capitais alheios, nos quais se incluem os EP. Sabe-se que a norma do CIRC já existia

em capital social da mutuária é que se terá, de facto, um efetivo combate ao sobreendividamento, passando o montante do passivo (a definir pelo ROC) para o CP da sociedade⁷⁷.

Resulta claro do diploma a existência de uma obrigação contratual por parte do mutuário de restituir o montante recebido e de remunerar o mutuante, sem prejuízo de estar impossibilitado de o fazer por não preencher os requisitos impostos pelo mesmo. Aparenta ser uma tentativa de aproximar o instituto dos EP do regime das prestações suplementares⁷⁸, embora, diga-se, de uma forma bastante infeliz, uma vez que as prestações suplementares têm um forte caráter de estabilidade e de não obrigação de restituição.

3.2. Alcance do diploma noutros planos

O conceito de CP é referido a propósito do art. 32.º do CSC, relativo à distribuição de bens aos sócios. O diploma dos EP não veda a utilização do capital para efeitos de distribuição aos sócios, mas apenas a alteração das regras de repartição de lucros fixadas no contrato de sociedade⁷⁹. Com efeito, não parece existir, para efeitos comerciais, uma proibição de distribuição, caso o CP da empresa ultrapasse os limites impostos pelo art. 32.º do CSC. Em qualquer caso, sempre se poderá questionar: faria sentido ser aquele um objetivo a almejar por parte do legislador português? É que a utilização dos EP para distribuição de bens aos sócios poderia, de forma contraditória, resultar em problemas de tesouraria da empresa, podendo

quando da entrada em vigor do RJEP. Não obstante, basta olhar para a doutrina para confirmar que as características presentes na norma do CIRC são as que a doutrina usava para caracterizar, com as devidas adaptações, os EP. Neste sentido, *vide* OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, 2017, *Manual de Corporate Finance*, 2.ª edição, Almedina, p. 172.

⁷⁷ Tenha-se em atenção, todavia, que no Parecer Recapitalizar há uma recomendação da CESE para se alterar a Diretiva Contabilística 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho “*fim de harmonizar o procedimento contabilístico para os empréstimos híbridos ou outros tipos de dívida com um prazo de vencimento superior a oito anos, com um período de tolerância de pelo menos três anos e com uma taxa de juro variável, em parte ligada ao «sucesso» definido de forma discricionária (por exemplo, em função do crescimento, da rentabilidade, etc.)*”, facilitando “*o cálculo dos empréstimos híbridos como capital próprio aquando do cálculo do património líquido de uma sociedade para efeitos de direito comercial, tratando-os como capital próprio ou fundos próprios para efeitos contabilísticos*”.

⁷⁸ Cfr. nota 74.

⁷⁹ Cfr. art. 13.º do RJEP. A interpretar o artigo de forma cautelosa, *vide* PESSOA (2022), p. 16, nota 31.

mesmo fazer que a mesma retornasse a uma situação de sobreendividamento, da qual pretendia sair.

Teria então o legislador português a intenção de considerar os EP para efeitos de insolvência? Adere-se, aqui, à posição de Diogo Pessoa quando analisa o art. 3.º do CIRE e conclui que *"the loss of 100% of the equity does not give rise, by itself, in the Portuguese legal system, to any reaction. Over-indebtedness is only foreseen if the liabilities significantly exceed the assets"*⁸⁰. Moreover, we are not aware of any insolvency declared only for this reason (i.e., without meeting also the cash-flow criterion for insolvency)"⁸¹. A este respeito, acrescentou bem o Autor ao referir que, se fosse essa a intenção do diploma, bastaria que o legislador tivesse remetido o escopo do EP para a alínea c) do n.º 3 do art. 3.º do CIRE, nos termos da qual não se incluem no passivo *"dívidas que apenas hajam de ser pagas à custa de fundos distribuíveis ou do activo restante depois de satisfeitos ou acautelados os direitos dos demais credores do devedor"*.

Em face do exposto, há, então, que concluir que era intenção do legislador português contabilizar o EP no CP para efeitos de contabilidade da empresa – ainda que a mesma pareça não ter sido alcançada. Com efeito, parece que o diploma quis aproximar-se das características e formalismos dos instrumentos de CP existentes no nosso ordenamento, sem, no entanto, ter tido a preocupação de analisar os requisitos fundamentais das normas contabilísticas. Para além disso, uma leitura atenta do preâmbulo daquele diploma parece indicar que o mesmo se baseou na legislação de outros ordenamentos, designadamente no diploma espanhol, cuja letra da lei conduz a um escopo de aplicação muito limitado e com finalidades específicas⁸².

Tudo somado, o diploma dos EP apresenta-se como uma construção normativa estranha e de difícil interpretação. O alcance do diploma no plano societário poderá, a final, ficar reduzido às normas do CSC anteriormente referidas, sendo esta, como facilmente se entende, uma solução que esvazia, em grande parte, um diploma que se queria relevante e atrativo para as empresas que procuram formas alternativas de financiamento capazes de atenuar o seu sobreendividamento.

⁸⁰ E, mesmo assim, a última parte do n.º 2 do art. 3.º do CIRE exige que seja contabilizado "segundo as normas contabilísticas aplicáveis", o que já se viu que não seria possível nos termos do RJEP.

⁸¹ Cfr. PESSOA (2022), p. 17.

⁸² Sobre a inspiração do RJEP na lei espanhola, *vide* PESSOA (2022), pp. 15 e ss.

4. O regime dos contratos de empréstimo participativo

Tendo sido analisada a sua vertente societária, cumpre agora perspetivar o RJEP na sua vertente contratual. Nestes termos, tratar-se-á de tecer algumas considerações sobre os pontos problematizantes do regime dos EP e enquadrá-lo nos tipos contratuais existentes no ordenamento jurídico português.

Tal como já referido, o diploma dos EP foi criado pelo legislador português com a nobre tentativa de melhorar o cenário empresarial português, com o objetivo de viabilizar novas formas de financiamento que não prejudicassem os *ratios* financeiros das empresas e que fossem, ao mesmo tempo, atrativas para as empresas que procuram evitar os financiamentos bancários tradicionais. Todavia, o RJEP com que nos deparamos padece de várias incongruências, normas inacabadas e regras que, tal como se pretende demonstrar, acabam por ter o efeito contrário ao pretendido pelo legislador, i.e., o de atrair o mutuante e mutuário para o escopo do RJEP.

Ter-se-ão em conta, para efeitos comparativos e análise crítica do RJEP, outros instrumentos financeiros, nomeadamente, as obrigações⁸³, visto serem uma das sub-modalidades possíveis dos EP sob a forma de títulos representativos de dívida e tratar-se de uma figura cuja emissão tem a vantagem⁸⁴ de “*constituir uma forma segura, estável e flexível de obter recursos, permitindo adaptar as características dos empréstimos às necessidades concretas da empresa*”⁸⁵; comportando várias configurações possíveis, moldáveis pelas partes. Assim, o regime e as diferentes configurações das obrigações podem vir a ser uma referência útil para a identificação de possíveis soluções⁸⁶.

⁸³ Cfr. artigo 1.º do CVM. Correspondem a “*títulos representativos de um mútuo emitidos em massa pela sociedade*” e que conferem, na mesma emissão, “*direitos de crédito iguais para o mesmo valor nominal*” – Cfr. ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, 2022, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, 8.ª edição, vol. II, Coimbra Editora, p. 61.

⁸⁴ As obrigações convertíveis altamente subordinadas, por exemplo, podem vir a reforçar o balanço das empresas – e, para fins regulatórios das instituições de crédito, melhor os rácios de fundos próprios (*tier 1* e *tier 2*) exigidos por lei.

⁸⁵ OLIVEIRA (2017), p. 142.

⁸⁶ E, ainda, pode vir a incentivar as PME a utilizar a emissão de obrigações (ao abrigo do RJEP). O Parecer Recapitalizar (cfr. §3.5., alíneas i) e ii)) refere alguns obstáculos em seguir que a alternativa das obrigações, por muitas vezes se traduzir numa solução complexa, dispendiosa – o parecer ressalta que a utilização das obrigações aumentou de forma significativa, mas existem apenas 2 mil emitentes ativos no total –, sendo utilizadas, sobretudo por empresas de maior dimensão. Em relação às obrigações convertíveis privadas, o documento explica que ainda que exista a vantagem de serem flexíveis em termos de estruturas (por se tratar de contrato privado), há de ter em conta os elevados custos de

4.1. Descrição problematizante das regras do diploma

4.1.1. Partes elegíveis para a contratação dos empréstimos participativos

A respeito das regras do diploma dos EP, um aspeto importante a ser tido em conta é a questão das partes elegíveis. Os mutuários, elencados no ponto 1.2 do presente estudo, podem ser quaisquer sociedades comerciais do setor não financeiro (n.º 2 do art. 3.º), pelo que há um universo muito vasto de empresas que podem pertencer ao lado da parte financiada⁸⁷. Do outro lado, quando falamos dos mutuantes, o número de empresas elegíveis diminui drasticamente⁸⁸, o que acaba por causar uma certa surpresa. Tendo em conta que um dos objetivos do legislador é o de reduzir a “dependência do financiamento do sistema bancário”⁸⁹, aparenta aquela ser uma limitação com um efeito perverso, já que os EP poderiam tornar-se atrativos para um universo mais vasto e para mais tipos de investidores que se interessassem na possibilidade de uma eventual conversão no capital social da mutuária⁹⁰. Questiona-se: seria, então, prudente, alargar as entidades elegíveis como mutuantes?

Olhando às entidades habilitadas a emitir as obrigações⁹¹, conclui-se que a lei acaba por ir de encontro com o RJEP, englobando um vastíssimo universo de sociedades emitentes. Com efeito, estão autorizadas a emitir obrigações (i) as sociedades anónimas⁹², (ii) as sociedades em comandita

transação, para além de serem dirigidas aos “fornecedores” de capital de risco sofisticados e com mais literacia financeira.

⁸⁷ Todavia, crê-se ser válido indagar se o legislador não deveria ter incluído, no universo dos mutuários englobados no escopo do diploma, as sociedades civis sob a forma comercial, uma vez que, à semelhança das sociedades comerciais, prosseguem o lucro, adotam um dos tipos societários possíveis previstos no CSC e se aplica àquelas sociedades o regime do CSC.

⁸⁸ Cfr. art. 3.º, n.º 1 do RJEP.

⁸⁹ Cfr. preâmbulo do DL n.º 11/2022.

⁹⁰ No direito espanhol, basta ser uma *entidad prestamista*. Neste sentido, *vide* NAVARRO, AMPARO FAURE, 1998, “Los Préstamos Participativos en España: Un Ejemplo de las Consecuencias Jurídico-Tributarias de la Infracapitalización de las Empresas” in *XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributário*, L.3., p. 213.

⁹¹ No caso dos EP, os “mutuários”.

⁹² Desde que o contrato de sociedade esteja definitivamente registado há mais de um ano, nos termos do art. 348.º, n.º 2 do CSC, com algumas exceções a essa exigência encontradas no n.º 2 do mesmo artigo.

por ações⁹³, (iii) as sociedades por quotas⁹⁴, (iv) as cooperativas⁹⁵, (v) os Agrupamentos Complementares de Empresas (ACE) e Agrupamentos Europeus de Interesse Económico (AEIE)⁹⁶ e (vi) as instituições de crédito⁹⁷. Por outro lado, a lei não restringe o universo possível de investidores-subscritores⁹⁸ deste tipo de valor mobiliário⁹⁹, diferentemente, tal como se viu, do que acontece no RJEP. Assim, quando uma empresa pretende financiar-se através da emissão de obrigações, ainda que estejamos a falar de uma oferta particular de obrigações, a empresa emitente pode acordar a subscrição com a contraparte que pretender, o que, evidentemente, amplia significativamente a probabilidade de captar financiadores cujos interesses estejam alinhados com a potencial financiada.

Tal ampliação não violaria *per se* o princípio da exclusividade bancária¹⁰⁰, consagrado no art. 8.º do RGICSF¹⁰¹, já que essa exclusividade se refere à possibilidade de conceder crédito a título profissional, i.e., conceder crédito ao público¹⁰² (a um número irrestrito e indeterminado/inde-

⁹³ Cfr. art. 478.º do CSC.

⁹⁴ Nos termos do DL n.º 160/87, de 3 de abril.

⁹⁵ Cfr. art. 95.º do Código Cooperativo (Lei n.º 119/2015, de 31 de agosto com as alterações da Lei n.º 66/2017, de 9 de agosto).

⁹⁶ Base II n.º 4, da Lei n.º 4/73, de 4 de junho e art. 7.º do DL n.º 148/90, de 9 de maio, respetivamente.

⁹⁷ Nos termos do RGICSF.

⁹⁸ No caso do RJEP, os “mutuantes”. Os subscritores também são comumente chamados de “credores obrigacionistas”.

⁹⁹ A lei apenas tem a cautela de definir se a oferta dos valores mobiliários em causa se trata, ou não, de uma oferta particular ou pública, aplicando diferentes regimes consoante o universo de destinatários a que se refere. O artigo 109.º do Código dos Valores Mobiliários remete para legislações europeias, sendo, no caso, para o Regulamento (UE) 2017/1129 do Parlamento Europeu e do Conselho. Este esclarece, no seu art. 2.º, alínea d), quando estamos diante de uma oferta pública de valores mobiliários.

¹⁰⁰ “Equivale isto a dizer que a *medula própria da actividade de intermediação da instituição de crédito está na prática habitual e coordenada de actos de recepção de disponibilidades monetárias do público* [ou seja, receção do público de depósitos ou outros fundos reembolsáveis] *e na concessão por conta própria de crédito e financiamento ao público*, falando-se mesmo dela como *monopólio ou princípio da exclusividade (...)*” – SILVA, JOÃO CALVÃO DA, 2001, *Direito Bancário*, Almedina.p. 180.

¹⁰¹ O n.º 2 do art. 8.º do RGICSF dispõe que “[s]ó as instituições de crédito e as sociedades financeiras podem exercer, a título profissional, as atividades referidas nas alíneas b) a i) e q) a s) do n.º 1 do art. 4.º, com exceção da consultoria referida na alínea i)”. A alínea b) do número 1 do art. 4.º, por sua vez, estabelece que apenas os bancos podem efetuar “[o]perações de crédito, incluindo concessão de garantias e outros compromissos, locação financeira e factoring.

¹⁰² Vide CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, 2018, *Direito Bancário*, 6.ª edição, Almedina., p. 1127 e ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, 2020, *Os Instrumentos Financeiros*, 4.ª edição, Almedina, pp. 136 e ss.

terminável de pessoas)¹⁰³, ao passo que aqui apenas se pretende permitir que outras sociedades não financeiras tenham a possibilidade de utilizar o regime dos EP e aplicar as suas regras ao contrato de empréstimo que pretendam celebrar – como, desde logo, já poderiam fazer ao abrigo da autonomia privada¹⁰⁴.

O Parecer Recapitalizar, desde logo, incentiva (com as medidas necessárias para tal¹⁰⁵) a participação de entidades institucionais, como companhias de seguros e fundos de pensões. Todavia, o artigo 3.º do RJEP obsta expressamente à inclusão desses intervenientes¹⁰⁶, fundamentais para canalizar mais ativos para a economia real.

Por outro lado, atento o escopo do diploma, vale questionar-se sobre a compatibilidade da finalidade e objeto do RJEP com a atividade económica de alguns mutuantes previstos no artigo 3.º, nomeadamente algumas sociedades financeiras, como sociedades de locação financeira¹⁰⁷ e

¹⁰³ Critério que se retira *a contrario* do art. 9.º, n.º 2 do RGICSF. Importa referir o art. 3.º da Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de março de 2000, relativa ao acesso à actividade das instituições de crédito e ao seu exercício (“Directiva de Codificação Bancária”), que não impõe essa exigência de restringir a concessão de crédito a título profissional apenas às instituições de crédito, sendo um caso de *gold plating* do legislador português.

¹⁰⁴ À semelhança da lei portuguesa, o *article L511-5* do CMF proíbe expressamente qualquer pessoa que não seja um *établissement de crédit* ou uma *société de financement* de transacionar créditos *regularmente* (“à titre habituel”), salvo algumas exceções previstas no *article L511-6*. Comparando com a letra da nossa lei, o escopo da proibição francesa afigura-se muito mais amplo e incerto, permitindo interpretações ainda mais restritivas – sobre esse termo infeliz e vago na lei francesa, cfr. DELMAS-MARSALET, JACQUES, 2016, *Report on the Banking Monopoly*, in <https://www.banque-france.fr/> (14.03.2023), p. 4. Ainda assim, o *article L511-6*, n.º 6 do CMF permite expressamente que as entidades elegíveis para concederem os *prêts participatifs* concluam operações de crédito, nomeadamente, “outras sociedades comerciais” (“les autres sociétés commerciales”) (cfr. *article L313-13*), o que indica a intenção de o legislador francês demonstrar que os *prêts participatifs* não se enquadram no âmbito exclusivo da concessão de crédito *a título profissional* (como alguns grupos de trabalho em França propõem alterar o preceito) reservado às instituições de crédito e sociedades financeiras.

¹⁰⁵ Cfr. §3.4.

¹⁰⁶ O n.º 1 do referido artigo remete para o artigo 6.º do RGICSF que, por sua vez, no seu n.º 3, deixa expresso que, “[p]ara efeitos do presente diploma, não se consideram sociedades financeiras as empresas de seguros e as sociedades gestoras de fundos de pensões”.

¹⁰⁷ Cfr. o artigo 1.º do DL n.º 149/95, de 24 de Junho que regula o Regime Jurídico do Contrato de Locação Financeira, que define “*como Locação financeira (...) o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples*

sociedades de *factoring*¹⁰⁸, etc., tendo em conta os seus respetivos objetos sociais. No entanto, a inclusão destas sociedades financeiras como mutuantes e a respetiva (in)compatibilidade dos seus objetos sociais com o escopo do diploma não suscitam grandes problemas. Tratar-se-ão, provavelmente, de disposições que não terão aplicabilidade prática. É o alargamento da aplicação do diploma a outros potenciais financiadores que surge mais premente.

Acresce que, curiosamente, quando se regula a transmissibilidade dos créditos emergentes dos contratos de EP¹⁰⁹, o diploma parece permitir a sua cessão a quaisquer terceiros, englobados ou não no elenco que se encontra no diploma¹¹⁰. Por maioria de razão, nada parece obstar a transmissão desses referidos créditos em mercado secundário, uma vez que, respeitando as limitações legais já mencionadas¹¹¹, se trata de uma operação comercial¹¹² que foge do escopo do RGICSF, pelo que se aplica o regime geral dos artigos 577.º e ss do CC. Assim, salvo estipulação de *pactum de non cedendo* pelas partes, o artigo 6.º do RJEP pode ser um meio interessante de superar os efeitos perversos da limitação de mutuários originários.

Facilmente se conclui que o leque de investidores permitidos pelo RJEP restringe e dificulta o objetivo de atingir o que vem proposto nos considerandos do diploma, para além de “boicotar” o acesso por parte de investidores que poderiam estar, de facto, interessados na celebração

aplicação dos critérios nele fixados, sendo o seu objeto “quaisquer bens susceptíveis de serem dados em locação” (artigo 2.º).

¹⁰⁸ Cfr. o artigo 1.º DL n.º 171/95, de 18 de julho que altera o regime jurídico das sociedades e do contrato de factoring, que prevê que “[a] *atividade de factoring ou cessão financeira consiste na aquisição de créditos a curto prazo [pela sociedade de factoring, v.g. cessionária], derivados da venda de produtos ou da prestação de serviços, nos mercados interno e externo*”. Ou seja, a sua atividade consiste, essencialmente, em administrar e cobrar o crédito cedido e conceder o adiantamento sobre os valores que constam nas faturas cedidas, pelo que, como se percebe, se encontra numa posição diversa da do mutuante.

¹⁰⁹ Cfr. art. 6.º do RJEP.

¹¹⁰ Esta discussão acerca da transmissibilidade do crédito a terceiros convoca o tema da delimitação subjetiva dos tipos contratuais. Tendo em conta o objeto delimitado pelo presente estudo, não se tratará da discussão (ampla) sobre a tipicidade contratual e os seus elementos subjetivos.

¹¹¹ Para além do critério de não poder conceder crédito a título profissional, há outros indicadores que afastam (ainda mais) a dúvida da (in)transmissibilidade, nomeadamente, não existirem montantes por desembolsar ou crédito utilizado pelo mutuário e tratar-se de um crédito já vencido. Para mais informações, cfr. MENDES, VERÓNICA MARTINS e ELVAS, MARIA LUISSA, 2014, “Questões jurídicas suscitadas a propósito das operações de transmissão de carteiras de crédito”, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 38, 2014, p. 153.

¹¹² Está em causa o negócio jurídico de compra e venda, tendo por objeto subjacente o direito de crédito. Cfr. Ac. TRL, de 11.18.2008, Processo n.º 3301/2008-1.

de um EP nos termos do RJEP. Dito isto, deverá ampliar-se o universo de mutuantes elencados no diploma dos EP.

Finalmente, não poderá deixar de se abordar um ponto que, crê-se, não se qualifica tanto como uma regra problematizante prevista no RJEP (visto não se tratar um problema do diploma em si), mas sim como uma questão a ser tida em conta, na medida em que configura uma restrição relevante para as instituições de crédito enquanto mutuantes.

Ora, quando estiver em causa, do lado do mutuante, uma instituição de crédito, importa ter presente um relevante limite prudencial relativamente às participações detidas pela instituição de crédito no capital social de uma sociedade não financeira: é que nos termos do art. 101.º do RGICSF, uma instituição de crédito não pode deter, direta ou indiretamente, numa sociedade não financeira, por prazo superior a três anos, uma participação que lhe confira mais de 25% dos direitos de voto, correspondentes ao capital da sociedade participada. Este limite de 25% não se encontra previsto na Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de março de 2000, relativa ao acesso à atividade das instituições de crédito e ao seu exercício (“Directiva de Codificação Bancária”)¹¹³. No entanto, como esta é uma Directiva que impõe um limiar mínimo, os Estados-membros podem impor regras mais estritas. Essas regras são, por sua vez, inoponíveis a instituições de crédito de outros Estados-membros com participações sociais (não financeiras) superiores a 25% e que exerçam atividade em Portugal ao abrigo da liberdade de estabelecimento (leia-se, sucursais) ou da livre prestação de serviços.

Importa referir que se encontra prevista no Anteprojeto do Código da Atividade Bancária¹¹⁴ – o qual, uma vez em vigor, substituirá o RGICSF –, concretamente no art. 270.º, uma alteração do limite máximo de 25% para 20%, reduzindo ainda mais a percentagem de detenção de participação pelas instituições de crédito no capital social das empresas não financeiras. Dito por outras palavras, prevê-se no Anteprojeto do Código da Atividade Bancária um obstáculo ainda maior para as instituições de crédito mutuantes que, independentemente do valor do empréstimo, vão sempre deparar-se com aquele limite legal ao efetivarem a conversão em capital social, nos termos do art. 21.º do RJEP.

¹¹³ Disponível em EUR-Lex – 32000L0012 – PT (europa.eu).

¹¹⁴ Disponível em Anexo I – Anteprojeto de Código da Atividade Bancária – Consulta Pública (bportugal.pt).

4.1.2. Remuneração

Resulta evidente que o indexamento (total ou parcial) da remuneração aos resultados do mutuário é um dos traços característicos dos EP – não vá o termo “participativos” levar qualquer leitor em erro. Assim, o facto de ser possível existir uma remuneração fixa¹¹⁵ não permite, porém, que as partes acordem uma componente fixa igual ou superior à componente indexada, pois que tal defraudaria o espírito da lei e o próprio objetivo do DL de dar uma maior “maleabilidade” à parte mutuária (na grande maioria dos casos PME) que precisa de ter uma estabilidade de caixa e tesouraria para se manter viável financeiramente nos primeiros anos de atividade.

A respeito da capitalização dos juros, a alínea a) do art. 12.º do RJEP encontra-se em linha com o limite encontrado no art. 560.º do CC, o qual dispõe que “[s]ó podem ser capitalizados os juros correspondentes ao período mínimo de um ano”. O art. 12.º do RJEP, que trata da contabilização dos juros, prevê na sua alínea c) uma possibilidade de estipular no contrato que o valor global do mesmo tenha uma taxa interna de rentabilidade mínima para o mutuante, o que pode ser uma opção interessante para reter valor na componente de juros, mas não deverá subverter a lógica da relevância de indexação da remuneração aos resultados.

Surge, assim, no RJEP, uma possibilidade de remuneração certa ao mutuante – que suporta o risco do financiamento (em particular, da remuneração) – que permitiria, ainda que residualmente, um retorno previsível do seu investimento. Não é isto, no entanto, o que parece resultar da letra da lei. Com efeito, o n.º 5 do artigo 8.º refere que a *remuneração* pode conter uma componente adicional fixa, incluindo-a na definição de remuneração a taxa de juro. Ademais, quando se olha para o art. 9.º do RJEP¹¹⁶, que trata do pagamento da remuneração, este não parece diferenciar qual o tipo de remuneração em causa (seja a remuneração fixa, seja a remuneração variável). O n.º 1 do mesmo artigo diz, única e exclusivamente, que o mutuário deve proceder ao pagamento da remuneração (sem mais), caso este auflira resultados distribuíveis, o que leva a crer que o legislador não pretendeu obrigar o mutuário a pagar a taxa de juro passível de prejudicar a liquidez e solvabilidade da empresa.

¹¹⁵ Ao abrigo do art. 8.º, n.ºs 2 e 5 do RJEP que, como demonstra o n.º 5, se traduz numa taxa de juro, devida nos termos definidos no contrato.

¹¹⁶ Que aqui transcrevemos o seu n.º 1: “*O mutuário procede ao pagamento da remuneração caso este auflira, nos termos previstos no contrato de empréstimo participativo ou nas condições de emissão dos títulos representativos de dívida, resultados distribuíveis*” (destaque nosso).

Nessa linha, a empresa devedora deve apenas pagar a taxa de juro nos mesmos termos que a remuneração variável, ou seja, apenas (e caso) aufira resultados distribuíveis. Dito de outra forma, não existindo lucros de exercício, ou, existindo, se os mesmos não forem distribuíveis¹¹⁷, o mutuário não poderá proceder ao pagamento da remuneração fixa estabelecida.

Uma vez mais, o regime dos EP peca quando comparado com o regime das obrigações no CSC, em especial com o regime das *obrigações participantes*¹¹⁸. De entre as configurações possíveis, esse tipo de modalidade confere ao seu titular a possibilidade de indexar a sua remuneração a juros fixos e/ou variáveis, sendo estes em função de indicadores económico-financeiros ligados à sociedade-emite¹¹⁹. Ainda que o CSC dê ampla margem de estipulação às partes aquando da emissão de obrigações, o n.º 1 do artigo 361.º do CSC é expresso ao afirmar que “*o lucro a considerar [da emitente] é o que corresponder aos resultados líquidos do exercício, deduzidos das importâncias a levar a reserva legal ou reservas obrigatórias (...)*”. O n.º 2 do mesmo preceito ressalva, no entanto, os casos em que foi estipulado pelas partes o direito ao juro fixo. Nestes termos, “*(...) se a sociedade registar prejuízos ou lucros inferiores ao limite de que dependa a participação estabelecida, os obrigacionistas terão direito apenas ao juro fixo*”¹²⁰. Tal previsão permite uma salvaguarda ao subscritor (obrigacionista) que vê o seu retorno principal dependente do resultado de exercício do emitente, servindo de incentivo à contratação e manutenção desse tipo de financiamento. No caso dos EP, caso as partes contratantes optem pelos EP através da emissão de obrigações, deparar-se-ão com aquela limitação relevante para o mutuante(-obrigacionista), ao passo que, quando se emite obrigações exclusivamente ao abrigo da autonomia privada, tal limitação é contornável. Incentiva-se, portanto, uma alteração do RJEP, na esteira do regime do artigo 361.º, n.º 2 do CSC, para que se clarifique a intenção do legislador e preveja a possibilidade de pagamento do juro fixo independentemente da existência de resultados distribuíveis.

Para além dos juros, há igualmente que atentar na remuneração principal, i.e., a variável. Como explica Miguel Brito Bastos¹²¹, nos contratos comutativos, mais concretamente, nos contratos de mútuo – em que o mutuante é, em regra, remunerado através do juro pela disponibilização

¹¹⁷ Cfr. o art. 11.º do RJEP.

¹¹⁸ Cfr. os arts. 360.º, alínea a) e B), 361.º a 364.º do CSC.

¹¹⁹ Para mais configurações possíveis e uma visão abrangente sobre as obrigações participantes, cfr. ANTUNES (2020), pp. 141 e 142.

¹²⁰ Cfr. GUINÉ (2013), p. 910.

¹²¹ Cfr. BASTOS, MIGUEL BRITO, 2015, *O Mútuo Bancário. Ensaio sobre a Estrutura Sinalagmática do Contrato de Mútuo*, Coimbra Editora, pp. 165 e ss.

temporária do seu capital –, o ordenamento jurídico português dá vestígios de uma conceção dos juros como um rendimento injustificado, nomeadamente, na proibição do anatocismo (art. 569.º, n.º 1 do CC), nos limites à capitalização de juros (art. 560.º, n.º 2 do CC) e no regime dos juros usurários (art. 1146.º do CC). Acontece que esses artigos são regulados pelo legislador sob a ótica de os juros serem a única remuneração do mutuante por ter disponibilizado o capital, mas, no caso de o empréstimo ter, para além do juro fixado, uma remuneração variável, diz o Autor que essas normas (relativas aos juros) *“deverão ser analogicamente aplicadas à relação entre disponibilização do capital e remuneração parciária”*. Isto, somado com a *ratio legis* do RJEP, faz com que se deva ter em conta, aquando da celebração do contrato de EP, o valor a ser mutuado e o montante auferido pela empresa mutuária nos últimos anos, de forma que as partes estabeleçam ou, melhor dizendo, que o mutuante decida (por ser, na maioria das vezes, a parte com maior poder de negociação) uma taxa razoável a ser indexada aos resultados do mutuário, sob pena de tangenciar, analogicamente, as regras agora analisadas.

Por último, importa igualmente referir a importância (para ambas as partes contratantes) de a remuneração periódica a ser paga não ser sujeita a qualquer retenção ou dedução na fonte, de modo que se receba o respetivo rendimento em termos brutos¹²².

4.1.3. Limites à remuneração e ao reembolso

Dispõe a alínea a) do art. 11.º do RJEP, a respeito dos limites à remuneração e ao reembolso, que não é permitido ao mutuário reembolsar ou pagar a remuneração ao mutuante quando, ao fazê-lo, o CP fique inferior à soma do capital social e das reservas. Questiona-se: estamos a falar de que tipo de reservas? Reservas livres, reservas estatutárias, reservas legais, ou todas? O diploma não especifica. Indiscutível, porém, é o facto de que as reservas legais são sempre um limite-referência mínimo quando o mutuário analisa a sua obrigação de reembolsar e remunerar o mutuante, tendo em conta o espírito da lei e a intenção do legislador em proteger a liquidez e solvabilidade da empresa que contrai o EP. Como fundamento do englobamento das reservas estatutárias no limite previsto na alínea a)

¹²² Cfr. §4.3.1. do Parecer Recapitalizar. Em certos países europeus, para as PME, há dedutibilidade fiscal ou custos de emissão mais baixos. Em Portugal ainda não se abordou os aspetos fiscais – o que deve ser feito rapidamente, de forma a tornar os EP mais atrativos para ambas as partes contratantes.

do art. 11.º do RJEP, poder-se-ia fazer valer do argumento de que as reservas estatutárias se encontram expressamente mencionadas pelo legislador na alínea b) do mesmo artigo, a propósito da aplicação dos lucros de exercício pela sociedade mutuária para a cobertura de prejuízos transitados ou para formar reservas legais ou contratuais. No entanto, bem analisado, aquele argumento pode também ser usado em sentido contrário. Neste sentido, sempre se poderá dizer que é precisamente pelo facto de o legislador português (i) não ter especificado, para a alínea a) do art. 11.º do RJEP os tipos de reservas em causa, não obstante tê-lo feito para a alínea b) do mesmo artigo, e (ii) não ter remetido, à semelhança do que fez na alínea b), para os arts. 32.º e 33.º do CSC¹²³, que se deve concluir que não estão englobadas no limite previsto na alínea a) do artigo 11.º do RJEP, as reservas estatutárias.

Acresce que um tal entendimento poderia resultar numa negligência dos interesses do mutuante, os quais, ainda que não se assumam, na esfera do legislador, como interesses principais, também devem ser atendidos e tutelados – como, aliás, ocorre por vezes ao longo do diploma, e de que é exemplo o art. 13.º, sobre o qual já se discorreu. Reitera-se, aqui, a necessidade de encontrar, no âmbito do DL, o equilíbrio ideal entre, por um lado, os interesses do mutuário, que precisa do financiamento para a promoção da sua atividade, e, por outro lado, os interesses do mutuante, designadamente o interesse em reaver o seu investimento, ainda que sob termos mais condicionados do que nos empréstimos típicos¹²⁴.

Assim, crê-se prudente adotar uma interpretação restritiva do conceito de “reservas”, previsto na alínea a) do artigo 11.º do RJEP, e, nessa medida, concluir que o mesmo engloba apenas as reservas legais¹²⁵. Além disso, uma solução diferente originaria a possibilidade de os mutuários contornarem/adiarem a sua obrigação de reembolso e remuneração à entidade

¹²³ O art. 32.º do CSC faz referência expressa à proibição de distribuição aos sócios bens da sociedade quando o capital próprio fique, com essa distribuição, inferior à soma do capital social e das reservas legais e estatutárias que estejam estipuladas no contrato, enquanto que o art. 33.º diz, de forma semelhante à alínea b) do art. 11.º do RJEP, que não podem ser distribuídos os lucros de exercício quando sejam necessários para cobrir prejuízos transitados ou para formar ou reconstituir reservas legais ou estatutárias.

¹²⁴ Retorna-se ao exemplo das obrigações participantes que se encontram no CSC. O artigo 362.º, n.º 1 é claro ao referir que “[p]ara as obrigações [participantes] (...), o lucro a considerar é o que corresponder aos resultados líquidos do exercício, *deduzidos das importâncias a levar à reserva legal ou reservas obrigatórias e não se considerando como custo as amortizações, ajustamentos e provisões efetuados para além dos máximos legalmente admitidos para efeitos do imposto sobre o rendimento de pessoas coletivas*” (itálico e destaque nosso).

¹²⁵ O que parece ser em sentido contrário, *vide* PESSOA (2022), p. 2.

mutuante – o art. 13.º do RJEP não impede que mutuário altere os valores relativos às reservas contratuais. Assim, bastaria aumentar significativamente o montante das reservas contratuais, para que, consoante o valor a ser pago ao mutuante, fosse acionada, no momento do pagamento, a alínea a) do art. 11.º do RJEP.

4.1.4. Conversão

Transitando para um aspecto de especial relevância no RJEP, a conversão do empréstimo ou dos títulos representativos de dívida em capital social apresenta-se como um processo moroso e complexo. Olhando à letra do diploma dos EP¹²⁶, o mutuante só terá a possibilidade de proceder à proposta de conversão, nomeadamente, quando “*o mutuário não haja pago a remuneração devida durante mais de 12 meses, seguidos ou interpolados, em determinado período fixado no contrato ou nas condições de emissão dos títulos representativos de dívida*”¹²⁷.

Quando se analisa, por exemplo, o regime dos títulos representativos de dívida previsto no diploma dos EP, por comparação com outros regimes de títulos representativos de dívida que vigoram no ordenamento jurídico português, concluímos que o legislador demonstra uma certa desconexão com a realidade prática-jurídica. A propósito da deliberação (por parte dos acionistas da emitente) de emissão de obrigações convertíveis em ações¹²⁸, é possível, olhando ao disposto no art. 366.º do CSC, concretamente, no seu n.º 2 – que refere que a proposta de deliberação de emissão de obrigações deve indicar especificamente as bases e os termos da conversão –, perceber a vantagem/eficiência deste regime em comparação com o RJEP. Ao contrário deste último, aquele confere uma liberdade de estipulação contratual pelas partes relativamente ao conteúdo, prazo e termos da conversão da obrigação em capital social do emitente, ou seja, as partes podem acordar o tempo e condições necessárias para que o credor obrigacionista possa converter as obrigações que subscreveu em ações da empresa emitente. É, portanto, flagrante a diferença entre os dois regimes ao nível da conceção daquele que é o lapso temporal necessário para que o mutuante possa acionar a conversão do

¹²⁶ Cfr. arts. 14.º a 20.º do RJEP. Em particular, para o argumento em questão, os arts. 14.º e 15.º do RJEP.

¹²⁷ O art. 14.º do RJEP elenca todas as possibilidades para a conversão.

¹²⁸ Cfr. arts. 360.º e ss do CSC, em especial, arts. 360.º, n.º 1, alínea c), 365.º e 366.º do CSC. Para mais desenvolvimentos, *vide* ALMEIDA (2022), pp. 69 e ss.

mútuo em capital social. De tal forma que se crê ser imperioso, em nome da celeridade e da autonomia negocial das partes, reformular o artigo 14.º do RJEP.

Por sua vez, outra lacuna surge: como se opera a apresentação da proposta de conversão em capital nos EP sob a forma de obrigações, em que há mais de um credor obrigacionista para a mesma emissão das obrigações? O diploma não regula. Assim sendo, socorrer-se-á, na falta de previsão expressa e com as necessárias adaptações, ao regime consagrado nos artigos 355.º a 359.º do CSC, a propósito da assembleia de obrigacionistas. Como se percebe, crê-se, mesmo, que em eventual caso de reforma do regime da conversão o legislador deve ir na esteira do regime estabelecido no CSC para emissão de obrigações convertíveis em ações.

À morosidade do processo de conversão acresce a sua complexidade – mais um obstáculo à sua adesão na prática comercial. É que ultrapassada a questão da verificação de algum dos pressupostos exigidos para requerer a conversão do EP em capital social da empresa mutuária, vem o art. 15.º do RJEP tratar da proposta de conversão em capital social.

O n.º 4 do art. 15.º estabelece um regime supletivo nos termos do qual – no silêncio do contrato de sociedade, ou não sendo autorizado, nos termos do art. 366.º do CSC¹²⁹, estabelecer no contrato que o mutuante tem um direito potestativo à conversão do empréstimo participativo em capital social do mutuário, nas circunstâncias e nos termos definidos expressamente pelas partes –, o mutuante apresentará uma proposta de conversão que incluirá, nomeadamente, (i) o conteúdo concreto da operação, (ii) o montante do aumento de capital social a subscrever pelo mutuante mediante a conversão e (iii) o projeto de alteração dos estatutos da sociedade¹³⁰. Posteriormente, uma vez feita a proposta de conversão pelo mutuante e enviada ao mutuário, este deverá

¹²⁹ “(...) ou seja, a deliberação deverá ser tomada pela maioria prevista no contrato de sociedade, sendo certo que não poderá ser inferior à exigida para a deliberação de aumento de capital por novas entradas” – BOURA (2022), p. 136.

¹³⁰ Sem prejuízo de o RJEP ter diferentes requisitos para a conversão, este e outros preceitos são em grande medida retirados do RJCCC (p. ex., o art. 3.º, n.ºs 7, 8 e 10, a propósito da redução prévia do capital social e da proposta de conversão pelos credores da sociedade em causa). Sobre a deliberação dos sócios, eventual suprimento judicial e aquisição subsequente do capital (art. 18.º, n.º 3 do RJEP) e as questões que daí derivam, nomeadamente, a (in)constitucionalidade da redução prévia do capital social, transformação da sociedade e exclusão de sócios, *vide* DINIS, DAVID SEQUEIRA E CORDAS, Nair Maurício, 2019, “O Regime Jurídico da Conversão de Créditos em Capital: Primeiras Considerações” in *Atas das IV Jornadas de Reestruturações e Insolvências da Uriá Menéndez – Proença de Carvalho*, David Sequeira Dinis e Nuno Salazar Casanova (coord.), Porto, Universidade Católica Editora, pp. 56-60, DOMINGUES (2019), pp. 85 e ss e GUINÉ (2018), pp. 287 – 317.

convocar imediatamente uma AG com o objetivo de aprovar ou recusar as deliberações na referida proposta¹³¹. O termo “imediatamente” demonstra a urgência sentida pelo legislador na matéria. No entanto, parece ser razoável a avaliação prévia (nem que seja de um ponto de vista meramente formal) que os requisitos se encontram preenchidos antes da sua convocação. E, numa situação concreta duvidosa, transporta-se para o RJEP o que refere Orlando Guiné¹³², a respeito do RJCCC, “*convocando assim a assembleia [quem tenha a legitimidade], mas transmitindo aos sócios as dúvidas ou questões resultantes dessa avaliação, deixando a estes o papel de soberanamente decidir*”, podendo haver situações extremas que nem sequer justifiquem a convocação.

Ora, ao comparar os termos e procedimento da proposta e da conversão do RJEP com o regime das obrigações convertíveis¹³³, percebe-se a existência, no primeiro, de uma duplicação ineficiente do processo societário na conversão dos EP, ao ter de fazer preceder a conversão *per se* de uma proposta de conversão pelo mutuante, seguida de uma deliberação da AG do mutuário (nos termos do art. 18.º). Adicionalmente, quer se fale nos EP sob a forma de títulos representativos de dívida, quer se refira aos EP sob a forma de mútuo, o direito de preferência¹³⁴ sempre deveria ser acolhido ou suprimido no momento da emissão do título ou celebração do contrato, e não, como previsto no diploma dos EP, na fase da conversão¹³⁵.

Todavia, em alternativa ao regime supletivo estabelecido no n.º 2 do artigo 15.º do RJEP, vem o n.º 4 do mesmo artigo estabelecer que “*se tal for permitido pelo contrato de sociedade do mutuário ou autorizado nos termos do disposto no artigo 366.º do Código das Sociedades Comerciais, com as necessárias adaptações*” podem as partes estabelecer um direito potestativo à conversão do EP, nas circunstâncias e nos termos por si expressamente

¹³¹ Em sintonia com o supracitado a propósito do quórum a existir aquando da celebração do contrato de EP, ORLANDO GUINÉ refere, a propósito da deliberação de aprovação ou recusa da conversão pelos sócios, a exigência de uma maioria idêntica à que o CSC impõe para as alterações estatutárias – GUINÉ (2018), p. 309. Todavia, tendo em conta que no caso dos EP há sempre a deliberação prévia pela AG para a decisão de celebrar ou não o contrato dos EP – na qual se julga ser obrigatória uma maioria qualificada à semelhança da exigida para a alteração estatutária –, não parece ser necessário uma segunda maioria qualificada, bastando para o efeito uma maioria simples.

¹³² Cfr. GUINÉ (2018), p. 309.

¹³³ Cfr. em especial os arts. 365.º a 367.º do CSC.

¹³⁴ Sobre o direito de preferência e o valor pelo qual é feita a eventual amortização (no caso de ser exercido pelos sócios), *vide* GUINÉ (2018), pp. 307 e 308.

¹³⁵ Estabelecido no art. 19.º do RJEP.

definidos. Demonstrada a complexidade do regime supletivo (n.º 2 do artigo 15.º do RJEP), parece notório que a opção mais simplificada para as partes será esta última (n.º 4 do artigo 15.º do RJEP), que faz depender a conversão dos termos contratualmente acordados.

Importa dar aqui nota de que a proposta de conversão não tem efeito suspensivo da obrigação do mutuário de pagar o crédito devido, pelo que este pode sempre reembolsar e remunerar o mutuante nos termos contratados¹³⁶, sanando a irregularidade em causa e impedindo a prossecução da proposta de conversão¹³⁷.

Finalmente, em caso de recusa da proposta pela assembleia geral do mutuário, o(s) mutante(s) podem acionar o suprimento judicial da deliberação de conversão do EP, consagrado no RJCCC¹³⁸. A este propósito, Inês Lopes¹³⁹ questiona se esta via de tutela será efetiva, tendo em conta que “*o recurso a um procedimento de suprimento judicial poderá agravar os eventuais constrangimentos temporais ao exercício da opção de conversão pelo Mutuante*”. Acresce, ainda, uma visão crítica de certa doutrina¹⁴⁰ que defende tratar-se de um processo abreviado inconstitucional, nomeadamente por “*não assegurar a tutela jurisdicional efetiva de todos os intervenientes e o exercício pleno do contraditório e do direito de defesa*”¹⁴¹. Certo é, ao menos, que tal mecanismo confere um meio previsível e fiável de tutela aos credores mutuantes que veem o seu direito de conversão desrespeitado.

¹³⁶ Já em relação à alínea c) do preceito, levanta-se a questão de saber se não deverá ser sanado o pressuposto antes dos 12 meses ou, diferentemente, se se poderá sanar o mesmo já tendo sido feita a proposta de conversão.

¹³⁷ Sem prejuízo de, consoante o caso concreto, o mutuante poder socorrer-se dos mecanismos de tutela previstos nos termos gerais do Direito.

¹³⁸ Cfr. art. 18.º, n.º 3 do RJEP.

¹³⁹ Cfr. LOPES, INÉS, 2023, “Empréstimos participativos: uma visão sobre o Decreto-Lei n.º 11/2022, de 12 de janeiro”, *Revista de Direito das Sociedades*, Ano XV, n.º 1, p. 143.

¹⁴⁰ DINIS e CORDAS (2019), pp. 45 e ss, MARTINS, ALEXANDRE DE SOVERAL, 2018, “O Regime da Conversão de Créditos em Capital Social”, in *Estudos de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, p. 43.

¹⁴¹ Repare-se que o RJCCC, para o qual remete o RJEP no seu art. 18.º, n.º 3, restringe o seu âmbito de aplicação a sociedades cujo volume de negócios, tal como resultante das últimas contas de exercício aprovadas, seja inferior a € 1.000.000,00 (art. 2.º, n.º 4), o que faz com que alguns autores indaguem o porquê de ser da norma e se o legislador assumiu que as PME não teriam capacidade para lidarem com eventuais litígios e/ou se defenderem dos credores no contexto do RJCCC. Curiosamente, o RJEP, criado com foco nas PME, faz remissão para, nomeadamente, o processo (abreviado) de suprimento judicial que, aos olhos de alguma doutrina, carece daquele respaldo constitucional.

4.1.5. Âmbito de aplicação do RJEP

Urge atentar numa última questão: com a entrada em vigor do RJEP, passarão todos os contratos cujo conteúdo remeta para os EP a ser obrigatoriamente regulados pelas regras daquele diploma?

Resulta claro, à luz do disposto no n.º 3 do art. 2.º do RJEP, que as regras do diploma apenas serão aplicadas caso as partes mencionem expressamente a sujeição do contrato ou emissão dos títulos em causa ao RJEP. O objetivo do legislador português foi o de viabilizar uma alternativa às formas de financiamento já existentes, com a inovação, adiante mais bem detalhada, de poder converter o montante não pago pelo mutuário em capital social. Com efeito, não parece ter sido intenção do legislador português impor o RJEP como único meio recorrível.

Assim, crê-se que quando as partes, ao celebrarem o contrato, não mencionem expressamente a sujeição ao regime jurídico dos EP, a consequência será apenas o afastamento daquele regime¹⁴², mantendo-se o contrato válido nos termos gerais do direito e ao abrigo da liberdade contratual, com as devidas ressalvas legais, designadamente, consoante o caso concreto, a natureza profissional do agente económico.

4.2. Recondutibilidade do empréstimo participativo a tipos contratuais anteriores

“Como qualificar um contrato pelo qual um comerciante recebe de outra pessoa uma quantia monetária, com vista a usá-la na sua atividade profissional, obrigando-se a pagar o dobro num certo lapso de tempo?”¹⁴³

A indagação feita por Rui Pinto Duarte mantém-se pertinente e oportuna perante a figura dos EP: qual é, juridicamente, a natureza dos EP? Um mútuo? Um mútuo parciário? Uma associação em participação? Por mais que a letra do RJEP refira expressamente a figura do mútuo, resulta, do exposto até ao momento, que não é certo que não haja uma outra figura jurídica com características e pressupostos mais próximos do regime encontrado no diploma de 11 de janeiro de 2022.

¹⁴² O que não quer dizer que não se possa fazer *cherry picking* das regras que as partes entenderem como interessantes para estipularem no contrato, ao abrigo da autonomia privada.

¹⁴³ Cfr. DUARTE, RUI PINTO, 2022, “Os contratos de cooperação entre empresas (e investidores não empresários) – Alguns problemas”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Pita*, vol. I, Almedina, p. 676.

Tendo analisado o regime plasmado no diploma dos EP e as suas regras problematizantes, proceder-se-á, num último ponto, a uma exposição de tipos contratuais que, ao abrigo da autonomia privada, eram já celebrados no intuito de, à semelhança do que acontece com o RJEP, permitirem ao investidor participar nos resultados da atividade prosseguida pela pessoa (singular ou coletiva) “investida”, para, de seguida, reconduzir alguma(s) dessa(s) figura(s) ao regime dos EP.

Olhando para o RJEP, está-se diante de um contrato em que, de um lado, uma sociedade comercial (não financeira) prossegue a sua atividade económica e, do outro lado, uma outra entidade (das elencadas do art. 3.º do RJEP) financia aquela, fazendo depender a sua remuneração e reembolso dos resultados da atividade da mesma. Ora, perante esta definição, salta imediatamente à mente um negócio jurídico com características convergentes à enunciadas: o *contrato parciário*.

Os contratos parciários são contratos em que há um “negócio jurídico em que um sujeito se compromete a realizar certa prestação em troca de uma qualquer participação nos lucros que a contraparte obtenha em consequência dessa prestação – rectius, da actividade de aproveitamento, exploração ou «rentabilização» dessa prestação (...)”^{144/145}, i.e., em que se determina a contrapartida dessa prestação mediante a atribuição de um direito de participar nos lucros frutos dessa referida atividade. Quanto à prestação em si (que seria a do mutuante¹⁴⁶), esta pode ser de qualquer tipo¹⁴⁷ – próprias dos contratos comutativos¹⁴⁸ –, configurando prestações típicas ou essenciais de outros contratos típicos (como compra e venda, locação, mútuo, etc.)¹⁴⁹. Os contratos parciários são cada vez mais utilizados no tráfego comercial,

¹⁴⁴ Cfr. COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA, 2014, *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, Coimbra Editora, pp. 279 e 280.

¹⁴⁵ Exemplos de negócios parciários são os casos das parcerias agrícola, pecuária, marítima e da associação à quota – cfr. CUNHA, PAULO OLAVO, 2021, *Direito Comercial e do Mercado*, 3.ª edição, Almedina., p. 320.

¹⁴⁶ Ou, como diz FRANCISCO COELHO, o parceiro “passivo”, em contraposição com o parceiro “ativo”, que prossegue a atividade geradora dos lucros – COELHO (2014), pp. 279 e 280.

¹⁴⁷ Entrega de coisa fungível, transferência de propriedade ou uso da coisa, prestação de serviço, etc.

¹⁴⁸ Aqueles contratos “(...) em que um sujeito realiza uma dada prestação mediante uma retribuição que seja dada à sua retribuição previamente determinada, mantendo-se afastado da utilização ou da rentabilização que seja dada à sua prestação ou ao objecto desta” – COELHO (2014), p. 283.

¹⁴⁹ Ou seja, é um negócio de troca (quanto à causa) com uma prestação certa de um lado (p. ex., do mutuante) e de outro lado uma prestação indeterminada (e determinável) com base nos resultados da atividade (p. ex., do mutuário), sendo um negócio *per relationem* e um negócio aleatório.

nos quais se apõe num contrato a chamada “cláusula parciária”¹⁵⁰. Assim, em qualquer contrato parciário *“há um capital fornecido [nomeadamente, dinheiro emprestado] ou serviço prestado, que outro sujeito utiliza e rentabiliza, gerando lucros (...)"*¹⁵¹. Neste tipo de contrato, o sujeito que fornece o capital ou presta o serviço tem todo o interesse na maximização da atividade económica do sujeito investido, já que lhe caberá a parcela de lucro correspondente à sua participação¹⁵².

Com essa natureza *“mista”*¹⁵³ – em que, por um lado, há elementos do contrato de sociedade, ao retribuir mediante participação nos lucros, e, por outro, há elementos desse outro tipo contratual com a prestação (dentro das possíveis) a realizar pelo contraente –, as normas de um e de outro tipo contratual concorrem na determinação do regime do concreto contrato parciário em causa.

4.2.1. Associação em participação¹⁵⁴

A associação em participação¹⁵⁵ pode ser definida como um *“contrato*¹⁵⁶ pelo qual alguém [associado] se associa a outrem que exerce uma acti-

¹⁵⁰ Isto é, a cláusula em que se estabelece o direito de participação nos lucros (ou também nas perdas).

¹⁵¹ Cfr. COELHO (2014), pp. 281 e 282.

¹⁵² Cfr. PINHEIRO, LUIS DE LIMA, 2003, *Joint Venture Contrato de Empreendimento Comum em Direito Internacional Privado*, Almedina., p. 159, a propósito de outros contratos que, não sendo tradicionalmente inseridos na noção de negócio parciário, preveem uma atribuição patrimonial (ou conjunto de atribuições patrimoniais) remunerada em função dos resultados obtidos.

¹⁵³ Para FRANCISCO COELHO, não se está diante de um contrato misto *em sentido estrito*, como defende grande parte da doutrina germânica, mas sim diante de um contrato misto dotado de *“configuração própria”*, em que *“a uma prestação «principal» correspondente a determinado tipo contratual contrapor-se-ia uma contraprestação correspondente à forma de retribuição típica do contrato de sociedade (a participação nos lucros) (...)"* [e.] por outro lado, o contrato parciário (...) representa uma categoria de algum modo intermédia entre o puro contrato comutativo (...) e o puro contrato societário (...)" – COELHO, (2014), p. 283. LUIS DE LIMA PINHEIRO diferencia consoante se entenda que a cláusula parciária é elemento característico, designadamente, do contrato (típico) de sociedade ou não – só podendo falar de um contrato misto caso se conclua ser um elemento característico do mesmo. Noutros casos, como é o caso da parceria pecuária, ainda que haja elementos de outros contratos, é ele próprio um contrato típico. Defendendo ser o contrato parciário uma forma de transição entre o contrato de cooperação e o contrato comutativo (com maior pendor para este último, em relação à sua estrutura obracional), *vide* PINHEIRO (2003), pp. 159 e ss.

¹⁵⁴ Sabe-se da discussão pela doutrina nacional e internacional acerca da recondução (ou não) da associação em participação aos negócios parciários ou às sociedades – veja, por

vidade económica [associante], obrigando-se a contribuir para essa atividade com uma prestação de natureza patrimonial e ficando, em contrapartida, a comungar nos resultados da mesma actividade^{157/158}. Como explicam alguns Autores¹⁵⁹, nomeadamente José Engrácia Antunes, esta figura “*tem a si subjacente uma enorme gama de finalidades possíveis, momente a realização de investimentos e financiamentos rápidos e simples (desprovidos de formalidades especiais) e a preservação do secretismo negocial (mantendo oculta a identidade do partípice)*¹⁶⁰. Refira-se que a associação em participação não envolve a criação de um novo ente jurídico e que nem sempre é uma forma de cooperação entre as empresas, visto que “*o associado pode não ser uma empresa mas um investidor que não exerce actividade comercial*¹⁶¹. Certo é que o associante será sempre um comerciante¹⁶² – a associação como um

exemplo, VENTURA, RAÚL, 1969, “Associação em Participação (Anteprojecto)” in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 189., pp. 84 e 85, ao enquadrar os negócios parciários como negócios comutativos e afastar a associação em participação dos negócios parciários pelo facto de aquela ter o elemento “*fim comum*”, e DUARTE, RUI PINTO, 2010, “Formas Jurídicas da Cooperação entre Empresas”, in *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 4, Ano 2, Almedina, p. 149. Todavia, tendo conta que o objetivo deste subcapítulo é o de apenas encontrar um tipo contratual reconduzível aos EP, não será desenvolvida a temática da natureza jurídica da associação em participação.

¹⁵⁵ Ou, como era designado pelo Código Comercial de 1888, “*conta em participação*”.

¹⁵⁶ Negócio jurídico bilateral – o que já a distingue, p. ex., do contrato de sociedade.

¹⁵⁷ Cfr. DUARTE (2010), p. 144.

¹⁵⁸ A associação estabelece relações jurídicas entre o sócio e o associado, mas não entre o associado e a sociedade da qual faz parte aquele sócio. Em linha com alguma doutrina alemã e italiana, RAÚL VENTURA defende que a associação em participação se diferencia da associação à quota, nomeadamente, pelo facto de a primeira ter por objeto uma empresa comercial em sentido lato, ao passo que a segunda tem por objeto “*a participação do associante numa sociedade*”. Para mais pontos comparativos entre as duas figuras, cfr. VENTURA, RAÚL, 1968, “Associação à Quota”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 110, fevereiro e março., pp. 56-61.

¹⁵⁹ Cfr. CUNHA (2021), p. 317, CORREIA, FERRER, 1994, *Lições de Direito Comercial*, Vols. I/II/III, Lex., reedição dos volumes originais [reedição dos originais de 1973, 1974 e 1975], pp. 218 e ss e CORREIA, MIGUEL J. A. PUPO, 2018, *Direito Comercial*, 14.^a edição, Coimbra Editora, p. 194.

¹⁶⁰ Cfr. ANTUNES, JOSE A. ENGRACIA, 2009, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, pp. 406 e 407.

¹⁶¹ Cfr. DUARTE (2010), p. 145.

¹⁶² O “[c]omerciantes é quem, enquadrando-se numa das duas categorias do art. 13.^º, seja titular de uma empresa que exerce uma das actividades comerciais, tais como as qualificam o art. 230.^º do Código Comercial e as demais disposições avulsas que caracterizam e englobam no direito comercial certas actividades económicas” – CORREIA (2018), p. 76. Importante notar também que “é comerciante a pessoa que exerce pessoalmente e a título profissional o comércio ou em cujo nome ele é exercido” – ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, 2022, *Curso de Direito Comercial*, 13.^a edição, vol. I, Almedina, pp. 105 e ss.

negócio jurídico comercial –, antes de mais pela expressa qualificação do associante como tal¹⁶³. Quando falamos do associado, o DL n.º 231/81, de 28 de julho, que regula o Regime do Consórcio e a Associação em Participação, não prevê qualquer regulação sobre aquele. Não obstante, antes da entrada em vigor do referido diploma, dispunha da seguinte forma o, até então, art. 225.º do Código Comercial (agora revogado): “*a conta em participação [leia-se, associação em participação] pode formar-se entre um comerciante ou outra pessoa não comerciante, não podendo, porém, esta celebrar as transacções*”^{164/165}. Ora, nos termos do RJEP, o mutuário (leia-se, pseudo associante) deve ser uma sociedade comercial (do setor não financeiro), pelo que um comerciante individual não se configura como entidade habilitada para o efeito, e o mutuante (leia-se, pseudo associado) deve ser uma das entidades que estejam habilitadas à concessão de crédito a título profissional, pelo que um investidor pessoa singular, por exemplo, está, desde logo, descartado enquanto parte elegível.

Na celebração de um contrato de associação em participação existe liberdade de forma, salvo se a natureza dos bens com que o associado contribuir exigir forma especial, nos termos do art. 23.º, n.º 1 do DL n.º 231/81. Comparativamente, o art. 4.º do RJEP estabelece que os EP sob a forma de mútuo são celebrados por escrito e os realizados através de emissão de títulos representativos de dívida seguem o regime aplicável à emissão de valores mobiliários. Na associação em participação, diferentemente do que acontece nos EP, o associado, em regra, *participa* nas perdas resultantes do exercício da atividade económica do associante. Já o mutuante nos EP, apenas se vê no risco de perder o montante que empresta ao mutuário¹⁶⁶. No entanto, sempre se diga que as partes num

¹⁶³ Cfr. art. 21.º do DL n.º 231/81. Não só em Portugal, mas também em Espanha (art. 239.º e ss. do Código de Comércio) e na Alemanha (§ 230 e ss. do HGB) o associante é qualificado como comerciante. E, como acrescenta ENGRÁCIA ANTUNES, a lei estabelece uma noção ampla de associante, pelo que pode parecer vir a enquadrar (ainda que de forma marginal), “*qualquer indivíduo que exerce uma atividade económica, ainda que de forma não profissional ou fora do quadro de uma organização empresarial (cf., todavia, art. 25.º, n.º 6)*” – ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA, 2007, “*Contratos Comerciais Noções Fundamentais*”, in *Revista Direito e Justiça*, vol. Especial, Universidade Católica, p. 409.

¹⁶⁴ De notar, porém, que este art. 225.º não era pacífico, com a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça já tendo decidido em sentido contrário, como é o caso do acórdão de 18 de julho de 1933, ano 47, pág. 238, cuja sentença estabelecia que “*se o sócio ostensivo não era comerciante, ficou-o sendo desde o início até ao fim da associação*”. Para mais informações, *vide* VENTURA (1969), p. 98.

¹⁶⁵ Podendo ser um ou vários (associações plurais). Deverá, contudo, preencher o requisito de comerciante nos casos de associações recíprocas.

¹⁶⁶ Como mostra a regra do art. 25.º, n.º 1 do DL n.º 231/81.

contrato de associação em participação podem, ao abrigo de uma cláusula contratual, reduzida a escrito¹⁶⁷, excluir o associado das perdas resultantes do exercício da atividade económica do associante e da cláusula que lhe atribua responsabilidade ilimitada nas mesmas perdas. Acresce que, tal como acontece com os EP¹⁶⁸, a associação em participação não está sujeita a qualquer tipo de registo¹⁶⁹.

Na associação em participação, a prestação do associado abrange contribuições das mais variadas espécies, com o pressuposto último de revestirem natureza patrimonial¹⁷⁰. Assim sendo, poderá estar em causa, designadamente, dinheiro, bens¹⁷¹ ou até mesmo a prestação de um serviço¹⁷². Já o regime do mútuo, previsto no CC, apenas se refere a dinheiro ou coisa fungível¹⁷³ enquanto contribuições do mutuante, pelo que a entrega de bens não fungíveis ou a prestação de um serviço estariam afastadas. Estando em causa uma contribuição através de bens, poder-se-á estar perante a transferência, para o associante, do direito de propriedade sobre os mesmos ou perante a mera atribuição, ao associante, do uso ou fruição dos bens, podendo o associado, nesta última opção, manter o direito de propriedade na sua esfera jurídica e reivindicá-lo de terceiros¹⁷⁴. Em suma, na associação em participação, um direito, seja qual for, deve ingressar no património do associante, estabelecendo-se por referência ao direito transmitido um valor monetário¹⁷⁵. Quanto aos lucros, eles são de repartição obrigatória com o associado num contrato de associação em participação. As partes têm a liberdade de estabelecer, tanto para o lucro, como

¹⁶⁷ Cfr. art. 23.º, n.º 2 do DL n.º 231/81.

¹⁶⁸ Não obstante o entendimento de sujeitar os EP ao registo comercial, já previamente abordado.

¹⁶⁹ Neste sentido RUI PINTO DUARTE refere que “(...) não dando lugar a uma nova entidade jurídica, não há qualquer razão que imponha o registo do contrato” – DUARTE (2010), p. 146.

¹⁷⁰ Cfr. art. 24.º, n.º 1 do DL n.º 231/81.

¹⁷¹ A título de exemplo de contribuições de *bens*, temos “o contrato de fornecimento com cláusulas e condições tais que signifique uma vantagem para o associante (...); créditos do associado sobre o associante, que muda de título, passando a constituir contribuições para a associação (...); a assunção por parte do associado duma dívida do associante para com terceiro; a abertura de crédito do associado a favor do associante; a prestação de garantia real ou pessoal a um débito do associante; a remissão dum crédito do associado sobre o associante (...)" – VENTURA (1969), pp. 113 e 114.

¹⁷² Cfr. VENTURA (1969), pp. 116 e 117.

¹⁷³ Cfr. art. 1142.º do CC.

¹⁷⁴ E, nessa linha, o direito de propriedade está ao alcance de pretensões executivas dos credores do *associado*, e não pode o associante alienar o bem, sob pena de estar a alienar algo que não tem o direito de propriedade sobre. Para mais informações, *vide* VENTURA (1969), p. 115.

¹⁷⁵ Cfr. art. 24.º, n.º 1 e 4 do DL n.º 231/81.

para a perda, um regime próprio, resultante de convenção expressa ou das circunstâncias do contrato¹⁷⁶. Do lado do associante, o art. 26.º do DL n.º 231/81 refere que o associante tem o dever de, nomeadamente, prosseguir de forma normal a atividade da forma como fazia antes do contrato ser celebrado¹⁷⁷, prestar informações justificadas consoante o caso concreto ao associado¹⁷⁸ e não concorrer com a empresa na qual foi contratada a associação. Além disso, o associante está obrigado a prestar contas nas épocas legais ou contratualmente fixadas¹⁷⁹. Por fim, a associação pode vir a extinguir-se, entre outros, pelos factos (extintivos) previstos no contrato¹⁸⁰, pela completa realização do seu objeto ou impossibilidade de realização do mesmo¹⁸¹ e, pela confusão das posições de associante e associado¹⁸² – confusão esta que não se concebe suceder no âmbito dos EP, tendo em conta a clara divisão entre credor e devedor da relação contratual.

Ora, numa primeira análise, vê-se que (i) as partes elegíveis para celebrar um e outro tipo de contrato não são idênticas, (ii) diferentemente do que acontece no EP, na associação em participação o associado pode participar nas perdas; (iii) na associação em participação o associante tem obrigação de não concorrência com o associado e (iii) o objeto possível no caso dos EP é mais limitado do que o objeto possível no caso do contrato de associação em participação¹⁸³.

Resulta também claro que na associação em participação o objetivo é que o associado invista na *atividade* do associante – que, como diz Paulo Olavo Cunha, é o que “dá a cara”¹⁸⁴ –, participando depois nos resultados por este obtidos. Como se verá adiante, a propósito do mútuo parciário¹⁸⁵,

¹⁷⁶ Cfr. art. 25.º, n.º 1 do DL n.º 231/81.

¹⁷⁷ Não colocando, assim, “em cheque bases essenciais da associação” – ANTUNES (2009), p. 411.

¹⁷⁸ O art. 17.º do RJEP consagra o dever de prestar informações ao mutuante.

¹⁷⁹ Cfr. art. 31.º, n.º 1 do DL n.º 231/81. Sendo associante uma sociedade comercial, vigora o prazo de apresentação das contas à assembleia geral (n.º 2 do mesmo artigo).

¹⁸⁰ Cfr. art. 29.º, n.º 1 do DL n.º 231/81.

¹⁸¹ Cfr. art. 27.º, alíneas a) e b) do DL n.º 231/81.

¹⁸² Cfr. art. 27.º, alínea e) do DL n.º 231/81.

¹⁸³ Reconhece-se, ainda assim, que grande parte das regras do DL n.º 231/81 são supletivas e que o facto de o DL n.º 231/81 abranger um âmbito de aplicação maior do que o âmbito dos EP não impede a recondução das características dos EP ao escopo do referido DL.

¹⁸⁴ Cfr. CUNHA (2021), p. 317.

¹⁸⁵ A propósito das distinções em relação mútuo parciário (quando referente aos lucros de uma quota), *vide* VENTURA (1968), pp. 68 e 69.

a doutrina alemã¹⁸⁶ diferencia o mútuo parciário da associação em participação através do *animus contrahendae societatis*, ou seja, a vontade dos contraentes em realizarem um fim comum¹⁸⁷. Caso haja esse *animus*, estamos perante uma associação em participação (*stille Gesellschaft*), caso contrário, i.e., caso se trate de uma simples situação de investimento financeiro, em que temos, de um lado, um credor e, do outro lado, um devedor, numa relação puramente creditícia (sem “*teor societário*”), então estamos diante de um mútuo parciário¹⁸⁸. Se se olhar com base nesse entendimento, ao analisar as partes elegíveis pelo diploma dos EP, somado às finalidades exemplificadas no diploma do RJEP¹⁸⁹ (financiamento e reforço de caixa), concluir-se-ia que o RJEP não reconduz a um caráter *associativo*¹⁹⁰ dos empréstimos a serem concedidos, mas tão só a perspetivação de um lucro maior do que aquele que seria obtido através do recurso aos tradicionais juros fixos e de uma eventual (financeira e estratégica) conversão no capital social do mutuário. O regime da associação em participação tem a tal vertente jussocietária¹⁹¹, uma vez que o associante tem de cumprir, nos termos do disposto no art. 26.º do DL n.º 231/81, com uma série de deveres relativos à forma de gerência da sua atividade – olhe-se, neste particular, ao disposto na alínea b) daquele artigo, que obriga o associante a continuar com a sua atividade tal com o fazia antes da celebração do negócio¹⁹².

¹⁸⁶ Sobre a doutrina alemã, *vide* DUARTE (2022), p. 678, nota 47.

¹⁸⁷ Fim comum que é afastado quando o contrato afasta a partilha da perda pelo associado, que volta, portanto, a dificultar a diferenciação de ambos para grande parte da doutrina.

¹⁸⁸ Para mais, *vide* VENTURA (1968), p. 87.

¹⁸⁹ No seu art. 5.º.

¹⁹⁰ Muito embora o associado aja em *nome próprio* aquando da conclusão dos negócios jurídicos – mesmo dentro do escopo das atividades englobadas nos interesses do partípice (cfr. CORREIA (1994), p. 219) –, como reforça PAULO OLAVO CUNHA, está em causa um contrato que reveste, por um lado, natureza negocial, mas simultaneamente associativa, “*de partilha de esforços, para realizar uma determinada atividade de caráter económico*”, o que o enquadra na categoria de contratos associativos – CUNHA (2021), p. 320.

¹⁹¹ Quando a doutrina alemã compara o mútuo parciário com a associação em participação chega a essa conclusão. Para mais informações sobre a natureza societária da associação em participação, *vide* DUARTE (2022), p. 676, nota 47.

¹⁹² Acredita-se que isto é diferente do interesse do mutuante na administração ou fiscalização da atividade do mutuário, visto que estes últimos se apresentam como *direitos correlativos* (como lhes chama RAÚL VENTURA; *Kontrollrechte*, na doutrina alemã), são limitados e não de escopo obrigacional-impositivo, como acontece com os deveres do associante oriundos do contrato de associação em participação.

4.2.2. Mútuo parciário

O mútuo parciário^{193/194}, como o próprio nome indica, encontra-se dentro dos contratos parciários, cuja definição foi já adiantada. Nestes, os contraentes podem estabelecer uma retribuição (no caso dos EP, chamada de remuneração) que seja em parte “*constituída pela forma comum (comutativa) de retribuição (...) e noutra parte constituída por aquela participação nos resultados (...)*” – como no caso do mútuo parciário, já que a sua retribuição seria “*igualmente constituída por uma parcela fixa (juro) e uma parcela variável*” (o lucro obtido pelo “*investimento*” do montante “*mutuado*”)¹⁹⁵. Sendo utilizado para diferentes tipos de negócio¹⁹⁶, o mútuo parciário é um subtipo de contrato de mútuo no qual se estabelece uma cláusula em que a remuneração do mutuante é indexada aos lucros (ou outros resultados patrimoniais positivos) gerados pela empresa mutuária.

Assim, existe uma relação sinaligmática entre a disponibilização temporária do capital e a possibilidade de distribuição de lucros; no entanto, o mutuante suporta o risco de não receber qualquer remuneração no caso de o mutuário não auferir nenhum resultado. Importa dizer que tal obrigação de remuneração variável não se confunde com juros, visto que o conceito de juros é muitas vezes definido como uma “*remuneração pela disponibilização temporária do capital que seja independente dos lucros do mutuário*”¹⁹⁷.

A propósito da remuneração dos EP, já se referiu a posição de Miguel Brito Bastos acerca da aplicação analógica das regras dos juros à definição dos valores remuneratórios a serem indexados relativamente à componente variável do mútuo, visto que os EP podem conter, para além da remuneração variável, a remuneração fixa (os juros).

Ao abrigo da autonomia privada, o contrato de mútuo parciário permite uma ampla margem de estipulação – ao nível da escolha das partes, montantes, termos em que é celebrado, etc. Com efeito, deixa-se às partes contraentes a liberdade de estipularem o conteúdo do contrato (naturalmente, sem prejuízo do dever de obediência aos limites gerais do direito).

¹⁹³ No direito estrangeiro, as expressões *partiarchische Darlehen*, *mutuo parziario*, *préstamo participativo*, *participating loan*, etc.

¹⁹⁴ No entendimento de MIGUEL BRITO BASTOS, é uma expressão mais rigorosa do que mútuo participativo, tendo em conta que este último aproxima, lexicalmente, dos mútuos de participações sociais – BASTOS (2015), p. 165, nota 336.

¹⁹⁵ Cfr. COELHO (2014), p. 284.

¹⁹⁶ Tem-se em mente, designadamente, créditos de saneamento, operações de *project finance*, etc.

¹⁹⁷ Cfr. BASTOS (2015), p. 165.

Em suma, com o diploma dos EP, crê-se que o legislador português pretendeu incentivar e regular uma forma de mútuo parciário. O RJEP configura um mútuo (parciário) em que uma das entidades mutuantes disponibiliza o seu capital temporariamente sendo, em contrapartida, remunerada com base nos resultados da empresa mutuária, podendo a sua retribuição constituir numa parcela fixa e uma parcela variável, para além do reembolso que teria direito. Assim, pelo confronto das regras do diploma dos EP com o que foi descrito anteriormente, parece ser seguro e pacífico qualificar o contrato dos EP como uma forma de mútuo parciário. Por outro lado, em relação à associação em participação, a recondução dos EP a esse tipo contratual variará consoante a posição que se tomar relativamente à separação entre as duas figuras (mútuo parciário e associação em participação). Se se adotar a posição da diferenciação consoante existência ou não do *animus contrahendae societatis*¹⁹⁸, autonomizando o mútuo parciário em relação da associação em participação, estar-se-ia, unicamente, perante um caso de mútuo parciário. Em contrapartida, para a doutrina que entende que a distinção jurídica entre as duas figuras poderá ser difícil e ténue¹⁹⁹, o silogismo levaria, como se percebe, a enquadrar o contrato dos EP em ambas as figuras, qualificando-o como uma forma de mútuo parciário e de associação em participação.

5. Conclusão

Em Portugal, o regime jurídico dos EP foi aprovado, no início de 2022, pelo DL n.º 11/2022, através do qual o legislador procurou viabilizar uma fonte inovadora de financiamento alternativa das empresas, mormente, as PME, que reduzisse a sua dependência do financiamento do sistema ban-

¹⁹⁸ Cfr. PINHEIRO (2003), p. 162, nota 471, a propósito da posição de parte da doutrina alemã quanto à inexistência de uma “*comunhão de fim*” nos contratos parciários e, ao referir a relação das partes na associação em participação, menciona que o associante “*se vincula perante o associado não só a exercer a actividade convencionada, mas também a fazê-lo segundo um certo padrão de diligência gestória, atendendo ao interesse do associante como se a empresa fosse explorada por uma sociedade por ambos comparticipada e como se as cláusulas do contrato de associação em participação integrassem o respectivo contrato de sociedade*” (p. 168).

¹⁹⁹ A título de exemplo, cfr. DUARTE (2022), pp. 678 e 679, ao se posicionar pela não autonomização das duas figuras, principalmente em Portugal, tendo em conta a possibilidade de se estipular no contrato de que o associado não responde pelas perdas. No direito italiano, como refere RAÚL VENTURA, há corrente doutrinária que chega ao ponto de negar a “*possibilidade jurídica do chamado mútuo parciário e o [reconduzir] à associação em participação, com exclusão de perdas*” – VENTURA (1969), p. 88.

cário e facilitasse o seu acesso ao mercado de capitais. Nessa perspetiva, atribuem-se ao legislador português os devidos méritos.

Crê-se que, do ponto de vista das entidades mutuantes, subsistam argumentos que as levam a ponderar a aplicação do RJEP, designadamente, a possibilidade de capitalização dos juros, as garantias adicionais conferidas pelos empréstimos participativos, as expectativas de crescimento económico da empresa investida e, com isso, um acréscimo da sua remuneração, entre outros. Adicionalmente, há que atentar na inovação relevante que o RJEP introduziu no ordenamento jurídico português (designadamente, por comparação com a figura tradicional do mútuo parciário): a possibilidade de converter o montante mutuado em capital social do mutuário, uma interessante alternativa às obrigações convertíveis.

Neste ponto, o diploma poderia ter a virtude de despertar o especial interesse dos investidores que referimos ao longo do texto²⁰⁰ em relação às PME, pelo que o RJEP poderia significar para aquelas empresas mais uma forma de promoção de investimento. Se, num olhar de relance, se reconhece a boa intenção do legislador português, uma análise crítica e detalhada daquele diploma conduz, porém, à conclusão, crê-se, um tanto desanimadora, de que aquilo que pretendia ser uma figura atenuante do problema de subcapitalização das PME será, ao que tudo indica – não obstante o seu caráter, em certos aspectos, inovador –, uma figura desajustada à finalidade que quer cumprir.

Aquela conclusão é desanimadora, sobretudo, porque a estatuição do n.º 2 do artigo 2.º do RJEP, de considerar o valor mutuado como CP, não parece ir ao encontro da definição de CP à luz das normas contabilísticas, na medida em que existe uma obrigação de remunerar e reembolsar o mutuante (uma vez verificados os pressupostos de pagamento). Recomenda-se ao legislador que observe as características dos empréstimos híbridos que permitam, consoante o caso, a imputação dos EP no CP²⁰¹

²⁰⁰ Os EP surgiram como um financiamento que não seria dirigido maioritariamente aos organismos de investimento de capital de risco, como ocorre com as grandes empresas aquando da emissão de obrigações, sobretudo ao nível do planeamento de operações de investimento. Geralmente, as instituições de capital de risco influenciam na gestão e assunção do risco da empresa adquirida ou financiada através da subscrição de ações e/ou obrigações desta empresa. A conversão, que pode ser vista como uma “degradação” da posição creditícia para a posição de acionista, especialmente quando o mutuário se encontra em dificuldades financeiras, será mais atrativa exatamente nas hipóteses de tomada do controlo societário – cfr. DINIS, e CORDAS (2019), pp. 44 e 45.

²⁰¹ Nomeadamente, sejam subordinados, não garantidos, totalmente desembolsados e não sejam reembolsáveis por iniciativa do detentor, poderem ser utilizados para cobrir perdas e ser possível adiar a obrigação de pagar juros.

de forma a não impactar excessivamente no rácio dívida-capital, e, por outro lado, tenha uma remuneração interessante para o mutuante e que, ainda mais importante, seja favorável de um ponto de vista fiscal. De outra forma, prevê-se, então, um escasso impacto ao nível da adesão ao RJEP por parte dos investidores e das empresas que buscam financiamentos.

Para além da possibilidade de conversão, o RJEP – inspirando-se (ainda que de forma descontextualizada) nos regimes de outros ordenamentos jurídicos –, não acrescentou, nem criou, no seio da ordem jurídica portuguesa, um qualquer tipo contratual que não fosse já conhecido.

E mesmo que assim não fosse, o RJEP apresenta-se complexo e com o processo de conversão moroso. Justificar-se-ia, então, uma revisão das normas do diploma que disciplinam o mecanismo, sob pena de, como se crê, se estar perante um diploma com limitada expansão e difícil aplicabilidade prática. Em suma, refletindo sobre a verdadeira efetividade do RJEP, conclui-se que o mesmo tenderá a ficar aquém dos objetivos traçados pelo legislador e não atenderá as expectativas do CESE.

Sem prejuízo do que se disse, não é menos verdade que o RJEP estabeleceu uma regulação para uma forma específica do mutuo parciário²⁰², sendo esperado que a sua positivação incite a doutrina nacional à produção e divulgação de novos estudos sobre o tema dos EP, em geral, e, mais emergente, ao pensamento de novas formas de financiamento que consigam mitigar o problema do endividamento asfixiante com que muitas empresas portuguesas se deparam e que, num círculo vicioso, compromete a prosperidade do mercado económico-empresarial português.

²⁰² Já existindo, antes, uma regulação ao mútuo parciário, se se entender que o mesmo é qualificável como associação em participação.



NOTÍCIAS

RESUMO: Transpondo as Diretivas (UE) 2019/944 e (UE) 2018/2001, o DL 15/2022, de 14 de janeiro, regula as comunidades de energia renovável e as comunidades de cidadãos para a energia. Umas e outras podem assumir natureza societária, mas os seus estatutos devem estipular a adesão aberta e voluntária dos sócios, a prioridade aos benefícios ambientais, económicos e sociais de sócios e dos territórios onde as comunidades atuam e, no caso das comunidades de energia renovável, o controlo da pessoa coletiva pelos seus membros. O regime legal, fortemente inspirado no direito cooperativo, reclama um delicado exercício de adaptação estatutária das comunidades de energia societárias. O artigo propõe cláusulas estatutárias que, no “tipo real” das comunidades de energia, concretizam o comando legal da subalternização dos lucros financeiros.

Palavras-chave: Comunidades de energia; sociedades; lucros; cooperativas; sociedades de “dupla missão”.

ABSTRACT: Transposing Directives (EU) 2019/944 and EU 2018/2001, Decree-Law 15/2022 of 14 January regulates energy communities, which can be either renewable energy communities or citizens' energy communities. Both can be companies, but their statutes must stipulate open and voluntary membership, prioritising the environmental, economic, and social benefits of shareholders and the territories in which the communities operate and, in the case of renewable energy communities, control of the legal entity by its shareholders. The article proposes statutory clauses that, in the “real type” of energy communities, concretise the legal command to subalternize financial profits to environmental, social, and economic benefits.

Keywords: Energy communities; companies; profits; cooperatives; “dual mission” companies.

MARIA ELISABETE RAMOS*

Comunidades de energia societárias Regime de “dupla missão” sem sociedade de “dupla missão”

* Univ Coimbra, CeBER, Faculty of Economics, Av Dias da Silva 165, 3004-512 Coimbra. Professora Auxiliar com Agregação em Direito, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Correio eletrónico: mgramos@fe.uc.pt. ORCID iD: 0000-0001-5376-4897. O presente texto serviu de suporte à minha intervenção no *PowerCoop Cambia el Futuro. Seminário Internacional Comunidades Energéticas de Autoconsumo: Análise organizacional sob uma perspetiva jurídica, de gestão e tecnológica*, na sessão plenária subordinada ao tema “Tipologia de comunidades de energia”, moderada pela Profª Doutora Deolinda Meira, que teve lugar na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra no dia 24 de janeiro de 2024.

1. Desencontro de regimes jurídicos

O DL 15/2022, de 14 de janeiro, estabelece a organização e o funcionamento do Sistema Elétrico Nacional, transpondo a Diretiva (UE) 2019/944¹ e a Diretiva (UE) 2018/2001². A Diretiva de Energia Renovável (2018/2001/UE) carateriza a *comunidade de energia renovável* (CER) como “uma entidade jurídica: a) que, de acordo com o direito nacional aplicável, tem por base uma participação aberta e voluntária, é autónoma e é efetivamente controlada por acionistas ou membros que estão localizados na proximidade dos projetos de energia renovável os quais são propriedade dessa entidade jurídica e por esta desenvolvidos, b) cujos acionistas ou membros são pessoas singulares, PME ou autoridades locais, incluindo municípios, c) cujo objetivo principal é propiciar aos seus acionistas ou membros ou às localidades onde opera benefícios ambientais, económicos e sociais em vez de lucros financeiros” (art. 2.º, 16))³.

A Diretiva para o mercado interno da eletricidade (2019/944/UE) carateriza a *comunidade de cidadãos para a energia* (CCE), como “uma entidade jurídica: a) com base numa participação aberta e voluntária, que seja efetivamente controlada pelos seus membros ou pelos titulares de participações sociais que são pessoas singulares, autoridades locais, incluindo municípios, ou pequenas empresas, b) cujo principal objetivo é proporcionar benefícios ambientais, económicos ou sociais aos seus membros ou titulares de participações sociais ou às zonas locais onde operam e não gerar lucros financeiros, e c) pode participar em atividades de produção, inclusive de energia de fontes renováveis, de distribuição, de comercialização, de consumo, de agregação, de armazenamento de

¹ Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de junho de 2019 relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que altera a Diretiva 2012/27/UE (reformulação).

² Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis (reformulação).

³ A Grécia foi o primeiro país a adotar normas sobre comunidades energéticas, através da Lei 4513/2018, de 22 de janeiro, configurando-as como cooperativas. Sobre esta experiência legislativa, v. Gemma Fajardo García /M. Frantzeskaki, “Las comunidades energéticas en Grecia”, *Revesco*, nº 137, 2021, p. 3, ss.; I. Douvitsa, “The new law on energy communities in Greece”, *Cooperativismo e Economía Social*, nº 40 (2017-2018), p. 31, ss. À luz das normas gregas sobre comunidades de energia, a participação de cada membro na comunidade energética não pode exceder 20% do capital social. Sobre esta questão, v. M.E. Biresselio-glu/ S. A. Limoncuoglu/M. H. Demir/J. Reichl/ K. Burgstaller/A. Sciullo/E. Ferrero, “Legal Provisions and Market Conditions for Energy Communities in Austria, Germany, Greece, Italy, Spain, and Turkey: A Comparative Assessment”, *Sustainability*, nº 13, 2021, p. 15.

energia, de prestação de serviços de eficiência energética, ou de serviços de carregamento para veículos elétricos ou prestar outros serviços energéticos aos seus membros ou aos titulares de participações sociais" (art. 2.º, 11))⁴.

As definições CER e de CCE, plasmadas nas Diretivas da UE, influenciaram determinantemente o teor dos arts. 189.º e 191.º do DL 15/2022 que admitem que as comunidades de energia portuguesas assumam a forma societária^{5/6}. É o que resulta expressamente destes preceitos quando convocam "sócios ou acionistas, os quais podem ser pessoas singulares ou coletivas, de natureza pública ou privada, incluindo, nomeadamente, pequenas e médias empresas ou autarquias locais"⁷.

⁴ Para a súmula das características que são comuns e das diferenças que as separam, v. Elisabet González Pons/Cristina R. Grau López, *Las cooperativas de consumo eléctricas y las comunidades energéticas*, Confederación Española de Cooperativas de Consumidores y Usuarios - Hispacoop, 2021, p. 17.

⁵ As Diretivas consagram a liberdade em matéria de forma jurídica que as comunidades energéticas podem assumir. Cfr., a este propósito, o considerando 71 da Diretiva 2018/2001 e o considerando 44 da Diretiva EU 2019/944. Na doutrina, v. Gemma Fajardo García, "El autoconsumo de energía renovable, las comunidades energéticas y las cooperativas", *Noticias de la Economía Pública, Social y Cooperativa*, n.º 66, 2021, p. 49.

⁶ Em alguns Estados-Membros, optou-se exclusivamente pelas cooperativas (o caso da Grécia). Em Itália, optou-se pela cooperativa e associação. Sobre a experiência italiana, v. Felipe Barroco/ Francesca Cappellaro/ Carmen Palumbo (Curatori), "Le Comunità Energetiche in Italia. Una guida per orientare i cittadini nel nuovo mercato dell'energia". *Green Energy community*, 2020, p. 23. Sobre as "cooperativas comunitárias" em Itália e a sua aplicação às comunidades energéticas, v. A. Grignani/ M. Gozzellino/ A. Sciuollo/D. Padovan, "Community Cooperative: A New Legal Form for Enhancing Social Capital for the Development of Renewable Energy Communities in Italy", *Energies*, nº 14, 2021, p. 12/15. Sobre as comunidades de energia como sociedades cooperativas (arts. 2511, ss. do *Codice Civile*), v. E. Cusa, "Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche", *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 1/2020, p. 42/56. Em França admite-se a cooperativa e sociedade anónima simplificada. Sobre esta experiência, v. C. Serbi/ A. L. Vernay, "Community renewable energy in France: The state of development and the way forward", *Energy Policy*, 143, 2020, p. 4/13. V. os arts. L231-1 e ss. do *Code de Commerce* relativos a sociedades de capital variável e os arts. L227-1 a L227-20 relativos a sociedades anónimas simplificadas. O art. L-231-1 do *Code de Commerce* determina: "Il peut être stipulé dans les statuts des sociétés qui n'ont pas la forme de société anonyme ainsi que dans toute société coopérative que le capital social est susceptible d'augmentation par des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués".

⁷ O regime das comunidades de energia societárias parece afastar as sociedades unipessoais (arts. 270.º-A, 481.º, 488.º do CSC), não pela falta do requisito da personalidade jurídica (arts. 5.º, 270.º-G, 481.º, 488.º do CSC), mas sim pela falta de "comunidade". Parece resultar do regime legal que as comunidades jurídicas societárias são sociedades pluripessoais que organizam um conjunto de membros que, em conjunto, querem reali-

Ou quando se determina que os “lucros financeiros” não são o *objetivo* principal da CER e da CCE (arts. 189.º, 1, c), 191.º, 1, a), do DL 15/2022).

As comunidades de energia (CER e CCE) apresentam particularidades em matéria de “propriedade e controlo”, “governação” e “purpose”⁸, seja qual for a forma jurídica que assumam. Por força do regime legal, as comunidades de energia *societárias* são pessoas coletivas de “adesão aberta e voluntária dos (...) sócios ou acionistas”, ao serviço do objetivo principal que não é a maximização dos “lucros financeiros”⁹, mas sim a produção de “benefícios ambientais, económicos ou sociais” para sócios ou “localidades”. No que às CER de feição societária diz respeito, acresce o requisito do controlo pelos seus sócios ou acionistas¹⁰.

Adesão aberta e voluntária, controlo pelos membros, autonomia, interesse pela comunidade, satisfação das necessidades e aspirações económicas e sociais dos membros, são elementos da *identidade cooperativa* plasmados quer na *definição de cooperativa* (art. 2.º do Código Cooperativo)¹¹ quer nos *princípios cooperativos* (art. 3.º do Código Cooperativo)^{12/13}. Acontece que o DL 15/2022, de 14 de janeiro, aplica

zar as atividades económicas próprias destas entidades (art. 189.º, 2, 3, 191.º, 1, b), do DL 15/2022, de 14 de janeiro).

⁸ Cfr. https://rural-energy-community-hub.ec.europa.eu/energy-communities/what-energy-community_en (consultado no dia 22.1.2024).

⁹ Sobre as teorias da maximização do valor para o acionista, v. Fátima Gomes, *O direito aos lucros e o dever de participar nas perdas nas sociedades anónimas*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 86, ss. Sobre a erosão do lucro como requisito caraterizador das sociedades, v. José Engrácia Antunes, *Direito das sociedades*, 10.ª ed., Porto, 2021, p. 80, ss. No sentido de que o lucro não tem obrigatoriamente de ser o fim das sociedades, Rui Pinto Duarte, *Escritos sobre direito das sociedades*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 26-34; ou, ainda Pedro Pais Vasconcelos, “Vinculação das sociedades comerciais”, *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 12, 2014, p. 80, para quem o art. 980.º do Código Civil não se aplica às sociedades comerciais.

¹⁰ Explicita o considerando 71 da Diretiva 2018/2001 que “Para evitar abusos e assegurar uma ampla participação, as comunidades de energia renovável deverão ser capazes de conservar a sua autonomia relativamente a membros individuais e outros intervenientes tradicionais no mercado que participem na comunidade na qualidade de membros ou acionistas, ou que nelas colaborem por outros meios, como o investimento”. Sobre o sentido de autonomia, v. Gemma Fajardo García “El autoconsumo de energía renovable, las comunidades energéticas y las cooperativas”, cit., p. 48.

¹¹ Cfr. J. M. Coutinho de Abreu, “Artigo 2.º - Noção”, *Código Cooperativo anotado*, Coord. Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos, Coimbra: Almedina, 2018, p. 22, ss.

¹² Para a compreensão dos princípios cooperativos, v. por todos, Rui Namorado, “Artigo 3.º - Princípios cooperativos”, *Código Cooperativo anotado*, Coord. Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos, Coimbra: Almedina, 2018, p. 27, ss.

¹³ É sem surpresa que, em 2020, A. Caramizaru/A. Uihlein, *Energy communities: an overview of energy and social innovation*, EUR 30083 EN, Publications Office of the European

estes requisitos também a comunidades de energia de *natureza societária*. O que significa no direito português um agudo *desencontro* entre, por um lado, o regime jurídico das sociedades vocacionado para a satisfação do interesse egoístico dos sócios e, por outro, as comunidades de energia moldadas para a produção de benefícios de sócios e não sócios, subalternizando os “lucros financeiros” (subjetivos). O *desconcerto* intensifica-se quando as comunidades de energia assumem o tipo de sociedade anônima que, por natureza, é não democrático, de matriz plutocrática, vocacionado para obtenção de “lucro financeiro”, permeável ao controlo por outras entidades, designadamente através de relações de domínio ou de grupo (arts. 486.º, 488.º, ss, do CSC).

Este *desencontro* não foi resolvido legislativamente. De facto, o acolhimento em Portugal das comunidades de energia societárias não foi acompanhado da previsão de específico tipo societário que acomode as especificidades daquelas em matéria de governação, propriedade e controlo e *purpose*. Em Portugal, não estão consagradas legislativamente as “sociedades benefício”¹⁴ nem as sociedades de capital variável¹⁵ nem os modelos de empresas sociais orientadas para fins de interesse geral¹⁶.

Union, Luxembourg, 2020, p. 15, declararam que “The majority of citizen-led initiatives are cooperatives”. V. ainda María José Vañó Vañó, “Cooperativizar la energía. La fórmula para el empoderamiento del consumidor”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, n.º 106, 2022, p. 9, ss. Segundo informação colhida em <https://www.coopernico.org/artigo/322> (acesso no dia 22.1.2024), a primeira comunidade de energia renovável constituída em Portugal assume a natureza de cooperativa de interesse público. Esta comunidade de energia renovável foi criada em Vila Boa do Bispo, concelho de Marco de Canavezes, destinada a promover a instalação e utilização de fontes de energia renovável no seu território. A instalação de energia fotovoltaica da comunidade de energia renovável é aplicada nas coberturas da Sede da Junta de Freguesia de Vila Boa do Bispo, do antigo Jardim de Infância de Lamoso, da Associação Humanitária dos Bombeiros Voluntários de Marco de Canavezes e da Casa do Povo de Vila Boa do Bispo que, simultaneamente, são os primeiros cooperadores.

¹⁴ Sobre estas v. Maria Elisabete Ramos, “Empreendedorismo sustentável e sociedades benefício”, *Direito das Sociedades em Revista*, ano 15, vol. 29, abril, 2023, p. 142, ss; “Sociedades benefício – futuro ou fronteira da economia social? – a propósito do art. 4.º, h), da Lei de Bases da Economia Social”, *Revista ES – Economia Social*, maio de 2023, n.º 20, disponível em http://www.revista-es.info/ramos_20.html (consulta no dia 25 de janeiro de 2024).

¹⁵ Não estou a considerar as sociedades de investimento coletivo de capital variável, atualmente previstas no art. 4.º, 2, do DL 27/2023, de 28 de abril.

¹⁶ Sobre a identificação de empresa social, v. J. M. Coutinho de Abreu, “Empresas sociais (nóbulas de identificação)”, *Cooperativismo e Economía Social*, n.º 37 (2014-2015), p. 369-376. Para uma perspetiva geral sobre o “estado da arte” das empresas sociais, v. Holger Fleischer/Matthias Pendl, *The Law of social enterprises: surveying a new field of research*, Euro-

Sócios que queiram constituir comunidades de energia de feição societária terão de, nos limites da “elasticidade”¹⁷ dos tipos societários, construir um *estatuto à medida* e “desenhar” cláusulas estatutárias que no “tipo real” satisfaçam os requisitos legais das comunidades de energia. O que não será tarefa fácil, construir *artesanalmente*, por via estatutária, sociedades de “adesão aberta e voluntária”, controladas pelos seus membros e cujo objetivo principal não é a maximização do lucro, mas sim a produção de benefícios, ambientais, económicos e sociais para sócios e territórios.

Este exercício “taylor made” não poderá resultar na criação de sociedades comerciais *atípicas* que, como se sabe, *são proibidas* à luz da ordem jurídica portuguesa¹⁸. O que é muito relevante para o assunto que nos ocupa, porquanto impede-se que os sócios, na vontade de replicar pessoas coletivas de “dupla-missão”¹⁹ em vigor em outros ordenamentos jurídicos, estipulem cláusulas estatutárias incompatíveis com qualquer tipo legal ou com o tipo legal adotado nos estatutos. Designadamente, o princípio da taxatividade dos tipos societários impede a criação, por via estatutária, de entidades de natureza híbrida que repliquem em Portugal a sociedade benefício italiana²⁰.

Dito isto, não devemos ignorar que os tipos societários são “elásticos”²¹ e, por conseguinte, a taxatividade dos tipos societários é compatível com:

pean Corporate Governance Institute, Law Working Paper n.º 763/2023. V. tb. Deolinda Meira/Maria Elisabete Ramos, “A empresa social e as sociedades comerciais: realidades convergentes ou divergentes?”, *Cooperativismo & Desarrollo*, 27, 114, 2019, p. 1-33. Veja-se, ainda, Henry Peter/Carlos Vargas Vasserot/Jaime Alcalde Silva (editors), *The international handbook of social enterprise law. Benefit corporations and other purpose driven companies*, Springer, 2023.

¹⁷ Pedro Pais de Vasconcelos, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 48, ss., qualifica os tipos societários como tipos elásticos. Mais recentemente, Pedro Pais de Vasconcelos/ Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, “Tipo e sociedade”, *Revista de direito comercial*, <https://www.revistadireditocomercial.com>, 27.5. 2019, p. 463, ss., refletem, quanto à sociedade anónima, sobre a “possibilidades de variação intratípica, o que permite que um mesmo tipo de sociedade integre diferentes tropos de sociedade”.

¹⁸ Neste sentido, J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. II. *Das Sociedades*, 8.ª ed., Coimbra: Almedina, 2024, p. 85.

¹⁹ A expressão pertence a Guido Ferrarini/Shanshan Zhu, *Is there a role for benefit corporations in the New Sustainable Governance Framework?*, Law Working Paper n.º 588/2021, European Corporate Governance Institute, June 2021, p. 3.

²⁰ V. Maria Elisabete Ramos, “Empreendedorismo sustentável e sociedades benefício”, *cit.*, p. 142, e bibliografia aí indicada.

²¹ Pedro Pais de Vasconcelos, *A participação social nas sociedades comerciais* *cit.*, p. 48, ss., qualifica os tipos societários como tipos elásticos. Também em Espanha se considera compatível o *numerus clausus* dos tipos societários com o exercício da autonomia da vontade

a) cláusulas atípicas; b) atos societários gratuitos; c) atribuição de lucros a não sócios; d) órgãos estatutários; e) ponderação de interesses de stakeholders em decisões empresariais tomadas pelos administradores.

2. Comunidades energéticas e o propósito da não maximização dos “lucros financeiros”

Determinam os arts. 189.º, 1, *c*), e 191.º, 1, *a*), do DL 15/2022, de 14 de janeiro, que as comunidades de energia societárias não podem ter os “lucros financeiros” como “objetivo principal” porque o “objetivo principal” destas pessoas coletivas é propiciar “benefícios ambientais, económicos e sociais” aos membros ou às localidades onde opera a comunidade de energia. O “objetivo principal” não corresponde ao *objeto* das sociedades-comunidades energéticas. O *objeto* destas entidades está previsto, respetivamente, nos arts. 189.º, 2, e 191.º, 1, *b*), 2, do DL 15/2022.

Os “objetivos” (principal e subalterno) convergem em uma “dupla missão” em que coexistem o *objetivo principal* – gerar “benefícios ambientais, económicos e sociais” para os membros e territórios onde operam as comunidades energéticas – e o *objetivo não principal* (ou subalterno) que se traduz na obtenção e distribuição de “lucros financeiros”. Por conseguinte, as comunidades de energia de natureza societária são *entidades lucrativas* que não procuram a maximização do lucro. O que implica, por um lado, decisões empresariais relativas à utilização do património social (que deve ser afetado aos benefícios ambientais, sociais) e, por outro, cláusulas estatutárias ou deliberações sociais que restrinjam a distribuição de lucros pelos sócios.

Em matéria de *governação*, extraí-se do regime legal que os administradores de comunidades de energia societárias²² estão legitimados (e obrigados) a não maximizar os “lucros financeiros”, porque devem afetar o património social à concretização de “objetivo principal” de propiciar benefícios ambientais, económicos e sociais, quer a sócios quer às localidades onde opera a comunidade (arts. 189.º, 1, *c*), 191.º, 1, *a*), do DL 15/2022). Tais benefícios para sócios e não sócios podem consistir em poupanças na fatura da eletricidade, na maior produção de energia reno-

que adapte o tipo societário às necessidades da empresa — neste sentido, v. María Ángeles Alcalá Díaz, “Las sociedades mercantiles. Teoría general”, *Derecho de Sociedades*, tercera edición, Carmen Alonso Ledesma (dir.), Isabel Fernández Torres (coord.), Barcelona: Ate-lier, 2017, p. 40.

²² Entendida esta expressão em sentido amplo.

vável, na redução de emissões de CO₂ e de outros gases, na redução da pobreza energética²³, no consumo mais eficiente²⁴.

O comando legislativo relativo ao “objetivo principal” das comunidades energéticas diferencia-se, por um lado, do dever de *ponderar* interesses de vários *stakeholders* relevantes para a sociedade previsto no art. 64.º, 1, b), do CSC e, por outro, da natureza voluntária da “responsabilidade solidária da empresa”²⁵. De facto, tal comando legislativo consagra *deveres jurídicos* de administradores que estão vinculados a produzir tais resultados benéficos para *shareholders* e *stakeholders*.

Parece claro - e coerente com o objetivo de gerar benefícios não financeiros para sócios e terceiros – que o DL 15/2022 exige *contenção* ou *restrições* à distribuição de lucros gerados pelas comunidades de energia societárias (lucros subjetivos), sejam eles periódicos ou finais, mas a lei abstém-se de quantificar a medida de tal restrição. O que significa, do ponto de vista da criação de comunidades de energia societárias, um desafio à adaptação estatutária.

2.1. A adaptação estatutária

Os estatutos das comunidades de energia constituídas sob a forma societária *não podem substituir* integralmente o intuito lucrativo desta pessoa coletiva pelas finalidades de produção de benefícios ambientais, económicos e sociais, sob pena de não poder ser qualificada como sociedade.

São proibidas, porque *leoninas*, cláusulas que excluam sócio(s) dos lucros ou que, não o fazendo diretamente, tenham este efeito prático (art. 22.º, 3, 4, do CSC). Também será nula a cláusula mediante a qual a divisão de lucros seja deixada a critério de terceiros (art. 22.º, 3, 4, do CSC)²⁶.

²³ Cfr. María José Vañó Vañó, *Comunidades energéticas elemento clave en la eliminación de la pobreza energética*, 33.º Congreso Internacional del CIRIEC, 2022. Nuevas dinámicas mundiales en la era post-Covid; desafíos para la economía pública, social y cooperativa, CIRIEC España, 2022.

²⁴ Cfr. Gemma Fajardo, “El autoconsumo de energía renovable, las comunidades energéticas y las cooperativas”, cit., p. 48

²⁵ No sentido de que a responsabilidade social não configura um dever jurídico dos administradores de sociedades, v. J. M. Coutinho de Abreu, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 47.

²⁶ Sobre o sentido desta proibição, v. Paulo de Tarso Domingues, *O financiamento societário pelos sócios (e o seu reverso)*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 507.

Repare-se que, por força das normas dos arts. 217º, 1, e 294º, 1, do CSC, *metade* do lucro de exercício²⁷ distribuível *não será distribuído* (e, portanto, permanecerá no património social), se os estatutos não dispuserem diversamente ou se os sócios não deliberarem diversamente por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social²⁸. São lícitas cláusulas que, derrogando o disposto nos arts. 217º e 294º do CSC, estipulem a distribuição de menos de metade dos lucros de exercício distribuíveis²⁹.

São lícitas, pelo menos dentro de certos limites, cláusulas estatutárias que destinem lucros das comunidades energéticas a iniciativas destinadas a promover a produção e utilização de energias renováveis, a descarbonização da economia, a combater a pobreza energética na comunidade, no âmbito, por exemplo, de fins filantrópicos ou em contexto de medidas de responsabilidade social³⁰. Pense-se em cláusulas estatutárias que criam *reservas estatutárias*, determinando que certa percentagem dos lucros de exercício será afetada, por exemplo, a reservas destinadas a combater a pobreza energética de populações vulneráveis que vivem no território onde opera a comunidade energética ou a impulsionar a mobilidade elétrica.

Já é *questionável* se é válida a cláusula inserida em estatutos de comunidades energéticas que impõe a não distribuição total de lucros de exercício ou a afetação total destes a reservas livres. Não havendo dúvidas que tal cláusula é lícita em sociedades que durem por (curto) tempo determinado, dividem-se as opiniões quanto à licitude de tal cláusula nas sociedades de duração indeterminada. Há quem sustente que tal cláusula é ilícita porque para muitos sócios ela significa, de facto, a pri-

²⁷ Sobre a destinação imperativa do lucro de exercício, v. Paulo de Tarso Domingos, *O financiamento societário pelos sócios (e o seu reverso)*, cit., p. 536, ss.

²⁸ No sentido de que a distribuição de 50% do lucro de exercício distribuível serve os interesses das minorias, Paulo de Tarso Domingues, "Artigo 217º - Direito aos lucros do exercício", *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, J. M. Coutinho de Abreu (coord.), vol. III, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2023, p. 359. Cassiano dos Santos, "O direito aos lucros no Código das Sociedades Comerciais (à luz de 15 ano de vigência)", *Problemas de direito das sociedades*, Coimbra: IDET/Almedina, 2002, p. 194, encontra a *ratio legis* da disciplina "na tutela da dimensão de investimento que a participação societária comporta".

²⁹ Para a análise de várias cláusulas estatutárias relativas à distribuição de lucros, F. Cassiano dos Santos, *A posição do acionista face aos lucros de balanço. O direito do acionista ao dividendo no Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.124, ss.; J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, Vol., II. *Das sociedades*, cit., p. 467, ss.

³⁰ Neste sentido, v. Paulo de Tarso Domingues, *O financiamento societário pelos sócios (e o seu reverso)*, cit., p. 512, 513.

vação do direito de quinhoar nos lucros (art. 21.º, 1, a))³¹. Outra opinião defende que em sociedades de duração indeterminada é nula a cláusula que exclui a distribuição de lucros de balanço, mas são válidas as cláusulas que impedem a distribuição de lucros de exercício³².

A circunstância de as sociedades comunidades de energia não terem os “lucros financeiros” como “objetivo principal” implica alguma restrição na distribuição de lucros finais? O DL 15/2022 não responde expressamente a esta questão. A regra geral que se retira do art. 156.º, 4, do CSC é que os lucros finais são repartidos na proporção aplicável à distribuição de lucros, ou seja, aplica-se o critério da proporção dos valores das respectivas participações no capital social (art. 22.º, 1, do CSC). No entanto, pode acontecer que haja cláusula estatutária disposta diferentemente quanto à distribuição de lucros finais. Não se pode aplicar às comunidades de energia societárias a solução do direito cooperativo – a regra da insusceptibilidade de repartição entre os cooperadores dos excedentes provenientes de operações com terceiros³³. Serão lícitas cláusulas que destinem parte dos lucros finais à concretização de benefícios ambientais, económicos e sociais de sócios ou de comunidades onde as comunidades de energia operam.

Questão que se pode pôr quanto às sociedades-comunidades de energia é se são válidas cláusulas estatutárias que determinam a distribuição de *todo* o lucro de exercício distribuível, derrogando, quanto às sociedades por quotas e anónimas, o disposto nos arts. 217.º e 294.º do CSC. No que às comunidades de energia societárias diz respeito, o problema põe-se, especificamente, porque tais cláusulas maximizam o lucro subjetivo (pelo menos no que diz respeito ao lucro de exercício) e parecem dissonantes da não maximização dos “lucros financeiros” própria das comunidades de energia societárias.

³¹ Cfr. por todos Alexandre de Soveral Martins, *Cláusulas do contrato de sociedade e a limitação da transmissibilidade das ações (sobre os arts. 328.º e 329.º do CSC)*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 109; Paulo de Tarso Domingues, *Variações sobre o capital social*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 284, ss.

³² No sentido de que esta cláusula é válida porque a impossibilidade de distribuição de lucros de exercício não equivale à impossibilidade, durante toda a vida da sociedade, da distribuição de lucros de balanço e reservas livres, J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., p. 473, e bibliografia aí indicada.

³³ Sobre a insusceptibilidade de repartição das reservas que resultem de excedentes provenientes de operações com terceiros, v. Deolinda Meira, “Artigo 99.º - Insusceptibilidade de repartição”, *Código Cooperativo anotado*, Coord. Deolinda Meira e Maria Elisabete Ramos, Coimbra: Almedina, 2018, p. 536, ss.

Conclusão em narrativa aberta

Inspirando-se no modelo cooperativo, o regime legal das comunidades de energia exige que elas garantam a adesão aberta e voluntária dos seus membros, sócios ou acionistas e que cumpram o objetivo principal de propiciar benefícios ambientais, económicos e sociais, subalternizando os lucros financeiros. Acresce que as CER-sociedades são controladas pelos sócios.

O regime legal das comunidades energéticas, resultante da transposição das diretivas da União Europeia, casa mal com o regime jurídico-societário português que põe as sociedades ao serviço dos interesses egoísticos dos sócios. Não estando consagradas em Portugal as sociedades de “dupla missão” (de que sociedade benefício italiana é um exemplo), a iniciativa privada está impedida de criar sociedades atípicas por via estatutária.

A lei não quantifica a medida da restrição à distribuição dos lucros nem identifica as medidas necessárias a garantir a adesão aberta e voluntária. A constituição de comunidades de energia societárias em Portugal necessitará de um delicado exercício de adaptação estatutária que, no “tipo real”, satisfaça os requisitos de adesão aberta e voluntária, o controlo dos membros, a prioridade dos benefícios ambientais, económicos e sociais, preservando a natureza societária da pessoa coletiva constituída.

A subalternização do intuito lucrativo – traço característico das comunidades de energia societárias – pode ser conseguido através de cláusulas que restrinjam a distribuição de lucros periódicos, que afetem os lucros ao financiamento dos benefícios ambientais, económicos e sociais das comunidades energéticas. No entanto, deve ser preservado o essencial do intuito lucrativo das comunidades energéticas societárias.

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 primacialmente usado: « » (as chamadas aspas francesas ou baixas)
- Ausência de espaço entre uma palavra e um sinal de pontuação
- Uso das abreviaturas adotadas pela Revista (v. lista inserida nas primeiras páginas)
- Os textos deverão ser enviados:

Por correio eletrónico para o endereço *ou* Por via postal para o endereço:

dsr.textos@gmail.com

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 ou mais membros da Redação.

11.º Dos textos publicados na DSR submetidos a revisão constará menção do facto.



DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA

DIRETOR: JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU

CUPÃO DE ASSINATURA

2 NÚMEROS AVULSO €40

ASSINATURA (2 NÚMEROS/ANO) **€35** (DESCONTO DE **12,5%**)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA
DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA (2 NÚMEROS) DO ANO

2	0		
---	---	--	--

ASSINATURA

DATA - -

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA – JOAQUIM MACHADO, S.A.,
Ribeira Fernandes Tomás, n.º 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via e-mail para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS



AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRETO (ADC)

ENTIDADE 1 0 6 4 4 4

NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

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

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES AL MEDINA SA

IRAN/NIR: PT 50

CONTRIBUINTE FISCAL

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO DATA - -

<u>BENS/SERVIÇOS</u>	<u>VALOR</u>	<u>REGULARIDADE⁽ⁱ⁾</u>	<u>INICIA A MÊS</u>	<u>ANO</u>	<u>TERMINA A MÊS</u>	<u>ANO</u>

(i) REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

- 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 efetuar a esta autorização basta-rá 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 ESCRIAR E PECIMENTOS ADICIONAIS

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 229 851 903 Fax: 229 851 901 Email: sdd@almedina.net

