

RESUMO

O afastamento da responsabilidade ilimitada de pessoas singulares, a transparência fiscal e a transição material engenhosa da posição de domínio da administração para a esfera dos sócios comanditários explicam, quase integralmente, o sucesso da *GmbH & Co. KG* na Alemanha. Em Portugal, a “Lda. (S.A.) & Comandita (por Ações)”, embora não comporte qualquer vantagem fiscal, pode, especialmente em virtude da forte tutela legal do poder de voto do comanditado, constituir um mecanismo de perpetuação da posição de poder do grupo de controlo – sendo que, diante de aumentos de capital com entrada de novos sócios, a perda de domínio sobre o capital não é acompanhada por uma perda de controlo na mesma medida –, bem assim como um mecanismo defensivo preventivo da OPA hostil, no caso da comandita por ações.

Palavras-chave: GmbH & Co. KG; Lda. (S.A.) & Comandita (por Ações); Responsabilidade Limitada de Pessoas Singulares; Transparência Fiscal (na Alemanha); Domínio pelos Comanditários; Perpetuação da Posição de Poder; Mecanismo Anti-OPA.

ABSTRACT

The circumvention of the unlimited liability of natural persons, the tax transparency and the ingenious material transition of the position of management dominance to the sphere of limited partners explain almost entirely the success of the GmbH & Co. KG in Germany. In Portugal, the “Lda. (S.A.) & Comandita (por Ações)”, although it does not come with any tax advantage, may, especially due to the strong legal protection of the voting power of the general partner, constitute a mechanism to perpetuate the position of power of the control group – in the face of capital increases with the entry of new partners, the loss of control over the capital is not accompanied by a loss of control to the same extent – as well as a preventive defensive mechanism against a hostile takeover bid in the case of the partnership limited by shares.

Keywords: GmbH & Co. KG; Lda. (S.A.) & Comandita (por Ações); Limited Liability of Natural Persons; Tax Transparency (in Germany); Dominance by Limited Partners; Perpetuation of the Position of Power; Anti-OPA Mechanism.

Introdução

A presente tese parte de uma indagação que nos inquieta. A Sociedade em Comandita¹ em Portugal está praticamente extinta, contando com uma presença negligenciável. Esta constatação não suscitaria qualquer estranheza e surpresa – especialmente por ser, entre nós, uma vestimenta com um regime pouco conhecido e encarada com algum ceticismo –, não fosse o facto de a Comandita ser muito popular e bem-sucedida na Alemanha, paradigmaticamente a comandita simples na modalidade da *GmbH & Co. KG*. Cumpre então descortinar a justificação plausível, preferencialmente jussocietária, por detrás desta discrepância ao nível da sua popularidade. Ou seja, *a priori*, a Comandita (na configuração que lhe é dada) na Alemanha parece ser o instrumento técnico-jurídico certo e preferível para servir os interesses X e/ou Y. Pela negativa, forçoso será indagar, para cada caso, por que motivo é que estes interesses X e/ou Y não são (tão bem) satisfeitos por outras formas jurídicas existentes. Neste percurso – cumpre deixar claro – centrar-nos-emos, por um lado, na configuração mais popular dada à comandita simples e, por outro, na configuração mais frequente da comandita por ações, por serem, aparentemente, as que dão resposta às necessidades mais proeminentes e que, *a priori*, poderão, por isso, também ter aplicação ou utilidade em Portugal. Depois da análise de direito comparado, passaremos a esquadriñar o regime português da comandita, por forma a determinar se as vantagens da comandita tudesca também podem existir entre nós.

¹ Utilizaremos indistintamente os termos comandita e sociedade em comandita.

O objetivo será jamais o de forçar infundada e cegamente o renascimento da figura (*exemplo plus quam ratione vivimus*).

Aprioristicamente diremos que a comandita (simples e por ações) poderá ser um instrumento idóneo dos empresários de controlo da empresa para manter a sua posição de controlo ou poder na mesma em face e a despeito de (intencionados) aumentos de capital com entrada de novos sócios.

Capítulo I

1. Breve apontamento histórico da Comandita

É consentâneo que a sociedade em comandita, com os traços característicos que se (des)conhecem hoje, se tenha desenvolvido a partir da *Commenda* que existia nas costas do mediterrâneo nos finais da Idade Média, mais concretamente a partir do século XIII – “embora com possíveis antecedentes em civilizações da antiguidade (Babilónia, Grécia, Roma)”² –, e se afigurava como *veículo de investimento* muito apelativo para uma pessoa com haveres para investir, mas desinteressada em atuar no comércio em nome próprio ou interessada em se esquivar/furtar à inibição de se dedicar ao comércio, sendo nobre ou clérigo, e/ou à inibição de emprestar dinheiro a juros (por constituir usura e, portanto, pecado)³. Este *commendator* investia, então, no negócio gerido pelo *tractator*, a troco da “promessa de participação nos lucros da aventura”, sem

² COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial das Sociedades*, Vol. II, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p.84; já LUIZ DA CUNHA GONÇALVES se opunha a que, só por o termo comandita derivar do latim *commendare*, se propugnasse que as raízes da *commanda* filiavam no direito romano, *vide* GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Comentário ao Código Comercial Português*, Vol. I, Empreza Editora J.B., Lisboa, 1914, p. 526.

³ A proibição da usura e do exercício do comércio à nobreza e ao clero – decorrentes do direito canónico – “facilitou deveras a expansão desta espécie de sociedade, mórmente em França, após a Ordenança de 1673”. *Idem*, p. 527. Na França, o exercício do comércio continuava a não condizer com o estatuto social dos nobres e clérigos em pleno século XVII. RÖDER, ERIK, „Die Kommanditgesellschaft im Rechtsvergleich – Hintergründe der unterschiedlichen Karriere einer Rechtsform“, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Band 78, Heft 1, 2014, p. 113.

ter de se imiscuir nessa gestão e – muito importante – sem correr o risco de responder por mais do que tivesse arriscado, que era a sua entrada, fazendo com que, na prática, nada mais fosse do que um mero investidor passivo⁴. Diferentemente daquele, o *tractator* tinha tudo a perder⁵ e, por esse motivo⁶, era ele que tinha o exclusivo da gestão, presumindo-se que seria ele quem melhor administrasse ou, pelo menos, com mais zelo e cuidado⁷. Por esta forma – e por mais paradoxal que possa parecer – logrou-se reunir o capital à empresa⁸ (numa ótica de fim almejado), separando-os (em termos de funcionamento, i.e., poder de direção dos negócios).

O caminho trilhado com a *commenda* veio depois a bifurcar-se, dando origem, por um lado, à associação em participação, em que continuava apenas o nome do *tractator* a surgir no giro, e a *societas per viam accomanditae*, por outro, em que passaram a ser divulgadas as participações dos sócios de responsabilidade limitada, se formou um património da sociedade separado do património dos sócios e estes (todos) se viram finalmente em relação de sociedade (deixando de haver apenas uma relação bilateral e sinalagmática entre investidor e *tractator*)⁹.

Entre nós, a *commenda* viria a manifestar-se sob a forma de contrato de dinheiro a ganho, nas Ordenações Manuelinas, a confundir-se com a parceria, no Código Comercial de Ferreira Borges de 1833, para passar a ser reconhecida como sociedade em comandita no Código Comercial de Veiga Beirão de 1888¹⁰. O *tractator* é o sócio comanditado e

⁴ GOLDSCHMIDT, LEVIN, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 1. Lieferung, Hansebooks, impressão 2019, 1891, pp. 254 e ss.

⁵ ANTHERO, ADRIANO, *Comentário ao Código Commercial Portuguez*, Vol. I, Typographia “Artes & Letras”, Porto, 1913, p. 392.

⁶ Vale por dizer “nessa lógica”. OLAVO, FERNANDO E MIRANDA, GIL, “Sociedade em Comandita – Notas justificativas”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 223, Fevereiro, 1973, p. 17.

⁷ ANTHERO, ADRIANO, *Comentário (...)*, p. 392.

⁸ VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 36.

⁹ GOLDSCHMIDT, LEVIN, *Universalgeschichte (...)*, p. 270; RÖDER, ERIK, *ob. cit.*, p. 111; OLAVO, FERNANDO E MIRANDA, GIL, “Sociedade em Comandita – Notas justificativas”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 221, Dezembro, 1972, pp. 15-19; CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Título V – Introdução”, *Código das Sociedades Comerciais Anotado* (coord. de A. Menezes Cordeiro), 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 1197.

¹⁰ VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *A participação social (...)*, pp. 36-37; GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Comentário (...)*, pp. 526 e ss.

o *commendator* o sócio comanditário, por clara influência do código francês e do código espanhol¹¹. Aliás, a configuração moderna da comandita é, em muito, herdeira do desenvolvimento da *societas per viam accomanditae* francesa¹².

Como podemos ver, trata-se de uma figura antiga cuja “principal vantagem (...) consisti[a], precisamente, na aliança do capital do comanditário com a indústria do comanditado”¹³. A comandita por ações – que aperfeiçoa esta aliança – viria só a ser criada com o Código Comercial Francês que abriu caminho à representação do capital em ações¹⁴ e acolhida entre nós no Código Comercial de 1888, que distinguia, então, a comandita simples da comandita por ações (arts. 199.º a 206.º).

¹¹ Ao passo que na Itália o “accomandatario” designava o sócio de responsabilidade ilimitada e o “accomandante” o de responsabilidade limitada. *Idem*, p. 209.

¹² Mantendo-se fiel à imagem delineada para esta, a *Ordonnance sur le commerce de 1673* – sem se pronunciar sobre a natureza jurídica da comandita – conteve uma norma a respeito da *société en commandite* (o artigo 8.º) em que determinava que os comanditários só responderiam pelas suas entradas, enquanto os comanditados teriam de arcar com o risco de terem de responder (solidariamente entre si) pelas dívidas da sociedade. Ademais previa, para as sociedades geral, a obrigação de registo das sociedades, mas apenas daquelas compostas exclusivamente por comerciantes – com o intuito de não afastar “pessoas de qualidade” da posição de comanditário, viabilizando, assim, o anonimato, a participação como comanditários de nobres e clérigos (ainda) inibidos de tractarem no comércio. Com o Code de Commerce de 1807, que delineou as modernas notas da comandita (exportadas para “outros códigos e leis de outros países civilizados”, com exceção da Inglaterra e do nosso Código de Ferreira Borges, que a confundiu com a parceria, *vide idem*, p. 527) – mas ainda sem tomar posição sobre a natureza da comandita –, a obrigação de publicidade e registo alargou-se a sociedades compostas (também) por não comerciantes, mas no registo teve de se indicar apenas o montante cumulado das entradas dos comanditários – preservando o seu anonimato querido –, montante este que, na verdade, era o que interessava aos credores, em face da responsabilidade limitada daqueles. Só a partir de 1935, terceiros viriam a poder consultar o contrato social e conhecer os comanditários. O comanditário, segundo o código, não passava de um mero *baillieur de fonds*, sempre sem poderes de administração.

No século XIX ganhou terreno a doutrina de que as sociedades de pessoas eram pessoas jurídicas, dotadas de personalidade jurídica e património autónomo, o que veio a ser confirmado por lei em 1966 (Lei n.º 66-537 de 1966). Desde 2000, a comandita simples vê-se regulada nos artigos L222-1 e ss. e R222-1 e ss., RÖDER, ERIK, *ob. cit.*, pp. 113 e ss. e p. 126.

¹³ GONÇALVES, LUIZ DA CUNHA, *Comentário (...)*, p. 528.

¹⁴ Mais concretamente o art. 38.º do Code de Commerce, *idem*, p. 529.

2. Resenha das Comanditas em Portugal – o mercado dos tipos legais

Conforme referido, a comandita em Portugal é uma figura que está em vias de extinção há muito tempo¹⁵. Já FERNANDO OLAVO e GIL MIRANDA se referiam a esta decadência, mas recusavam-se a acreditar – sem mais – que a razão por detrás desta decadência se prendia com o surgimento da sociedade por quotas, advogando a permanência da comandita simples no ordenamento jurídico português, ao passo que a comandita por ações deveria desaparecer¹⁶. Entre 1939 e 1969, segundo a anotação dos

¹⁵ Também na França a comandita é praticamente inexistente, falando-se de uma *quantité négligenciable*, com 1.100 sociedades em comandita simples existentes em 2011 (menos de 0,1% de todas as sociedades comerciais). Nos anos de 2014 a 2018, por exemplo, as estatísticas do *Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)* já nem sequer discriminavam uma categoria própria para as sociedades em comandita. Assim, em tabelas de repartição das sociedades constituídas por forma jurídica, as sociedades em comandita inserem-se na rubrica de “outras sociedades”, que, no total, perfazem 3 a 4% do total de sociedades criadas. Em 2017 e 2018, 36% das sociedades constituídas foram SARL, 61% foram Sociedades por ações simplificadas, dentro das quais 37% são “SAS à associé unique” ou “unipersonnelles”. Fonte: Insee Première n.º 1734 – Janeiro de 2019 do Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE).

Ao passo que na Alemanha a comandita, como veremos, é o instrumento típico das médias empresas, na Inglaterra e nos EUA a comandita serve principalmente de veículo de investimento.

Na Inglaterra, a *limited partnership* conta com uma presença crescente, embora muito reduzida em termos relativos, com um peso de 0,5% no total de sociedades registadas em 2004 para 1,2% em Março de 2019. Em números absolutos, contaram-se 51.761 sociedades em comandita inglesas existentes no ano 2018/2019, contra 11.615 em 2011. Companies House, Official Statistics – Companies register activities: 2018 to 2019, Updated 1 August 2019, consultável em gov.uk.; e a mesma fonte para o ano 2010/11. A *limited partnership* é uma das formas societárias favoritas dos *venture-capital-fonds*, *family limited partnerships*.

Nos EUA, a *Limited Partnership* tem um peso superior ainda superior ao que tem na Inglaterra. Foi primeiro introduzido pelo Estado de Nova Iorque em 1822 e generalizou-se *peu à peu* pelos Estados Federados com o Uniform Limited Partnership Act (ULPA) de 1916. A *limited partnership* foi, entretanto, remodelada pelo ULPA de 2001, servindo, hoje, de veículo de investimento para projetos de maior dimensão e longo prazo, bem como de instrumento de organização antecipada da sucessão para grandes patrimónios (*family limited partnership*). Ainda mais popular é a forma mista da *Limited Liability Company* (LLC) que combina características das sociedades de capitais e sociedades de pessoas. A *limited partnership* perfaz cerca de 4,5% de todas as formas societárias. Estima-se que 60% está presente no sector imobiliário e 20% no sector financeiro, i.e., em *venture-capital-fonds* e *private-equity-fonds*. Não será infelizmente tema deste trabalho. Dados recolhidos em/maiores aprofundamentos em RÖDER, ERIK, *ob. cit.*, pp. 111 e ss. e 121 e ss.

¹⁶ OLAVO, FERNANDO e MIRANDA, GIL, “Sociedade (...)”, n.º 221, p. 15.

ilustres juristas, o número de comanditas passou de 43 para 5. Em 1980, já só eram 4, mas a partir desta década deu-se uma ligeira inversão desta tendência: o número de comanditas passou para 7 em 1988, 22 em 1999, 29 em 2004, 59 em 2010 e 64 em 2013. Em 2017, 92,2% das sociedades eram sociedades por quotas e 5,6% sociedades anónimas, embora estas últimas tenham sido as que mais pesaram nos principais indicadores económicos¹⁷. Trata-se de uma subida notável em termos relativos – embora pouco significativa em termos absolutos –, tendo o número de comanditas quadruplicado entre 1988 e 2004, como conclui COUTINHO ABREU, que, para o efeito, apresenta uma possível explicação: a sociedade comandita por ações apresentar-se como dificilmente atingível por OPA (ofertas públicas de aquisição de ações) hostis¹⁸. Deste tema trataremos mais à frente.

Quanto aos fatores por detrás da descrita decadência da comandita até à década de 80 (e da sua insignificância presente), FERNANDO OLAVO e GIL MIRANDA procuraram saber se estaria relacionado com (i) a preferência e o incremento da responsabilidade limitada, (ii) a insuficiência do esquema da comandita em face das outras formas de concentração de capital (sociedade anónima)¹⁹ e (iii) a posição subalterna dos sócios comanditários, que não podiam ter ação direta na administração da comandita e aos quais não eram assegurados especiais poderes de fiscalização ativa. Veremos que muitos destes argumentos não têm cabimento.

Cumpramos ainda reiterar aqui o que referimos acima, agora com o apoio dos mesmos Autores: o declínio da comandita pode ser o resultado da sua própria inadequação como instrumento técnico para a consecução dos seus fins ou então o resultado do abandono destes fins (para os quais a figura foi pensada). Não podíamos concordar mais – e nisto admitimos que, para certas necessidades, outros tipos legais de sociedades dão de facto melhor resposta –, mas concebemos ainda como possível uma terceira hipótese: o declínio da vestimenta dever-se tão-

¹⁷ Volume de negócios de 51,3%, valor acrescentado bruto de 49,4% e excedente bruto de exploração de 58,8%. Fonte: Ficha técnica – Empresas em Portugal 2017, do Instituto Nacional de Estatística, I.P., 2017, ISBN 978-989-25-0484-1, disponível em www.ine.pt.

¹⁸ COUTINHO DE ABREU, *Curso (...)*, Vol. II, p. 84.

¹⁹ Também surge como razão sugerida num estudo de direito comparado de FLEISCHER, HOLGER e WANSLEBEN, TILL, “Die GmbH & Co. KG in den Auslandsrechten”, in *GmbHHR* 2017, p. 633.

-samente a um desconhecimento da maleabilidade do seu regime e das suas possíveis virtudes, donde ao ceticismo com que é encarada. A reputação da comandita melhoraria exponencialmente com o reconhecimento de que essa vestimenta – mesmo que numa configuração algo malabarista e diferente da originária – constitui o instrumento técnico adequado e certo para prosseguir *determinados* fins, iguais ou diferentes daqueles para os quais foi concebida. Contra o argumento de que não se deve desvirtuar ou desfigurar a figura jurídica da forma como foi concebida originariamente, remete-se para o próximo ponto e remata-se com as palavras de FERNANDO OLAVO e GIL MIRANDA: “[n]ão se podem escravizar as figuras jurídicas a uma suposta fidelidade ao passado histórico. A melhor forma de fidelidade histórica, entendida como o deve ser, consiste em deixar uma abertura atenta às necessidades da vida presente. E assim (...) não cabe negar o direito de cidade a formas de comandita que se aproximem mais ou menos de sociedades de capital”²⁰.

²⁰ OLAVO, FERNANDO e MIRANDA, GIL, “Sociedade em Comandita (...)”, n.º 223, p. 19.