



**VII CONGRESSO INTERNACIONAL
DE CIÊNCIAS JURÍDICO-EMPRESARIAIS**

FUSÃO, CISÃO, TRANSFORMAÇÃO, DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADES

ATAS

ORGANIZAÇÃO
ANA LAMBELHO
JORGE BARROS MENDES
MARISA DINIS

Edição:

Instituto Politécnico de Leiria
Escola Superior de Tecnologia e Gestão

www.cicje.ipleiria.pt

Fevereiro de 2016

Instituto Politécnico de Leiria
Escola Superior de Tecnologia e Gestão
Morro do Lena - Alto do Vieiro
2411-901 Leiria
Apartado 4163

ISSN: 2183-5330

NOTA DE PUBLICAÇÃO

O VII CICJE decorreu na Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Leiria no dia 30 de outubro de 2015 e foi subordinado ao tema “**Fusão, Cisão, Transformação, Dissolução e Liquidação de Sociedades**”.

As Atas que agora se publicam resultam das preleções dos oradores que compuseram os vários painéis. A todos os que contribuíram com os seus escritos para esta publicação e aos participantes no Congresso deixamos o nosso agradecimento.

Leiria, fevereiro de 2016

Os organizadores,

Ana Lambelho
Jorge Barros Mendes
Marisa Dinis

Programa

9h00 – Sessão de abertura

Prof. Doutor Nuno Mangas
Prof. Doutor Pedro Martinho

Painel I**Cisão, Fusão e Transformação de Sociedades**

Moderador: Mapril Bernardes

9h30 - *Regime fiscal das fusões de sociedades*

Tiago Caiado Guerreiro

10h - *Algumas notas acerca das consequências jus-laborais decorrentes da cisão e fusão das sociedades*

Prof. Doutora Sónia de Carvalho

10h30 - *Âmbito e limites do princípio da legalidade no registo comercial português - o registo atualizado das quotas ou partes sociais enquanto condição sine qua non do registo definitivo de transformação da sociedade*

Dr. Abílio Silva

11h - Debate

11h15 - coffee break

Painel II**Dissolução e Liquidação de Sociedades**

Moderadora: Dr.ª Patrícia Cordeiro da Costa

11h45 - *Dissolução societária - alguns aspetos*

Mestre Ana Sílvia Falcão Mestre Efigénia

12h15 - *A tutela do credor em face do regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais aprovado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março*

Mestre Andreia Almeida

12h45 - Debate

13h00 – Almoço

Painel III**Dissolução de Sociedades**

Moderadora: Prof. Doutora Marisa Dinis

14h30 – Implicações da (con)fusão de sociedadea noa contratos de trabalho vigentes

Dr. António Ramos

15h00 - *A perda de metade do capital social enquanto causa de dissolução da sociedade*

Prof. Doutora Sara Maria Pires Leite da Silva

15h30 - *A responsabilidade dos administradores pela não dissolução da sociedade em situação de perda grave do capital social e o contraste com o regime da insolvência*

Mestre Fábio da Silva Veiga

16h00 - *A participação social na dissolução*

Prof. Doutor Pedro Pais de Vasconcelos

16h30 - Debate

16h45 - **Sessão de encerramento**

Prof. Doutor Pedro Pais de Vasconcelos

Índice

NOTA DE PUBLICAÇÃO	4
Programa	5
Algumas notas acerca das consequências jus-laborais decorrentes da cisão e fusão das sociedades	9
Âmbito e limites do princípio da legalidade no registo comercial Português- A questão do registo atualizado das quotas ou partes sociais enquanto condição “sine qua non” do registo definitivo de transformação de uma sociedade.	37
Dissolução societária – alguns aspetos	55
A tutela do credor em face do regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março	65
A perda de metade do capital social enquanto causa de dissolução da sociedade	87

Algumas notas acerca das consequências jus-laborais decorrentes da cisão e fusão das sociedades

Sónia de Carvalho

Universidade Portucalense Infante D. Henrique; Instituto Jurídico Portucalense; Instituto Jurídico da FDUC; Advogada

Introdução

O estabelecimento onde os trabalhadores prestam a sua actividade pode ser transmitido para outra sociedade, no âmbito de processos de fusão e de cisão, verificando-se uma cedência da posição contratual do empregador *ope legis* ou, ainda mais rigorosa, uma sub-rogação *ex lege*.

Nos termos do art. 285º do CT, os contratos de trabalho mantêm-se com o adquirente do estabelecimento, o qual passa a responder pelas obrigações vencidas antes da transmissão, de que sejam credores os trabalhadores desse estabelecimento.

O transmitente, no entanto, responde solidariamente pelo cumprimento das obrigações vencidas antes da data da transmissão durante o ano subsequente à alienação, de acordo com o art. 285º, nº 2 do CT.

Ao contrário do que sucedia perante o art. 319º, nº 3 do CT2003, o adquirente já não tem a faculdade de mandar afixar um aviso a dar conhecimento aos trabalhadores que têm um prazo de três meses para reclamar os seus créditos.

Neste *paper*, pretendemos discutir a eliminação desta norma no CT2009, problematizando a sua validade em face da Directiva 2001/23/CE.

Avaliaremos, igualmente, as circunstâncias em que o trabalhador pode opor-se à transmissão do estabelecimento, nomeadamente, resolvendo o contrato com justa causa.

Analisaremos a compatibilidade do regime previsto no art. 285º, nº 4 do CT com a Directiva 2001/23/CE, uma vez que esta norma exclui do regime da transmissão de estabelecimento os trabalhadores, cujo contrato de trabalho o transmitente decide manter, mas transfere para outro estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimentos desta, assim, impondo uma articulação com o regime jurídico da transferência de local de trabalho, previsto no art. 194º do CT.

Tendo como ponto de partida as especificidades decorrentes dos processos de cisão e fusão, regulados no Código das Sociedades Comerciais, que também iremos analisar, abordaremos as questões suscitadas pelo cumprimento do dever de informação e consulta de representantes de trabalhadores e pelo regime previsto para a representação de trabalhadores após a transmissão.

Por último, faremos uma breve alusão à proibição do despedimento com fundamento na transmissão, em face do art. 4º, nº 1 da Directiva 2001/23/CE, nomeadamente, o despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho, no contexto da fusão e da cisão, com o propósito de procurar uma solução que concilie os interesses do trabalhadores e do empregador.

Ao longo deste *paper*, convocaremos, sempre que se imponha, o Direito da União Europeia, nomeadamente, a Directiva 2001/23/CE e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

I – O enquadramento jurídico da transmissão do estabelecimento ou empresa

O regime legal da transmissão de estabelecimento surge regulado, no art. 285º, nº 1 do CT2009, segundo o qual *“Em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmitem-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contra-ordenação laboral.”*¹

¹ A transmissão da empresa ou do estabelecimento encontrava-se tratada no art. 37º da LCT, tendo sido posteriormente regulada, com modificações consideráveis, nos arts. 318º-321º do CT2003. O regime actualmente previsto nos arts. 285º-287º do CT2009 manteve com ligeiras alterações, em que se destacam a responsabilidade pelo pagamento da coima e a eliminação do aviso para reclamação dos créditos, a disciplina legal prevista no CT2003.

Esta harmonização do regime consagrado nos dois diplomas é, desde logo, explicada pelo facto de ambos pretenderem transpor a Directiva 2001/23/CE, de 12 de Março de 2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimentos.

Precedeu esta Directiva, a Directiva 77/187/CEE, de 14 de Fevereiro de 1977, que, posteriormente, foi alterada pela Directiva 98/50/CE, de 29 de Junho de 1998. Como observa Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 802, n 7, esta sucessão de directivas revela a preocupação do direito comunitário com a tutela dos trabalhadores afectados pela transmissão.

Esta norma permite-nos, desde logo, definir o âmbito de aplicação deste regime com recurso a dois critérios: o tipo de negócio pelo qual se concretiza a transmissão e o objecto transmitido.²

No que diz respeito ao primeiro, podemos extrair uma noção ampla de transmissão, que inclui vários negócios jurídicos susceptíveis de desencadear a mudança de empregador, entre os quais o trespasse, a locação, a venda judicial, a fusão ou cisão de empresas, entre outras.³

Este regime jurídico, pese embora tenha como ponto de partida a transmissão da titularidade da empresa ou do estabelecimento, nos termos do art. 285º, nº 1 do CT, é, igualmente, estendido de acordo com o nº 3, a situações de transmissão temporária, entre as quais a cessão ou reversão de exploração.⁴

² Cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II - Situações Laborais Individuais*, cit., pp. 804-807, João Reis, *O regime da transmissão da empresa no Código do Trabalho*, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, p. 307.

³ Em tudo de acordo com a noção sufragada na Directiva 2001/23/CE, no sentido propugnado pelo TJ, segundo a qual, nos termos do art. 1º, al. b), é considerada “*transferência, na aceção da presente directiva, a transferência de uma entidade económica que mantém a sua identidade, entendida como um conjunto de meios organizados, com o objectivo de prosseguir uma actividade económica, seja ela essencial ou acessória.*”

Na doutrina, Coutinho de Abreu, *A empresa e o empregador em Direito do Trabalho*, Separata do BFD – Estudos em Homenagem ao Prof Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro, 1983, p. 300, reconduzia à noção de transmissão a “*modificação subjectiva do empregador*” em virtude de um qualquer acto, negocial ou não negocial, que implicasse a circulação da empresa.

Na jurisprudência, cfr. Ac de STJ de 26.03.2008, Processo 07S4386 e de 22.09.2011, Processo 45/07.0TTLSB.L1.S1, ambos publicados em www.dgsi.pt.

⁴ Como nota Joana Vasconcelos, em anotação ao art. 285º, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, 9ª ed, Almedina, 2013, p. 627, esta foi uma das grandes inovações do CT2003 em relação ao art. 37º da LCT, acompanhada pela responsabilidade solidária de quem imediatamente antes tenha exercido a exploração. Como refere a citada autora, *ob. cit.*, p. 627, esta solução, para além de estar apoiada na noção ampla de transmissão a que já nos referimos, consagra a interpretação da Directiva 77/187/CEE sufragada pelo TJ, que, progressivamente, foi granjeando apoio na doutrina nacional, apesar de se apresentar contrária à posição dominante nos tribunais portugueses, no sentido de a cessão ou reversão de estabelecimento estar abrangida pelo regime consagrado na Directiva 77/187/CEE e no art. 37º da LCT, desde que subsistisse a identidade económica do estabelecimento e continuasse a ser prosseguida a actividade. Os tribunais portugueses exigiam que a transmissão estivesse escorada num negócio translativo entre transmitente e adquirente, como dá nota Joana Vasconcelos, *A transmissão da empresa ou estabelecimento no Código do Trabalho*, Prontuário de Direito do Trabalho, 71, Maio-Agosto 2005, p. 80. Na jurisprudência comunitária, assume destaque o acórdão do TJ de 18.03.1986, *Spijkers*, Proc. 24/85, Colect., p. 1119, ponto 11, quando é defendido que o critério decisivo para estabelecer a existência de uma transferência, na aceção da Directiva, é saber se a entidade em questão mantém a sua identidade, o que impõe averiguar se a exploração da entidade em questão é efectivamente prosseguida ou retomada pelo novo empresário, com as mesmas actividades económicas ou com actividades da mesma natureza, tomando em consideração o conjunto das circunstâncias de facto que caracterizam a operação em causa, entre as quais, o tipo de empresa ou de estabelecimento de que se trata, a transferência ou não

Já no que diz respeito ao objecto, está em causa uma unidade empresarial, incluindo, nesta noção, também partes da empresa ou de estabelecimento, desde que, neste caso, constitua uma unidade económica.⁵

A este propósito impõe-se referir que a noção de empresa propugnada pelo Tribunal de Justiça, a propósito da transmissão de estabelecimento, apresenta maior amplitude do que a noção de estabelecimento do direito mercantil, abrangendo, como resulta do art. 1º, nº 1, al. c) da Directiva 2001/23/CE, empresas de natureza mercantil e não mercantil, onde se incluem as empresas sem fins lucrativos.⁶

dos elementos corpóreos, tais como os edifícios e os bens móveis, o valor dos elementos incorpóreos no momento da transferência, o emprego ou não por parte do novo empresário do essencial dos efectivos, a transferência ou não da clientela, bem como o grau de similitude das actividades exercidas antes e depois da transferência e a duração de uma eventual suspensão destas actividades. Todos estes elementos, no entanto, não passam de aspectos parciais da avaliação de conjunto que se impõe e não poderão, por isso, ser apreciados isoladamente (Cfr. acórdão *Spijkers*, citado, pontos nºs 12 e 13). Cfr., para maiores desenvolvimentos, Júlio Gomes, *O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão do estabelecimento no Direito do Trabalho: o artigo 37º da LCT e a directiva 77/187/CEE*, RDES, 1996, nºs 1-2-3-4, pp. 77 e ss e *idem*, *A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias em matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento – inflexão ou continuidade?*, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 481 e ss, Joana Simão, *A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitário e nacional*, QL, 20, 2002, pp. 203 e ss, Liberal Fernandes, *Harmonização social no direito comunitário: a directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no direito português*, AB VNO AD OMNES, 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995, Antunes Varela, Diogo Freitas do Amaral, Jorge Miranda, J. J. Gomes Canotilho (Orgs.), Coimbra Editora, 1998, pp. 1323 e ss.

⁵ A noção de unidade económica constante do nº 5, do artigo 285º do CT2009 corresponde à prevista no art. 318º, nº 4 do CT2003, o qual reproduzia o artigo 1º, nº 1, alínea b) da Directiva 2001/23/CE.

Como nota Joana Vasconcelos, em anotação ao art. 285º, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 628, o termo “unidade económica” mostra-se mais conforme ao direito nacional do que a expressão utilizada na Directiva “entidade económica”, utilizada na versão portuguesa da mesma, em face do artigo 124º, nº 1, alínea b) do CSC, referente à cisão parcial e da preferência, demonstrada pela jurisprudência, pela expressão, a propósito do trespasse e da locação de estabelecimento, no âmbito da transmissão de estabelecimento. No entanto, sempre se dirá que a Directiva na versão inglesa também refere “an economic entity” no art. 1º, al b).

A transferência parcial do estabelecimento, pese embora não constasse do art. 37º da LCT, já era admitida pela nossa doutrina. Cfr. Coutinho de Abreu, *A empresa e o empregador em Direito do Trabalho*, cit., pp. 300-301.

É entendimento dominante que só existe uma parte de estabelecimento, quando a unidade de produção dispõe de alguma autonomia, como refere Catarina de Oliveira Carvalho, *Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho*, A Reforma do Código do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 461, n. 50. A nossa jurisprudência tem adoptado este conceito amplo de estabelecimento, identificado com uma ideia de unidade produtiva autónoma, em diversas decisões. Cfr. Acs. do STJ de 27.05.2004, Processo nº 03S2467, de 29.06.2005, Processo nº 05S164 e de 24.02.2010, Processo nº 78/1998.S1, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶ A noção de empresa, apesar de mais ampla, em algumas decisões, não nos parece assim tão distante da noção de estabelecimento comercial propugnada pela doutrina, como resulta do cotejo de Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 281, com a noção sustentada no Ac. do TJ de 19 de Setembro de 1995, *Ledernes Hovedorganisation, agindo por conta de Ole Rygaard contra*

Está, assim, consagrado, no art. 285º do CT, o princípio da sub-rogação *ex lege* do adquirente de estabelecimento na posição contratual nos contratos de trabalho existentes nessa data, bem como em quaisquer direitos e obrigações emergentes desses contratos, no âmbito da transmissão do estabelecimento ou empresa ou parte desta, desde que constitua uma unidade económica.⁷

Nos termos do citado art. 285º do CT, os contratos de trabalho mantêm-se com o adquirente do estabelecimento, o qual passa a responder pelas obrigações vencidas antes da transmissão, de que sejam credores os trabalhadores desse estabelecimento.

O transmitente, no entanto, responde solidariamente *ope legis* pelo cumprimento das obrigações vencidas antes da data da transmissão durante o ano subsequente à alienação, de acordo com o art. 285º, nº2 do CT.⁸

Dansk Arbejdsgiverforening, Processo C-48/94, European Court Reports 1995, I-02745, no qual foi exigido, para aplicação da Directiva, que a transferência fosse acompanhada de um conjunto organizado de elementos que permitisse a prossecução, de modo estável, de todas ou de parte das actividades da empresa cedente.

Temos algumas dúvidas que já se possa identificar um conceito específico de empresa no direito laboral, que, Liberal Fernandes, *Harmonização social no direito comunitário: a Directiva 77/187/CEE, relativa à transferência dos trabalhadores de empresa. Suas implicações no Direito Português*, cit., p. 1347, citando Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, Coimbra, 1993, p. 250, reconduz a «*simples organização duradoura de actividades assalariadas*». No entanto, não podemos deixar de assinalar que o Tribunal, no acórdão de 14 de Abril de 1994, *Christel Schmidt contra Spar-und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, Processo C-392/92, Colectânea de Jurisprudência 1994, I-01311, considerou abrangido pelo âmbito de aplicação da Directiva 77/187/CEE, uma situação, em que o empresário confia, por contrato, a um outro empresário a responsabilidade de executar os trabalhos de limpeza anteriormente assegurados de modo directo, mesmo que, antes da transferência, esses trabalhos fossem executados por uma única empregada.

Também no Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 2 de Dezembro de 1999, *G. C. Allen contra Amalgamated Construction Co. Ltd.*, Processo C-234/98, Colectânea da Jurisprudência 1997 página I-01259, o conceito de entidade económica foi reconduzido a “*um conjunto organizado de pessoas e elementos que permitem o exercício de uma actividade económica que prossegue um objectivo próprio*”.

Por último, no Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 10 de Dezembro de 1998, *Francisco Hernández Vidal SA contra Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez e Contratas y Limpiezas SL* (C-127/96), *Friedrich Santner contra Hoechst AG* (C-229/96), e *Mercedes Gómez Montaña contra Claro Sol SA e Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)* (C-74/97), Processos apensos C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Colectânea de Jurisprudência 1998, I-08179, o tribunal também sustentou que “*O conceito de entidade económica remete para um conjunto organizado de pessoas e de elementos que permitem o exercício de uma actividade económica que prossegue um objectivo próprio.*”

⁷ Nesse sentido, Carlos Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 90, Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, 7.ª edição, Almedina, 2015, p. 769, Catarina de Oliveira Carvalho, *Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho*, A Reforma do Código do Trabalho, cit., p. 460, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 815.

⁸ A consagração da responsabilidade solidária do transmitente da empresa ou estabelecimento prevista no nº 2 deste artigo 285º, que não é imposta, mas apenas consentida pelo artigo 3º, nº 1, parte final da

Ao contrário do que sucedia perante o art. 319º, nº 3 do CT2003, o adquirente já não tem a faculdade de mandar afixar um aviso a dar conhecimento aos trabalhadores que têm um prazo de três meses para reclamar os seus créditos, sob cominação de estes não se lhe transmitirem, assim permitindo ao adquirente conhecer o montante das obrigações emergentes dos contratos de trabalho abrangidos que se lhe iriam transmitir *ope legis*, facilitando uma avaliação mais precisa dos termos do negócio.⁹

Alguma doutrina sublinhava que esta limitação da responsabilidade do adquirente aos créditos reclamados no prazo de três meses poderia ser incompatível com a sub-rogação *ex lege* do transmissário, em todos os direitos e obrigações do

Directiva, reforça a garantia patrimonial dos trabalhadores e tutela, ainda que, como refere Joana Vasconcelos, em anotação ao art. 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 625, “*de forma reflexa e muito insuficiente*”, o adquirente, sujeito à regra da *transmissão ope legis* de todos os créditos emergentes dos contratos de trabalho transmitidos.

O Código do Trabalho é omissivo relativamente às relações internas entre transmitente e transmissário. Na esteira de Júlio Gomes, *Direito do Trabalho*, Vol I, Coimbra Editora, 2005, p. 832, tendo em conta que este regime visa proteger o trabalhador, sendo a responsabilidade do adquirente uma garantia legal do pagamento dessas dívidas, parece que o adquirente terá direito de regresso contra o transmitente.

No mesmo sentido, António Gonçalves Rocha, *Transmissão de Estabelecimento. Manutenção dos Contratos de Trabalho*, Prontuário da Legislação do Trabalho, 79-81, Centro de Estudos Judiciários, 1990, pp. 289-302, acrescentando, com acerto, que será sempre de atender ao que tiver sido convencionado pelas partes sobre esta matéria.

Em sentido contrário, Joana Vasconcelos, em anotação ao art. 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 625, sustenta que o pagamento pelo transmitente de dívidas referentes aos vínculos laborais transmitidos atribui-lhe o direito de regresso contra o respectivo adquirente, principal obrigado, nos termos legais, salvo convenção em contrário. Esta solidariedade é imperativa. Cfr. Joana Vasconcelos, em anotação ao art. 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, cit., p. 625.

Ao contrário do previsto no art. 37º da LCT, segundo o qual a responsabilidade do adquirente se reportava às obrigações vencidas nos seis meses anteriores à transmissão, o art. 318º do CT, tal como o art. 285º do CT, não limita temporalmente a eficácia retroactiva da transmissão. Cfr. Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., p. 775. O que é justificado pelo facto de o estabelecimento, enquanto garantia dos créditos, passar a ser detido pelo adquirente. Cfr. Catarina de Oliveira Carvalho, *Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho*, A Reforma do Código do Trabalho, cit. p. 468.

⁹ Joana Vasconcelos, em anotação ao art. 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho*, cit., p. 626, enfatizando o propósito exclusivo de tutela do adquirente prosseguido por esta norma, ao permitir que este conseguisse evitar surpresas indesejadas resultantes da transmissão das obrigações resultantes dos contratos de trabalho. No mesmo sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., p. 776. Em sentido oposto, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 814, ainda que reconheça que esta norma impedia que o adquirente fosse surpreendido com os créditos dos trabalhadores, considera que esta norma limitava a tutela dos trabalhadores ao condicionar o regime da solidariedade.

transmitente emergentes das relações laborais existentes, imposta pelo art. 3º da Directiva.¹⁰

Parece-nos, no entanto, que estas dúvidas carecem, em nossa opinião, de fundamento, porquanto, por um lado, o transmissário só não seria responsável pelos créditos que os trabalhadores não reclamassem por manifesta falta de diligência.¹¹ Por outro lado, o art. 319º, nº 3 do CT reconhecia apenas a faculdade de colocar este aviso, eliminando a natureza imperativa que rodeava a afixação deste aviso no art. 37º da LCT.¹²

Aliás, esta norma mostra-se compatível com a Directiva 2001/23/CE quando, no art. 3º, nº 2, admite que os Estados-Membros adotem as medidas adequadas para assegurar que o cedente notifique o cessionário de todos os direitos e obrigações transferidos para este último nos termos do presente artigo, na medida em que esses direitos e obrigações sejam, ou devessem ser, do conhecimento do cedente no momento da transferência.¹³ Em face deste apoio da Directiva, não se compreende, por isso, por que razão a revisão de 2009 do CT eliminou esta norma, negando ao adquirente, o qual, após um ano, é o único obrigado por todos os créditos laborais dos trabalhadores abrangidos pela transmissão, um conhecimento mais rigoroso dos créditos e do respectivo montante.¹⁴

¹⁰ Joana Vasconcelos, *Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente*, Prontuário de Direito do Trabalho, 87, Setembro-Dezembro 2010, p. 174.

¹¹ Seguindo de perto, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., p.776, que refere “o adquirente só não assumirá as dívidas de trabalhadores que tenham agido com incúria.”

¹² Nos termos do art. 37º da LCT, o adquirente tinha a obrigação, durante os quinze dias anteriores à transacção, de fazer afixar um aviso nos locais de trabalho no qual se dava conhecimento aos trabalhadores que deveriam reclamar os seus créditos, sob pena de responder por todos os créditos, ainda que vencidos há mais de seis meses. Cfr. Joana Simão, *A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitário e nacional*, cit., p. 214.

¹³ Cfr. realçando esta preocupação da Directiva, Joana Vasconcelos, *Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente*, cit., p. 176.

¹⁴ Cfr. Joana Vasconcelos, em anotação ao art. 285º, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho*, cit., p. 626. O que justifica que Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., p. 776, a considere “uma regra de grande utilidade prática”.

Alguns doutrinários, todavia, realçava a fragilidade do art. 319º do CT2003, uma vez que, sendo a afixação de aviso uma faculdade que o adquirente pode ou não observar, cuja inobservância implicava uma contra-ordenação leve, este preceito poderá não ser aplicável, assim, prejudicando a limitação da responsabilidade do adquirente aos créditos reclamados pelos trabalhadores. Mas, neste caso, estaria em causa a incúria do adquirente, suportando, por isso, as consequências. Catarina de Oliveira Carvalho, *Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho*, A Reforma do

Acompanhamos Joana Vasconcelos, quando sustenta, a utilidade da afixação, pelo adquirente, de um aviso a marcar um prazo para a reclamação de créditos pelos trabalhadores, uma vez que este aviso, pese embora não lhe esteja associada qualquer sanção, reforça a boa fé, podendo justificar, no caso de omissão deliberada de créditos pelos trabalhadores, a aplicação do instituto do abuso de direito, nos termos do artigo 334.º do CC, por estar em causa um comportamento reconduzível ao *venire contra factum proprium*.¹⁵

Desde o CT2009, transmite-se também para o adquirente da empresa ou do estabelecimento, de forma automática, a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada ao transmitente pela prática de contra-ordenação laboral (art. 285º, nº 1, *in fine*).¹⁶

II – O direito do trabalhador a opor-se à transmissão do seu contrato de trabalho na sequência da transmissão do estabelecimento

Como já referimos, a sub-rogação *ex lege* do adquirente nas relações contratuais existentes, verificada, no âmbito da transmissão de estabelecimento, prescinde do consentimento dos trabalhadores.

Mantém-se, todavia, em aberto, a questão do exercício, por parte de trabalhadores abrangidos por uma transmissão de empresa ou estabelecimento, de um direito de oposição à transferência do seu contrato de trabalho para o adquirente.

Em favor do reconhecimento deste direito é invocada a decisão do TJ no caso *Katsikas*, no qual estava em causa o reconhecimento ao trabalhador do direito de oposição à transferência do seu contrato de trabalho.¹⁷

Código do Trabalho, cit. p. 468. Este carácter facultativo, na nossa opinião, milita em favor da compatibilidade desta norma em face da Directiva 2001/23/CE.

¹⁵ Joana Vasconcelos, *Transmissão da empresa ou estabelecimento, responsabilidade por créditos laborais e tutela do adquirente*, cit., p.181-182.

¹⁶ A qual se mantém relativamente a trabalhadores que, por terem sido transferidos pelo transmitente para outros estabelecimentos, estão excluídos pelo art. 285º, nº 4 do CT do regime da transmissão.

¹⁷ Acórdão do TJ de 16.12.1992, *Grigorios Katsikas contra Angelos Konstantinidis e Uwe Skreb e Günter Schroll contra PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*, Processos apensos C-132/91, C-138/91 e C-139/91, Colectânea de Jurisprudência 1992, I-06577.

Neste acórdão, estava em causa *Grigorios Katsikas*, cozinheiro num restaurante explorado por *Angelos Konstantinidis* que, posteriormente, cedeu a exploração do restaurante a um terceiro. *Katsikas*, opondo-se à transferência de estabelecimento, pretendeu continuar ao serviço do empregador primitivo num dos outros estabelecimentos que este explorava, acabando por ser despedido pelo cedente. Em síntese, os Tribunais de Trabalho Alemães questionavam: se era compatível com o art. 3º, nº 1 da citada Directiva a

O TJ, alegando que a obrigação do trabalhador manter a relação de trabalho com o adquirente poria em causa os direitos fundamentais do trabalhador, que deve ser livre de escolher a sua entidade patronal e não pode ser obrigado a trabalhar para uma entidade patronal que não escolheu livremente, considerou que o art. 3º, nº 1 da Directiva deve ser interpretado no sentido de que não obsta a que um trabalhador empregado pelo cedente, à data da transferência da empresa, na acepção do nº 1, do artigo 1º da Directiva, se oponha à transferência do seu contrato ou da sua relação laboral para o cessionário.

No entanto, também entendeu que a Directiva não obriga os Estados-Membros a prever que, na hipótese de o trabalhador decidir livremente não manter o contrato ou a relação laboral com o cessionário, o contrato ou a relação de trabalho se mantém com o cedente, cabendo aos Estados-Membros determinar o destino reservado ao contrato ou à relação laboral com o cedente.¹⁸

Alguma doutrina, em face do silêncio do CT, defende a existência de uma lacuna, que, sendo integrada, de acordo com a jurisprudência comunitária, deve reconhecer ao trabalhador o direito de se opor à transferência, mantendo o seu contrato de trabalho com o transmitente.¹⁹

jurisprudência alemã quando sustentava que um trabalhador, na hipótese de transmissão do estabelecimento ou parte do estabelecimento, tinha o direito de recusar a transferência do seu contrato de trabalho e, inclusive, impor, quando possível, a continuação da sua relação laboral com o transmitente; e/ou se este direito de o trabalhador se opor à transmissão do seu contrato de trabalho deveria ser considerado como um tratamento mais favorável permitido pelo seu art. 7º.

Sobre este caso, cfr. Júlio Gomes, *O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, cit., pp. 127 e ss, Joana Simão, *A transmissão do estabelecimento na jurisprudência do trabalho comunitário e nacional*, cit., pp. 210-211.

¹⁸ Esta orientação do TJ, foi mantida nos Acs. de 7.03.1996, *Albert Merckx e Patrick Neuhys/Ford Motors Company Belgium SA*, Proc. C-171/94 e C-172/94, European Court Reports 1996, I-01253.

No Ac. de 12.11.1998, *Europièces SA e Wil-fred Sanders/Automotive Industries Holding Company SA*, Proc. C-399/96, Colectânea de Jurisprudência 1998, I-06965, para além de ser reafirmado que a protecção que a Directiva pretende garantir carece de objecto se o próprio interessado, na sequência de uma decisão por si livremente tomada, decide não continuar, após a transferência, a relação de trabalho com o novo empresário, seguindo as decisões do Tribunal de Justiça, nos acórdãos de 11 de Julho de 1985, *Danmols Inventar*, 105/84, *Recueil*, p. 2639, e no *Katsikas*, já cit., cabendo aos Estados-Membros decidir o destino reservado ao contrato ou à relação de trabalho (itens 38 e 39), sublinha que, nos termos do artigo 4º, nº 2, da Directiva, se o contrato de trabalho cessar pelo facto de a transferência, na acepção do nº 1, do artigo 1º, implicar uma modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador, a rescisão considera-se como sendo da responsabilidade do empregador (item 40).

¹⁹ Catarina de Oliveira Carvalho, *Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho*, cit., pp. 473-474, Júlio Gomes, *O conflito entre a jurisprudência nacional e a jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias*, cit., pp. 166 e ss, *idem*, *A jurisprudência recente do TJCE em*

Tal significa que, tendo sido transmitida apenas parte da empresa ou do estabelecimento, como sucede na cisão simples, o trabalhador deve ocupar um posto de trabalho no estabelecimento ou noutro estabelecimento de que seja titular.

No caso de tal não ser possível, o contrato caduca, nos termos do art. 346º, assistindo ao trabalhador o direito a uma compensação.²⁰

Não nos parece, todavia, que, da jurisprudência do TJ, possa ser extraída a dependência da sub-rogação *ex lege* do adquirente no contrato de trabalho da anuência do trabalhador.²¹

O facto de ser reconhecida ao trabalhador a faculdade de opor-se à transferência do seu contrato, não beneficiando da protecção que lhe concede a Directiva, conjugada com a interpretação do TJ, de acordo com a qual a Directiva não obriga os Estados-Membros a determinar que o contrato ou relação de trabalho se mantenha com o transmitente, cabendo a estes prever que, neste caso, o contrato ou a relação de trabalho devam ser considerados como cessados, quer por iniciativa do trabalhador, quer por iniciativa da entidade patronal, não se mostra incompatível com o entendimento que rejeita o reconhecimento ao trabalhador do direito a exigir a manutenção do contrato de trabalho com o primitivo empregador, exigindo a colocação noutro posto de trabalho, ou convocando a caducidade do contrato de trabalho.

Com efeito, é pacífico que o regime de transmissão de estabelecimento também assegura interesses do transmitente e do adquirente, desde logo, a liberdade do empresário celebrar os negócios que considerar relevantes sobre a sua empresa ou a

matéria de transmissão de empresa, estabelecimento ou parte de estabelecimento: inflexão ou continuidade?”, cit., pp. 517 e ss.

²⁰ A aplicação do art. 346º do CT depende, como assinala Catarina de Oliveira Carvalho, *Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho*, A Reforma do Código do Trabalho, cit. p. 474, de uma interpretação restritiva, já que a transmissão da empresa ou do estabelecimento está excluída do âmbito deste artigo, nos termos do nº 1.

²¹ Na nossa jurisprudência, reconhecem um direito de oposição, no sentido em que o trabalhador, no caso de não pretender prosseguir a sua relação de trabalho, com o adquirente, poderá opor-se à transferência, “*rescindindo o contrato de trabalho, considerando-se esta rescisão da responsabilidade da entidade empregadora*”, com apoio na jurisprudência comunitária e no nº 2 do art. 4º da Directiva, os acórdãos do STJ de 27.05.04, Processo nº 03S2467, de 29.06.2005, Processo nº 05S164, disponíveis em www.dgsi.pt/jst. O Ac. do STJ 24.02.2010, Processo nº 78/1998.S1, disponível em www.dgsi.pt. expressamente refere que o consentimento por parte do trabalhador não é, nem face ao artigo 37º da LCT, nem face ao disposto na Directiva 77/187/CEE, requisito de validade ou sequer de eficácia da transmissão, bastando a transmissão de estabelecimento ou de parte deste ou a cessão da sua exploração, acrescentando que a dispensa do consentimento do trabalhador para a transmissão da posição da entidade patronal do cedente para o cessionário não ofende os artigos 2º e 53º da Constituição.

parte dela, no exercício do direito fundamental à iniciativa privada, onde se inclui o direito do adquirente em receber um estabelecimento em condições de funcionar, com trabalhadores.²²

Porém, tal não impede que o trabalhador se oponha à transmissão da posição contratual, desde logo, denunciando o contrato com aviso prévio, nos termos do art. 400º, nº 1 do CT.²³

Também não pode ser excluído que o trabalhador opte pela resolução do contrato, invocando justa causa, nos termos do art. 394º, nº 3, al. b) do CT, com fundamento em alteração substancial e duradoura das condições de trabalho no exercício lícito de poderes do empregador.²⁴

Parece que, apurando-se que a transmissão prossegue um intuito fraudulento, o trabalhador poderá resolver o contrato com justa causa, nos termos do art. 394º, nº 1, al. b) e e), com direito à indemnização prevista no art. 396º, nº 1.²⁵

²² Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 803 e Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., p. 769.

Pedro Furtado Martins, *Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho*, IX e X Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias, Almedina, 2007, p. 331, invoca ainda interesses, como a negociabilidade das empresas ou estabelecimentos e o funcionamento do mercado, permitindo que as unidades produtivas sejam transmitidas como um todo em funcionamento, do qual são parte integrante as relações laborais.

Este autor, *ob. cit.*, pp. 330-331, refere ainda que “*a imposição da manutenção dos vínculos laborais com o adquirente do estabelecimento é um importante corolário do princípio da segurança no emprego e da estabilidade dos vínculos laborais, ao qual, como é geralmente reconhecido, está subjacente a consideração do trabalhador como pessoa*”.

²³ Pedro Furtado Martins, *Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho*, cit., p. 330, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 811.

²⁴ Não podendo, todavia, ser a própria transmissão. Nesse sentido, Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., p. 769, Pedro Furtado Martins, *Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho*, cit., p. 330.

²⁵ Nesse sentido, Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 811. Já Pedro Romano Martinez, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 769-770, considera que, nesta hipótese, a transferência, além de poder acarretar uma alteração substancial das condições de trabalho, justificando a resolução com justa causa, nos termos do art. 394º, nº 3, alínea b), do CT, constituirá um facto ilícito de que se poderá responsabilizar o cedente.

Entendemos mais adequada, neste caso, a resolução com fundamento no art.394º, nº 2, als. b) e e) do CT. O que está em consonância com a Directiva 2001/23/CE quando esta refere que, a cessação do contrato de trabalho, sempre que tiver como fundamento a modificação substancial das condições de trabalho em detrimento do trabalhador resultante da transferência, deverá ser considerada como sendo da responsabilidade da entidade patronal.

III – Algumas questões em torno do regime de exclusão da transmissão dos trabalhadores anteriormente transferidos para outro estabelecimento ou parte de estabelecimento ou empresa previsto no art. 285º, nº 4 do CT

Ao arrepio do direito da União Europeia, o art. 285º, nº 4 do CT, na esteira do art. 319º, nº 1, exclui a sub-rogação *ex lege* do adquirente nos contratos de trabalho dos trabalhadores que o transmitente tenha transferido para outro estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimento, antes da transmissão, mantendo assim o contrato de trabalho, com remissão para o regime da transferência definitiva de local de trabalho, previsto no art. 194º, nº 1 do CT.²⁶

A doutrina tem entendido que a compatibilidade deste normativo com a Directiva exige que este normativo seja interpretado no sentido de estar vedada a admissibilidade de um acordo entre transmitente e adquirente e afastada a possibilidade de a transmissão ser o fundamento da transferência de local de trabalho.²⁷

Já Maria do Rosário Palma Ramalho acentua que a aplicação do regime do art. 194º suscita dúvidas, porquanto não carece do acordo dos trabalhadores.²⁸

No que respeita a esta crítica, temos reservas, porquanto, a sub-rogação *ex lege* do adquirente nos direitos e obrigações prescinde do consentimento do trabalhador.

Com mais premência, Maria do Rosário Palma Ramalho critica o carácter genérico da remissão para o art. 194º do CT, uma vez que, em face deste artigo, pode estar em causa uma mudança individual do local de trabalho, no âmbito da qual o trabalhador pode recusar a transferência, alegando prejuízo sério, nos termos do art. 194º, nº 1, al. b) do CT, mantendo o local de trabalho e ficando assim abrangido pelo

²⁶ Foi assim afastada a possibilidade prevista no art. 37º, nº 1, *in fine*, da LCT de ser celebrado um acordo entre transmitente e transmissário no sentido de os trabalhadores continuarem ao serviço do primeiro noutra estabelecimento. Este acordo mostrava-se incompatível com a transmissão automática de direitos e obrigações para o transmitente afirmada no art. 3º, nº 1, da Directiva.

Para maiores desenvolvimentos, cfr. Júlio Gomes, *O conflito entre a jurisprudência nacional*, cit., pp. 155-156, Catarina Carvalho, *A admissibilidade de um acordo entre transmitente e transmissário no sentido de excluir a transmissão de contratos de trabalho*, QL, 21, 2003, p. 99 e ss.

²⁷ Cfr. Catarina de Oliveira Carvalho, *Algumas questões sobre a empresa e o Direito do trabalho no novo Código do Trabalho*, A Reforma do Código do Trabalho, cit., p. 467.

Joana Vasconcelos, em anotação ao art. 285º, *in* Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pp. 628-629, considera que esta é a única hipótese de o trabalhador poder continuar ao serviço do empregador primitivo, afirmando, igualmente, a exclusão de acordo nesse sentido entre transmitente e adquirente ou entre aquele e o próprio e o trabalhador.

²⁸ *Tratado de Direito de Trabalho*, cit., p. 808.

regime protector da transmissão de estabelecimento, mas também pode estar em causa uma transferência que envolve todos os trabalhadores do estabelecimento ou parte do estabelecimento, no âmbito da qual o trabalhador está obrigatoriamente sujeito à transferência, assistindo-lhe apenas a possibilidade de resolver o contrato se provar o prejuízo sério decorrente da mudança de local de trabalho, nos termos do art. 194º, nº 5 do CT.²⁹

Neste último cenário, realça a Autora, há uma menor protecção dos trabalhadores, porquanto, nos termos do art. 194º, nº 1, al. a) e nº 5 do CT, a transferência é resulta de uma decisão unilateral do empregador, não tendo os trabalhadores a possibilidade de permanecer no estabelecimento que venha a ser transmitido.

O receio de a transferência de local de trabalho, antes da transmissão, se revelar um expediente para contornar o regime da transmissão de estabelecimento, com o intuito de diminuir os custos laborais associados ao estabelecimento, aumentando o respectivo valor, leva a Autora a exigir que a transferência dos trabalhadores não possa ter como fundamento o próprio negócio de transmissão, admitindo, ainda, como última *ratio*, convocar o abuso do direito, previsto no art. 334º do CC, para impedir a utilização deste regime pelo empregador com o intuito de excluir os trabalhadores do regime protector da transmissão de estabelecimento.³⁰

Em todo o caso, o trabalhador poderá resolver o contrato com justa causa, nos termos do art. 394º, nº 3, al. b) do CT, sendo certo que terá direito a uma compensação, nos termos do art. 194º, nº 5 do CT, se conseguir provar o prejuízo sério que para ele resultaria da mudança do local de trabalho.

Depois de delimitado o âmbito do regime da transmissão de estabelecimento ou empresa, entendemos pertinente uma breve referência à fusão e cisão, para assim, apreciarmos, de forma articulada, as consequências jurídicas do regime da transmissão de estabelecimento com estes processos.

IV – Breve caracterização dos processos de cisão e fusão

²⁹ *Tratado de Direito de Trabalho*, cit., p. 809.

³⁰ *Tratado de Direito de Trabalho*, cit., p. 809.

A concretização de uma operação de concentração económica e a maximização dos factores produtivos envolvidos, entre outros motivos, pode justificar uma fusão.³¹

A fusão, que o art. 97º, nº 1 do CSC reconduz à reunião de duas ou mais sociedades numa só, pode assumir as modalidades de fusão simples ou fusão-incorporação.

A fusão simples ou fusão-concentração, através da qual duas ou mais sociedades se extinguem, dando origem a uma sociedade nova, “*para a qual se transferem globalmente os patrimónios das sociedades fundidas, sendo aos sócios destas atribuídas partes, acções ou quota da nova sociedade*” (art. 97º, nº 4, al. b) do CSC).

A fusão-incorporação, através da qual uma sociedade preexistente absorve outra ou outras, que se extinguem, transferindo-se para esta “*globalmente os patrimónios das incorporadas, a cujos sócios são atribuídas partes, quotas ou acções da incorporante*” (art. 97º, nº 4, al. a) do CSC).³²

O Código das Sociedades Comerciais sujeita a fusão a uma tramitação detalhada, na qual assume destaque a elaboração de um projecto de fusão (art. 98º), acompanhado do balanço de cada uma das sociedades, onde esteja retratada a relação de troca das participações sociais, o qual é submetido à apreciação de um revisor oficial de contas independente (art. 99º), salvo dispensa por todos os sócios das sociedades envolvidas (cfr. art. 99º, nº 6 do CSC).³³

O projecto está sujeito a registo, nos termos do art. 100º, nºs 1 e 2 do CSC e art. 3º, al. p) do CRCom, iniciando-se o prazo de um mês para os credores deduzirem oposição judicial à fusão, nos termos do art. 101º do CSC e dos arts. 1059º e 1060º do CPC.³⁴

³¹ Paulo Olavo da Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2006, p. 636.

³² Sobre a natureza jurídica da fusão, como transformação de entidades preexistentes, a que aderimos, cfr. Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, I, Parte Geral, 1.ª Edição Ampliada e Actualizada, 2011, pp.1131 e ss.

³³ Como refere Paulo Olavo da Cunha, *Direito das Sociedades Comerciais*, cit. p. 637, as exigências subjacentes ao processo de fusão pretendem proteger a sociedade que resultar da fusão, os direitos dos sócios das sociedades envolvidas e ainda dos respectivos credores, nomeadamente prevenir uma diminuição injustificada da garantia patrimonial.

³⁴ A lei permite que a fusão abranja - no todo ou em parte - sociedades dissolvidas, mas ainda em fase de liquidação, desde que preencham os requisitos legais de que dependem o regresso à actividade social (arts. 97º, nº 2, e 161º).

Todavia, já é considerado um impedimento a petição de apresentação à insolvência ou o pedido de declaração desta (art. 97º, nº 3, CSC; cfr. actualmente os arts. 18º e segs. do CIRE). Como refere Pupo Correia, *Direito Comercial*, 12.ª edição, revista e actualizada, Ediforum, 2011, p. 293, considerando que

O projecto de fusão é aprovado pelos sócios das sociedades envolvidas, reunidos em assembleia geral (art. 100º, nº 2), depois de terem estado disponíveis para consulta os documentos elencados no art. 101º do CSC.

A deliberação de fusão, na falta de disposição especial, está sujeita às normas previstas para alteração do contrato de sociedade, nos termos do art. 103º, nº 1 do CSC, devendo observar as limitações impostas, para tutela dos sócios, pelo art. 103º, nº 2.

Deliberada a fusão, esta deve ser sujeita a registo, nos termos do art. 111º do CSC e do art. 3º, al. q) do CRCom.³⁵

Na sequência da fusão, verifica-se transmissão de patrimónios (art. 112º), tornando-se os sócios das sociedades sócios da sociedade incorporante, podendo assistir direito de exoneração aos sócios que votaram contra a deliberação, no termos do art. 105º do CSC.³⁶

O art. 113º permite que seja judicialmente requerida, mediante deliberação da assembleia geral de qualquer das sociedades participantes na fusão, a resolução ou modificação do contrato de fusão, se esta tiver sido sujeita a condição ou termo suspensivo e se verificar uma alteração substancial das circunstâncias subjacentes às deliberações.

Atendendo aos danos que a fusão pode infligir nos sócios e credores, os arts. 114º e 115º impõem a responsabilidade solidária aos membros dos órgãos de administração e fiscalização pelos prejuízos causados aos sócios e credores, por não terem observado a diligência de um gestor criterioso, não sendo factor impeditivo dos direitos de indemnização o facto de as sociedades terem sido extintas na sequência da fusão, nos termos do disposto nos arts. 114º, nº 2 e 115º.

subjacente a esta norma está a tutela dos credores, este impedimento deve entender-se existente quando a sociedade tenha desencadeado um processo especial de recuperação de empresa, nos termos do art. 18º do CIRE.

³⁵ A forma do acto de fusão, nos termos do art. 106º do CSC, deve revestir a forma exigida para a transmissão dos bens das sociedades incorporadas (106º, nº 1). Como nota Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, I, Parte Geral, cit., p. 1129, o registo assume um efeito constitutivo.

³⁶ Como nota Pupo Correia, *Direito Comercial*, cit., p. 293, não haverá fusão, mas simplesmente trespasse, se uma sociedade se limitar a adquirir o estabelecimento de outra, mas sem os sócios desta passarem a sócios da adquirente, permanecendo a sociedade que alienar o estabelecimento como pessoa jurídica apta a desenvolver a sua actividade num novo estabelecimento.

Na cisão, por seu turno, a sociedade divide-se em duas ou mais sociedades³⁷, assumindo, de acordo com o artigo 118º do CSC, modalidades distintas, entre as quais: a cisão simples; a cisão-dissolução e a cisão-fusão.³⁸

No primeiro caso, a sociedade-mãe destaca parte do seu património para com ele constituir outra sociedade, mantendo-se a cindida com o restante património.³⁹ Na cisão-dissolução, a sociedade cindida é dissolvida, dividindo-se o seu património em duas ou mais fracções que dão origem a outras tantas novas sociedades.

Pela cisão-fusão, a sociedade pode destacar parte do seu património que se vai fundir com uma outra sociedade ou com parte ou partes do património de outra ou outras sociedades, destacadas do mesmo modo ou pode dissolver-se, dividindo o seu património em duas ou mais partes, para as fundir com sociedades já existentes ou partes do património de outras sociedades, separadas por operações idênticas e com igual finalidade.

As sociedades resultantes da cisão poderão adoptar um tipo societário diferente do da cindida, nos termos do art. 118º, nº 2.

O receio de a cisão poder colidir com os interesses dos credores vai justificar que o processo de cisão esteja sujeito a requisitos exigentes, como resulta dos elementos que o art. 119º do CSC considera obrigatórios no projecto de cisão, e das exigências previstas para cada uma das modalidades de cisão, patentes nos arts. 123º, 124º e 125º, para a cisão simples, e nos arts. 128º e 129º, relativamente à cisão-fusão.⁴⁰

³⁷ Como refere Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, I, cit., p. 1136, a cisão, “*enquanto contraface da fusão*”, opera uma transformação através da qual dá origem a duas ou mais entidades, sem se verificar qualquer alteração nas situações jurídicas encabeçadas pelo ente cindido anteriormente.

³⁸ Sobre a cisão, cfr. Joana Vasconcelos, *A cisão de sociedades*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001.

³⁹ Impondo-se os limites do artigo 123º, atinentes ao valor do património da sociedade cindida e ao seu capital social, só podendo ser destacados o activo e o passivo referidos no art. 124º. Cfr. Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, I, cit., p. 1136.

⁴⁰ Sobre a inconstitucionalidade formal e material da al. p) do art. 119º ao exigir que seja contemplado no processo de cisão a atribuição da posição contratual da sociedade ou sociedades intervenientes, decorrente dos contratos de trabalho celebrados com os seus trabalhadores, os quais não se extinguem por força da cisão, cfr. Acórdão do TC nº 119/99, de 2 de Março de 1999, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php. No que concerne à eventual inconstitucionalidade formal, por se tratar de legislação laboral, assim exigindo a intervenção das Comissões de Trabalhadores e Associações Sindicais, nos termos dos arts. 55º, al. d) e 57º, nº 2, al. a), da CRP, à data, actuais arts. 54º e 56º da CRP, o tribunal considerou que a mesma não revestia a natureza de norma laboral, sendo meramente informativa dos direitos e deveres dos participantes, uma vez que, nos termos do art. 37º da LCT, em vigor à data, a posição que dos contratos de trabalho decorre para a entidade patronal transmite-

Para tutela dos credores, está expressamente estabelecido no art. 121º do CSC que as dívidas da sociedade cindida que sejam atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade não sofrem novação, sendo afirmada no art. 122º do CSC a responsabilidade solidária da sociedade cindida pelas dívidas que, por força da cisão, tenham sido atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade, de acordo com o disposto no art. 12º do CSC.

O processo e a respectiva tramitação seguem, com as necessárias adaptações, normas sobre fusão, nos termos do art. 120º do CSC.

V - Articulação do regime jurídico da transmissão de estabelecimento e os processos de cisão e fusão

Neste capítulo, pretendemos destacar alguns aspectos do regime da transmissão de estabelecimento que assumem particular relevância nos processos de fusão e cisão.

Começamos, por isso, por avaliar se há alguma intersecção com a tutela dos trabalhadores e do adquirente da transmissão.

Ora, considerando que o regime que rodeia os processos de fusão e cisão, nomeadamente os arts. 114º e 115º que impõem a responsabilidade solidária, dos membros dos órgãos de administração e fiscalização, pelos prejuízos causados aos sócios e credores, por não terem observado a diligência de um gestor criterioso, bem como os apertados requisitos a que o processo de cisão está sujeito, como resulta dos elementos exigidos pelo art. 119º do CSC e das exigências previstas para cada uma das modalidades de cisão a que já nos referimos, a que ainda acresce a responsabilidade,

se ao adquirente, por qualquer título, do estabelecimento onde os trabalhadores exerçam a sua actividade, não se extinguindo os contratos de trabalho com a cisão, como referido na al. p).

No que se refere à alegada inconstitucionalidade material, com fundamento na violação do princípio da segurança no emprego, por a referida norma autorizar a sociedade cindida a ordenar a mudança do trabalhador para a nova sociedade, o tribunal sustentou que uma norma que se limita a estabelecer a obrigatoriedade de fazer constar no projecto de cisão a indicação de quem passará a deter a posição contratual decorrente dos contratos de trabalho com a sociedade ou sociedades intervenientes e que expressamente determine que tais contratos de trabalho se não extinguem por força da cisão, não pode violar a garantia da segurança no emprego, tal como resulta da norma do artigo 53º da Constituição, já que, estando garantida, por força do art. 37º da LCT, a manutenção dos contratos de trabalho, desta transformação da entidade empregadora apenas pode resultar a transmissão dos mesmos contratos ou de todos eles, no caso de a empresa cinditória se dissolver ou extinguir ou de parte para a ou para as novas empresas formadas pela cisão.

O tribunal concluiu que a mera mudança de entidade patronal, continuando garantida a manutenção das relações laborais, nomeadamente, o direito à antiguidade, à retribuição e às regalias de que os trabalhadores gozavam, não violava a garantia de segurança no emprego previsto no art. 53º da CRP.

afirmada no art. 122º do CSC, da sociedade cindida pelas dívidas que, por força da cisão, tenham sido atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade, bem como o afastamento da novação, no art 121º do CSC, das dívidas da sociedade cindida que sejam atribuídas à sociedade incorporante ou à nova sociedade, mitiga os riscos associados à transmissão de estabelecimento, podemos concluir que reforça tutela dos trabalhadores, enquanto credores, bem como a tutela do adquirente, a qual, como referimos, tem merecido pouca atenção do legislador português.

Contribui, igualmente, para a tutela dos trabalhadores, o regime especial de solidariedade pelos créditos laborais dos trabalhadores, quando o respectivo empregador esteja integrado num grupo societário, constante do art. 334º do CT, na medida em que as operações de constituição ou de modelação de grupos societários podem envolver uma transmissão de empresa ou de estabelecimento, como é o caso de um grupo societário que se constitui através da cisão de duas sociedades.

Neste caso, os trabalhadores poderão recorrer, verificados os respectivos pressupostos, a qualquer um destes regimes de solidariedade.⁴¹

Também o dever de informação e consulta, previsto no art. 286º, no cumprimento do processo de informação e consulta dos representantes dos trabalhadores afectados por uma transmissão, imposto pelo art. 7.º da Directiva 2001/23/CE, assume relevância no âmbito do processo de fusão e cisão.

Este artigo faz recair sobre o transmitente e o adquirente um dever de *informação e consulta dos representantes dos trabalhadores*, a que são equiparadas as comissões de trabalhadores, as comissões sindicais e intersindicais e os delegados sindicais ou, na sua falta, os próprios trabalhadores.⁴²

⁴¹ Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 814.

⁴² A informação directa aos trabalhadores, na ausência de representantes dos trabalhadores, resulta do art. 7º, nº 6 da Directiva, sendo certo que como refere Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho*, Novos Estudos de Direito do Trabalho, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 111, n. 39, a lei parece estender este direito à informação a todos os trabalhadores.

Continua por transpor o art. 7º, nº 4 da Directiva quando exige que as obrigações de informação e consulta se aplicam mesmo que a decisão de transmitir o estabelecimento tenha sido tomada por uma empresa de controlo. Cfr. Catarina de Oliveira Carvalho, *Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho*, cit., p. 470.

Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 812, considera que o carácter gravoso do regime de exclusão da transmissão, previsto no art. 285º, nº 4 do CT, atribui especial relevância à participação dos trabalhadores no processo tendente à transmissão da empresa ou do estabelecimento consagrada no art. 286º do CT.

No âmbito do direito de informação estão incluídas a data e motivos da transmissão, as suas consequências jurídicas, económicas e sociais, assim como as medidas projectadas em relação aos trabalhadores.

Esta informação obedece a forma escrita, devendo ser prestada em tempo útil, o qual corresponde a um período mínimo de 10 dias de antecedência antes da consulta dos representantes dos trabalhadores, nos termos do art. 286º, nº 2 do CT.

A doutrina exige que esta informação seja suficientemente completa e precisa para permitir uma negociação séria e o exercício de um direito de oposição à transmissão do contrato de trabalho, sempre que este seja reconhecido, ainda que admitindo a imposição de limitações na divulgação de informações sempre que estas sejam sensíveis, o que pode suceder, no âmbito dos processos de fusão ou cisão de uma empresa.⁴³

A consulta dos trabalhadores, prevista no art. 286º, nº 3 do CT, na esteira do art. 7º, nº 2, tem por finalidade a obtenção de um acordo sobre as medidas que pretendam aplicar aos trabalhadores na sequência da transmissão.

Este dever de consulta prévia e informação suscita problemas relativamente à confidencialidade dos dados, com especial acuidade em certos projectos de fusão ou cisão.⁴⁴

Com efeito, tal como sublinhado por Júlio Gomes, o regime de transmissão na Directiva não prevê, à semelhança da Directiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Março de 2002, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores na Comunidade, derrogações a esta obrigação de informação quando a sua natureza seja susceptível, segundo critérios objectivos, de afectar gravemente o funcionamento da empresa ou do estabelecimento ou de a prejudicar.

No entanto, o legislador, na transposição da Directiva 2002/14/CE, estabeleceu, no art. 459º do CT 2003, a que corresponde, sem alterações, o actual 412º do CT2009,

⁴³ Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho*, cit., p. 112.

⁴⁴ *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho*, cit., p. 112, n. 41, O art. 412º, nº 3 do CT, no entanto, na transposição da Directiva 2002/14/CE, exonera o empregador do dever de prestar informações ou proceder a consultas cuja natureza seja susceptível de prejudicar ou afectar gravemente o funcionamento da empresa ou do estabelecimento.

um dever de sigilo para os membros das estruturas de representação colectiva sempre que as informações sejam transmitidas com menção expressa da confidencialidade assim como exonera o empregador do dever de revelar informações, sempre que estas possam prejudicar o funcionamento da empresa ou do estabelecimento.

Por via de uma interpretação extensiva, justifica-se que a ratio do art. 412º abranja o dever de confidencialidade dos membros de estruturas representativas relativamente a informações recebidas no âmbito da transmissão de estabelecimento, bem como a dispensa do adquirente e transmitente de revelarem informações que possam comprometer os processos de cisão e fusão.

A violação dos deveres constantes deste artigo constitui contra-ordenação leve, nos termos do art. 286º, nº 5 do CT, parecendo que o seu incumprimento não compromete a viabilidade da transmissão.⁴⁵

Também no que diz respeito à ausência de acordo relativo às medidas a tomar em relação aos trabalhadores, acompanhamos Rosário Palma Ramalho quando, sublinhando o carácter consultivo da participação dos trabalhadores e das suas estruturas representativas neste processo, justifica, convocando o direito constitucional de livre iniciativa económica do empregador, que a falta de acordo não pode inviabilizar a transmissão.⁴⁶

O art. 287º do CT, seguindo de perto o art. 6º da Directiva, estabelece ainda regras referentes às estruturas de representação dos trabalhadores da unidade económica transmitida, bem como à tutela conferida aos representantes dos trabalhadores, após a transmissão.⁴⁷

⁴⁵ Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., pp. 812-813.

Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho*, cit., p. 113, questiona se a reacção “modesta” do ordenamento jurídico relativamente ao incumprimento do dever de informação e consulta dos representantes dos trabalhadores, considerado fundamental pela Directiva, estará de acordo com esta. Também, Catarina de Oliveira Carvalho, *Algumas questões sobre a empresa e o Direito do Trabalho*, cit., p. 470, em face da ausência de sanção para a violação do dever de consulta no art. 320º, nº 3 do CT2003 e da aplicação de uma contra-ordenação leve no caso da violação do dever de informação, problematiza se terá sido cabalmente cumprido o disposto no art. 9º da Directiva.

⁴⁶ Rosário Palma Ramalho, *Tratado de Direito do Trabalho*, cit., p. 813.

⁴⁷ Deixamos de lado, por extravasar o âmbito deste artigo, os efeitos da transmissão no instrumento de regulamentação colectiva do trabalho vigente na empresa ou no estabelecimento transmitido, previsto no art. 498º do CT. Este normativo para concretizar salvaguardar a aplicação de um regime convencional nas situações de transmissão da titularidade da empresa ou do estabelecimento consagra *ope legis* a vinculação do adquirente ao instrumento de regulamentação colectiva do trabalho que vinculava o transmitente, o que configura uma excepção ao princípio da dupla filiação, até ao termo do respectivo

Ora, o tratamento dado às estruturas de representação dos trabalhadores da unidade económica no art. 287º do CT, após a transmissão, em processos de cisão e fusão, tem suscitado dúvidas na doutrina e na jurisprudência, porquanto podem envolver mais do que uma comissão de trabalhadores.

Desde logo, é necessário definir o sentido que deve ser atribuído ao conceito de autonomia constante do art. 287º do CT, uma vez que o regime jurídico aplicável varia em função do facto de a empresa, estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimento manter ou não a sua autonomia, após a transmissão.

Com acerto, tem sido entendido que este conceito de autonomia não coincide com o de unidade económica autónoma, sob pena violar os princípios da unicidade e da representação de todos os trabalhadores da mesma empresa que norteiam as comissões de trabalhadores.⁴⁸

Pedro Furtado Martins, neste sentido, associa esta noção de autonomia à possibilidade de a comissão de trabalhadores, em face das exigências legais, poder continuar em funções.⁴⁹

A comissão de trabalhadores, tendo presente o princípio da unicidade justificado pelo facto de ser um órgão representativo da colectividade dos trabalhadores da empresa, só poderá, legalmente, continuar em funções, se o estabelecimento transmitido reunir condições para ser considerado uma entidade empregadora.

prazo de vigência, ou pelo período de 12 meses. Admitindo, igualmente, que este instrumento de regulamentação colectiva seja substituído por outro.

Seguindo de perto, Luís Gonçalves, in Pedro Romano Martinez, Luís Miguel Monteiro, Joana Vasconcelos, Pedro Madeira de Brito, Guilherme Dray, Luís Gonçalves da Silva, *Código do Trabalho Anotado*, cit., pp. 987-988. Sobre este tema, cfr. Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho*, cit., pp. 102 e ss

⁴⁸ Cfr. Pedro Furtado Martins, *Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho*, cit., 2007, p. 323.

O princípio da unicidade, patente no art. 54º da CRP, está apoiado na natureza de órgão de colectividade dos trabalhadores da empresa, como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Anotada*, Tomo I, 4ª Ed. Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 718.

Este princípio está consagrado no artigo 461º, nº 1 do CT, que refere o direito dos trabalhadores criarem "em cada empresa uma comissão de trabalhadores". Também o regime da constituição e eleição das comissões de trabalhadores, previsto no art. 431º, aponta para existência, em cada empresa, de uma e apenas uma comissão de trabalhadores. Cfr. Pedro Furtado Martins, *Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho*, cit., pp. 315-316.

⁴⁹ Cfr. Pedro Furtado Martins, *Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho*, cit., 2007, p. 323.

Assim, após o processo de fusão ou cisão-fusão, no que concerne às comissões de trabalhadores das sociedades incorporadas e às comissões de trabalhadores da sociedade incorporante, só se poderá manter uma comissão de trabalhadores, que respeite os pressupostos exigidos por lei.⁵⁰

O art. 287º, nº 1 do CT, todavia, ao prever que não ocorre qualquer alteração ao nível do estatuto e das funções dos representantes dos trabalhadores afectados pela transmissão se a empresa, estabelecimento ou parte da empresa ou estabelecimento mantiver a sua autonomia, suscita muitas dúvidas no âmbito dos processos de fusão e cisão-fusão, parecendo admitir, em violação do princípio da unicidade, a possibilidade de existir mais do que uma comissão de trabalhadores na mesma empresa perante a eventual existência nas sociedades incorporante e incorporada de uma comissão de trabalhadores.⁵¹

Seguindo de perto, a solução propugnada por Pedro Furtado Martins, também consideramos que a resposta a este problema, considerando a Directiva 2001/23/CE e o regime jurídico das comissões de trabalhadores, pode ser extraída do nº 2, do artigo 287º do CT.

Com efeito, o nº 2 do art. 287º do CT prescreve que no caso de a empresa ou estabelecimento transmitido incorporado na empresa adquirente perder a autonomia e não exista uma comissão de trabalhadores na empresa do adquirente, a comissão ou subcomissão de trabalhadores da empresa ou estabelecimento do transmitente continua em funções por um período de dois meses a contar da transmissão ou até que a nova comissão, entretanto eleita, inicie as respectivas funções ou, ainda, por mais dois meses, se a eleição for anulada.⁵²

⁵⁰Também o nº 1, do art. 6º da Directiva, faz depender a manutenção em funções, da estrutura de representação dos trabalhadores, da conservação das condições necessárias à formação dessa mesma representação, onde necessariamente se tem de incluir o nível de representatividade dos trabalhadores. Cfr. Pedro Furtado Martins, *Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho*, cit., p. 324.

⁵¹ Como dá nota, Pedro Furtado Martins, *Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho*, cit., p. 326, já foi defendido que a comissão de trabalhadores da sociedade incorporada subsistiria, mas apenas como órgão representativo dos trabalhadores da unidade económica de que aquela era titular. Tal solução, todavia, não é viável, porque contraria o princípio da unicidade.

⁵² Tratando-se de uma sub-comissão de trabalhadores, esta passa a exercer os direitos, que a lei atribui às comissões de trabalhadores, durante o período em que continuar em funções representando os

Assim, os trabalhadores podem optar por ter uma comissão de trabalhadores ou por não serem representados por comissão de trabalhadores.

Na primeira hipótese, a lei confere-lhes o prazo de dois meses para promover a criação de uma nova comissão que todos tenham a possibilidade de eleger e para qual todos se poderão fazer eleger, assim assegurando a representatividade de todos os trabalhadores.

Na segunda, a comissão anterior extingue-se, depois de decorrido o período de dois meses referido na lei.

O art. art. 287º do CT, à semelhança do art. 321º, não oferece nenhuma resposta para os casos em que já existe uma comissão de trabalhadores na empresa do adquirente.

Pedro Furtado Martins extrai do art. 287º, mediante um argumento a contrario, que a estrutura representativa que existia na unidade transmitida extingue-se, sem aguardar pelo período de dois meses.⁵³

No entanto, esta solução levanta dúvidas sempre que comissão de trabalhadores da empresa incorporada apresentar um nível de representatividade superior ou idêntico, dado o facto de o número de trabalhadores integrados se mostrar superior ou muito próximo.

Em ambos os casos, tal como refere Pedro Furtado Martins, não estão reunidas as condições legais para a manutenção de qualquer uma das estrutura representativas.⁵⁴

Em obediência ao princípio da unidade que rege as comissões de trabalhadores, justifica-se, na nossa opinião, a aplicação do art. 287º, nº 2 do CT, de acordo com o qual os trabalhadores poderão, no prazo de dois meses, eleger uma comissão representativa de todos os trabalhadores ou, optar por não ser representados, extinguindo-se as comissões de trabalhadores existentes, ao fim do prazo de dois meses.

trabalhadores do estabelecimento transmitido. Os representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho afectos à entidade incorporada exercem os direitos próprios desta estrutura, conforme salvaguardado no art. 287º, nº 3, al. b).

⁵³ Por considerar que esta será a única solução compatível com o princípio da unicidade. Cfr. Pedro Furtado Martins, *Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho*, cit., pp. 328-329.

⁵⁴ Cfr. Pedro Furtado Martins, *Duas questões a propósito dos efeitos da transferência de estabelecimento nas relações de trabalho: artigo 321.º do Código do Trabalho e oposição do trabalhador à transmissão do contrato de trabalho*, cit., p. 329.

Em face do nº 4, do art. 287º do CT, os membros dos órgãos representativos dos trabalhadores, cujo mandato cesse em resultado da incorporação na empresa do adquirente, continuam a beneficiar da protecção estabelecida nos nºs 3 a 6 do artigo 410º ou em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, em virtude do desempenho dessas funções, até à data em que o respectivo mandato terminaria.

Por último, assume, igualmente, relevância no âmbito dos processos de fusão e cisão, a proibição dos despedimentos, imposta pelo art. 4º, nº 1 da Directiva, que tenham a sua causa na transmissão da unidade económica, em especial, nos casos de despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho.⁵⁵

A proibição que a transmissão constitua em si mesma fundamento de despedimento por parte do transmitente ou do transmissário visa prevenir que a protecção conferida pela Directiva ao trabalhador possa ser contornada.⁵⁶

Concordamos com Júlio Gomes quando refere que será defensável presumir que os despedimentos que se apresentam, em termos temporais, muito próximos da transmissão, são têm como causa a transmissão, tornando-a mais atractiva, em função da redução dos custos com o trabalho.⁵⁷

No entanto, após certas transmissões, como observa Júlio Gomes, pode mostrar-se justificado o recurso ao despedimento colectivo ou à extinção do posto de trabalho, nomeadamente, perante a duplicação das funções e o excesso de pessoal decorrente de uma fusão.⁵⁸

Nesse sentido, importa atender ao citado art. 4º, nº 1 da Directiva quando exclui desta proibição os despedimentos efectuados por razões económicas, técnicas ou de

⁵⁵ Sobre esta matéria, cfr. Cláudia Maria Monteiro Gomes de Sousa, *A fraude à lei e o despedimento colectivo na transmissão da unidade económica*, QL, Ano XVII, nºs 35 e 36 (JAN/DEZ), 2010, pp. 158-202

⁵⁶ Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho*, cit., p. 115.

⁵⁷ O que faria recair um “*ónus de motivação particularmente agravado*” sobre o transmitente que efectuasse despedimentos colectivos e por extinção de posto de trabalho na pouco tempo antes da transmissão do estabelecimento. Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho*, cit., p. 116.

⁵⁸ Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho*, cit., pp. 117 e 118, refere igualmente, no âmbito da fusão por incorporação, o despedimento motivado pelo facto de os salários praticados na unidade incorporada serem manifestamente mais elevados, assim produzindo a manutenção de direitos um efeito nefasto nos trabalhadores.

organização que impliquem mudanças da força de trabalho, ou seja, fundamentos que poderão estar presentes no despedimento colectivo e por extinção do posto de trabalho.

Assim, parece-nos que, tal como propõe Júlio Gomes, na esteira da solução propugnada pela doutrina e jurisprudência austríacas, que os despedimentos colectivos e as extinções dos postos de trabalho não deverão ser liminarmente proibidos, mas deverão ser especialmente escrutinados, em especial, sempre que ocorram num curto prazo de tempo a seguir à transmissão e envolvam um número elevado de trabalhadores do estabelecimento ou parte do estabelecimento transmitido.⁵⁹

Esta solução, enquanto assegura a tutela dos trabalhadores, salvaguarda a liberdade de iniciativa económica do empregador, onde, naturalmente, estão incluídos os poderes referentes à gestão de recursos humanos, aliás, subjacentes ao regime jurídico do despedimento colectivo e da extinção de posto de trabalho.⁶⁰

Também, nesta vertente do regime jurídico de transmissão, se impõe, como princípio orientador, a conciliação dos interesses dos trabalhadores e dos empregadores.

VI - Conclusão

O regime de transmissão de estabelecimento atende ao princípio de liberdade de negociação das empresas, acolhido pelo princípio constitucional da livre iniciativa económica, previsto no art. 61º da CRP, enquanto ao mesmo tempo tutela os direitos dos trabalhadores.

Assim se justifica a sub-rogação *ex lege* do adquirente dos direitos e obrigações emergentes do contrato de trabalho existentes à data da transmissão, dispensando o consentimento dos trabalhadores.

A este propósito problematizámos a existência de um eventual direito de oposição do trabalhador à transmissão, que, de acordo com ambas as Directivas e a jurisprudência do TJ, concluímos não existir, muito embora tenhamos reconhecido o direito do trabalhador a fazer cessar o contrato através de denúncia ou resolução com justa causa objectiva, nos termos do art. 394º, nº 3 do CT, desde que verificados os

⁵⁹ Júlio Gomes, *Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em Direito do Trabalho*, cit., p. 115.

⁶⁰ Preocupação que parece estar subjacente ao art. 4º, nº 1 da Directiva 2001/23/CE quando admite o despedimento por razões económicas, técnicas ou de organização da força de trabalho.

respectivos pressupostos e a resolução não tenha como fundamento a transmissão do estabelecimento. Não é, no entanto, reconhecido ao trabalhador, o direito a indemnização.

Com efeito, apenas reconhecemos ao trabalhador o direito a indemnização, por via do direito a resolver o contrato com justa causa subjectiva, estribado na alínea e) do art. 394º, nº 1 do CT, quando se apurasse que a transmissão tinha um intuito fraudulento, deixando o trabalhador desprotegido, perante a falta de solvabilidade do adquirente.

Ainda no âmbito da transmissão de estabelecimento, apreciamos a exclusão dos trabalhadores, cujos contratos se mantêm, mas são transferidos do local de trabalho, com remissão para o regime jurídico da transferência de local de trabalho, previsto nos arts. 194º e ss do CT.

Na esteira de Rosário Palma Ramalho, concluímos que há uma menor protecção de transferência colectiva de trabalhadores em comparação à transferência individual, dado que, nesta última, o trabalhador pode optar por conservar o contrato de trabalho com o primitivo empregador ou seguir o estabelecimento a transmitir, com a sub-rogação *ex lege* do adquirente na relação laboral.

A análise dos processos subjacentes à cisão ou à fusão permitiu-nos concluir que as especiais cautelas, que rodeiam estes processos, com os interesses dos credores e dos sócios das sociedades a cindir e a fundir reforçam a tutela dos trabalhadores, enquanto credores, e do adquirente do estabelecimento.

No que concerne ao adquirente do estabelecimento, sublinhámos que a exclusão do CT2009 de uma norma de conteúdo idêntico à do art. 319º, nº 4 do CT2003, que reconhecia ao trabalhador a faculdade de colocar um aviso para os trabalhadores reclamarem créditos sob cominação dos mesmos não se transmitirem para o adquirente, veio dificultar o conhecimento por este do montante dos créditos laborais a transmitir, impedindo uma apreciação mais precisa dos termos do negócio.

Pese embora, o carácter facultativo deste aviso, porque dependente do adquirente, entendemos desejável a sua previsão no CT2009, sustentando a sua compatibilidade em face da Directiva que admite no art. 3º, nº 2, que os Estados-

Membros adoptem as medidas adequadas para assegurar que o cedente notifique o cessionário de todos os direitos e obrigações transferidos para este último.

Para colmatar a ausência de uma norma na Directiva 2001/23/CE, que, à semelhança da Directiva 2002/14/CE exonere o adquirente e transmitente de revelarem informações que pudessem comprometer os processos de cisão e fusão, defendemos a interpretação extensiva do 412º do CT, de forma vincular os membros de estruturas representativas ao dever de confidencialidade relativamente a informações obtidas no cumprimento do art. 286º, bem como a admitir a dispensa do adquirente e transmitente de prestarem informações ou consultas que prejudiquem ou comprometam a transmissão do estabelecimento ou parte do estabelecimento.

Assim, justificámos legalmente que o dever de informação e consulta previsto no art. 286º do CT possa sofrer limitações, em face da existência de prejuízo grave para a transmissão, o que se pode apresentar com grande acuidade nas cisões e fusões.

A recondução da violação do dever de informação e consulta a uma contra-ordenação leve, levou-nos a acompanhar a doutrina, nomeadamente Júlio Gomes e Catarina Carvalho, que questiona a correcta transposição deste dever para o nosso ordenamento.

Ainda no âmbito da articulação do regime da transmissão com os processos de cisão e fusão, abordámos as dificuldades, resultantes da aplicação do regime previsto no art. 287º, nº 1 do CT, para as estruturas de representação dos trabalhadores da sociedade adquiridas e adquirentes, tendo, na esteira da doutrina nacional, negando, em obediência ao princípio da unicidade, a possibilidade da coexistência de duas comissões, propondo, como solução compatível, sempre que as comissões não reúnam condições legais para se manter, a aplicação do nº 2 do art. 287º.

Por último, referimos a importância de conciliar a tutela dos trabalhadores com a liberdade de iniciativa económica do empregador, sempre que na sequência da transmissão, em especial através de fusão, se justificar o recurso ao despedimento colectivo e por extinção de posto de trabalho.

Nesse sentido, acompanhámos Júlio Gomes, propondo, com apoio no art. 4º, nº 1 da Directiva, que os despedimentos colectivos e por extinção do posto de trabalho, sempre que seja próxima temporalmente da transmissão e envolvam um número

elevado de trabalhadores da unidade económica transmitida, sejam especialmente sindicados, assim, negando, a sua proibição absoluta.

Âmbito e limites do princípio da legalidade no registo comercial
Português- A questão do registo atualizado das quotas ou partes sociais
enquanto condição “sine qua non” do registo definitivo de
transformação de uma sociedade.

Abílio de Oliveira e Silva

*Notário; docente do IPP - Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Felgueiras e
investigador do CIICESI*

Introdução

Em primeiro lugar, iremos referir-nos às alterações ocorridas no ordenamento jurídico nacional em matéria da transmissão, oneração e extinção de quotas e partes sociais, tendo particular atenção aos reflexos registais da alteração do regime substantivo aplicável a este tipo de negócios jurídicos.

Em seguida, analisaremos com algum detalhe o regime previsto na lei registal para a transmissão, oneração e extinção de participações sociais de sociedades, confrontando o regime dos registos por depósito com o regime previsto para os registos por transcrição.

Posteriormente, procuraremos determinar se o princípio da legalidade a que está sujeito o conservador na qualificação dos registos por transcrição, abrange a análise dos registos anteriores por depósito, efectuados ou omitidos, e relativos a participações sociais.

Por último, descreveremos e analisaremos os efeitos ao nível da qualificação registal que a desconformidade dos registos sobre participações sociais - em regra registos efectuados por depósito, mas que também podem ter a natureza de registos por transcrição - têm nos registos subsequentes das deliberações sociais que alteram o contrato social e mais concretamente na qualificação de um registo de transformação de sociedade.

Adiantamos desde já que, em nosso entender, a desconformidade entre a realidade registal relativa à titularidade das quotas ou partes sociais e a titularidade dessas mesmas participações sociais resultantes da operação de transformação, apenas

gera, um impedimento de registo, que, conseqüentemente, obsta à própria concretização do registo definitivo da transformação, quando e apenas se o registo da transformação em causa obrigue à indicação, no registo a efectuar, dos valores nominais e titulares das novas participações sociais. Conseqüentemente, aplicando este nosso entendimento aos registos das deliberações de transformação, isto significa que esta questão apenas se colocará quando estivermos perante um registo de transformações de sociedades por quotas, em sociedades em nome coletivo ou em comandita ou vice-versa, mas já não será de aplicar quando uma sociedade que originariamente adote um dos identificados tipos sociais delibere transformar-se em sociedade anónima, ou quando uma sociedade anónima delibere transformar-se numa sociedade que adopte um daqueles três tipos sociais.

Por outro lado, mesmo nas situações em que está reunido o pressuposto identificado no parágrafo anterior, é nosso entendimento que o princípio da legalidade, que o conservador está obrigado a observar, se basta com a verificação “formal” de que as participações sociais se encontram registadas em nome daqueles titulares e que aquele é o seu valor nominal, não possibilitando qualquer sindicância da validade formal do título que serviu de base aqueles registos, nomeadamente quando os mesmos assumam a forma de registos por depósito.

Salientamos que esta é uma questão que não tem sido muito abordada pela doutrina externa ao IRN, IP, e que a posição assumida pelo Conselho Consultivo deste instituto, que difere da por nós proposta, não nos parece isenta de críticas, sendo que não existem, ou pelo menos não logramos localizar, casos na nossa jurisprudência que permitam sustentar algumas das questões e soluções que propomos na nossa análise.

Concluindo, julgamos que esta questão registal, especialmente quando se perfilha o presente entendimento do IRN, IP, produz uma consequência pesada no próprio processo de transformação e na própria “vida” da sociedade e como tal é merecedora de uma reflexão mais aprofundada.

Exposição

O Decreto -Lei nº 76-A/2006, de 29 de março, em ordem a dar cumprimento ao Programa do XVII Governo Constitucional, simplificou “...os controlos de natureza

administrativa, eliminando-se actos e práticas registrais e notariais que não importem um valor acrescentado e dificultem a vida do cidadão e das empresas” e com esse escopo consigna uma alteração significativa, entre outros diplomas que regulamentam diversos tipos de pessoas colectivas, ao próprio Código das Sociedades Comerciais e, muito especialmente, consigna uma profunda reforma do Código do Registo Comercial Português, aprovado pelo Decreto -Lei nº403/86, de 03 de dezembro⁶¹.

A título meramente exemplificativo, recordamos, atendendo apenas às alterações operadas no âmbito societário, ter sido este diploma que: acabou com a obrigatoriedade de escritura pública para a generalidade dos actos societários; aboliu a necessidade de legalização dos livros de escrituração mercantil; criou um procedimento administrativo especial de dissolução e liquidação de sociedades destinado a substituir os correspondentes processos judiciais; alterou significativamente o regime da fusão e cisão de sociedades; aboliu a competência territorial das conservatórias de registo comercial; passou a disponibilizar um novo modelo de governação das sociedades; etc.

Um dos aspectos do direito societário, e dos correspondentes reflexos registrais, que mais impactantes medidas sofreram por via do identificado diploma legal, foi o da transmissão, oneração, divisão, unificação e extinção e registo de quotas e partes sociais, tendo este diploma criado todo um regime jurídico novo, por via do aditamento dos artigos 242.º-A a 242.º-F e alteração dos art.º 182.º e 228.º, todos do Código das Sociedades Comerciais. Esta alteração do direito substantivo foi complementada com a concomitante alteração do direito adjectivo, no âmbito do registo comercial, que se traduziu na consagração de uma nova modalidade de registo, designado por “registo por depósito”, que passou a estar prevista no n.º 1 do art.º 53.º-A do Código do Registo

⁶¹ Este diploma tem sido ao longo do tempo alvo de frequentes alterações, a saber: DL n.º 250/2012, de 23/11; DL n.º 209/2012, de 19/09; DL n.º 292/2009, de 13/10; DL n.º 185/2009, de 12/08; DL n.º 122/2009, de 21/05; Lei n.º 19/2009, de 12/05; DL n.º 247-B/2008, de 30/12; Rect. n.º 47/2008, de 25/08; DL n.º 116/2008, de 04/07; DL n.º 73/2008, de 16/04; DL n.º 34/2008, de 26/02; DL n.º 318/2007, de 26/09; DL n.º 8/2007, de 17/01; Rect. n.º 28-A/2006, de 26/05; DL n.º 76-A/2006, de 29/03; DL n.º 52/2006, de 15/03; DL n.º 111/2005, de 08/07; DL n.º 35/2005, de 17/02; DL n.º 2/2005, de 04/01; DL n.º 70/2004, de 25/03; DL n.º 53/2004, de 18/03; DL n.º 107/2003, de 04/06; DL n.º 323/2001, de 17/12; DL n.º 273/2001, de 13/10; DL n.º 533/99, de 11/12; DL n.º 410/99, de 15/10; DL n.º 375-A/99, de 20/09; Rect. n.º 10-AS/99, de 30/06; DL n.º 198/99, de 08/06; DL n.º 172/99, de 20/05; DL n.º 368/98, de 23/11; DL n.º 257/96, de 31/12; DL n.º 328/95, de 09/12; Rect. n.º 144/94, de 30/09; DL n.º 216/94, de 20/08; DL n.º 267/93, de 31/07; DL n.º 31/93, de 12/02; Rect. n.º 236-A/91, de 31/10; DL n.º 238/91, de 02/07; DL n.º 349/89, de 13/10; DL n.º 7/88, de 15/01.

Comercial e à qual passou a estar submetida o conjunto de atos relativos à transmissão, oneração, divisão, unificação ou extinção de participações sociais das sociedades por quotas, em nome colectivo e em comandita.

Esta nova modalidade de registo comercial, concretiza no dizer do Prof. Doutor Pedro Maia “uma bipartição do registo⁶²”, caracterizando-se o registo por depósito pela mera menção do facto sujeito a registo na ficha de registo, seguido do arquivamento dos documentos que o requerente identifica como “título” dos mesmos, excluindo-se qualquer actividade qualificadora do registo por parte do conservador e como já se referiu, entre o conjunto de atos atinentes a sociedades comerciais que passou a ser abrangido por esta nova modalidade de registo, contam-se os registos de transmissão, oneração, divisão, unificação ou extinção de quotas ou partes sociais.

Concretamente, no âmbito dos negócios jurídicos relativos a quotas e partes sociais e sujeitos a registo comercial, o conservador respetivo deixou de ter competência material para controlar que:

- A) No acto ou negócio interveio o titular registalmente inscrito, pois que o legislador procedeu à revogação do art.º 31.º do Código do Registo Comercial, que consagrava o princípio do trato sucessivo e da legitimação dos direitos, passando a atribuir tais competências, por força do art.º 242.º-D do Código das Sociedades Comerciais, à própria sociedade; e
- B) Os interessados são partes legítimas e que os documentos apresentados são formal e substancialmente válidos, em face da lei e dos registos vigentes, acabando assim também com a aplicabilidade, por parte do conservador, do princípio da legalidade, passando também tais competências para a esfera directa e exclusiva da sociedade, por força do disposto no art.º 242.º-E, n.º1, do Código das Sociedades Comerciais. Esta intenção do legislador de afastar os registos por depósito do controlo da legalidade pelo conservador, está objectivamente materializada e demonstrada pelo facto da manifesta nulidade do acto ou negócio jurídico apenas ser causa de recusa dos registos “por transcrição” (art.º 48.º, n.º1, al) d, do Código do Registo Comercial), impedindo assim o conservador de, por qualquer forma, se opôr ou rejeitar

⁶² Vide: Maia, Pedro “*Registo e Cessão de Quotas*”, in *Reformas do Código das Sociedades* publicação do IDET e CENOR, na colecção IDET, Colóquios n.º3, Almedina, 2007, a pag. 166 ss.

um registo por depósito, mesmo nos casos em que o negócio subjacente à transmissão da quota (por exemplo) seja manifestamente nulo.

Os motivos que levaram o legislador nacional a alterar o regime registal vigente para a transmissão, oneração, divisão, unificação ou extinção de participações sociais, que gozava já de profundas raízes históricas no nosso ordenamento jurídico⁶³, como deriva do preâmbulo do identificado Decreto-Lei n.º 76-A/2006, deveu-se essencialmente “...à necessidade sentida de adoptar um regime mais flexível e mais célere da transmissão de quotas.”⁶⁴, Acompanhando assim uma tendência que tem vindo a ser sentida em vários ordenamentos jurídicos europeus⁶⁵. Na verdade, estamos convencidos que o legislador ao adoptar este novo regime para o registo dos atos ou negócios relativos a quotas e partes sociais teve por base a experiência espanhola⁶⁶, no sentido de que teve como escopo último expurgar do registo comercial tradicional, que passou a definir como “registos por transcrição”, tudo o que fosse relativo ao registo de bens, o que equivale a dizer participações sociais.

A nosso ver, a intenção inicial do legislador do Decreto -Lei n.º 76-A/2006 era de facto eliminar do elenco de actos sujeitos a registo comercial os factos relativos às participações sociais. Porém, quando confrontado com a inexistência no ordenamento

⁶³ Recorde-se que a submissão da transmissão ou oneração de quotas, à forma de documento autêntico, mormente escritura pública, mereceu consagração legal no nosso ordenamento jurídico logo na Lei das Sociedade por Quotas, de 11 de abril de 1901 (art.º 6º paragrafo 2), e a submissão ao registo comercial de tais operações advém do Regulamento de 1888 e posteriormente é alvo de consagração pelos Decretos-Lei n.º 42 644 (Regime do Registo Comercial) e 42 645 (Regulamento do Registo Comercial), ambos de 14 de novembro de 1959. A título de curiosidade, é de referir que o Regulamento Comercial, de 15/11/1888, contemporâneo do Código Comercial de 1888, ainda hoje vigente, estabelecia no art.º 45º que os gerentes deviam proceder, no prazo de dez dias após o conhecimento da cessão de quotas pela sociedade, ao depósito na secretaria do Tribunal de Comercio (à data entidade responsável pelo registo comercial) de uma lista atualizada dos sócios com indicação das entradas já efetuadas e das que poderiam ainda ser exigidas...ou seja consagra um regime próximo do que veio a ser instituído, mais de um século depois, pelo identificado Dec.-Lei n.º 76-A/2006.

⁶⁴ No dizer de Margarida Costa Andrade, “*Cessão de Quotas- Desformalização e Registos por Depósito*”, publicação do IDET e CENOR, Colecção IDET Colóquio n.º4; Almedina; 2009.

⁶⁵ Para uma mais aprofundada análise das recentes alterações legislativas nos ordenamentos jurídicos estrangeiros relativamente ao regime de transmissão de participações sociais, veja-se Margarida Costa Andrade, “*Cessão de Quotas- Desformalização e Registos por Depósito*”, publicação do IDET e CENOR, Colecção IDET Colóquio n.º4s; Almedina, 2009.

⁶⁶ Muito concretamente, temos em mente a *Ley 19/1989, de 25 de julio, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, que procedeu à alteração do regime do registo de quotas em Espanha, passando as mesmas, por força do seu art.º26º, a estar sujeitas apenas ao registo no *libro registro de sócios* existente e controlado pela própria sociedade e deixando assim de ser, como até então sucedia, levadas ao *Registro Mercantil*.

jurídico português de um registo de bens móveis⁶⁷ para o qual pudesse “transferir” a publicidade sobre estes bens e muito especialmente com as críticas doutrinárias apontadas à solução que foi adoptada em Espanha (que, recorde-se, também tornou a escritura pública facultativa para titular estes negócios⁶⁸ e simultaneamente eliminou o registo comercial destes atos), e que residem, fundamentalmente, no facto do registo das participações sociais ficar exclusivamente a cargo das sociedades, gerar importantes constrangimentos ao acesso célere e universal dos terceiros⁶⁹ à identificação das participações sociais, e respectivos titulares, existentes em cada momento, em cada sociedade, viu-se o mesmo (legislador) “constrangido” a lançar mão da estrutura organizacional e sobretudo tecnológica que suportam o registo comercial para assim garantir a manutenção do nível de acessibilidade à informação relativamente às participações sociais⁷⁰ e assim evitar as críticas doutrinárias de que já havia sido alvo a solução adoptada em Espanha.

A solução adoptada pelo legislador do Decreto-Lei nº 76-A/2006 de criar uma nova categoria de registos- registos por depósito- permitiu, aos seus olhos, “usufruir do melhor dos dois mundos”, na medida em que, ao excluir este tipo de registo da esfera de apreciação do conservador, logrou, objectivamente, uma maior simplificação e celeridade do ingresso no registo desses factos, e, por outro lado, na medida em que

⁶⁷ Recorde-se que o Dec.-Lei nº 277/95, de 25 de outubro, que aprovou o Código de Registo de Bens Móveis acabou por nunca ser implementado no terreno, por falta do respectivo regulamento.

⁶⁸ Na realidade, em nossa opinião, esta redução do formalismo legal relativo aos negócios jurídicos atinentes a quotas operada pelo legislador espanhol é bastante mais aparente que real, uma vez que a lei espanhola apenas permitiu que os negócios jurídicos translativos de quotas (e apenas destas) pudessem também ser titulados por documento lavrado por *corredor de comércio*, porém verifica-se que esta figura elabora, por força do arts. 88º e ss do *Código de Comercio*, “documentos públicos” pois que o seu autor, à semelhança do que acontece com os notários, é dotado de fé pública, o que significa que juridicamente se mantém a exigência de forma autêntica para estes documentos.

⁶⁹ De notar que o art.º 242.º-E, nº 4, do CSC apenas obriga sociedade a facultar o acesso a este tipo de documentos às pessoas que demonstrem ter “um interesse atendível na sua consulta”, ao passo que o art.º 73.º, nº1, do CRCom. Garante o acesso ao registo a “qualquer pessoa”, dispensando assim a prova da existência de um interesse atendível.

⁷⁰ De referir que, em nossa opinião, por certo também pesou na opção do legislador em manter um registo público das participações sociais o facto da receita emolumentar gerada por este tipo de actos não ser despendida, bastando para o efeito atender a que o número de registos deste tipo efectuado no apenas no ano de 2014, de acordo com o *sítio* oficial da DGPI, ascendeu a 23.526, o que originou uma receita emolumentar próxima dos dois milhões e quinhentos mil euros/ano.

esses factos, e respectivos títulos, continuam a constar do registo comercial, permitiu manter a garantia do seu acesso célere e cabal pelos terceiros⁷¹⁻⁷².

Estamos pois, actualmente, confrontados em Portugal com um regime registal comercial “dual”, em que temos de um lado um conjunto de registos, nomeadamente os relativos a bens (quotas e partes sociais) que se designam por “registos por depósitos” e que na realidade mais não são que “uma publicidade formal”, tendencialmente⁷³ sem valor jurídico ou força probatória acrescida, e por outro lado temos um conjunto de registos, denominados “registos por transcrição”, que fundamentalmente integram os actos atinentes à própria estrutura ou “pessoa” da sociedade, e aos quais são reconhecidos todos os efeitos que tradicionalmente se associam ao registo.

Sucedo porém, que os atos de alteração do contrato de sociedade, “lato sensu” e especificamente a operação de transformação de sociedade, não estão incluídos nos actos a registar por depósito, o que significa que se mantém relativamente aos mesmos o poder/ dever de qualificação do conservador, o qual, por força do princípio da legalidade, tal como o define o art.º 47.º do Código do Registo Comercial, está obrigado a, neste tipo de registos, verificar a correcção formal e substantiva do ato a registar atendendo, entre outros aspectos, aos registos já existentes.

⁷¹ O Dec.-Lei nº 76-A/2006, foi o diploma legal que veio dar cobertura legal à importante revolução tecnológica que se operou no registo comercial com a entrada em funcionamento da aplicação informática de suporte à atividade registal -SIRCOM- e que veio disponibilizar ferramentas novas de disponibilização da informação do registo, nomeadamente, as certidões de registo em suporte electrónico que passaram a permitir o acesso á informação de registo comercial, em tempo real, e em qualquer ponto do planeta.

⁷² - Não cabe no âmbito deste trabalho uma análise crítica da opção tomada pelo legislador nacional em matéria de quotas e partes sociais, porém não podemos deixar de fazer notar que as soluções presentemente consagradas na lei têm merecido reiteradas críticas por parte de notários, conservadores e doutrina em geral. Veja-se a este propósito: GUERREIRO, J. A. Mouteira – *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, 2010, págs 121ss e 465ss; MARTINS, José Manuel; CORREIA, Luís Brito; ANDRADE, Margarida Costa e outros- *Cessão de Quotas “Desformalização” e Registo por Depósito*-, publicação do IDET e CENOR, Colecção IDET Colóquios nº4; pags. 13-24; 37-50 e 51-105; MAIA, Pedro; MATOS, Albino e outros- *Reformas do Código das Sociedades*-, publicação do IDET e CENOR, Colecção IDET Colóquios nº3, pag 123-137 e 165-176; CORDEIRO, António Menezes- *Revista de Direito das Sociedades*- Ano 1, nº2, Almedina, 2009, págs 287-326; CORDEIRO, António Menezes- *Manual de Direito das Sociedades*- II; 2º Edição, Almedina, 2007, págs 393-398; DUARTE, Rui Pinto- *Direito das Sociedades em revista*- Ano 2, vol.3, Almedina, 2010, págs 65-86.

⁷³ Neste esquema simplista temos dificuldade em enquadrar os “registos por depósito” resultantes da aplicação do procedimento do art.º29.º-A do CRCOM em que na realidade o conservador mantém a essência dos seus poderes, não obstante “produzir” um registo por depósito. Veja-se a este propósito Maia, Pedro in “*Registo e Cessão de Quotas*”, em *Reformas do Código das Sociedades* publicação do IDET e CENOR, Colecção IDET, Colóquios nº3, Almedina, 2007, a pag. 169 e ss.

Tendo presente o enquadramento legal supra explanado, a questão primordial que a nosso ver se coloca e a que procuraremos em seguida responder, é a de determinar se, em abstracto, no âmbito da qualificação de um registo por transcrição, por força da aplicação do princípio da legalidade, o conservador pode/deve, ou não, atender aos registos por depósito, anteriormente efectuados ou omitidos.

Numa primeira análise da questão, o facto do art.º 11.º do Código do Registo Comercial ter sido expressamente⁷⁴ alterado no sentido dos atos sujeitos a registo por depósito deixarem de gozar da presunção jurídica de “existência nos precisos termos definidos pelo registo”, ou seja o facto dos registos relativos às quotas e partes sociais deixarem de ter fé pública, parece sugerir ou apontar no sentido de que o seu conteúdo (ou a sua omissão) não deve ser tido em conta pelo conservador na qualificação de registos posteriores a lavrar por transcrição.

Porém, analisado mais a fundo o regime registal Português em matéria comercial, somos confrontados com dois aspectos que se nos afiguram com particular relevância para esta questão e que nos fazem opinar em sentido diverso do resultante da nossa análise inicial:

- Por um lado, o facto dos actos e negócios atinentes à transmissão, oneração, divisão, unificação ou extinção de quotas ou partes sociais continuarem, com excepção das promessas de alienação e pactos de preferência relativos a quotas ou partes sociais⁷⁵, a ser factos sujeitos a registo obrigatório, continuando a constar do elenco do nº1 artº 15.º do Código do Registo Comercial. Caracter obrigatório este, a que acresce o facto do próprio legislador, expressamente, acabar por reconhecer alguns efeitos jurídicos a esses actos de registo, uma vez que no art.º 12.º do Código do Registo Comercial estatuí que os “depósitos”, sobre quotas ou partes sociais, primeiramente efectuados prevalecem sobre os que se lhe seguirem relativamente às mesmas participações sociais;

⁷⁴ De notar que esta exclusão dos registos por depósito da presunção de verdade não deriva do Dec.-Lei nº 76-A/2006, mas antes do Dec.- Lei nº 8/2007, de 17/01, que recorde-se constitui já, no dizer do próprio legislador no preâmbulo do diploma legal, “...um aperfeiçoamento” do modelo concebido em 2006, tendo por base a experiência entretanto acumulada.

⁷⁵ Este tipo de actos está excluída da obrigatoriedade de registo uma vez que estão previstos na al) c do nº1 do art.º3º do CRCom e como tal não integram o elenco de factos sujeitos a registo obrigatório (nº1 do art.º15º do mesmo diploma), mas esta não sujeição ao registo obrigatório é originária logo da versão original do CRCom e como tal anterior ao Dec.-Lei nº 76-A/2006.

ou seja mantém vigente a velha máxima latina “*prior in tempore, potior in jure*”, uma vez que, por força deste artigo, o que confere a prevalência de um direito incidente sobre participações sociais, quando incompatível com um outro, é a data do respectivo registo (ainda que por depósito) e não a do documento que o titula;

- Por outro lado, o facto do legislador no Decreto-Lei nº 76-A/2006 ter mantido a redação do art.º 47.º do Código do Registo Comercial, continuando a impor a obrigação ao conservador de, por força do princípio da legalidade, apreciar a viabilidade dos pedidos de registos atendendo aos “registos anteriores”, sem discriminar entre registos por depósito e registos por transcrição. A nosso ver, a não limitação do âmbito do princípio da legalidade, exclusivamente aos registos anteriores lavrados por transcrição, não decorre de um qualquer “lapso de revisão” por parte do legislador. Essa foi antes uma opção consciente e clara do legislador, desde logo, porque o mesmo legislador no próprio Decreto -Lei nº 76-A/2006 operou alterações legislativas ao nível de outros princípios de registo comercial (nomeadamente, revogando o art.º 31.º Código Registo Comercial relativo ao princípio do trato sucessivo) e como tal seria lógico presumir que se o mesmo tivesse querido alterar o âmbito do princípio da legalidade teria aproveitado esse ensejo, e depois porque o mesmo legislador, já no ano de seguinte ao da reforma, com o Decreto-Lei nº 8/2007, de 17/01, teve oportunidade de visitar a matéria dos princípios de registo “aperfeiçoando-os” e introduzindo novas alterações, desta feita, aos princípios da prioridade e de presunção de verdade dos registos (plasmados nos art.º 12.º e 13.º Código do Registo Comercial) e novamente manteve intacta o teor do identificado art.º 47.º.

Atento o exposto, somos forçados a concluir que, se a alteração do âmbito de abrangência do princípio da legalidade não foi legislativamente consagrada, tal deve-se a uma consciente e até reiterada opção legislativa.

Assim sendo, qualquer tentativa de interpretação restritiva do art.º 47.º do Código do Registo Comercial, no sentido de que o mesmo só obriga a que o conservador tenha em conta, na qualificação de um novo registo, os registos anteriores lavrados por transcrição, afigura-se-nos como não sendo a mais consentânea com a lei. Tanto mais que, há que ter presente que, atento o art.º 9.º do Código Civil, na interpretação da lei o seu texto tem uma função positiva relevante que consiste em

condicionar o intérprete a optar pelo sentido que mais imediatamente corresponde ao significado natural das palavras empregues, designadamente ao seu significado técnico-jurídico, devendo o intérprete presumir que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados⁷⁶, de onde se conclui que, se o texto da lei não distingue entre registos por depósito e registos por transcrição, o mesmo deve fazer o seu interprete.

Esta mesma posição, basicamente com recurso aos mesmos argumentos, tem sido a adoptada pelo Conselho Consultivo do IRN, IP⁷⁷ quando confrontado com esta questão, pelo que é actualmente entendimentos generalizado dos serviços de registo comercial do nosso país que o princípio da legalidade abrange a análise dos registos que já anteriormente ingressaram nas tábuas, quer o seu ingresso se ter dado por via de um depósito, quer o seu ingresso se tenha efectuado por via de um registo por transcrição⁷⁸.

Resolvida esta questão no sentido por nós anteriormente defendido, uma outra questão legitimamente se coloca, e que reside em saber se o conservador, igualmente por força do princípio da legalidade, está obrigado a verificar a correcta configuração e titularidade das quotas ou partes sociais⁷⁹ sempre que proceder à qualificação de um qualquer acto de alteração do contrato social⁸⁰ a registar por transcrição? Ou mais concretamente, se na qualificação de um pedido de registo por transcrição que, por exemplo, altera o contrato social relativamente à forma de obrigar da sociedade, está o conservador obrigado a verificar que tal deliberação foi tomada pelos sócios e

⁷⁶ Veja-se sobre a interpretação da lei: Machado, J. Baptista- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*; Livraria Almedina, 1987, pag.188 ss

⁷⁷ A figura do Conselho Consultivo é a sucessora do Conselho Técnico do IRN, IP tendo-lhe “sucedido”, por força do disposto no art.º 4.º, al) b e 6.º do Dec.-Lei nº 148/2012, de 07/07, desempenhando funções de “... consulta, apoio e participação na definição das linhas gerais de atuação do IRN, I.P., e nas tomadas de decisão do conselho directivo”.

⁷⁸ Veja-se neste sentido: Pº R.Co.3/2008 SJC-CT e R.Co.11/2011 SJC-CT, ambos disponíveis em <http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/Pareceres-Conselho-Tecnico/comercial>.

⁷⁹ De salientar que estão completamente excluídas desta problemática as sociedades anónimas, uma vez que a titularidade de acções nas sociedades anónimas não são factos sujeitos a registo comercial (art.º 3.º do CRCom.).

⁸⁰ Empregamos aqui o termo “alteração do contrato social” em sentido amplo querendo com ele abranger a alteração ao contrato propriamente ditas, mas também figuras como a transformação, o aumento ou redução de capital, etc.

participações sociais tal como estão configuradas pelos registos anteriores, sejam esses registos efectuados por depósito ou por transcrição?

Antes de mais, há que salientar que também em registos por transcrição (e não apenas em registos que ingressam nas *tábuas* por depósito) se configuram o valor das participações sociais e as respectivas titularidades, bastando ter presente, que do próprio acto de registo da constituição da sociedade, por força da alínea d) do n.º 1 do art.º 9.º e da alínea b) do art.º 10.º ambos do Regulamento do Registo Comercial (registo a lavrar por transcrição), têm que constar como menção o valor nominal das quotas ou partes sociais e os respectivos subscritores e convém ter presente que este é, inclusivamente, um registo com efeitos constitutivos, por força do art.º 5.º do CSC.

Procurando agora dar resposta à questão que colocamos, diremos que em nossa opinião a resposta tem que ser, em regra, negativa, ou seja no âmbito da qualificação de um registo de alteração do contrato social, por regra, o qualificador não tem que verificar que a deliberação que serve de base à alteração contratual foi tomada pelos sócios que constam como tal no registo comercial.

A sociedade é necessariamente um ente jurídico distinto dos “bens” (quotas ou partes sociais) dos sócios que a integram e a verificação da validade da deliberação social que suporta uma alteração do contrato social, especificamente no que respeita à qualidade de sócios das pessoas que nela intervieram, ao valor nominal das quotas ou partes sociais detidas por cada sócio e ao quórum deliberativo, não incumbe ao conservador, mas ao presidente da Assembleia Geral (art.º 248.º; 382.º n.º2; 389.º Código das Sociedades Comerciais).

Aliás, é de notar que no âmbito do registo comercial, mesmo quando também vigorava neste registo o princípio do trato sucessivo, que foi alvo de expressa revogação pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006⁸¹, e quando todos os registos atinentes a quotas ou partes sociais eram registos “por transcrição”, sempre foi entendimento da doutrina registal que o âmbito de aplicação deste princípio se limitava, exclusivamente, aos actos translativos das quotas ou partes sociais e de direitos sobre elas. Ou seja, não tem sido,

⁸¹ O princípio do trato sucessivo, presentemente, continua a merecer consagração no art.º 34.º do Código do Registo Predial, área registal onde o seu cumprimento é condição para o ingresso a título definitivo de qualquer inscrição translativa ou de oneração do prédio. Relativamente à definição e âmbito do princípio do trato sucessivo no registo predial veja-se Guerreiro, J.A. Mouteira – *Noções de Direito Registral (predial e comercial)*; Coimbra Editora; 1994; 2.º ed. pág. 77 e ss.

tradicionalmente, entendimento dos serviços de registo, para efectuar um qualquer registo de alteração do contrato de sociedade com carácter definitivo, a existência de uma coincidência entre os sócios e quotas ou partes sociais registadas e aqueles sócios e participações sociais e que tomam parte na deliberação social que serve de título ao registo⁸².

Em síntese, diremos que em nossa opinião, por regra, o princípio da legalidade apenas obriga a que o registador quando confrontado com um registo de alteração do contrato⁸³ faça uma “apreciação formal do título” e verificando não estar em causa a regularidade da convocatória, nem a validade da assembleia geral que tomou a deliberação, por não existir previamente inscrita qualquer acção impugnatória de tal deliberação, não deve apôr dúvidas ao registo solicitado com base no facto de existir uma discrepância entre os sócios ou participações sociais registalmente inscritos e os sócios (e respectiva composição das participações sociais) constantes da correspondente acta da assembleia geral^{84 85}.

Mas será que esta regra não conhece excepções? Ou dizendo de outra forma, será que o princípio da legalidade no âmbito do registo comercial nunca exige que, para possibilitar o registo definitivo de um acto relativo à própria estrutura ou pessoa da sociedade, se tenha que atender à titularidade e composição das participações sociais tal como constam dos registos anteriormente efectuados?

Em nosso entender, a resposta a esta questão tem que ser, novamente, negativa. De facto, existe um conjunto de actos de registo relativos ao próprio ente societário (e que como tal ingressam no registo por transcrição) em que, exactamente por força do princípio da legalidade, o conservador tem que garantir a existência de uma harmonia entre a situação registal prévia ao registo a efectuar e atinente à titularidade e/ou composição das quotas e partes sociais, e a situação registal relativa a essas mesmas participações sociais que vai resultar ou derivar do registo que está a ser qualificado.

⁸² Veja-se, neste sentido: Parecer R.Co.35/98 *in* Boletim dos Registos e do Notariado nº 4/99.

⁸³ O que aqui se diz relativamente à alteração do contrato em sentido amplo, também se nos afigura valer, por exemplo, para as deliberações que: nomeiam órgão sociais; mudam a sede; dissolvem a sociedade, etc.

⁸⁴ Por força do nº 3 e 4 do art.º 85º do CSC, com a redação introduzida pelo art.º 2º do Dec. Lei nº 76-A/2006, a acta é, por regra, título suficiente para registo.

⁸⁵ Veja-se neste sentido Albuquerque, Pedro - *O Direito de Preferência dos Sócios em Aumentos de Capital nas Sociedades Anónimas e por Quotas*; Monografia de 1993; pag. 23 e ss.

Perfilhando nós esta posição, importa definir com o máximo de objectividade possível as situações em que, em nosso entender, há lugar à aplicação desta excepção à regra de que os registos relativos à titularidade das participações sociais, independentemente do modo como ingressaram no registo (transcrição ou depósito), não influenciam a qualificação dos actos de registo relativos ao próprio ente societário.

Relativamente a esta problemática temos que ter presente que, se em tese e ao nível normativo, se verifica existir no registo comercial uma separação clara entre a situação jurídica das participações sociais (em regra resultante de registos por depósito) e a situação jurídica da própria sociedade (necessariamente resultante de registos por transcrição), na realidade existem actos de registo relativos ao próprio ente societário que obrigam a que conste expressamente do teor do registo a efectuar (por transcrição) o valor nominal, composição e identificação dos titulares das participações sociais, ou seja existem atos de registo comercial em que a definição da situação jurídica das participações sociais está “incorporada” em registos que são relativos à própria situação jurídica da sociedade⁸⁶.

Sabendo nós, que uma das vertentes do princípio da legalidade consiste na garantia de que a informação registal forma “um todo coerente”, inexistindo registos definitivos com informação contraditória entre si, somos levados a concluir que sempre que, no registo a lavrar por transcrição, por força do disposto nos art.º 9.º e 10.º do Regulamento do Registo Comercial, o registador esteja obrigado a mencionar expressamente a configuração das quotas ou partes sociais e a identificação dos respectivos titulares, terá que ser garantida a harmonia entre os registos já existentes, independentemente do seu ingresso no registo ter sido efetuado por transcrição ou por depósito, e o valor, composição e titularidade das quotas ou partes sociais a indicar no registo a efectuar por transcrição, sob pena do mesmo estar sujeito a uma qualificação minguante.

Ora, entre os registos a lavrar por transcrição em que, por força do disposto nos art.º 9.º e 10.º do Regulamento do Registo Comercial, o registador está obrigado a mencionar expressamente no registo que vai lavrar, o valor das quotas ou partes sociais e a identificação dos seus titulares estão, designadamente, os registos relativos ao

⁸⁶ Exemplo desta situação é o registo do ato de constituição de sociedade, já anteriormente referido.

aumento ou redução de capital (de sociedades que não S.A.), à alteração do contrato que concerne ao artigo da composição do capital social (de sociedades que não S.A) e os registos de transformação de uma sociedade por quotas em sociedade em nome colectivo ou em comandita, ou vice-versa, em face do que, em nosso entender, a todos estes tipos de actos de registo se deve aplicar o princípio da legalidade na vertente anteriormente explanada.

Identificado o critério delimitador e as situações registais em que há lugar à aplicação do princípio da legalidade, na vertente da coerência da informação registal, resta-nos definir, circunscrevendo, a amplitude a reconhecer a este princípio, especialmente quando estamos perante registos efectuados por depósito relativos a participações sociais e seus titulares (sendo que igual solução será adotada se os mesmos registos tiverem sido efetuados por transcrição). Ou seja, o conservador confrontado (a título ilustrativo) com um pedido de registo de transformação de uma sociedade por quotas em sociedade em nome colectivo, tem que efectuar que tipo de verificação ou controlo aos registos anteriores, por depósito ou transcrição, relativos ao valor nominal das quotas e respectivos titulares?

A nosso ver, a análise dos actos relativos às quotas anteriormente já registados por depósito (ou até por transcrição), deve ser uma análise puramente “formal” do teor da ficha de registo e que incidirá apenas sobre dois aspectos: a existência do registo de aquisição a favor dos titulares a que, por força da transformação, vão ser atribuídas as partes sociais; e o valor nominal das quotas que agora vão ser convertidas em partes sociais. Entendemos, contrariamente ao que é defendido pelo IRN, IP⁸⁷, que o conservador, nesta operação de qualificação do acto de transformação da sociedade, não pode proceder à análise substancial da legalidade do acto ou negócio que já ingressou no registo e que serviu de base ao depósito. Ou seja, não pode o conservador a pretexto da qualificação de um acto de registo posterior no tempo vir, retroactivamente, efectuar uma verdadeira “requalificação” dos depósitos já anteriormente alvo de inscrição tabular.

⁸⁷ Veja-se neste sentido: pareceres do Conselho Técnico proferidos nos processos R. Co.3/2008 e R.Co.11/2011 SJT-CT e ambos disponíveis em <http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/Pareceres-Conselho-Técnico/comercial>.

Relativamente a esta questão, a posição do IRN,IP vai no sentido de que o conservador, no âmbito da qualificação dos registos por transcrição que envolvam a menção, no registo a lavrar, da configuração e titularidade das participações sociais, deve ultrapassar a análise meramente formal (tal como constam da ficha de registo) dos registos lavrados por depósito, e proceder á avaliação da regularidade formal e validade dos negócios e títulos que serviram de base a esses mesmos depósitos.

Não partilhamos este entendimento do IRN, IP e esta nossa posição radica nas razões que em seguida passamos a expôr.

A primeira das aludidas razões reside no facto da competência material para analisar a validade substancial dos atos ou negócios de transmissão, oneração, divisão, unificação ou extinção de participações sociais ter sido retirada à esfera de atuação do conservador pelo legislador do Decreto-Lei n.º 276-A/2006 e atribuída à própria sociedade, a qual igualmente foi identificada como responsável civil pelos danos causados, quer a terceiros, quer aos próprios sócios, por quaisquer omissões, erros, irregularidades ou demoras na qualificação que efetue ⁸⁸, sendo que a promoção de um registo por depósito de uma transmissão, oneração, divisão, unificação ou extinção de quotas ou de partes sociais, cujo título que lhe subjaz padeça do vício de nulidade, não pode deixar de ser qualificada como um “erro ou irregularidade” nos termos e para os efeitos do artº 242.º-F do CSC.

A segunda das razões que nos conduzem a divergir do entendimento do IRN, IP decorre do simples, mas significativo, facto das eventuais nulidades de que padeçam deliberações sociais já registadas, para serem registalmente relevantes, no sentido de obstarem a um registo definitivo de alterações do contrato social temporalmente supervenientes e que nelas assentem ou as pressuponham (o exemplo clássico destas situações será uma deliberação de aumento de capital já registada e que padece de uma invalidade e que foi seguida de uma deliberação de transformação de sociedade que está em apreço fazer ingressar no registo), carecerem de estar previamente judicialmente declaradas. Ou seja, apenas após o registo da própria decisão judicial, definitiva (no

⁸⁸ Não desconhecemos as severas críticas por “inaplicabilidade prática” que o Prof.º António Menezes Cordeiro dirige ao modelo de responsabilidade civil decorrente do artigo 242.º-F aditado ao Código das Sociedades Comerciais aquando da reforma de 2006 e que podem ser aprofundadas in CORDEIRO, António Menezes- *“Do registo de quotas: as reformas de 2006 e de 2007, de 2008”*- *Revista de Direito das Sociedades*- Ano 1- 2009; Almedina, 2007, págs. 287 a 326.

sentido de transitada em julgado), que reconheça a nulidade de uma deliberação ou negócio, essa mesma nulidade pode fundar um qualquer registo não definitivo superveniente da, no exemplo apontado, transformação da sociedade.

Como salienta Lobo Xavier, *in Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Livraria Almedina, 1999, pag. 70 e ss., estamos nestas situações perante uma “deliberação social conexa com deliberação precedente anulável” e diz-nos este autor (pag. 540 e ss. da citada obra) que: “Quando, dadas duas deliberações sucessivas, só em face da superveniência de sentença que anule a primeira é possível concluir definitivamente pela invalidade da segunda, diremos que esta invalidade se encontra pendente ou suspensa”, até que essa sentença seja proferida e transite em julgado a segunda deliberação produzirá todos os seus efeitos, devendo ingressar no registo a título definitivo⁸⁹. Será no âmbito do registo da sentença definitiva, que tanto pode ser de procedência como de improcedência, que caberá ao conservador que a registe decidir quais os registos a “cancelar” (artº 69º nº4 do Código do Registo Comercial).

A nosso ver, igualmente será enquadrável na categoria de “deliberações conexas” a deliberação social de alteração do contrato social (entendida aqui em sentido restrito, ou seja de alterações ao contrato social que obriguem registalmente à identificação da configuração das participações sociais e seus titulares) que foi tomada numa Assembleia Geral em que participa um sócio cujo negócio aquisitivo da quota ou parte social ou as operações de unificação ou divisão sobre as mesmas já registadas, são colocadas em causa por uma ação em que se peticiona o reconhecimento da nulidade dos negócios em causa.

Consequentemente, somos de opinião que⁹⁰, o simples registo de uma ação judicial que vise a anulação da transmissão de uma quota e o cancelamento do respectivo registo, não interfere com a qualificação de um registo subsequente de

⁸⁹ Diversa solução defenderíamos se tivesse sido registada a decisão judicial de suspensão da deliberação em causa, sendo que se o pedido de registo da suspensão da deliberação for anterior ao pedido de registo da deliberação cuja suspensão foi decretada, este pedido de registo (da deliberação suspensa) deve inclusivamente ser alvo de recusa. Nesse sentido, vide parecer do Conselho Técnico do IRN no proc. nº R.CO. 9/2011SJC-CT *in* <http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/Pareceres-Conselho-Tecnico/comercial>.

⁹⁰ Entendimento este que, se bem interpretamos, já foi perfilhado pelo próprio Conselho Técnico do IRN no proc. nº R.CO. 27/2006DST-CT *in* <http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/doutrina/pareceres/Pareceres-Conselho-Tecnico/comercial>.

alteração do contrato que teve como título uma deliberação em que o sócio, cuja aquisição da quota está a ser posta em causa, tomou parte.

Do atrás exposto resulta, em nosso entender, que não será legítimo ao conservador invocar eventuais nulidades (ou invalidades) de que padeçam os negócios translativos de quotas ou partes sociais, ou as operações de unificação ou divisão sobre as mesmas, já alvo de registo, por depósito ou por transcrição, até que as mesmas sejam judicialmente reconhecidas e declaradas, por sentença transitada em julgado, para obstar ao registo definitivo de alterações supervenientes do contrato social.

Conclusão

O princípio da legalidade, tal como o configura o artº 47.º do Código do Registo Comercial, abrange no seu âmbito a análise dos registos que já anteriormente ingressaram nas tábuas, quer o seu ingresso se tenha dado por via de um depósito, quer o seu ingresso se tenha efectuado por via de um registo por transcrição.

Em regra, o princípio da legalidade não impõe que nos pedidos de registo de alteração ao contrato de sociedade, o registador verifique que os sócios e participações sociais que tomam parte na deliberação social que titula a alteração contratual sejam coincidentes com os constantes do registo comercial, cabendo essa competência exclusivamente a quem presidiu à Assembleia Geral.

Excepcionalmente, o princípio da legalidade implicará que o registador verifique a situação registal dos sócios e das participações sociais, resultem as mesmas de registos por transcrição ou de registos por depósito, quando, e sempre, que o registo a qualificar implique a menção, no texto do registo a lavrar, da identidade dos titulares e do valor nominal das quotas ou partes sociais.

Atento o exposto, somos levados a concluir que nos registos por transcrição, mormente nos registos de transformação, mas apenas quando relativos a transformações de sociedades por quotas em sociedades em nome colectivo ou em comandita ou vice-versa, o conservador deve proceder à qualificação dos mesmos tendo em conta, entre outros aspectos, os registos por depósito (ou por transcrição) relativos à titularidade e configuração das participações sociais incidentes sobre a sociedade a transformar, uma vez que a isso obriga o princípio da legalidade, tal como o define o art.º47.º do CRCCom.

Não obstante, a análise a efetuar pelo conservador aquando da qualificação do registo de transformação deve cingir-se apenas à verificação da conformidade do valor nominal das participações sociais (quotas ou partes sociais) e da identidade dos seus titulares resultante dos registos anteriores, sejam os mesmos depósitos ou registos por transcrição, com a titularidade e valor nominal das participações sociais resultantes da transformação, uma vez que nestas situações o princípio da legalidade a mais não obriga, tendo a sua esfera de actuação limitada à garantia da coerência da informação registal que pré- existe à transformação e a que dela vai derivar.

Abreviaturas:

CC -Código Civil.

CRCom -Código de Registo Comercial.

CSC -Código das Sociedades Comerciais.

Dec.-Lei- Decreto – Lei.

DGPJ- Direcção Geral de Política de Justiça.

DR- Diário da República.

IRN, IP- Instituto dos Registos e do Notariado; IP.

p.- Página.

SA- Sociedade Anónima.

ss.- Seguintes.

Leiria, 30 de outubro de 2015

Dissolução societária – alguns aspetos

Ana Sílvia Falcão

Administradora Judicial

Docente da Pós-Graduação em Direito dos Registos e Notariado na Universidade Lusíada do Porto

Doutoranda em Direito

Sumário: Resumo; Introdução; 1. Dissolução Imediata, 2. Dissolução Administrativa; 3. Dissolução por deliberação dos sócios; 4. Dissolução Oficiosa; 5. Dissolução Judicial; 6. Regime do Procedimento Administrativo de Dissolução; Conclusão.

Resumo:

A dissolução societária pode ser imediata, administrativa ou por deliberação dos sócios, oficiosa ou judicial. O regime do procedimento administrativo de dissolução, aprovado pelo art. 1º, nº 3 do Decreto-Lei nº 76-A/2006, de 29 de março, publicado em anexo a esse diploma, é um regime que permite dissolver sociedades a pedido dos sócios ou quando requerida oficiosamente pela conservatória do registo comercial. Com este regime afastou-se o recurso aos tribunais tornando o procedimento eficiente e prático, todavia discutível do ponto de vista da liberdade dos cidadãos. Tanto no caso do procedimento por iniciativa particular como no caso do procedimento oficioso trata-se de um procedimento administrativo de qualificação legal administrativa, que pode vir a ter natureza jurisdicional em caso de contestação. Caso isso aconteça, a decisão do conservador será uma decisão jurisdicional, pois este terá de resolver um conflito, o que entra na reserva do juiz. Este regime, ao restringir a garantia da reserva do juiz do art. 202º, nº2 CRP terá necessariamente de se considerar adequado e proporcional por forma a respeitar o art. 18º CRP. Trata-se, naturalmente, de um ponto de partida para uma discussão refletida sobre a matéria em causa.

Palavras-chave: dissolução de sociedades

Introdução

Com a dissolução apenas cessa o exercício da atividade objeto da sociedade. A extinção da sociedade só ocorre, efetivamente, com o processo de liquidação, ou seja,

quando o conjunto de direitos e deveres, que se constituíram ao abrigo da personalidade jurídica, que se mantém nos termos do art. 146º, nº2 CSC, seja extinto⁹¹.

As causas da dissolução de uma sociedade podem ser várias:

- Pode corresponder ao culminar de um plano em que os sócios quiseram prever uma sociedade limitada no tempo, fixando-lhe um prazo;
- Pode ocorrer por via de um percalço que inviabilize o funcionamento da sociedade, retirando-lhe um dos seus elementos essenciais;
- Pode ser consequência da superveniência de uma situação de insolvência;
- Pode ser consequência de uma operação de gestão que conduza os sócios a deter uma iniciativa, para a substituir por outra⁹².

Em 2006, o DL nº 76-A/2006, de 29 de março, procurou simplificar a dissolução de sociedades. Os marcos desta simplificação foram:

- Alteração dos artigos 141º e ss. do CSC;
- Substituição da dissolução judicial por uma dissolução administrativa;
- Supressão da escritura pública para a dissolução por deliberação social;
- Criação do Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (RJPADL)

Nesta conformidade, atualmente existem causas de dissolução societária imediata, causas de dissolução administrativa ou por deliberação dos sócios, de natureza oficiosa e judicial.

1. Dissolução Imediata

As causas de dissolução imediata de sociedades podem estar previstas no contrato ou na lei. Relativamente às primeiras, é importante ter em consideração a importância da interpretação do contrato. Se o sentido do mesmo for duvidoso deve entender-se que a dissolução não é imediata de acordo com o art. 142º, nº2 CSC.

⁹¹ Paula Costa / Rui Pinto in António Menezes Cordeiro (coord.), Código das Sociedades Comerciais Anotado, Almedina, 2ª ed., 2011, p. 525.

⁹² Cfr. António Menezes Cordeiro, *Direito Das sociedades, I, Parte Geral*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 1143.

Relativamente às segundas, de acordo com o disposto no art. 141º, nº1 CSC, estas consistem⁹³:

- No decurso do prazo de vida da sociedade;
- Por deliberação dos sócios aprovada de acordo com a percentagem estabelecida nos estatutos ou, se for o caso, pela lei;
- Pela realização completa do objeto contratual;
- Pela ilicitude superveniente do objeto contratual;
- Pela declaração de insolvência da sociedade. Saliente-se que a declaração de insolvência advém de sentença; surgindo esta, a dissolução ocorre de forma automática⁹⁴. Outra questão com que nos debatemos é a seguinte: se a dissolução da sociedade ocorre com a declaração da insolvência, o que dizer de uma sociedade declarada insolvente mas relativamente à qual é elaborado um plano de recuperação? Parece não fazer muito sentido recuperar uma sociedade que se encontra dissolvida.

Se a declaração de insolvência afetar sociedade que se confronta com o RJPADL importa salientar o art. 3º do referido regime que dispõe que os atos praticados ao abrigo do mesmo ficam sem efeito se, durante a tramitação dos procedimentos administrativos de dissolução e liquidação de entidades comerciais, for pedida a declaração de insolvência.

No caso das sociedades em comandita, às causas acima elencadas, de dissolução societária, acresce a falta de todos os sócios comanditados, se a situação não for regularizada no prazo de 90 dias (art. 473º, nº2 e 4 CSC).

É de salientar que a sociedade não se extingue imediatamente. Com a dissolução apenas cessa o exercício da atividade objeto da sociedade. A dissolução só ocorre efetivamente com o processo de liquidação, ou seja, quando o conjunto de direitos e deveres, que se constituíram ao abrigo da personalidade jurídica, que se mantém nos termos do art. 146º, nº2 CSC, seja extinto⁹⁵.

⁹³ Sobre as causas legais de dissolução *vide* Ricardo Costa in Jorge M. Coutinho de Abreu (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. II, 2ª ed., IDET, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 640 a 646.

⁹⁴ Cfr. António Menezes Cordeiro, *Direito...*, cit., p. 1145.

⁹⁵ Paula Costa / Rui Pinto in António Menezes Cordeiro (coord.), *Código...*, cit., p. 525.

2. Dissolução Administrativa

Com a reforma de 2006 o legislador substituiu a legislação judicial por uma dissolução administrativa da competência da Conservatória de Registo comercial.

Os fundamentos da dissolução administrativa de sociedades encontram-se vertidos no art. 142º, nº1 CSC e consistem num fato previsto na lei ou no contrato e os seguintes:

- Se durante mais de um ano, o número de sócios for inferior ao mínimo legal, exceto se um dos sócios for uma pessoa coletiva pública ou entidade a ela equiparada para esse efeito;

- Se se torne de dato impossível a atividade que constitui o objeto contratual;

- Se durante dois anos consecutivos a sociedade não tenha exercido qualquer atividade;

- Se a sociedade exerça de fato uma atividade que não esteja compreendida no objeto contratual.

O art. 4º do anexo III do DL nº 76-A/2006 acrescenta mais duas situações que tornam possível instaurar o procedimento administrativo de dissolução societária. Ou seja⁹⁶:

- Quando uma pessoa singular seja sócia de mais do que uma sociedade unipessoal por quotas, em violação do disposto no art. 270-C, nº1 do CSC;

- A sociedade unipessoal por quotas tenha, como sócio único, outra sociedade unipessoal por quotas em violação do disposto no art. 270-C, nº2 do CSC.

Depreende-se do art. 270º-C, nº3 do CSC que no caso da verificação de uma destas situações, pode ser requerida a dissolução de ambas as sociedades unipessoais por quotas que tenham como sócio a mesma pessoa singular⁹⁷.

Quando o processo administrativo de dissolução derivado destas duas últimas situações deve ser concedido um prazo de 30 dias que pode ser prorrogado até 90 dias, para que a situação seja corrigida⁹⁸.

⁹⁶ Para uma enumeração mais alargada destas causas *vide* Ricardo Costa in Jorge M. Coutinho de Abreu (Coord.), *Código... cit.*, p. 652 e 653.

⁹⁷ Armando Manuel Triunfante, *Código das Sociedades Comerciais - Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p.149.

⁹⁸ Art. 8º, nº3, 9º, nº1, al. b) do Anexo III ao DL n.º 76-A/2006.

O requerimento deve obedecer às especificidades do art. 4º, nº2 do RJPADL, ou seja, no mesmo o interessado deve pedir o reconhecimento da causa da dissolução da entidade e, apresentar documentos ou requerer diligências de prova para úteis para o esclarecimento dos fatos com vista à decisão.

3. Dissolução por deliberação dos sócios

Os sócios podem tomar deliberar a decisão de dissolver a sociedade, nos termos dos arts. 141º, nº1, alínea b), 142º, nº3, 270º, nº1 e 464, nº1 CSC.

Por outro lado, a dissolução pode ser, simplesmente, por eles reconhecida nos casos da dissolução imediata (art. 141º, nº2 CSC).

Nos casos de dissolução por deliberação dos sócios, a dissolução não depende de forma especial sendo suficiente que conste da ata da assembleia geral, de acordo com o art. 145º, nº1 CSC. É com base na ata que é requerido o registo comercial, ou pode o reconhecimento da dissolução depender de intervenção notarial (art. 141º, nº2 CSC). Esta dissolução é, pois, processada extrajudicialmente e à margem do procedimento administrativo.

O procedimento especial de extinção imediata de entidades comerciais previsto nos arts. 27º a 30º do RJPADL constitui uma “subespécie” da modalidade de dissolução por deliberação dos sócios⁹⁹. Neste procedimento, nos termos do art. 27º do RJPADL é possível proceder de forma imediata à dissolução e liquidação em simultâneo, se cumulativamente:

- Houver acordo de todos os sócios nesse sentido;
- Se na ata ou no requerimento, que pode ser sob a forma escrita ou verbal, for declarada a não existência de ativo ou passivo por liquidar.

Esta modalidade de dissolução é de muito difícil verificação, por duas razões:

- Exige a unanimidade dos sócios, o que em sociedades de média ou grande dimensão, com um número avultado de sócios, é impraticável;
- Exige a não existência de ativo ou passivo a liquidar, o que só ocorrerá numa hipótese muito remota, ou seja, se não existir lucro por distribuir, em que todo o ativo é

⁹⁹ Cfr. Paulo Olavo Cunha, *Direito das Sociedades*, 2ª reimp. 5ª ed. 2012, Almedina, Coimbra, 2015, p. 944.

consumido na satisfação do passivo. No caso de existir lucro, este tem de ser distribuído. É de notar que os sócios não podem deliberar a distribuição de bens necessários à cobertura do capital social e reservas legais, nos termos do art. 32º CSC.

4. Dissolução Oficiosa

O art. 143º do CSC em conjunto com o art. 5º do RJPADL estabelecem as causas de dissolução oficiosa e que resumimos da seguinte forma:

- As contas não tenham sido depositada e não tenham sido apresentadas as declarações fiscais durante dois anos consecutivos;
- A Administração fiscal tenha comunicado ao serviço de registo a ausência de atividade da sociedade;
- Declaração oficiosa de cessação de atividade pela mesma Administração;
- A sociedade não tenha procedido ao aumento de capital previsto no art. 533º, nº1 a 3 e 6 do CSC.
- A sociedade não tenha sido objeto de atos de registo comercial obrigatórios durante 20 anos;
- Falta de entrega da declaração fiscal, por dois anos, das cooperativas;
- A administração fiscal comunique a ausência de atividade das cooperativas;
- Quando ocorra a comunicação da declaração oficiosa de cessação de atividade de cooperativas;
- As cooperativas não atualizado o seu capital nos termos do art. 91º, nº3 e 4 do Código Cooperativo;
- A entidade que concede licença para operar no âmbito institucional da Zona Franca da Madeira comunique à conservatória a caducidade ou revogação da licença.

A pendência da dissolução é averbada oficiosamente nos termos do art. 6º, nº1 do RJPADL. Quando a dissolução seja indeferida o averbamento é oficiosamente cancelado de acordo com o disposto no art. 6º, nº1 do RJPADL.

5. Dissolução Judicial

A dissolução societária por decisão judicial pode ter como causa duas situações:

- Quando no âmbito de um processo de insolvência não haja homologação de um plano de insolvência que preveja a recuperação da sociedade;

- Improcedência da ação de impugnação do ato de dissolução decorrente do fato de ter sido declarada a dissolução pelo Conservador de Registo Comercial ou, tendo a mesma sido deliberada pelos sócios ou por estes verificada a circunstância que justifica o registo de dissolução. Saliente-se que qualquer interessado pode opor-se judicialmente, impugnando o ato de registo.

Neste caso, é discutível se a liquidação deverá prosseguir, uma vez que, se a impugnação judicial proceder a atividade da sociedade deverá continuar.

Nos termos do art. 142º, nº4 CSC a sociedade considera-se dissolvida na data da deliberação dos sócios. Todavia, caso a deliberação seja judicialmente impugnada a data da dissolução deverá ser a do trânsito em julgado da sentença. Coloca-se a questão de saber se esta norma deverá ser aplicada unicamente aos casos de dissolução administrativa ou por deliberação dos sócios de acordo com o art. 142º, nº1 do CSC, ou se deverá ser aplicada a todas as situações de dissolução.

À partida, parece ser de acolher a opção de considerar que o art. 142º, nº4 do CSC se aplica a todos os casos de dissolução, porquanto não parece fazer muito sentido que a liquidação prossiga e se possa concretizar quando ainda se decide se a dissolução ocorreu ou não¹⁰⁰.

6. Regime do Procedimento Administrativo de Dissolução

O regime do procedimento administrativo de dissolução a que alude o art. 144º do CSC é o Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais que vem referido no art. 1º, nº3 do DL 76-A/2006, de 29 de março, e consta do anexo III desse diploma¹⁰¹.

Este procedimento pode ser voluntário ou oficioso. No primeiro caso, o procedimento tem início por requerimento dos interessados nos termos do art. 4º, nº1 do RJPADL. No segundo caso o procedimento tem início por auto do conservador nos termos do art. 5º, nº1 do RJPADL.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, *vide* Paulo Olavo Cunha, *Direito...*, cit., p. 946.

¹⁰¹ DR I Série-A, nº63 (supl.), de 29 de março de 2006, 2328-(184)-2328-(190).

Este diploma, nos termos do seu art. 2º, nº1, aplica-se a “entidades comerciais, as quais abrangem:

- Sociedades comerciais;
- Sociedades civis sob a forma comercial;
- Cooperativas;
- Estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada.

Não estão sujeitas a este regime as empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento prestadoras de serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores mobiliários de terceiros e os organismos de investimento coletivo, na medida da sua sujeição a regimes especiais, nos termos do art. 2º, nº3 do RJPADL.

Salienta-se os seguintes aspetos do processo¹⁰²:

- O conservador deve indeferir liminarmente o pedido quando este seja manifestamente improcedente ou falem elementos documentais básicos (art. 7º);
- São notificadas pessoas diretamente interessadas, com remessa de elementos e com um prazo de 10 dias para responder (art. 8º);
- No caso do procedimento oficioso, a notificação deve conter determinadas especificidades (art. 9º);
- As entidades comerciais podem indicar os liquidatários (art. 10º);
- Após a instrução do processo o conservador toma uma decisão (art. 11º).

Qualquer interessado pode impugnar judicialmente a decisão do conservador, no prazo de 10 dias a contar da sua notificação (art. 12º). A decisão é oficiosamente inscrita (art. 13º) e comunicada eletronicamente ao RNPC, à administração fiscal e à segurança social (art. 14º)¹⁰³.

Apesar da qualificação legal de procedimento administrativo a doutrina diverge relativamente à natureza do mesmo¹⁰⁴. Todavia, quer se admita que a sua natureza é administrativa ou jurisdicional, existindo contestação (relativamente à causa da

¹⁰² Cfr. António Menezes Cordeiro, *Direito...*, cit., p. 1149.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Designadamente, no sentido de que este procedimento tem natureza administrativa *vide* Paula Costa / Rui Pinto in António Menezes Cordeiro (coord.), *Código...*, cit., p. 1382-1388 e no sentido de que o procedimento tem natureza jurisdicional *vide* F. Cassiano dos Santos, *Dissolução e liquidação administrativas de sociedades* in AAVV, *Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios nº3, IDET, Coimbra, 2007, p. 148.

dissolução ou, em resultado de posições divergentes entre os notificados) ele será sempre jurisdicional. Ou seja, o conservador terá de resolver um conflito, o que entra na reserva do juiz do art. 202º, nº2 da CRP¹⁰⁵.

Este regime, ao restringir a garantia da reserva do juiz do art. 202º, nº2 CRP terá necessariamente de se considerar “adequado e proporcional” por forma a respeitar o art. 18º CRP¹⁰⁶.

Com este procedimento o legislador pretendeu simplificar o procedimento de dissolução societário tornando-o mais eficiente e prático, todavia discutível do ponto de vista da liberdade dos cidadãos.

Conclusão

A dissolução societária pode ser imediata. Todavia, a sociedade não se extingue imediatamente. Com a dissolução apenas cessa o exercício da atividade objeto da sociedade. A dissolução só ocorre efetivamente com o processo de liquidação, ou seja, quando o conjunto de direitos e deveres, que se constituíram ao abrigo da personalidade jurídica, que se mantém nos termos do art. 146º, nº2 do CSC, seja extinto.

Um dos nódulos problemáticos da dissolução imediata com que nos debatemos é o seguinte: se a dissolução da sociedade ocorre com a declaração da insolvência, o que dizer de uma sociedade declarada insolvente mas relativamente à qual é elaborado um plano de recuperação? Parece não fazer muito sentido recuperar uma sociedade que se encontra dissolvida.

É de salientar que na situação em que a dissolução administrativa opera por via de uma pessoa singular ser sócia de mais do que uma sociedade unipessoal por quotas, ou a sociedade unipessoal por quotas tenha, como sócio único, outra sociedade unipessoal por quotas, pode ser requerida a dissolução de ambas as sociedades unipessoais por quotas que tenham como sócio a mesma pessoa singular.

A modalidade de proceder de forma imediata à dissolução e liquidação de sociedades, em simultâneo, apresenta várias dificuldades. Uma das quais consiste em

¹⁰⁵ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 4ª reimp., Almedina, Coimbra, 2003, p. 664 e J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa Anotada*, Vol. II, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 503 a 511.

¹⁰⁶ J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, cit., pp. 379 a 396.

cumprir com a exigência da não existência de ativo ou passivo a liquidar, o que só ocorrerá numa hipótese muito remota, ou seja, se não existir lucro por distribuir, em que todo o ativo é consumido na satisfação do passivo. No caso de existir lucro, este tem de ser distribuído. É de notar que os sócios não podem deliberar a distribuição de bens necessários à cobertura do capital social e reservas legais, nos termos do art. 32º CSC.

Parece ser de acolher a opção de considerar que o art. 142º, nº4 do CSC se aplica a todos os casos de dissolução, porquanto não parece fazer muito sentido que a liquidação prossiga e se possa concretizar quando ainda se decide se a dissolução ocorreu ou não.

O regime do procedimento administrativo de dissolução, aprovado pelo art. 1º, nº 3 do Decreto-Lei nº76-A/2006, de 29 de março, publicado em anexo a esse diploma, é um regime que permite dissolver sociedades a pedido dos sócios ou quando requerida oficiosamente pela conservatória do registo comercial. Com este regime afastou-se o recurso aos tribunais tornando o procedimento eficiente e prático, todavia discutível do ponto de vista da liberdade dos cidadãos. Tanto no caso do procedimento por iniciativa particular como no caso do procedimento oficioso trata-se de um procedimento administrativo de qualificação legal administrativa, que pode vir a ter natureza jurisdicional em caso de contestação. Caso isso aconteça, a decisão do conservador será uma decisão jurisdicional, pois este terá de resolver um conflito, o que entra na reserva do juiz. Este regime, ao restringir a garantia da reserva do juiz do art. 202º, nº2 CRP terá necessariamente de se considerar adequado e proporcional por forma a respeitar o art. 18º CRP. Trata-se, naturalmente, de um ponto de partida para uma discussão refletida sobre a matéria em causa.

Leiria, 27 de outubro de 2015

A tutela do credor em face do regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março

Andreia Almeida

Advogada estagiária na “TML Advogados – Sociedade de Advogados RL”

Sumário: I – Colocação do Problema. II – Enquadramento do regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais anexo ao Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março. III – A tutela do credor no regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais. A) Da intervenção e participação do credor no procedimento. B) Da Tutela Jurisdicional. IV – Da relação entre o procedimento administrativo de dissolução e de liquidação de entidades comerciais e o processo de insolvência. V – Do confronto entre o procedimento administrativo de dissolução e de liquidação de entidades comerciais e a acção executiva. VI – Da Tutela Penal. VII – Conclusões: então, que tutela do credor?

I – Colocação do Problema

Propõe-se a análise ao regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais, previsto no Anexo III do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, com o objectivo de chegar a conclusões práticas e objectivas quantos aos meios de tutela, que não só a tempestividade e pró-actividade na recuperação do seu crédito, que o credor tem à sua disposição quando confrontado com a extinção da entidade sobre quem detém um crédito.

A questão, que à partida pode parecer de despicienda importância, assume especial relevância prática na proporção do que foi e é o acolhimento desta forma simplificada e desjudicializada de extinção de entidades comerciais, não só pelas entidades públicas competentes para o efeito, mas também pelas próprias visadas pelo procedimento, não fosse terem-se registado 1.675 procedimento de dissolução e liquidação em 2007 (primeiro ano com registo estatístico) e 37.508 em 2014.

Este tema é analisado do ponto de vista penal, com a consagração no nosso ordenamento jurídico, em 2013, do crime de falsas declarações. É-o igualmente na sua relação com o processo de insolvência, na sua incidência em matéria fiscal, mormente em matéria de regularização do imposto liquidado pelo sujeito passivo em relação a

créditos considerados incobráveis, bem como nas repercussões que pode ter em sede de responsabilidade dos sócios pela satisfação do passivo social, questão a que os Tribunais superiores têm sido chamados a pronunciar-se.

Em suma, analisam-se as matérias que se ligam ao regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais, numa perspetiva de tutela efectiva dos credores.

II – Enquadramento do regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais anexo ao Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março

O Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março¹⁰⁷, surge no panorama jurídico português com a premissa de simplificar e desburocratizar o acesso dos cidadãos em matérias intimamente ligadas à vida das empresas.

Em linha com esse desiderato, em matéria de dissolução e de liquidação de sociedades, adopta-se uma solução que rompe marcadamente com a anterior¹⁰⁸. Para o que nos importa, salienta-se as seguintes concretizações do regime previsto no anexo III do referido Decreto-Lei:

- Amplitude do âmbito de aplicação subjectiva, revelado pela sua aplicabilidade a sociedades comerciais, sociedades civis sob forma comercial, cooperativas e aos estabelecimentos individuais de responsabilidade limitada, as denominadas entidades comerciais às quais se aplica o regime ora em análise – cfr. art.º 2.º, n.º 1 do regime¹⁰⁹.
- Desjudicialização: substituição da via de dissolução e liquidação judicial pela via administrativa, da competência da Conservatória do Registo, com garantia do direito de impugnação judicial¹¹⁰.

¹⁰⁷ Doravante regime.

¹⁰⁸ Sobre esta matéria, *vide*, por todos, Ventura, Raúl, *Dissolução e Liquidação de Sociedades, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2.ª Reimp. da 1.ª Ed. de 1987, Almedina, 1999. Em anotação ao regime, *vide* Paula Costa e Silva / Rui Pinto, Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, António Menezes Cordeiro (Coord.), 2.ª Reimpressão da Ed. de 2011, Coimbra, Almedina, 2014.

¹⁰⁹ Veja-se exclusão das entidades indicadas no n.º 3 do art.º 2.º do regime, face aos regimes especialmente consagrados para essas entidades em tudo o que seja incompatível com esses regimes especiais.

¹¹⁰ Cfr. art.º 7.º, n.º 3 e art.º 12.º do regime.

- Oficiosidade: é criada uma modalidade dissolução e liquidação administrativa de entidades comerciais, da iniciativa do Estado, quando, nas palavras do preâmbulo do diploma, “existam indicadores objectivos de que a entidade em causa já não tem actividade embora permaneça juridicamente existente”¹¹¹.

Para a adopção desta solução, considera-se que terá contribuído o factor estatístico, se atrevidamente me permitem assim qualificar: institui-se um procedimento que permite eliminar o que se poderão chamar de “entidades fantasma”, aquelas que inexistem de facto, mas que permanecem juridicamente existentes e não permitem, assim, aferir da realidade do tecido empresarial do país¹¹².

Objectivamente, foi opção do legislador partir de critérios que têm como denominador comum a aparência de inactividade da entidade comercial, deles presumir a inexistência de facto da referida entidade e criar um procedimento para lhes retirar existência jurídica.

- Primazia da simplificação, cujo expoente máximo é a modalidade de dissolução e liquidação “na hora”, assim se permitindo, novamente nas palavras do preâmbulo do diploma, “que se extingam e liquidem imediatamente, num atendimento presencial único, nas conservatórias de registo comercial, quando determinados pressupostos se verificarem”.

- Aplicação da lei no tempo: aplicação imediata aos procedimentos em curso que tramitavam ao abrigo do Decreto-Lei n.º 235/2001, de 30 de agosto, quer estes ainda não tenham originado um processo judicial, quer tenha já havido participação pelo conservador, quer naqueles em que ainda não haja promoção pelo Ministério Público, ou que já tramitem em tribunal mas em que ainda não haja decisão judicial: todos transitam para a esfera de competência da Conservatória¹¹³.

¹¹¹ Indicadores objectivos plasmados nas várias alíneas do art.º 5.º do regime. Foi intenção clara do legislador retirar dos tribunais a tramitação e decisão deste tipo de vicissitude da vida das empresas.

¹¹² Se assim atrevidamente coloquei a questão, em muito se deve a ter acolhido o mote do legislador, ora veja-se o preâmbulo do diploma quando nos diz que “Esta medida [a da criação do procedimento de iniciativa oficiosa] é especialmente relevante tendo em conta o elevado número de sociedades comerciais criadas sem actividade efectiva na economia nacional, pois estima-se que existam dezenas, senão centenas, de milhar de empresas a estar nessas circunstâncias. E essa relevância cresce tendo em conta que um número substancial dessas empresas está nessas condições por estas não terem elevado o seu capital social de 400000\$00 para 1000000\$00 quando a isso passaram a estar obrigadas.”.

¹¹³ Cfr. art.ºs 57.º a 59.º do do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

O regime entrou em vigor no dia 30 de junho de 2006. Desde então, é expressivo o número de procedimentos iniciados junto das Conservatórias, conforme atesta o apuramento infra, da responsabilidade da Direcção-Geral da Política de Justiça¹¹⁴:

Ano	2014	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006
Diss.p\deliberação dos sócios	8.757	..
Proc admin. dissol. voluntária	3.918	3.513	6.428	7.135	6.065	5.440	4.902	37	..
Proc. admin. dissol. Oficiosa	21.236	3.830	9.343	17.530	3.978	22.821	26.334	220	..
Proc. admin. liquid. est. ind.	6	..	10	54	23	3	4	4	..
Proc admin. liquid. voluntária	541	478	539	425	677	867	391	167	..
Proc. admin. liquid. oficiosa	993	811	998	911	2.003	3.398	2.000	100	..
Proc. esp. ext. imediata	957	..
Outras dissoluções	7.146	6.524	4.682	3.591	4.721	3.290	4.970	190	..
Diss esp. de ext. comerciais	3.062	3.372	4.565	3.964	6.888	4.512	4.613
Liqui. esp. de ext. comerciais	606	756	897	869	704	547	809	..	.

A realidade dos números diz-nos que temos que olhar para este procedimento não como um instituto residual e sem expressão, mas como um instrumento jurídico que mereceu o acolhimento dos seus destinatários.

Focar-nos-emos no procedimento administrativo de dissolução¹¹⁵ e no procedimento especial de extinção imediata de entidades comerciais¹¹⁶, e menos no procedimento administrativo de liquidação, pois são aqueles que nos oferecem mais questões para a problemática da tutela do credor a que nos propusemos auxiliar na discussão.

¹¹⁴ Disponível em http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_635813955809687500, consultado pela última vez em 23/10/2015.

¹¹⁵ Arts.º 4.º a 14.º do regime.

¹¹⁶ Arts.º 27.º a 30.º do regime.

III – A tutela do credor no regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais

A) Da intervenção e participação do credor no procedimento

Nos termos do disposto no art.º 4.º do regime, os credores da entidade comercial podem dar início ao procedimento administrativo mediante a apresentação de requerimento junto da competente Conservatória, quando a lei o permita e, ainda, quando se verifique uma das seguintes condições:

- a) Por período superior a um ano, o número de sócios da sociedade for inferior ao mínimo exigido por lei, excepto se um dos sócios for uma pessoa colectiva pública ou entidade a ela equiparada por lei para esse efeito;
- b) A actividade da sociedade que constitui o objecto contratual se torne de facto impossível;
- c) A sociedade não tenha exercido qualquer actividade durante dois anos consecutivos;
- d) A sociedade exerça de facto uma actividade não compreendida no objecto contratual;
- e) Uma pessoa singular seja sócia de mais do que uma sociedade unipessoal por quotas;
- f) A sociedade unipessoal por quotas tenha como sócio único outra sociedade unipessoal por quotas;
- g) Se verifique a impossibilidade insuperável da prossecução do objecto da cooperativa ou a falta de coincidência entre o objecto real e o objecto expresso nos estatutos da cooperativa;
- h) Ocorra a diminuição do número de membros da cooperativa abaixo do mínimo legalmente previsto por um período de tempo superior a 90 dias e desde que tal redução não seja temporária ou ocasional.

As possibilidades que se oferecem ao credor são as mesmas oferecidas à entidade comercial e aos seus membros e sucessores e traduzem-se em situações em que há uma impossibilidade de facto de prosseguir a actividade comercial (objecto contratual se torne impossível) ou em que há a violação de normativos legais em matéria societária (violação de mínimos legais, prossecução de actividades comerciais fora do objecto social, regras em matéria de sociedades por quotas unipessoais). Aquela que terá mais manifestações práticas será porventura a circunstância de a sociedade não ter exercido qualquer actividade durante dois anos consecutivos.

No requerimento inicial, deve o credor expor os factos que fundamentam o seu pedido, assente num dos pressupostos supra elencados, pedindo o reconhecimento da

causa de dissolução, bem como juntar prova ou requerer a promoção de diligências de prova úteis para o esclarecimento dos factos com interesse para a decisão.

Sob pena da rejeição liminar da apresentação, deve o credor efectuar o pagamento das quantias correspondentes aos encargos devidos pelo procedimento, quantias essas que se encontram previstas no n.º 7 do art.º 22.º do Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado aprovado pelo Decreto-Lei n.º 322-A/2001, de 14 de dezembro, e que correspondem ao pagamento de € 350,00, cujo reembolso pode ser exigido à entidade comercial, nos termos do disposto no n.º 6 do art.º 4.º do regime.

A liquidação da entidade comercial far-se-á sempre pela via administrativa quanto a procedimentos de dissolução da iniciativa do credor¹¹⁷, e aqui há lugar ao pagamento da remuneração dos liquidatários e peritos nomeados, remetendo-se para o regime remuneratório previsto no Regulamento das Custas Processuais, da responsabilidade do credor requerente do procedimento, sem prejuízo, novamente, do disposto no n.º 6 do art.º 4.º do regime¹¹⁸.

Por sua vez, em sede de procedimento administrativo de iniciativa oficiosa, instaurado pelo conservador mediante auto que especifique as circunstâncias que determinaram a instauração do procedimento previstas nas várias alíneas do art.º 5.º do regime¹¹⁹, a participação do credor é despoletada pela publicação de um aviso, nos

¹¹⁷ Cfr. art.º 4.º, n.º 4 do regime.

¹¹⁸ Cfr. art.º 18.º, n.ºs 4 do regime.

¹¹⁹ São elas: a) Durante dois anos consecutivos, a sociedade não tenha procedido ao registo da prestação de contas; b) A administração tributária tenha comunicado ao serviço de registo competente a ausência de actividade efectiva da sociedade, verificada nos termos previstos na legislação tributária; c) A administração tributária tenha comunicado ao serviço de registo competente a declaração oficiosa da cessação de actividade da sociedade, nos termos previstos na legislação tributária; d) As sociedades não tenham procedido ao aumento do capital e à liberação deste, nos termos dos n.os 1 a 3 e 6 do artigo 533.º do Código das Sociedades Comerciais; e) A sociedade não tenha sido objecto de actos de registo comercial obrigatórios durante mais de 20 anos; f) Ocorra a omissão de entrega da declaração fiscal de rendimentos da cooperativa durante dois anos consecutivos comunicada pela administração tributária ao serviço de registo competente; g) Ocorra a comunicação da ausência de actividade efectiva da cooperativa verificada nos termos da legislação tributária, efectuada pela administração tributária junto do serviço de registo competente; h) Ocorra a comunicação da declaração oficiosa de cessação de actividade da cooperativa nos termos previstos na legislação tributária, efectuada pela administração tributária junto do serviço de registo competente; i) As cooperativas não tenham procedido ao registo do capital social actualizado nos termos previstos nos n.os 3 e 4 do artigo 91.º do Código Cooperativo. j) A entidade competente para a concessão da licença para operar no âmbito institucional da Zona Franca da Madeira comunique à conservatória do registo comercial privativa a caducidade ou revogação da respetiva licença.

termos do n.º 1 do art.º 167.º do Código das Sociedades Comerciais^{120 121}, comunicando que teve início o procedimento e que devem, no prazo de 10 dias, informar os créditos e direitos que detenham sobre a entidade comercial, bem como o conhecimento que tenham dos bens e direitos de que a entidade seja titular¹²². Também aqui, caso haja intervenção dos credores sociais, são estes responsáveis pelo pagamento dos encargos com os liquidatários e peritos nomeados pelo conservador, sem prejuízo, mais uma vez, do direito ao reembolso previsto no n.º 6 do art.º 4.º do regime¹²³, dos quais são os credores igualmente notificados nos termos da alínea c) do n.º 6 do art.º 9.º do regime.

Se do requerimento apresentado, do auto elaborado pelo conservador ou dos demais elementos constantes do processo não for apurada a existência de qualquer activo ou passivo a liquidar, o conservador declara simultaneamente a dissolução e o encerramento da liquidação da entidade comercial¹²⁴. Na prática, conclui-se pela existência de um verdadeiro ónus sobre os notificados, e para o que nos importa sobre os credores, de trazer ao procedimento os elementos que permitam ao conservador dar início ao procedimento de liquidação, estando somente prevista, a título de diligência investigatória, o dever de solicitar, preferencialmente por via electrónica, à Inspeção-Geral do Trabalho e aos serviços competentes da segurança social informações sobre eventuais registos de trabalhadores da entidade comercial nos dois anos anteriores à instauração do procedimento¹²⁵.

Finalmente, o procedimento especial de extinção imediata de entidades comerciais¹²⁶, no âmbito do qual mediante a apresentação, junto da Conservatória, de requerimento subscrito por qualquer um dos membros da entidade comercial ou do membro do órgão de administração acompanhado de acta da assembleia geral na qual 1) todos os membros da entidade comercial deliberem por unanimidade no sentido da dissolução, e 2) declarem expressamente a não existência de activo ou passivo a

¹²⁰ Dispõe o n.º 1 do art.º 167.º do CSC que *As publicações obrigatórias devem ser feitas, a expensas da sociedade, em sítio na Internet de acesso público, regulado por portaria do Ministro da Justiça, no qual a informação objecto de publicidade possa ser acedida, designadamente por ordem cronológica.*

¹²¹ Publicado no sítio da internet <https://publicacoes.mj.pt/>.

¹²² Cfr. n.º 8.º do art.º 8.º do regime.

¹²³ Cfr. art.º 18.º, n.ºs 5 do regime.

¹²⁴ Cfr. art.º 11.º, n.º 4 do regime.

¹²⁵ Cfr. art.º 9.º, n.º 3 do regime. E mesmo neste caso, caso as entidades não respondam no prazo de 10 dias, o procedimento prossegue até final mesmo sem essa resposta – art.º 9.º, n.º 5 do regime.

¹²⁶ Cfr. art.ºs 27.º a 30.º do regime.

liquidar¹²⁷, não está conformado a admitir a intervenção/participação do credor. Diga-se que a modalidade de “dissolução e liquidação na hora” não se compadece com intervenções de credores que possam desvirtuar esta sua natureza imediata e a sua finalidade simplificadora.

Diga-se também que foi com certeza atingida esta finalidade simplificadora: é com certeza mais simples deliberar em acta a vontade de dissolver a entidade e meramente declarar a não existência de activo ou passivo a liquidar do que enveredar por um procedimento administrativo de dissolução de início voluntário. Certo também que é menos dispendioso para a entidade comercial o recurso a este procedimento especial¹²⁸ do que ao procedimento administrativo de dissolução de início voluntário.

Diga-se ainda que é menos dispendioso para a entidade o recurso a este procedimento especial do que é para o credor a intervenção no procedimento administrativo, quer seja de início voluntário, quer seja de oficiosamente instaurado. Não se ignora a possibilidade de exigir da entidade comercial o reembolso dos encargos pagos nos termos do já aludido n.º 6 do art.º 4.º do regime; não obstante, dir-se-á ser uma possibilidade de fraca ou nula aplicação prática, não tanto por parte dos credores, que até poderão querer exercer este direito, mas porque a possibilidade efectiva de virem a receber da entidade comercial os custos suportados parece ser relativamente parca.

B) Da Tutela Jurisdicional

Nos termos do disposto no art.º 12.º do regime, qualquer interessado pode impugnar judicialmente a decisão do conservador, com efeito suspensivo, no prazo de 10 dias a contar da notificação da decisão, devendo para o efeito apresentar a competente impugnação junto do serviço de registo competente em que decorreu o procedimento, sendo de seguida o processo remetido ao tribunal judicial competente.

Face ao que já se viu quanto aos fundamentos para requerer a dissolução, ao modo de chamamento dos credores, prazo para intervenção e encargos associados, parece ter relativa importância este consagrado direito de impugnação judicial.

¹²⁷ Cfr. n.ºs 2 e 3 do art.º 27.º do regime, quanto a variantes na apresentação do requerimento.

¹²⁸ Todo este procedimento tem um custo de € 300,00 – cfr. n.º 9 do art.º 22.º do Regulamento Emolumentar dos Registos e Notariado.

IV – Da relação entre o procedimento administrativo de dissolução e de liquidação de entidades comerciais e o processo de insolvência

Nos termos do disposto no art.º 3.º do regime, *se, durante a tramitação dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais, for pedida a declaração de insolvência da entidade comercial, os actos praticados ao abrigo dos procedimentos ficam sem efeito, seguindo o processo de insolvência os termos previstos no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.*

Estamos pois na presença da preferência legal do processo de insolvência em detrimento do procedimento administrativo de dissolução e de liquidação. Preferência legal interessante, se atendermos à circunstância de, já em sede de liquidação da sociedade insolvente, o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) remeter, no seu art.º 234.º, n.º 4, para o regime em caso de encerramento do processo por insuficiência da massa insolvente, que será instaurado oficiosamente pelo conservador no seguimento de comunicação do Tribunal desse encerramento¹²⁹.

Perguntar-se-á como é que, na prática, se efectivará esta preferência legal. Permita-se apresentar um caso concreto. Uma credora é confrontada com o aviso de que uma sociedade comercial sobre a qual detém um crédito no valor de € 42.730,60 estava a ser alvo de um procedimento administrativo de dissolução de iniciativa oficiosa, pelo facto de a administração tributária ter comunicado à Conservatória a declaração oficiosa da cessação de actividade da sociedade. Passara já o prazo de 10 dias para a credora intervir no procedimento. Esta requer a declaração de insolvência da sociedade, nos termos conjugados das alíneas a), b) e g), do n.º 1 do art.º 20.º do CIRE. Na pendência do processo de insolvência, é encerrado o procedimento de dissolução e de liquidação, com o conseqüente cancelamento da matrícula da sociedade.

O Tribunal despacha no sentido de ser notificada a credora requerente para, em cinco dias, se pronunciar sobre a impossibilidade superveniente da lide, considerando os registos da dissolução, liquidação e cancelamento da matrícula da requerida, no seguimento do qual veio a credora invocar a norma do art.º 3.º do regime para defender que fosse oficiada a Conservatória para, nos termos da lei, dar sem efeito o referido

¹²⁹ Cfr. art.º 15.º, n.º5, alínea i) do regime.

procedimento de dissolução e liquidação, seguindo o processo de insolvência os seus termos.

O Tribunal profere a seguinte decisão:

Antes de mais no que respeita ao requerido ofício à Conservatória de Registo Comercial, importa desde já indeferir o mesmo por falta de qualquer fundamento legal, não cabendo ao tribunal (nem dispondo o mesmo de competência para o efeito), oficiar nos termos pretendidos.

No que respeita à questão do prosseguimento dos presentes autos, importa ter em atenção a finalidade do processo de insolvência: a satisfação dos credores através da recuperação da empresa ou da liquidação do património do devedor insolvente (cfr. artº 1º do C.I.R.E.).- Na espécie, considerando a dissolução, liquidação e cancelamento da matrícula da R., não é possível obter a satisfação dos credores, por via de nenhuma das referidas formas. Assim sendo, a presente ação, desde logo, se torna impossível, devendo pois a mesma ser extinta por impossibilidade superveniente da lide.- artº 277º al. e) do Cód. Proc. Civil.

Deveria a credora ter informado logo a Conservatória da pendência do processo de insolvência? O desfecho do processo leva-nos a concluir que sim. Deveria ter dado conta da pendência do procedimento no processo de insolvência? Admitamos que sim, fazendo-se prevalecer do art.º 3.º do regime. Não obstante, se o Tribunal entende que não cabe na sua competência travar o procedimento, ou o credor informa ele próprio a Conservatória que corre processo de insolvência, juntando ou protestando juntar (atenta a demora muitas vezes verificada na sua emissão) uma certidão ao Tribunal atestando da pendência do processo, esperando que essa informação por ele veiculada seja bastante para a Conservatória, ou o Tribunal não o fará e o desfecho será o já exposto e de nada valerá a pena trazer à colação o procedimento pendente. Caberá ao Conservador apurar da pendência de processo de insolvência antes de encerrar o procedimento? Entende-se que sim, mas duvidamos que o façam¹³⁰.

Questão prática relevante e que levou a credora em questão a requerer a insolvência da sociedade devedora: os art.ºs 78.º e 78.º-A do Código do IVA (CIVA)¹³¹ permitem ao credor deduzir o imposto relativo a créditos considerados incobráveis em caso de insolvência do devedor, quando a mesma for decretada de carácter limitado,

¹³⁰ Esta mesma lógica do art.º 3.º do regime é defensável, embora a lei assim não diga, para impedir o início procedimento administrativo de dissolução nos casos em que esteja pendente processo de insolvência.

¹³¹ Consoante o crédito se tenha vencido antes ou depois de 1 de Janeiro de 2013, respectivamente.

após o trânsito em julgado da sentença de verificação e graduação de créditos prevista no CIRE ou, quando exista, a homologação do plano objecto da deliberação prevista no artigo 156.º do mesmo Código.

Este aspecto é de grande importância para as empresas, na medida em que, não sendo possível a satisfação do seu crédito, no limite, pela liquidação do património da sua devedora em processo de insolvência, é-lhes possível deduzir o IVA pago no âmbito daquela relação comercial e ser o crédito directamente considerado gasto ou perda do período de tributação nos termos do art.º 41.º do Código do Imposto sobre as Pessoas Colectivas (CIRC)¹³².

Ora, equivalente normativo não existe para os verdadeiros créditos incobráveis resultantes de um procedimento administrativo de dissolução e de liquidação, pelo que os credores de entidades não gozam de igual possibilidade, independentemente de participarem ou não no procedimento, vendo-se numa posição menos favorável do que aquela que estariam se a sua devedora permanecesse com existência jurídica, susceptível, portanto, de ser alvo de processo declarativo ou executivo de cobrança¹³³ e, no limite, ver-se recuperado o IVA¹³⁴ e deduzido o custo em sede de IRC¹³⁵, ou mesmo se fosse declarada insolvente, desigualdade para a qual não se encontra fundamento válido e que só pode estar alicerçada na total desconsideração que foi dada pelo legislador ao direito de crédito do credor neste regime, direito constitucionalmente garantido pelo art.º 62.º da Constituição da República Portuguesa.

A juntar ao exposto, temos ainda a seguinte realidade: encerrado o processo de insolvência por insuficiência da massa, cessam todos os efeitos que resultam da declaração de insolvência, nomeadamente os credores da insolvência poderão exercer os seus direitos contra o devedor sem outras restrições que não as constantes do eventual

¹³² Tal não será relevante nas actividades em que o IVA é pago pelo adquirente, como seja o sector da Construção Civil, ou em que há isenção de IVA, como sejam as agências de viagens e as mediadoras de seguros. Será, contudo, sempre relevante para dedução de custo em sede de IRC.

¹³³ Diga-se que no recente criado procedimento extrajudicial pré-executivo, aprovado pela Lei n.º 32/2014, de 30 de maio, e regulamentado pela Portaria n.º 233/2014, de 14 de Novembro, foi expressamente prevista, fora do CIVA e do CIRC, a possibilidade de o Agente de Execução emitir certidão de incobrabilidade nos casos em que não forem apurados bens do requerido susceptíveis de penhora.

¹³⁴ Cfr. alínea a) do n.º 7 do art.º 78.º e alínea a) do n.º 4 do art.º 78.º-A do CIVA.

¹³⁵ Cfr. alínea a) do n.º 1 do art.º 41.º do CIRC.

plano de insolvência e plano de pagamentos do n.º 1 do artigo 242.^o¹³⁶, seguindo-se o procedimento de liquidação nos termos do art.º 15.º e seguintes do regime. Uma vez que só com o registo do encerramento da liquidação a sociedade se extingue¹³⁷, pode o credor, no espaço temporal que medeia entre o encerramento do processo de insolvência e o registo do encerramento da liquidação, intentar acção de cobrança para os efeitos previstos nos art.º 78.º e 78.º-A do CIVA e art.º 41.º do CIRC. Por via do procedimento administrativo de dissolução e de liquidação é que nunca poderá beneficiar da dedução fiscal.

V – Do confronto entre o procedimento administrativo de dissolução e de liquidação de entidades comerciais e a acção executiva

Chegados à conclusão de que é possível travar o procedimento administrativo de dissolução e de liquidação por meio de acção em que se requer a insolvência da visada pelo procedimento, com as nuances e cautelas supra assinaladas, verifica-se não existir normativo semelhante para as restantes acções, declarativas ou executivas.

Neste seguimento, cumprirá distinguir entre a posição em que se encontra o credor que não intentou qualquer acção contra a sua devedora e em que teve início procedimento administrativo de dissolução e de liquidação, daquela com que se defronta o credor com acção pendente sobre a devedora visada em igual procedimento.

Já aqui anteriormente foram abordadas duas das possibilidades conferidas ao credor sem acção intentada contra a sua devedora visada no procedimento:

- 1) Intervir no procedimento, se em prazo para tal, que, recorde-se, é de 10 dias a contar da data de publicação do aviso (salvo no procedimento especial de extinção imediata de entidades comerciais que, como já vimos, não admite a intervenção do credor), e, nesta hipótese, novamente sairá realçada a incapacidade do regime para acautelar a posição do credor¹³⁸;
- 2) Requerer a insolvência da sua devedora, fazendo operar, activamente como já vimos, a preferência legal do processo de insolvência sobre o procedimento administrativo de

¹³⁶ Cfr. art.º 233.º, n.º1 do CIRE.

¹³⁷ Cfr. art.º 160.º, n.º 2 do CSC.

¹³⁸ Vide o supra exposto no ponto A) da Parte III.

dissolução e de liquidação. Tal possibilidade depende, naturalmente, da verificação dos pressupostos previstos no art.º 20.º do CIRE.

Uma terceira via possível passaria pelo credor, munido que esteja de título executivo, intentar acção executiva contra a sua devedora visada no procedimento e na pendência deste, fazendo por deste modo satisfazer, ainda que parcialmente, o seu crédito até que registado o encerramento da liquidação e conseqüente extinção da sociedade executada ou, no limite, extinta a sociedade na pendência do processo executivo, beneficiar da dedução fiscal a que acima fizemos menção.

Haverá porventura uma quarta hipótese: extinta que seja a sociedade devedora, poderá o credor propor acção contra a generalidade dos sócios para sua responsabilidade pelo passivo social não satisfeito ou acautelado até ao montante que hajam recebido na partilha, nos termos do disposto no art.º 163.º, n.ºs 1 e 2 do CSC¹³⁹. Explorar-se-á esta via quando de seguida abordarmos a posição do credor com acção pendente contra a sua devedora visada no procedimento.

Com respeito à posição do credor com acção pendente contra a sua devedora, pergunta-se qual o destino desta acção, na pendência da qual a sociedade, que nela é parte, é visada em procedimento administrativo de dissolução e de liquidação, que culmina na sua dissolução, liquidação e conseqüente extinção.

A esta questão responde-nos o art.º 162.º do CSC, sob a epígrafe "acções pendentes", ao dispor, no seu n.º 1, que *as acções em que a sociedade seja parte continuam após a extinção desta, que se considera substituída pela generalidade dos sócios, representados pelos liquidatários, nos termos dos artigos 163.º, n.ºs 2, 4 e 5, e 164.º, n.ºs 2 e 5.*, mais estabelecendo, no seu n.º 2, que *a instância não se suspende nem é necessária habilitação*¹⁴⁰.

Analisada a jurisprudência chamada a pronunciar-se sobre esta temática, a tendência maioritária vai no sentido de acolher a substituição da sociedade extinta pelos seus sócios¹⁴¹. Contudo, alguma jurisprudência tende a distinguir entre as acções declarativas e as acções executivas, admitindo a substituição prevista no art.º 162.º do

¹³⁹ Também poderá haver responsabilidade dos sócios nos termos do art.º 483.º do CC.

¹⁴⁰ Nesta conformidade, dispõe o CPC, na sua alínea a) do n.º 1 do art.º 269.º, que a instância suspende-se quando falecer ou se extinguir alguma das partes, sem prejuízo do disposto no art.º 162.º do CSC.

¹⁴¹ A título de exemplo, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-06-2008 (Santos Bernardino).

CSC nas acções declarativas, e afastando essa possibilidade no caso de acção executiva pendente¹⁴².

Não vemos fundamento para tal distinção. Em primeiro lugar, a lei não faz distinção: o n.º 1 do art.º 162.º do CSC fala indiscriminadamente em “acções em que a sociedade seja parte”.

Em segundo lugar, tal solução acarreta a extinção da execução por inutilidade superveniente da lide, deixando o credor num situação pior do que aquela em que estaria se não estivesse munido de título executivo (ou seja com menos certeza quanto à existência do seu direito). Note-se que o credor pode até, confrontado com a extinção da sociedade executada, não manifestar interesse no prosseguimento do processo e querer tão só o registo da execução do registo informático de execuções como execução extinta por falta/insuficiência de bens, para os efeitos fiscais anteriormente referidos. Impossibilitado fica de recorrer a este mecanismo se a execução for extinta por inutilidade superveniente da lide.

Por último, esta solução implicaria, na prática, que um que tem a correr execução contra a sociedade extinta seria obrigado a intentar acção declarativa contra os sócios em vez de operar a referida substituição processual (note-se que não estamos sequer ainda a falar da medida da responsabilidade dos sócios), relegando-se o aproveitamento da acção em curso e fazendo o credor incorrer em mais custos.

A par da substituição da sociedade executada pelos seus sócios, representados pelos liquidatários, prosseguindo a acção os seus termos, em matéria de subsistência das relações jurídicas após a extinção da sociedade, previu igualmente o legislador, no n.º 1 do art.º 163.º do CSC, a responsabilidade pessoal dos sócios, limitada ao montante que receberam da partilha de bens da sociedade. Com efeito, estabelece o art.º 163.º, n.º 1, do CSC (Passivo superveniente) que, encerrada a liquidação e extinta a sociedade, os antigos sócios respondem pelo passivo social não satisfeito ou acautelado, até ao montante que receberam na partilha, sem prejuízo do disposto quanto a sócios de responsabilidade ilimitada.

Nas palavras de Raúl Ventura, estabelecida pelo legislador esta responsabilidade dos sócios, “há apenas que explicar como e porquê esses débitos, bens, créditos que

¹⁴² Neste sentido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23-01-2012 (Caimoto Jácome), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

tenham como sujeito a sociedade passam a ser encabeçadas nos sócios. O como não pode deixar de ser uma sucessão: só assim não seria se admitíssemos que, antes de extinta a sociedade, tais activo e passivo já pertenciam aos sócios, ou seja, se desprezásemos a personalidade jurídica da sociedade. Como tal não podemos fazer, temos de aceitar este corolário. O porquê é, em primeiro lugar, intuitivo: desaparecida a sociedade-sujeito, e mantidos vivos os direitos da sociedade ou contra esta, só os sócios podem ser os novos titulares desse activo e passivo. A explicação jurídica dessa intuição reside na extensão do direito de cada sócio relativamente ao património ex-social. Os sócios têm direito ao saldo da liquidação, distribuído pela partilha, Se tiverem recebido mais do que era seu direito, porque há débitos sociais insatisfeitos, terão de os satisfazer; se tiverem recebido menos, porque não foram partilhados bens sociais, terão direito a estes.”¹⁴³.

Chegados a este ponto, em que, recorde-se, a sociedade extinta foi substituída, enquanto parte no processo, pela generalidade dos sócios, representados pelo liquidatário, e a acção prosseguirá com vista à efectivação da responsabilidade dos sócios pelo crédito, responsabilidade essa limitada ao montante recebido por cada sócio na partilha, que dizer dos procedimentos administrativos de dissolução e liquidação que, iniciados oficiosamente, terminam com a simultânea dissolução e encerramento da liquidação por inexistência de activo ou passivo a liquidar, não pela sua efectiva inexistência, mas porque não houve intervenção da sociedade, seus sócios ou respectivos sucessores, gerentes, administradores ou credores, e dos restantes elementos do procedimento não consta que haja?¹⁴⁴

E que dizer do procedimento especial de extinção imediata de entidades comerciais em que os sócios declaram em acta da assembleia geral a não existência de activo ou passivo a liquidar, e com esta declaração promover junto da Conservatória imediata dissolução e encerramento da liquidação?

A questão tem sido resolvida nos Tribunais superiores com recurso à figura do ónus da prova. Neste seguimento, a doutrina e jurisprudência colocam a questão jurídica nos seguintes termos: a quem cabe alegar e provar que os sócios receberam ou não bens

¹⁴³ Vide obra citada, p. 480.

¹⁴⁴ Questão que também se aplica às já abordadas possibilidades do credor que não tem acção pendente contra a sociedade extinta sua devedora.

resultantes da partilha do património da sociedade, se aos credores ou aos sócios da sociedade extinta.

Maioritariamente, tem a jurisprudência entendido caber ao credor alegar e provar que a sociedade tinha bens e que esses bens foram partilhados pelos sócios¹⁴⁵.

Assenta esta posição nos seguintes argumentos:

- Quando, com recurso ao art.º 163.º do CSC os credores sociais demandam os sócios já não é a responsabilidade da sociedade que querem ver reconhecida mas a responsabilidade dos próprios sócios. Portanto não bastará demonstrar os factos constitutivos do seu direito sobre a sociedade, é ainda necessário que demonstrem que esse direito foi transferido para os sócios, isto é, que no caso estão preenchidos os pressupostos e requisitos legais dessa transferência, no fundo os constitutivos do seu direito sobre os sócios, pois são estes que vão ser responsabilizados pela dívida e chamados com todo o seu património a satisfazê-la. O facto de a sociedade ter bens e de esses bens terem sido partilhados pelos sócios é, portanto, facto constitutivo do direito do credor à satisfação do seu crédito pelo património dos sócios;
- Estrutura da norma concedente da vantagem, critério primordial no escrutínio da distribuição em concreto do ónus da prova; e mesmo na dúvida é sobre o titular da vantagem que impende este ónus (n.º 3 do art.º 342.º do CC).

Na defesa de que cabe aos sócios a alegação e prova de que nada receberam da partilha, não podendo, deste modo, ser responsabilizados nos termos do disposto no art.º 163.º CSC, foi esboçada a seguinte argumentação^{146 147}:

- A concepção da responsabilidade dos sócios como uma responsabilidade substitutiva, com o claro objectivo de assegurar o ressarcimento dos credores sociais;

¹⁴⁵ Vide Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 15-11-2007 (Salvador da Costa), de 26-06-2008 (Santos Bernardino), de 06-03-2012 (Fonseca Ramos), de 07-02-2013 (Bettencourt de Faria), de 12-03-2013 (Garcia Calejo), Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 11-07-2013 (Vaz Gomes), de 12-07-2012 (Luís Lameiras), de 24-06-2014 (Manuel Marques), Acórdãos da Relação do Porto de 23-01-2012 (Caimoto Jácome), de 05-07-2012 (Teles de Menezes e Melo), de 04-06-2013 (Fernando Samões), de 13-01-2014 (João Nunes), de 14-01-2014 (Márcia Portela), de 08-01-2015 (Aristides Rodrigues de Almeida), do Tribunal da Relação de Coimbra de 22-03-2011 (Carlos Querido), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁴⁶ Vide Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 09-03-2010 (Afonso Henrique), de 15-03-2011 (Graça Araújo), de 12-06-2014 (Maria Teresa Albuquerque), e o voto de vencido de Pinto Hespanhol no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-04-2008 (Sousa Peixoto), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁴⁷ Na doutrina, a favor desta posição *vide* Cunha, Carolina, Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Volume II, Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Coord.), IDET, Almedina, 2013, p. 634.

- A relação jurídica que o credor traz à lide é aquela que constituiu com a sociedade, posto que nenhuma outra, diversa e autónoma, se constitui com os respectivos sócios;
- Esta é a única solução que assegura ao credor insatisfeito uma situação idêntica à que se verificaria caso a sociedade não estivesse extinta, extinção a que o credor é totalmente alheio nos casos de dissolução da iniciativa dos sócios ou outros credores da sociedade ou oficiosamente promovida;
- Os sócios só respondem pelo passivo da sociedade liquidada e extinta se houver partilha dos bens desta e na medida dessa mesma partilha, pelo que revestem a natureza de factos impeditivos da pretensão formulada a alegação e prova pelos sócios da não existência desses bens e da não verificação da partilha entre eles – art.º 342.º, n.º 2 do CC;
- Exige do credor uma prova que necessariamente pressupõe um conhecimento sobre a situação económico-finaceira da sociedade que ele naturalmente não terá e muito dificilmente logrará obter.

Partirei para a análise da questão debruçando-se sobre o art.º 2071.º do CC. Estabelece esta disposição a responsabilidade do herdeiro pelos encargos da herança, entre as quais as dívidas do falecido¹⁴⁸, diferenciando entre a responsabilidade em caso de herança aceita a benefício de inventário, em que só respondem pelos encargos respectivos os bens inventariados, salvo se os credores ou legatários provarem a existência de outros bens, e aquela em caso de herança aceita pura e simplesmente, em que a responsabilidade pelos encargos também não excede o valor dos bens herdados, mas incumbe, neste caso, ao herdeiro provar que na herança não existem valores suficientes para cumprimento dos encargos.

Em qualquer uma das soluções, o legislador determinou que os herdeiros respondem pelas dívidas do *de cuius*, mas apenas dentro das forças da herança¹⁴⁹, cabendo ao credor a prova da existência de outros bens que respondam pela dívida para além daqueles inventariados, e ao herdeiro, na falta de inventário, provar que na herança não existem valores suficientes para cumprimento dos encargos da mesma.

¹⁴⁸ Cfr. art.º 2068.º, n.º 1 do CC.

¹⁴⁹ *Vide*, entre outros, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25-01-2007 (Francisco Magueijo), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

No caso da responsabilidade dos sócios pelo passivo social não satisfeito prevista no art.º 163.º do CSC, parece-me fazer todo o sentido que coubesse aos ex-sócios provar que não receberam bens da partilha ou que receberam mas são insuficientes para a satisfação do crédito em causa, tanto mais quando somos confrontados com procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação que se iniciam, desenvolvem e terminam sem que haja uma verdadeira fase de liquidação e que se bastam com a informação trazida voluntariamente ao procedimento ou com declarações dos interessados no sentido da inexistência de activo ou passivo a liquidar.

Mas não foi isso que o legislador fez. Não fez isso nem fez coisa diversa, deixou a questão sem tratamento específico. Diga-se mesmo que o Decreto-Lei n.º 76-A/2008 de 29 de Março alterou o art.º 163.º do CSC, nomeadamente o seu n.º 5, mas deixou intacto o n.º 1. Por outro lado, a *ratio legis* da norma, no dizer de Raúl Ventura, “consiste em estabelecer um mecanismo que coloque os credores sociais na situação, relativamente a litígios judiciais, tanto quanto possível idêntica àquela que eles deparariam se a sociedade não se tivesse extinguido, mas sem, contudo, esquecer essa extinção.”¹⁵⁰. Se é verdade *que na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*¹⁵¹, pesará nesta equação o argumento de que se o legislador previsse que o resultado prático da norma seria porventura o esvaziamento da responsabilidade dos sócios, com a consequente desprotecção dos credores sociais, teria feito diferente.

Estamos perante uma matéria claramente merecedora (ao contrário de outras) de intervenção legislativa. O volume de procedimentos administrativos de dissolução e liquidação assim dita. O número de casos trazidos aos Tribunais e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais clamam por essa intervenção.

Pragmaticamente, e até o legislador alterar o estado de coisas, temos que olhar para a questão do ponto de vista maioritariamente defendido: caberá ao credor alegar e provar que a sociedade tinha bens e que esses bens foram partilhados pelos sócios. A partir daqui entrará a sensibilidade do julgador no modo como considera satisfeito este ónus. Poderá aceitar-se, como defendido pelo Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

¹⁵⁰ Vide obra citada, p. 486.

¹⁵¹ Cfr. art.º 9.º, n.º 3 do CC.

de 08-01-2015 (Aristides Rodrigues de Almeida) que “não será necessário nem demonstrar que essa distribuição constituiu uma efectiva partilha (a distribuição pode ser escamoteada através de actos jurídicos diversos) nem que a mesma foi contemporânea da deliberação, porquanto pode perfeitamente suceder que os sócios hajam anteriormente procedido à dissipação do património da sociedade em seu proveito pessoal (repartindo entre si não os bens que constituíam o património social quae tal mas a receita da sua alienação a terceiros) já com a intenção de logo a seguir a declararem extinta com fundamento na inexistência de activos. Fundamental ao preenchimento do mencionado pressuposto da responsabilidade (a partilha, leia-se, a apropriação pelos sócios dos bens sociais) será assim a demonstração de que os sócios se aproveitaram de património social, que de outra forma responderia pelo passivo social, em benefício pessoal e prejuízo dos credores e que foi essa situação que motivou e permitiu a deliberação de extinção imediata da sociedade.”. A este entendimento aliar-se-á a alegação e prova pelo credor do conhecimento do seu crédito pelos sócios.

E diga-se a este propósito que em nada altera a circunstância de ter sido declarado em acta da assembleia geral ou escritura pública a inexistência de activo e passivo a liquidar, uma vez que, novamente nas palavras do Acórdão supra citado, “a afirmação dos sócios constante da deliberação de extinção imediata por ausência de activos a liquidar não faz prova plena desse facto. Diremos mesmo que não constitui sequer um princípio de prova desse facto porquanto se trata de um facto favorável aos declarantes, claramente ao arpejo das regras da experiência e que serviu de fundamento para a postergação de normas legais que regem sobre a liquidação das sociedades, pelo que deve ser interpretado com desconfiança pelo julgador.”¹⁵².

Diria, ainda, que não deve, à partida, ser rejeitada a promoção pelo Tribunal de diligências requeridas pelo credor tendentes ao apuramento da existência de mais bens partilhados para além daqueles trazidos a juízo, uma vez que não poder o julgador ignorar o que se configura por vezes como uma verdadeira *probatio diabolica*¹⁵³.

¹⁵² Neste sentido, cfr. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 26-06-2008 (Santos Bernardino), da Relação de Guimarães de 18-01-2011 (Maria Luísa Ramos), da Relação de Coimbra de 19-12-2000 (Custódio Costa), da Relação de Lisboa de 11-07-2013 (Vaz Gomes) e da Relação do Porto de 01-02-2011 (Henrique Araújo) e de 05-07-2012 (Teles de Menezes e Melo), disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

¹⁵³ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de de 12-06-2014 (Maria Teresa Albuquerque), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, que aborda uma execução por custas em que o Ministério Público

VI – Da Tutela Penal

Restar-nos-á debruçarmo-nos sobre o último reduto da tutela do Direito. Nos termos do disposto no art.º 348.º-A do Código Penal (CP), *Quem declarar ou atestar falsamente à autoridade pública ou a funcionário no exercício das suas funções identidade, estado ou outra qualidade a que a lei atribua efeitos jurídicos, próprios ou alheios, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal*. Nos termos do n.º 2 da referida disposição, o agente é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa se as declarações se destinarem a ser exaradas em documento autêntico.

A Lei n.º 19/2013, de 21 de Fevereiro, que introduziu o crime de falsas declarações supra exposto, entrou em vigor no dia 23 de Março de 2013, significando assim que a partir desta data constitui crime o acto de requerer junto da Conservatória a dissolução e liquidação imediata com base em acta na qual declara falsamente a inexistência de activo ou passivo a liquidar.

Quer também isto dizer que, nos cerca de sete anos que medeiam a entrada em vigor do regime e a criação punição ora em causa, restar-nos-ia o enquadramento casuístico em algum dos crimes previstos no Código Penal ou na tutela penal prevista no CSC¹⁵⁴.

VII – Conclusões: então, que tutela do credor?

O Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, estabeleceu, no seu anexo III, o regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais. Constatámos ser possível ao credor a intervenção neste procedimento, o qual é, inegavelmente, desconsiderador da sua posição, com especial destaque para o procedimento especial de extinção imediata de entidades comerciais.

Nas palavras de Paula Costa e Silva e Rui Pinto, “conscientemente ou não, o legislador aceitou que o problema das dividas da sociedade que *inocentemente* se autoextinguiu na hora, assistida pelo conservador, fosse despromovido a uma questão

requer a promoção de várias diligências para apuramento de bens da sociedade executada e transferência de bens para os seus sócios.

¹⁵⁴ Sobre a tutela penal pelos crimes tipificados no CSC, vide Carolina Cunha, obra citada, p. 635 e ss.

externa à extinção e, na verdade, a um problema dos credores. É certo que eles podem ainda responsabilizar os sócios, mas terão de ser os credores a ter o ónus de demonstrar a sua posição jurídica. É esse, afinal, o regime da liquidação privada, com a constante dos já referidos 162.º ss. Sucede, porém, que não estamos em sede de liquidação privada, mas em sede de um procedimento. E neste vale a garantia de processo equitativo, imposta pelo 20.º, n.º 4 CRP, não obstante não se tratar de um procedimento judicial, mas de um procedimento administrativo (...). Do que antecede, resulta uma conclusão: o procedimento híper-simplificado contraria comandos constitucionais já que envolve direitos de terceiro não sendo estes ouvidos. A possibilidade de reacção ulterior ou *a posteriori* não permite conclusão diversa¹⁵⁵.

Verificou-se, igualmente, que a preferência legal concedida ao processo de insolvência pelo art.º 3.º do regime, algo que, à partida, poderia ser entendido como desvantajoso para o credor dada a natureza universal do processo de insolvência¹⁵⁶, apresenta, na prática, vantagens que o procedimento administrativo de dissolução e de liquidação não logra obter, mormente a explanada dedução fiscal em matéria de IVA e em sede de IRC.

Porque “a pura e simples extinção deles [créditos] pelo termo da sociedade devedora não só produziria inadmissível prejuízo individual como causaria um dano geral, na medida em que as pessoas recusariam contratar com uma sociedade, por ficarem sujeitas à perda do seu crédito em virtude de um acto voluntário da entidade devedora ou de um facto a que são inteiramente estranhas¹⁵⁷, o legislador estabeleceu a responsabilidade pessoal dos sócios pelo passivo social não satisfeito ou acautelado, limitando essa responsabilidade ao montante recebido na partilha. A dissonância doutrinária e jurisprudencial na concretização prática desta responsabilidade, aliada às consequências para o credor, advindas dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação nos moldes vigentes, levantam a necessidade de clarificação legislativa.

De iure condendo, tendemos a pugnar pela expressa previsão do ónus da prova a impender sobre os sócios da sociedade, cabendo a estes provar que receberam ou não bens da partilha do património da sociedade.

¹⁵⁵ Vide obra citada, p. 1349.

¹⁵⁶ Cfr. art.º 1.º do CIRE.

¹⁵⁷ Vide obra citada, p. 462.

Finalmente, na perspectiva jurídico-penal, fica a tutela penal consagrada na previsão do crime de falsas declarações, mas cuja inserção na Secção I, Da resistência, desobediência e falsas declarações a autoridade pública, do Capítulo III, Dos Crimes contra a Autoridade Pública, do Código Penal, não permite concluir estarmos perante uma forma de tutela do credor.

A perda de metade do capital social enquanto causa de dissolução da sociedade

Sara Maria Pires Leite da Silva

IPCA

Resumo

Volvidos cerca de dez anos sobre a publicação do Decreto-Lei n.º 19/2005, de 18/01, diploma que alterou substancialmente a redação do artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), revelando uma alteração de fundo quanto ao papel atribuído ao mesmo como (mais uma) peça da construção jurídica assente no conceito do capital social, será oportuno analisar e refletir sobre alguns dos problemas relacionados com a interpretação e aplicabilidade desta norma que prevê a dissolução da sociedade como uma das possíveis consequências a ponderar face a um notório desequilíbrio entre o montante do capital social e o capital próprio da sociedade.

Com efeito, o artigo 35.º do CSC demonstra que a medida de referência do capital social servirá como sinal de alerta nos casos de grave deterioração do património social, com maior pertinência nas sociedades de capitais que não optem pela formação de um capital social meramente simbólico. Assim, o referido preceito prescreve o dever de convocação de uma assembleia geral para eventual decisão sobre as medidas a adotar neste contexto, conferindo uma relevância especial ao conteúdo do aviso convocatório, destacando-se a menção expressa da dissolução da sociedade como um dos diversos assuntos a discutir. Desta forma, propomos uma abordagem das diversas medidas previstas no n.º 3 do artigo 35.º do CSC, com especial destaque para a dissolução da sociedade, designadamente os requisitos formais a observar para a válida formação da deliberação de dissolução.

Com carácter prévio ao estudo do Direito português, consideramos conveniente uma análise, não exaustiva, da solução apresentada por outro ordenamento jurídico, em concreto, o Direito espanhol, pois oferece uma perspetiva diferente no quadro de regulação da temática em causa que pode ser útil numa reflexão sobre os resultados da aplicação prática da solução prevista pelo Direito português.

1. A génese comunitária do regime jurídico da perda de metade do capital social

De entre todas as Diretivas de Direito das Sociedades, cabe dedicar especial atenção neste texto à Segunda Diretiva 77/91/CE, do Conselho, de 13 de dezembro de 1976 (daqui por diante, apenas designada Segunda Diretiva), tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade¹⁵⁸.

Em particular, o artigo 17.º da referida Diretiva desdobra em dois números as regras sobre a perda grave do capital subscrito e insere-se no sector das normas comunitárias que devem ser adotadas para salvaguardar o capital, que tradicionalmente é visto como uma garantia para os credores. Recorde-se que, segundo o n.º 1 deste artigo, no caso de perda grave do capital subscrito, deve ser convocada uma assembleia geral no prazo fixado pelas legislações dos Estados-membros, para examinar se a sociedade deve ser dissolvida ou se deve ser adotada qualquer outra medida. O n.º 2 do mesmo preceito esclarece que, para os efeitos previstos no n.º 1, a legislação de um Estado-membro não pode fixar em mais de metade do capital subscrito o montante da perda considerada grave.

A 2.ª Diretiva de Direito das Sociedades foi alvo de várias alterações (em 1992 e 2006), que não se traduziram em qualquer modificação da redação do seu artigo 17.º. No entanto, cumpre assinalar que esta Diretiva foi substituída pela Diretiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Outubro de 2012¹⁵⁹. O legislador comunitário optou por publicar um novo diploma que reproduz a anterior Diretiva, efetuando uma reordenação e renumeração dos artigos. Deste modo, o regime europeu relativo ao capital social, aplicável às sociedades anónimas, passou a constar desta

¹⁵⁸ Publicada no JO (Jornal Oficial da União Europeia) L 26/1, de 31 de janeiro de 1977, p. 1. A tradução da Segunda Diretiva sobre Sociedades pode ler-se em MENEZES CORDEIRO, A., *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 181-203.

¹⁵⁹ Publicada no JO L 315/74, de 14 de novembro de 2012.

última Diretiva, que se tornou assim na nova Diretiva do Capital¹⁶⁰. O teor do anterior artigo 17.º ocupa, agora, a 19.ª posição.

Seguindo a obra de referência de Raúl Ventura¹⁶¹, as raízes deste regime jurídico encontram-se em algumas disposições do direito francês e direito italiano, embora a forte inspiração germânica que marca a generalidade dos preceitos incluídos nesta Diretiva também influencie (de forma determinante¹⁶²) a postura branda do legislador comunitário neste preceito, deixando larga margem de manobra aos legisladores nacionais na concretização do respetivo regime legal. O fim imediato da norma comunitária é dar conhecimento aos sócios da situação financeira da sociedade. Como finalidades simplesmente mediatas temos a dissolução da sociedade descapitalizada, o saneamento ou a recapitalização da mesma.

Inexoravelmente, o dever de convocar a Assembleia Geral, por parte de quem tem essa competência nos termos da legislação específica de cada Estado-membro, é a única obrigação que decorre deste normativo, sendo que no restante deixa ampla margem aos Estados-Membros para completar o regime de proteção da sociedade descapitalizada¹⁶³.

¹⁶⁰ Cfr. TARSO DOMINGUES, P., «Nótula relativa à revogação/substituição da 2.ª Diretiva sobre sociedades (a chamada «Diretiva do Capital»)», *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 9, ano 5, 2013, pp. 295-296.

¹⁶¹ RAÚL VENTURA elaborou um anteprojeto de articulado na sequência de um estudo sobre a transposição desta Diretiva para o Direito português. Cfr. VENTURA, R., «Adaptação do Direito Português à Segunda Diretiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades», *Separata do BMJ (Boletim do Ministério da Justiça) – Documentação e Direito Comparado*, n.º 3, 1980, p. 63.

¹⁶² Assim, MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, cit., p. 213.

¹⁶³ Neste sentido, também CASSOTTANA, M. e NUZZO, A., *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, pp. 33-34. «*Infatti, l'art. 17 della Seconda dir. soc., avente ad oggetto le conseguenze derivanti da gravi perdite del capitale sottoscritto non prevede che, qualora il capitale sottoscritto scenda – a causa di perdite accumulate nell'esercizio sociale – al di sotto della predetta soglia minima, tale capitale minimo debba essere ricostituito; tale articolo si limita a disporre che in questi casi (...) deve essere necessariamente convocata l'assemblea dei soci (...) per esaminare se sia necessario sciogliere la società o prendere altri provvedimenti.*». Um autor francês (cfr. DIDIER, P., «Le capital social et la protection des créanciers sociaux», *Le Code de Commerce, Livre du bicentenaire 1807-2007*, Dalloz, Paris, 2007, p. 216) sublinha a singeleza da norma comunitária, afirmando «*la directive ne dit, elle-même, rien de plus*».

Em aberto ficam, portanto, questões como a fixação de prazo adequado para a convocação da Assembleia; os meios a utilizar para a verificação da perda ocorrida¹⁶⁴; a natureza das medidas a tomar pelos sócios perante a perda de metade do capital social¹⁶⁵; as consequências de uma situação caracterizada pela ausência de adoção de qualquer medida pelos sócios e as sanções aplicáveis face ao incumprimento do dever a cargo dos administradores de informar aos sócios sobre a perda de capital.

2. Precedentes e incorporação do artigo 17.º da segunda diretiva no direito português

2.1. O Código Comercial português de 1833

As raízes da abordagem legal da questão da perda do capital podem encontrar-se no primeiro Código Comercial português datado de 1833. No período que antecede este diploma não encontramos referências legais específicas a esta particular situação de crise das sociedades. Surgiu então o «*Código Commercial Portuguez*», aprovado pelo Decreto de 18 de Setembro de 1833, dividido em duas partes. A primeira tratava do «comércio terrestre» e a segunda do «comércio marítimo». Integrado no Livro II, Título XII e Secção XIV «Da dissolução da sociedade» o artigo CLXX, 695.º previa: «*Será determinada em juízo dissolvida a sociedade antes do período limitado no contracto, mostrando-se que é impossível a sua continuação segundo o intuito e fim dos artigos sociaes, tal como a perda inteira do capital social.*»¹⁶⁶

Apenas relevava, portanto, a perda integral do património da sociedade como causa de dissolução judicial da sociedade. Consta-se que o enquadramento dado ao tema se inseria no âmbito da dissolução societária, não se vislumbrando, na letra da lei, propostas alternativas de reforço do capital social aliadas à subsistência da sociedade.

¹⁶⁴ Os Estados-membros ficam, pois, com total liberdade quanto à determinação do modo indicado para apuramento das perdas, seja através de elementos mais formais e objetivos como o último balanço aprovado, seja através de métodos mais empíricos e subjetivos como qualquer outro ponto de referência ou qualquer outra altura em que a administração se depare com a existência da perda.

¹⁶⁵ A assembleia pode deliberar adotar uma ou mais medidas de entre as várias hipóteses possíveis de reação face à verificação da perda. A Diretiva não impõe deliberações de «conteúdo pré-fixado», unicamente enuncia a dissolução da sociedade como uma sugestão, entre outras. Cfr. VENTURA, R., *Dissolução e Liquidação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 137.

¹⁶⁶ *Código Commercial Portuguez seguido de um appendice*, Imprensa da Universidade, 1879.

2.2. O Código Comercial de 1888

A breve trecho o Código de 1833 se mostrou inadequado para dar resposta às posteriores necessidades decorrentes do desenvolvimento do comércio e indústria, pelo que cedo começaram os estudos e trabalhos preparatórios para a sua revisão e substituição. O principal projeto do novo Código deve-se ao Conselheiro Francisco António da Veiga Beirão. A versão final do projeto veio a ser aprovada por Carta de Lei de 28 de junho de 1888 e o Código adotou o nome do Ministro dos Negócios Eclesiásticos e da Justiça que encabeçou o projeto, sendo ainda hoje comumente conhecido por Código de Veiga Beirão.

Verificamos, então, que neste CCom (Código Comercial português) o artigo 120.º é o preceito que prevê as diversas situações que dão causa à dissolução das sociedades comerciais¹⁶⁷ e é precisamente esta norma que enquadra a regulamentação da perda grave do capital social. Na verdade, são muitas vezes as dificuldades financeiras que estão na origem da dissolução das sociedades, nomeadamente, e conforme dispõe o n.º 5 do artigo *supra* citado, «pela diminuição do capital social em mais de dois terços, se os sócios não fizerem logo entradas que mantenham pelo menos num terço o capital social».

Temos ainda o § 4.º do artigo 120.º que estipulava o seguinte: «Os credores de uma sociedade anónima podem requerer a sua dissolução, provando que, posteriormente à época dos seus contratos, metade do capital social está perdido; mas a sociedade pode opor-se à dissolução, sempre que dê as necessárias garantias de pagamento aos seus credores.»

O mesmo regime era extensivo às sociedades por quotas por força da Lei das Sociedades por Quotas, de 11 de Abril de 1901, que determinava no seu artigo 42.º que estas sociedades de responsabilidade limitada se dissolvem nas hipóteses previstas nos vários números do artigo 120.º do Código Comercial e § 4.º do mesmo artigo.

¹⁶⁷ Este artigo 120.º enumerava as causas de dissolução típicas, legais, embora se admitisse que o pacto social pudesse considerar outras causas atípicas, voluntárias, estatutárias. De outro ponto de vista, as causas de dissolução podiam também agrupar-se, quanto à produção de efeitos, em causas de eficácia imediata e causas de eficácia diferida. Nestas últimas se inclui o n.º 5 do artigo 120.º. Neste sentido, PINTO FURTADO, J., *Código Comercial Anotado*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1975, pp. 316 e ss..

Assim, perante a mesma perspetiva - a dissolução da sociedade - apresentam-se dois cenários, consoante a medida das perdas e a medida da proteção a conceder aos vários grupos de pessoas, interna ou externamente, relacionadas com a sociedade.

Constatamos, deste modo, que as soluções consagradas no passado diferem bastante das plasmadas atualmente na lei – não se vislumbram quaisquer deveres de informação aos sócios a cargo dos administradores das sociedades, em ordem a alertar para as perdas ocorridas, podendo ser confrontados com o requerimento de dissolução, apresentado por qualquer credor, sem conhecer a efetiva situação da sociedade¹⁶⁸. A verdade é o artigo 120.º CCom esteve em vigor durante quase um século e a sua aplicação era pacífica. Aliás, ainda hoje é realçada a sua simplicidade e coerência normativa¹⁶⁹.

Prestes a terminar esta passagem histórica pelas raízes do artigo 35.º do CSC na legislação portuguesa, devemos recordar que o artigo 120.º CCom foi a base normativa do artigo 544.º do CSC, incluído nas «Disposições Finais e Transitórias» que previa: «Enquanto não entrar em vigor o artigo 35.º desta lei, os credores de uma sociedade anónima podem requerer a sua dissolução, provando que, posteriormente à época dos seus contratos, metade do capital social está perdido, mas a sociedade pode opor-se à dissolução, sempre que dê as necessárias garantias de pagamento aos seus credores». A semelhança entre as disposições legais é inegável o que demonstra que «a função de proteção dos credores desempenhada pelo artigo 120.º do CCom será cumprida pelo artigo 35.º, revelando a influência que este recebeu daquele normativo.»¹⁷⁰

Tudo o exposto nos permite reafirmar a importância do regime vertido no Código Comercial de Veiga Beirão, constatando que a existência de um dispositivo destinado a enfrentar as perdas societárias não é uma novidade de inspiração comunitária.

¹⁶⁸ Neste sentido, BERNARDO, N., «A conservação do capital social e a perda da sua metade», *Revista Revisores & Empresas*, n.º 16, 2002, p. 33.

¹⁶⁹ Com efeito, não são muitas as referências doutrinárias e jurisprudenciais a complexas problemáticas de interpretação e aplicação da previsão legal e foram muitas as gerações de grandes juristas que comentaram e anotaram este preceito. Como nota MENEZES CORDEIRO, A., «Da perda de metade do capital social das sociedades comerciais», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, 1996, p. 175.

¹⁷⁰ MOTA PINTO, A., «O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais na versão mais recente», no vol. *Temas societários, Colóquios*, N.º 2, IDET, Almedina. Coimbra, 2006, pp. 109 e ss. (112).

2.3. Os trabalhos preparatórios do Código das Sociedades Comerciais de 1986

Em 1967 surgem os primeiros estudos preparatórios que deram origem a um longo processo de gestação da regulamentação legal das sociedades comerciais em Portugal. Uma Comissão liderada pelo Prof. Ferrer Correia, da qual faziam parte Vasco Lobo Xavier, Maria Ângela Coelho e António Caeiro, que logrou elaborar o doravante designado «Anteprojecto de Coimbra»¹⁷¹ - um anteprojecto de lei para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, com primeira redação concluída em 1976, e segunda redação datada de 1977, acompanhada de completas notas justificativas. Deste anteprojecto (2.ª redação), sobressai o artigo 96.º integrado no Capítulo VII relativo aos órgãos sociais da sociedade por quotas (Gerência e Fiscalização)¹⁷².

A nota justificativa que acompanha este artigo esclarece a rutura seguida pelo disposto no anteprojecto face ao direito vigente¹⁷³. Pela primeira vez no direito português, surge consagrado num estudo legislativo o dever imposto ao órgão de administração das sociedades por quotas (a gerência) de alertar os sócios para a diminuição grave do património social, convocando-os para uma Assembleia Geral a fim de optarem pela dissolução da sociedade, ou redução do capital social ou realização de novas entradas. Regista-se com esta previsão legal um apreciável salto qualitativo na conceção desta matéria¹⁷⁴.

Por fim, em 1981, o Prof. Raúl Ventura regressaria à ideia inicial de uma legislação geral aplicável a todos os tipos de sociedades comerciais. Assim, após meses de trabalho exaustivo do Prof. Raúl Ventura, surgiu um primeiro articulado denominado «Anteprojecto de Lei Geral das Sociedades» partindo dos textos anteriores, modificando-os, completando-os. Este trabalho foi revisto por uma comissão, sendo que

¹⁷¹ Também conhecido por «Anteprojecto FERRER CORREIA».

¹⁷² Podemos apontar a singularidade deste enquadramento da perda de capital no âmbito da regulamentação da Gerência, entre o artigo 95.º sobre a concessão de crédito a gerentes e o artigo 97.º que abordava a proibição de concorrência, enfatizando a viragem na conceção do regime: de causa de dissolução passa a dever/competência dos gerentes.

¹⁷³ Assim, «do ponto de vista da proteção dos credores, pareceu suficiente a que resulta de a falência ser causa de dissolução (...); relativamente aos sócios, afigurou-se preferível deixar-lhes maior campo para a escolha das medidas adequadas à situação», cfr. FERRER CORREIA, A.; LOBO XAVIER, V.; COELHO, M. Â. e CAEIRO, A., «Sociedade por quotas de responsabilidade limitada/Anteprojecto de lei – 2.ª redação e exposição de motivos», *RDE*, Ano III, 1977, n.º 2, p. 386.

¹⁷⁴ Por outro lado, uma inaudita previsão da responsabilidade dos sócios e gerentes perante credores, pela importância necessária à reintegração do capital da sociedade, constante dos primeiros estudos efetuados, sem paralelo na história desta temática no quadro do direito português.

esta elaborou um texto que, sob o título «Código das Sociedades (Projecto)», resumia o regime da perda de metade do capital social no artigo 37.^{o175}, inserido na subsecção que contemplava a «Conservação do Capital».

Foi precisamente este texto que, sem grandes alterações, foi a base da redação inicial do artigo 35.^o do CSC, norma que regulava (e regula atualmente) o problema que nos ocupa, pese embora a sua entrada em vigor inicial tivesse sido adiada para um momento posterior. Esta disposição consta de um grupo de normas que o narrador preambular identifica como resultado de uma adaptação à 2.^a Diretiva do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976.

2.4. O Código das Sociedades Comerciais de 1986

Em 2 de Setembro de 1986 foi finalmente publicado o Decreto-Lei n.º 262/86 que aprovou o Código das Sociedades Comerciais, o qual entrou em vigor em 1 de Novembro do mesmo ano. O artigo 35.^o do CSC, que trata da perda de metade do capital, situa-se numa das subsecções que desenvolvem o tema dos direitos e obrigações dos sócios. A III Subsecção da II Secção do III Capítulo do Título I do CSC (artigos 31.^o a 35.^o CSC) trata da «Conservação do Capital». A subsecção que a precede analisa a questão da constituição do capital e, logicamente, a lei depois de garantir a efetiva realização do capital preocupa-se agora com a sua conservação¹⁷⁶, ao longo da vida da sociedade. Resumindo, quando os membros do órgão de administração verificarem que está perdida metade do capital social, devem propor aos sócios que tomem alguma medida. Podem optar pela dissolução da sociedade, pela redução do capital ou pela efetivação de novas entradas que mantenham, pelo menos em dois terços, a cobertura do capital. Se nenhuma destas medidas for tomada, qualquer sócio ou credor pode requerer a dissolução judicial da sociedade.

O diploma preambular refere expressamente o artigo 35.^o a pretexto do começo da vigência do Código. Após aprovar o Código das Sociedades Comerciais, no seu

¹⁷⁵ A epígrafe do artigo 35.^o CSC, atualmente em vigor («Perda de metade do capital»), manteve-se inalterável desde o momento em que rotulou o artigo 37.^o no Projecto de Código das Sociedades de 1983.

¹⁷⁶ A doutrina nacional costuma referir-se ao princípio da intangibilidade do capital social para caracterizar o regime subjacente às opções legais do legislador, identificadas nesta subsecção. Neste sentido, TARSO DOMINGUES, P., «Garantias da Consistência do Património Social», no vol. *Problemas de Direito das Sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, 2004, p. 521.

artigo 1.º, o artigo 2.º n.º 2 prevê que a data da entrada em vigor do artigo 35.º será fixada em diploma legal. Assim, o legislador adiou a data da entrada em vigor deste artigo, que ficaria dependente de definição por parte de um diploma ulterior (o que apenas veio a acontecer 15 anos depois, com o Decreto-Lei n.º 237/2001, de 30 de Agosto).

Examinando as razões que motivaram este período indefinido de *vacatio legis* do artigo 35.º do CSC, a doutrina não tem grandes dúvidas em reconhecer que o legislador estava ciente do estado da economia portuguesa e das consequências gravosas que a aplicação da norma acarretaria para grande número de sociedades¹⁷⁷, que não cumpriam os requisitos daquele normativo¹⁷⁸. Assim, atendendo à inconsistência do tecido empresarial nacional, o qualurgia proteger¹⁷⁹, para além da instabilidade social que poderia causar, este artigo ficou suspenso¹⁸⁰. Pese embora a suspensão da vigência do normativo que continha o regime base da perda grave do capital, o legislador decidiu incluir no Título VIII do CSC, relativo às Disposições Finais e Transitórias, uma norma que definia o regime destinado a vigorar temporariamente, até ao momento da entrada em vigor do artigo 35.º do CSC, com a epígrafe «Perda de metade do capital» - o artigo 544.º (aplicável desde 1 de Novembro de 1986) do CSC.

Assim, até à entrada em vigor do artigo 35.º do CSC, os credores das sociedades anónimas poderiam requerer a dissolução da sociedade, desde que provassem ter havido perda de metade do capital. Estavam condicionados apenas por um limite temporal: a perda ocorrer em data posterior à constituição dos respetivos créditos. Este preceito tem, como se pode constatar, um âmbito de aplicação muito restrito: só se aplica às sociedades anónimas e restringe o poder de iniciativa para requerer a dissolução da

¹⁷⁷ Com base na informação sobre o volume dos capitais próprios das sociedades portuguesas o legislador podia, pois, conhecer o número de sociedades que preenchiam a hipótese do artigo 35.º do CSC. Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, A., «A perda de metade do capital social e a Reforma de 2005: um repto ao legislador», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, 2005, p. 54.

¹⁷⁸ NOGUEIRA SERENS, M., *Notas sobre a Sociedade Anónima*, Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 100.

¹⁷⁹ CABRITA NETO, S.; AMARO, V. e SOUSA, T., «O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais – a perda de metade do Capital Social», *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 9, Janeiro 2002, pp. 87-102 (88).

¹⁸⁰ LUÍS BRITO CORREIA foi um dos autores que se deteve numa descrição mais completa de todo o contexto económico, social e político que condicionou o adiamento da entrada em vigor do artigo 35.º do CSC. Cfr. BRITO CORREIA, L., *Direito Comercial*, 2.º vol., *Sociedades Comerciais*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1989, pp. 350-351.

sociedade exclusivamente aos credores. Contudo, a verdade é que esta norma teve pouca expressão prática¹⁸¹.

2.5. O Decreto-Lei n.º 237/2001, de 30 de agosto

Como já referimos, o artigo 35.º apenas entrou em vigor em 2001, nos termos do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 237/2001, de 30 de agosto, que expressamente vinha estabelecer: «O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais entra em vigor na data da entrada em vigor do presente diploma»¹⁸². A versão do artigo 35.º que entrou em vigor era a versão originária, publicada com a aprovação do Código. Este diploma ao atribuir eficácia ao artigo 35.º do CSC veio concretizar, por fim, a pretendida harmonização do direito das sociedades português face ao nível de exigência a que estão sujeitas as sociedades da União Europeia, no que concerne à conservação do capital social, respeitando deste modo a imposição comunitária constante da 2.ª Diretiva do Conselho, de 13 de dezembro de 1976. Note-se que o início da vigência do artigo 35.º do CSC conduziu à plena eficácia da regra sancionatória prevista no artigo 523.º do mesmo Código. Dadas as implicações penais do preceito, o começo da vigência do mesmo não poderia ter eficácia retroativa¹⁸³.

Impõe-se ainda acrescentar que a entrada em vigor do artigo 35.º produziu efeitos revogatórios sobre o artigo 544.º CSC, regime transitório que deixou de ter aplicação desde o dia 4 de Setembro de 2001.

2.6. O Decreto-Lei n.º 162/2002, de 11 de julho

Continuando a analisar o historial do artigo, recordemos agora a segunda redação dada ao conteúdo do mesmo, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 162/2002, de 11 de Julho, que entrou em vigor em 12 de Julho e vigorou até 31 de dezembro de 2004. A primitiva redação do artigo 35.º do CSC esteve em vigor durante pouco tempo, cerca de 11 meses, uma vez que este novo diploma veio alterar os artigos 35.º e 141.º do CSC, alteração que veio agravar ainda mais o já pesado dispositivo legal. A principal

¹⁸¹ FERNANDES, R. A., «Perda de metade do capital, e agora?», *Jornal de Contabilidade*, n.º 297, 2001, p. 409.

¹⁸² Com efeitos práticos desde 4 de setembro de 2001.

¹⁸³ Cfr. MENEZES CORDEIRO, «Da perda de metade do capital social das sociedades comerciais», p. 177.

alteração operada por este diploma prende-se com o seguinte facto: a perda de metade do capital passou a constituir uma causa de dissolução automática da sociedade e não funcionaria somente em termos facultativos, isto é, como eventual medida a propor pelos administradores aos sócios ou como eventual recurso a promover pelos sócios ou credores perante a passividade dos membros da administração ou do órgão colegial da sociedade face à perda acentuada do capital social.

De acordo com o regime previsto na lei, os membros da administração das sociedades (que, em 31 de dezembro de 2003, evidenciassem uma situação de perda de metade do capital) deviam apresentar (em assembleia geral realizada até 31 de Março de 2004) propostas de cobertura de capital aos sócios¹⁸⁴ e, caso se mantivesse a situação de desequilíbrio patrimonial no final do exercício seguinte àquele em que se verificou a perda pela primeira vez (fim do exercício de 2004), considerava-se a sociedade «imediatamente dissolvida» *ope legis*¹⁸⁵, desde a aprovação das contas deste último exercício¹⁸⁶ (a realizar em assembleia geral no primeiro trimestre de 2005).

Prima a ideia de que a sociedade não poderá subsistir caso não conserve um património líquido que represente uma certa proporção mínima do capital social. Se esta situação ocorrer de forma duradoura deve levar à dissolução da sociedade, resultando automaticamente da lei, sem necessidade de qualquer declaração judicial, nem qualquer requerimento nesse sentido¹⁸⁷.

¹⁸⁴ As medidas adequadas para resolver a insuficiência de capitais próprios (até 31 de dezembro de 2004), de forma a manter pelo menos em dois terços a cobertura do capital, deveriam ter sido descritas no relatório de gestão do exercício de 2003. Os membros da administração podem também propor aos sócios a dissolução da sociedade ou a redução do capital social.

¹⁸⁵ O artigo 141.º CSC, na redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 162/2002, de 11 de julho, passou a conter uma nova causa de dissolução automática/imediata da sociedade – a perda de metade do capital social nos termos do artigo 35.º – que constava da alínea f) do n.º 1 deste artigo. Neste caso, podiam os sócios deliberar, por maioria simples dos votos produzidos em assembleia, o reconhecimento da dissolução e, bem assim, qualquer sócio, sucessor de sócio, credor da sociedade ou credor de sócio de responsabilidade ilimitada podia promover a respetiva justificação notarial da dissolução da sociedade (artigo 141.º n.º 2 CSC).

¹⁸⁶ Como a dissolução da sociedade passava pela aprovação das contas em que se verificasse pelo segundo ano consecutivo a perda grave do capital, poderia verificar-se a hipótese de os sócios protelarem esse momento de apreciação das contas do exercício de modo a impedir a concretização da consequência dissolutória. No entanto, esta situação estaria relativamente acautelada pelo novo CIRE (Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que prevê que um atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas permite a qualquer credor requerer a declaração de insolvência da sociedade (cfr. artigo 20.º n.º 1 al. h) do referido Código).

¹⁸⁷ Para PAULO DE TARSO DOMINGUES «trata-se porventura de uma solução exagerada», uma vez que os sócios, e até mesmo os credores, podiam ter outra solução em vista e não desejar, de todo, a

Perante este novo dispositivo legal de consequências tão severas para as sociedades inoperantes, o legislador compensou o excesso de austeridade que caracteriza o novo dispositivo com um adiamento da sua aplicação para um momento posterior, de forma a dar mais tempo às empresas para tomarem as medidas necessárias de modo a evitar o efeito dissolutório. Assim, para aplicação desta cominação da dissolução automática seria necessário que o capital próprio se mantivesse a um nível igual ou inferior a metade do capital social durante dois exercícios consecutivos. O objetivo deste diferimento seria, portanto, conceder «um maior prazo às sociedades para que pudessem reconstituir a relação entre capitais próprios e capital social, antes da verificação daquele efeito dissolutório»¹⁸⁸. Refira-se, por conseguinte, que qualquer das medidas configuradas no artigo como aptas para prevenir este efeito deveria ser aprovada e adotada até ao final do exercício seguinte ao da constatação da perda grave do capital. Assim, de acordo com o artigo 2.º n.º 2 do DL n.º 162/2002, o primeiro exercício social relevante, para efeitos da sanção prevista no n.º 4 do artigo 35.º, seria o de 2003, beneficiando então as sociedades com um período de adaptação.

2.7. O Decreto-Lei n.º 19/2005, de 18 de Janeiro

Atualmente, o artigo 35.º do CSC tem, *grosso modo*, a redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 19/2005, de 18 de janeiro.

A intenção do legislador em articular o novo regime jurídico com a política comunitária envolvida é claramente identificada no Preâmbulo: «O presente diploma decorre de uma reponderação da questão a uma luz que se considera mais correta e realista, instituindo um regime mais conforme com a letra e o espírito da Segunda Diretiva», a qual o citado artigo 35.º do CSC se destinava originalmente a transpor.

Começemos por indicar que o diploma em apreço alterou três disposições legais do Código das Sociedades Comerciais: o artigo 35.º, o artigo 141.º e o artigo 171.º. O artigo 35.º sofreu, sem dúvida, uma substancial revisão que, a todos os títulos,

dissolução da sociedade. *Vid.*, TARSO DOMINGUES, P., «Capital e património sociais, lucros e reservas», no vol. COUTINHO DE ABREU (coord.), *Estudos de direito das sociedades*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 159.

¹⁸⁸ Cfr. MOTA PINTO, «O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais na versão mais recente», cit., pp. 120-121.

consubstancia uma viragem na conceção do regime legal da perda grave do capital, em Portugal, desde o começo da vigência do CSC.

Em termos mais imediatos, a principal novidade reside na retirada da previsão da dissolução automática como consequência de teor sancionatório face à verificação, em dois exercícios consecutivos, de perda acentuada de património social, sem adoção de medidas corretivas da situação¹⁸⁹, substituindo esta cominação por um elenco exemplificativo de medidas que os sócios podem adotar na assembleia geral que deve ser convocada (de imediato) para o efeito. Assim, este novo regime veio alterar profundamente as consequências da verificação de uma insuficiência do capital próprio correspondente à perda de metade ou mais do capital social, deixando esta situação de constituir fundamento de dissolução da sociedade, seja ela automática ou consequente de sentença proferida a requerimento de algum interessado.

A perda de metade do capital social constitui um sinal de alerta para os sócios relativamente à situação patrimonial da sociedade. Daí que se preveja a imposição de os sócios serem informados de tal situação para que possam adotar as medidas que tenham por convenientes.

O artigo 35.º do CSC exige apenas que, sempre que os gerentes (nas sociedades por quotas) ou os administradores (nas sociedades anónimas) tiverem conhecimento de que ocorreu a perda de metade do capital social, o que poderá resultar de um balanço de exercício ou balanço intercalar ou, simplesmente, dos vários elementos de que dispõem, deverão convocar ou requerer a convocação de uma assembleia geral para informar os sócios da situação e estes poderem tomar as medidas adequadas. Para este efeito, do aviso convocatório desta assembleia geral devem constar, pelo menos, as hipóteses de dissolução da sociedade, redução do capital social e realização de entradas pelos sócios para reforço da cobertura do capital. Note-se que é da competência e responsabilidade do órgão de gestão a constatação da insuficiência do capital próprio.

¹⁸⁹ Neste seguimento, procedeu-se à alteração do artigo correspondente (inserido no Capítulo XII do CSC dedicado ao tema da Dissolução da sociedade) – o artigo 141.º. Este artigo deixa de prever que a verificação da situação prevista no artigo 35.º do CSC constitui causa específica de dissolução e, nesse sentido, foi revogada a alínea f) do seu n.º 1 e alterada a redação do respetivo n.º 2, o que constitui um efeito natural do novo regime jurídico.

3. As medidas a adotar face à perda de metade do capital social

São várias as medidas que os sócios podem adotar em face da situação de perda grave do capital. A Segunda Diretiva não aprofunda qual a natureza das medidas a tomar pelos sócios. Circunscreve as consequências que derivam desta situação à necessidade de convocação de uma assembleia geral. Impõe, no entanto, um conteúdo mínimo para a ordem do dia dessa assembleia geral («examinar se a sociedade deve ser dissolvida ou se deve ser adotada qualquer outra medida» - artigo 17.º n.º 1, *in fine*).

Depreende-se que a assembleia geral poderá deliberar adotar uma ou mais medidas de entre as várias hipóteses possíveis de reação face à verificação da perda. Aliás, mais do que isso, depreende-se que não se impõe qualquer exigência no sentido da adoção de um determinado acordo, seja de dissolução ou qualquer outra medida de saneamento.

Em bom rigor, o que se retira da letra da lei comunitária é que, satisfeito o seu direito à informação, os sócios não têm um dever de adotar qualquer medida¹⁹⁰. De modo elucidativo, RAÚL VENTURA adianta que «parece mesmo que a assembleia pode não tomar medida nenhuma, contentando-se com o conhecimento da situação da sociedade e... esperando melhores dias»¹⁹¹.

A Diretiva unicamente enuncia a dissolução da sociedade como uma sugestão, entre outras. Deste modo, caberá aos Estados-membros definir se uma sociedade anónima que se encontre nesta situação de perda grave de capital pode ou não continuar a desenvolver a sua atividade no tráfico mercantil¹⁹².

Com carácter prévio ao estudo do Direito português, consideramos conveniente uma análise, não exaustiva, da solução apresentada por outro ordenamento jurídico, em concreto o Direito espanhol, pois oferece uma perspetiva diferente no quadro de

¹⁹⁰ Em sentido contrário, refutando a presença de um modelo puramente informativo na Diretiva 77/91/CEE, cfr. MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 105-106. Este Autor defende que está implícito no regime da Diretiva um regime reativo, interpretando a referência à dissolução da sociedade como uma consequência obrigatória se não se implementarem outras medidas que permitam remover o pressuposto da perda grave de capital.

¹⁹¹ VENTURA, *Dissolução e Liquidação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, cit., p. 138.

¹⁹² SANCHEZ RUS, H., *El capital social: presente y futuro*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 314.

regulação da temática em causa que pode ser útil numa reflexão sobre os resultados da aplicação prática da solução prevista pelo Direito português.

Assim, não obstante as assinaláveis diferenças de tratamento da perda grave do capital no âmbito do direito português e no direito espanhol, perfilham-se várias semelhanças entre as duas soluções no que diz respeito às medidas a adotar com vista à adequação entre os valores do capital e do património ou, ao invés, no sentido da cessação da atividade da sociedade.

O legislador espanhol fez assentar a sua resposta a este problema num conjunto de regras que, mesmo do ponto de vista histórico, sempre partiu do mesmo pressuposto: a perda de uma relevante porção de capital deve conduzir à dissolução e liquidação da sociedade. Confirmam-no os artigos 150. 3º da Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 (LSA), 260.1 4º do Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 (TRLSA) e, atualmente, o artigo 363.1 letra «d» da Ley de Sociedades de Capital, de 2 de julio de 2010 (LSC).

Este último artigo refere duas medidas alternativas à dissolução da sociedade. A dissolução da sociedade pode ser afastada se se aumentar ou reduzir o capital na medida suficiente. Estas duas hipóteses incluem-se nas chamadas «medidas diretas»¹⁹³ e levantam algumas dificuldades de interpretação que teremos ocasião de expor. De notar que a referida disposição não faz qualquer referência à reintegração das perdas, hipótese que devemos qualificar como uma das medidas mais simples e eficazes neste processo de remoção da causa de dissolução¹⁹⁴.

É certo que a doutrina espanhola não encara as indicações contidas na letra «d» do artigo 363.1 como uma enumeração taxativa¹⁹⁵, assim como o regime português

¹⁹³ Sobre as várias medidas diretas e medidas indiretas, veja-se URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, 2.ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2007, Tomo XIV, vol. 4.º, pp. 43-44. Para além do aumento e redução do capital, também a operação-acordeão e a reintegração patrimonial se inserem no quadro das medidas diretas. Por outro lado, se uma determinada operação acaba por, indiretamente, desviar a aplicação do regime proposto no artigo 363.1 LSC pode ser tida em conta como uma medida indireta (por exemplo, se uma sociedade anónima ou uma sociedade de responsabilidade limitada se transforma noutra tipo social que escapa á aplicação do regime jurídico das sociedades de capitais e o respetivo enquadramento legal não contempla a perda de metade do capital como causa de dissolução).

¹⁹⁴ A possibilidade de recurso a uma medida de saneamento financeiro desta natureza constava expressamente da TRLSA de 1951.

¹⁹⁵ SANCHEZ RUS, *El capital social: presente y futuro*, cit., p. 418.

deixa em aberto outras hipóteses para minimizar o grave desequilíbrio entre capital e património, para além daquelas que a lei expressamente prevê.

De acordo com os parâmetros estabelecidos pela lei espanhola, os administradores devem convocar a assembleia incluindo, como pontos da ordem do dia, o aumento ou a redução do capital, podendo omitir a hipótese de dissolução da sociedade ou, se preferirem, incluem também esta possibilidade na ordem do dia acautelando um eventual bloqueio na aprovação das medidas de saneamento propostas¹⁹⁶.

Resta chamar a atenção para a exigência de uma efetiva execução do acordo adotado em assembleia geral. Não é suficiente a aprovação formal do acordo, é absolutamente necessário que se concretize a operação societária em causa pois só assim se evita o severo regime sancionatório associado à configuração deste facto como causa legal de dissolução¹⁹⁷. A jurisprudência destaca também esta exigência de execução do acordo¹⁹⁸.

Por sua vez, observando o regime português, o n.º 3 do artigo 35.º CSC contém, a título exemplificativo, algumas medidas que poderão corporizar a reação da sociedade face à situação de perda patrimonial grave.

Já o afirmamos, e agora voltamos a recordar, que a lei não impõe a obrigatoriedade de adoção de uma medida que vise restabelecer o equilíbrio patrimonial. A lei apenas determina que, pelo menos, as três soluções indicadas no artigo 35.º CSC devem constar necessariamente do aviso convocatório da assembleia geral exigida pelo n.º 1 do mesmo artigo. Além destas, outras soluções poderão ser apresentadas pelos administradores aos sócios (no próprio aviso convocatório ou no decurso da reunião dos sócios) para eventual deliberação, se servirem, mais adequadamente, os interesses da sociedade¹⁹⁹. A título de exemplo, a hipótese de

¹⁹⁶ Vide STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 110/2004, de 23 de febrero (RJ 2004\1138).

¹⁹⁷ Prescinde-se, no entanto, da inscrição da respetiva operação no Registo Mercantil uma vez que esta inscrição tem natureza meramente declarativa e não constitutiva.

¹⁹⁸ Cfr. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 110/2004, de 23 de febrero (RJ 2004\1138) e STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 298/2004, de 16 de abril (RJ 2004\3261).

¹⁹⁹ A referência às «medidas julgadas convenientes» presente no n.º 1 do artigo 35.º CSC confirma que tanto os membros do órgão da administração como os sócios podem propor e analisar várias soluções, desde que orientadas para o saneamento económico-financeiro da sociedade. Este é, de resto, o entendimento de grande parte da doutrina portuguesa. Vide TARSO DOMINGUES, P., *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 358 ss.; MOTA PINTO, «O artigo 35.º do Código das

aumento do capital social ou a chamada operação acordeão (redução e aumento simultâneos do capital social).

A solução legal atual concede os sócios total liberdade na escolha da opção a tomar face à situação de perdas graves, aspeto que confirma a opção do legislador português por um modelo meramente informativo neste caso. Total liberdade quanto à hipótese de reagir ou não e na escolha da medida que considerem mais adequada²⁰⁰.

Sobressai, neste momento, uma notória divergência entre a orientação seguida pelo Direito espanhol e a orientação subjacente ao regime jurídico português. O enquadramento da perda de capital como causa de dissolução impõe necessariamente a prossecução de medidas de recapitalização ou, inversamente, de liquidação da sociedade, num momento em que o património líquido ainda apresenta um saldo positivo. A normativa espanhola proporciona aos administradores da sociedade um estímulo muito enérgico para promover a adoção de medidas com o objetivo de corrigir o desequilíbrio patrimonial, sendo, por este motivo, classificado como um «*expediente de carácter preconcursal*»²⁰¹.

O regime português afasta-se desta conceção, consagrando um modelo puramente informativo, deixando ao critério dos sócios a opção por uma postura e atuação mais reativa face à previsibilidade de uma posterior situação de insolvência.

4. A dissolução da sociedade

No ordenamento jurídico espanhol a dissolução da sociedade não é tratada apenas como mais uma hipótese no meio de tantas outras medidas a adotar, no caso de perda grave do capital social. Trata-se da consequência mais imediata, a perspetiva que

Sociedades Comerciais na versão mais recente», cit., p. 133; MENEZES CORDEIRO, «A perda de metade do capital social e a Reforma de 2005: um repto ao legislador», p. 83; VASCONCELOS, P., «A perda grave do capital», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 10, 2007, p. 25. A jurisprudência também adotou o mesmo entendimento. *Vid.*, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28-10-2008 (RUI MOURA), em www.dgsi.pt, processo n.º 7648/2008-1.

²⁰⁰ De forma muito clara, ALEXANDRE MOTA PINTO apresenta esta característica do regime em apreço utilizando a ideia do «se» e do «como». Os sócios devem decidir se e como reagem à situação de perda do capital social. Se optam por reagir e tomar alguma medida ou preferem não reagir e manter a situação de desequilíbrio, desencadeando a consequência descrita no artigo 171.º n.º 2. Por outro lado, o desacordo dos sócios quanto às medidas a tomar pode conduzir a um bloqueio e consequente ausência de reação porque, como salienta este A., muitas vezes o «se» depende do «como». Cfr. MOTA PINTO, «O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais na versão mais recente», cit., pp. 133-134.

²⁰¹ SANCHEZ RUS, *El capital ...*, p. 423.

deve ser ponderada em primeiro lugar, como se depreende do enquadramento sistemático que reveste esta temática na LSC. A perda de capital é configurada precisamente como uma causa de dissolução societária, estabelecida no artigo 363.1 letra «d» LSC, por isso mesmo uma causa que tem a sua origem na lei, não estatutária, e que desencadeará a conseqüente liquidação da sociedade.

Esta causa opera como resultado de perdas que conduzem à redução do património líquido para uma quantidade inferior a metade do capital social e não determina a dissolução automática da sociedade. Esta deve ser «*debidamente constatada*» pela assembleia geral da sociedade ou por resolução judicial (artigo 362. LSC). Para o efeito, a lei prevê um conjunto sequencial de atos cujo ponto de partida é a ocorrência da referida causa de dissolução.

Resumidamente, esta sequência tem o seu início com a atuação dos administradores que devem convocar a «*junta general*» no prazo de dois meses para que esta delibere sobre o acordo de dissolução (ou, no caso de já se encontrar numa situação de insolvência, para que esta mesma assembleia instaure o respetivo processo «*concurzal*»). Se não foi efetivamente convocada a assembleia, não se celebrou a mesma ou não adotou alguma das necessárias deliberações que se impõem neste circunstancialismo, «*cualquier interesado*» poderá instaurar a dissolução judicial (artigos 366.1 LSC). Os próprios membros do órgão de administração estão obrigados a solicitar a dissolução judicial, no prazo de dois meses, quando o acordo for contrário à dissolução ou quando não for efetivamente adotado um acordo (artigo 366.2 LSC). Resta referir os termos em que assenta a responsabilidade que recai sobre os administradores que não cumpram com a sua obrigação de convocar a assembleia ou de solicitar a dissolução judicial: responderão solidariamente pelas obrigações sociais posteriores à ocorrência da causa legal de dissolução (artigo 367.1 LSC)²⁰².

²⁰² Na sequência da «Orden de 7 de noviembre de 2006», a «Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación» foi incumbida da elaboração de um novo Código Mercantil, tendo sido o texto da Proposta entregue ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça pelo Presidente desta Secção em 17 de Junho de 2013. Esta Proposta dedica o seu «Libro Segundo» à matéria das sociedades mercantis e, dentro deste livro, o Título VII versa sobre a temática da dissolução, liquidação e extinção de sociedades mercantis. Em particular, a Subsecção 2.^a da Secção 1.^a apresenta uma proposta de regulamentação da redução de património para um valor inferior a metade do capital social.

Não deixa de ser curioso realçar, desde já, que, pela primeira vez, se utiliza num texto (ainda proposta de lei) a expressão «*pérdidas de la mitad del capital*» (artigo 272-11.). Em geral, o regime da dissolução segue o modelo acolhido no Texto Refundido da Ley de Sociedades de Capital (cfr. ponto III-

Por sua vez, a al. a) do n.º 3 do artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais português apresenta a dissolução da sociedade como um assunto que deve integrar a ordem do dia, ou seja, um assunto que deve ser discutido na assembleia geral convocada pelos administradores com o intuito de informar os sócios acerca da situação patrimonial da sociedade.

Com efeito, os sócios podem optar pela «extinção» da sociedade²⁰³. Como primeira fase desse processo de extinção temos a dissolução da sociedade²⁰⁴, à qual se segue a fase da liquidação²⁰⁵.

Apesar de ser a primeira das medidas referidas no artigo 35.º CSC será, provavelmente, a «última solução que os sócios desejarão», se a dimensão das perdas

83. da «Exposición de Motivos» da Proposta de Código Mercantil). Especificamente, associa-se à situação de perdas qualificadas, como particular causa de dissolução legal (cfr. artigo 272-8. n.º 2 da Proposta de Código Mercantil) a prescrição de determinados deveres legais dos administradores. Os administradores devem incluir na ordem do dia da assembleia geral de aprovação das contas anuais vários pontos que devem ser discutidos sempre que se verifique uma causa legal de dissolução por perdas qualificadas, tais como o aumento de capital, a redução de capital, a reintegração do capital social ou a dissolução da sociedade. Sempre que o acordo social seja contrário à dissolução ou não se verifique um efetivo aumento, redução ou reintegração do capital, os administradores devem solicitar a dissolução judicial da sociedade no prazo de um mês a contar dos factos mencionados (cfr. artigo 272-11. da Proposta de Código Mercantil). A Proposta de Código Mercantil conserva o mesmo tipo especial de responsabilidade dos administradores (responsabilidade por dívidas sociais) ainda que, agora, fique circunscrito aos casos em que não se promova a dissolução da sociedade por perdas qualificadas, numa clara homenagem à realidade do tráfico jurídico-mercantil (artigo 212-12.). Por outro lado, a Comissão de Codificação também procurou limitar o alcance da responsabilidade dos administradores ao eliminar, como pressuposto desta responsabilidade, o facto de os administradores não solicitarem o «concurso» da sociedade se esta se encontrar numa situação de insolvência. Cfr. CARBAJO CASCÓN, F., «Tutela de acreedores mediante la responsabilidad de administradores por no disolver o declarar el concurso de la sociedad de capital. Notas del ordenamiento jurídico español», *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 10, ano 5, 2013, p. 147 e p. 167.

²⁰³ Sobre o novo regime de dissolução instituído pela reforma do direito societário em 2006, vide CASSIANO DOS SANTOS, F., «Dissolução e liquidação administrativas de sociedades», no vol. *Reformas do Código das Sociedades, Colóquios*, n.º 3, IDET, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 139 ss..

²⁰⁴ Podemos dividir as causas de dissolução da sociedade em três grupos: a) as causas de *dissolução imediata* (além de outros eventualmente previstos no contrato, incluem-se neste grupo os factos previstos no artigo 141.º n.º 1 CSC); b) causas de *dissolução administrativa* ou *por deliberação dos sócios* (causas facultativas de dissolução), que, além de outras previstas no contrato ou na própria lei, são as mencionadas no artigo 142.º n.º 1 CSC; c) causas de *dissolução oficiosa*, estipuladas no artigo 143.º CSC.

²⁰⁵ Excepcionalmente, pode não ter lugar a fase de liquidação: hipótese do artigo 147.º CSC, que permite a partilha imediata – partilha imediata à dissolução – se a sociedade não tiver dívidas. Numa outra hipótese, a fase da liquidação surge simplificada, tal como consta do artigo 148.º n.º 1 CSC. Durante a fase de liquidação, normalmente morosa, a sociedade, apesar de dissolvida, mantém a personalidade jurídica, continuando a sua estrutura organizatória fundamentalmente inalterada. Só se considera extinta pelo registo do encerramento da liquidação (artigo 160.º CSC).

não justificar esta solução tão gravosa para os interesses dos sócios (uma vez que o valor da sua quota de liquidação irá refletir a perda sofrida pela sociedade²⁰⁶).

Surge agora como um caso de dissolução imediata fundamentada na livre vontade dos sócios, expressa numa deliberação social, operando nos termos da disposição geral do artigo 141.º n.º 1 b) CSC²⁰⁷. De acordo com esta alínea, a dissolução da sociedade pode ocorrer, sem qualquer fundamento material, por causa de uma deliberação dos sócios, tomada nas condições de quórum constitutivo e deliberativo previstas na lei, sem prejuízo de o contrato poder exigir maioria mais elevada ou outros requisitos²⁰⁸. Neste caso, é a perda grave do capital que está na origem da deliberação dos sócios optando pela dissolução da sociedade, mas continua a ser a própria vontade

²⁰⁶ Assim, TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, cit., p. 360.

²⁰⁷ O enquadramento desta situação no mapa dos vários tipos de dissolução permitidos pelo regime português poderia suscitar dúvidas, até porque o artigo 35.º CSC não se pronuncia sobre este particular aspeto. Excluída, naturalmente, a hipótese das causas de dissolução oficiosa, também se recusa o quadro das causas de dissolução administrativa, com cariz facultativo, reguladas no artigo 142.º CSC (Cfr. MOTA PINTO, «O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais na versão mais recente», cit., p. 146). O regime deste último grupo dita que a operação de dissolução tanto pode ser deliberada por «maioria absoluta dos votos» (cfr. artigo 142.º n.º 3 CSC) como pode ser requerida individualmente por qualquer sócio ou credor social (cfr. artigo 144.º CSC e artigo 4.º n.º 1 do Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e de Liquidação de Entidades Comerciais – RJPADLEC (cfr. anexo III do DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março de 2006). Na verdade, esta possibilidade da dissolução poder ser requerida por qualquer sócio ou credor já foi consagrada como solução a aplicar no caso de perdas graves, no contexto da redação inicial do n.º 3 do artigo 35.º CSC, solução que não se compatibiliza com a opção atual do legislador societário que consagrou um modelo meramente informativo nesta matéria, não concedendo essa prerrogativa a qualquer sócio ou terceiro credor, excluindo claramente tal possibilidade. Por outro lado, as graves consequências desta «última solução» reclamam uma aprovação da deliberação, nos diferentes tipos sociais, por maioria qualificada e não apenas a maioria (simples) dos votos emitidos, tal como resultaria da aplicação do artigo 142.º n.º 3. Ressalve-se, no entanto, a hipótese configurada pelo artigo 386.º n.º 4 CSC.

²⁰⁸ Nas sociedades por quotas a deliberação deverá ser tomada por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social (artigo 270.º CSC), nas sociedades anónimas por dois terços dos votos emitidos na assembleia (artigo 383.º n.º 2 e artigo 386.º n.º 3 CSC) e nas sociedades em nome coletivo é exigida unanimidade (artigo 194.º CSC). Como bem se compreenderá, estas exigências ao nível da formação da maioria necessária para a dissolução acabam por «favorecer a manutenção da sociedade em actividade» (MOTA PINTO, «O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais na versão mais recente», cit., p. 146).

A inobservância da maioria legalmente exigida afeta a validade da deliberação tomada - vício de procedimento que determina a sua anulabilidade - ao abrigo do artigo 58.º n.º 1 al. a) CSC. Sobre esta matéria da invalidade das deliberações sociais, veja-se MAIA, P., «Deliberações dos sócios», no vol. COUTINHO DE ABREU, J. M. (coord.), *Estudos de Direito das Sociedades*, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 279 ss..

dos sócios que atua como fundamento de dissolução, e não a insuficiência significativa do capital como causa automática e imediata de dissolução²⁰⁹.

A dissolução da sociedade, atualmente, não depende de forma especial nos casos em que tenha sido deliberada pela assembleia geral – artigo 145.º n.º 1 do CSC. Contudo, deverá ser inscrita no serviço de registo competente na sequência de um requerimento formulado pela administração ou liquidatários da sociedade, sendo que os sócios também dispõem da faculdade de requerer esta inscrição (cfr. artigo 145.º n.º 2 do CSC).

Posteriormente, a dissolução será publicada, a expensas da sociedade, em sítio na Internet de acesso público, de acordo com o artigo 167.º CSC.

Importa acrescentar que a dissolução não implica necessariamente a extinção da sociedade, uma vez que os sócios podem deliberar o regresso à atividade da sociedade que se encontra em fase de liquidação, verificados os pressupostos do artigo 161.º CSC.

BIBLIOGRAFIA

BERNARDO, N., «A conservação do capital social e a perda da sua metade», *Revista Revisores & Empresas*, n.º 16, 2002.

BRITO CORREIA, L., *Direito Comercial*, 2.º vol., *Sociedades Comerciais*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1989.

CABRITA NETO, S.; AMARO, V. e SOUSA, T., «O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais – a perda de metade do Capital Social», *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, n.º 9, Janeiro 2002.

CARBAJO CASCÓN, F., «Tutela de acreedores mediante la responsabilidad de administradores por no disolver o declarar el concurso de la sociedad de capital. Notas del ordenamiento jurídico español», *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 10, ano 5, 2013.

²⁰⁹ No seu comentário ao regime da dissolução e liquidação de sociedades em vigor desde 1986, RAÚL VENTURA inclinava-se também para este entendimento, pese embora a redação inicial da norma seguir outro rumo. Cfr. VENTURA, *Dissolução ...*, pp. 140-141.

CASSIANO DOS SANTOS, F., «Dissolução e liquidação administrativas de sociedades», no vol. *Reformas do Código das Sociedades, Colóquios*, n.º 3, IDET, Almedina, Coimbra, 2007.

CASSOTTANA, M. e NUZZO, A., *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002.

DIDIER, P., «Le capital social et la protection des créanciers sociaux», *Le Code de Commerce, Livre du bicentenaire 1807-2007*, Dalloz, Paris, 2007.

FERNANDES, R. A., «Perda de metade do capital, e agora?», *Jornal de Contabilidade*, n.º 297, 2001.

FERRER CORREIA, A.; LOBO XAVIER, V.; COELHO, M. Â. e CAEIRO, A., «Sociedade por quotas de responsabilidade limitada/Anteprojecto de lei – 2.ª redacção e exposição de motivos», *RDE*, Ano III, 1977.

MACHADO PLAZAS, J., *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

MENEZES CORDEIRO, A., «A perda de metade do capital social e a Reforma de 2005: um repto ao legislador», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, 2005.

MENEZES CORDEIRO, A., «Da perda de metade do capital social das sociedades comerciais», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, 1996.

MENEZES CORDEIRO, A., *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005.

MAIA, P., «Deliberações dos sócios», no vol. Coutinho de Abreu, J. M. (coord.), *Estudos de Direito das Sociedades*, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.

MOTA PINTO, A., «O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais na versão mais recente», no vol. *Temas societários, Colóquios*, N.º 2, IDET, Almedina, Coimbra, 2006.

NOGUEIRA SERENS, M., *Notas sobre a Sociedade Anónima*, Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

PINTO FURTADO, J., *Código Comercial Anotado*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1975.

SÁNCHEZ RUS, H., *El capital social: presente y futuro*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012.

TARSO DOMINGUES, P., «Capital e património sociais, lucros e reservas», no vol. Coutinho de Abreu (coord.), *Estudos de direito das sociedades*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2005.

TARSO DOMINGUES, P., «Garantias da Consistência do Património Social», no vol. *Problemas de Direito das Sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, 2004.

TARSO DOMINGUES, P., «Nótula relativa à revogação/substituição da 2.^a Diretiva sobre sociedades (a chamada «Diretiva do Capital»)», *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 9, ano 5, 2013.

TARSO DOMINGUES, P., *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2009.

URÍA, R., MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (dirs.), *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, 2.^a ed., Thomson Civitas, Navarra, 2007.

VASCONCELOS, P., «A perda grave do capital», *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 10, 2007.

VENTURA, R., «Adaptação do Direito Português à Segunda Diretiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades», *Separata do BMJ (Boletim do Ministério da Justiça) – Documentação e Direito Comparado*, n.º 3, 1980.

VENTURA, R., *Dissolução e Liquidação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1987.