

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

**GABINETE
DE DOCUMENTAÇÃO
E DIREITO
COMPARADO**

LISBOA

**DIREITO
COMUNITÁRIO**



ADAPTAÇÃO
DO DIREITO PORTUGUÊS
À SEGUNDA DIRECTIVA
DO CONSELHO DA COMUNIDADE ECONÓMICA
EUROPEIA
SOBRE O DIREITO DAS SOCIEDADES

Raúl Ventura

SUMÁRIO

1. A Segunda Directiva; publicação e preparação
2. Finalidades e conteúdo da Directiva
3. Artigo 1.º – Âmbito da Directiva
4. Artigos 2.º e 3.º – Indicações obrigatórias no acto constitutivo ou nos estatutos
5. Artigo 4.º – Responsabilidade por actividades anteriores à autorização.
6. Artigo 5.º – Unipessoalidade e redução do número de sócios abaixo do mínimo legal.
7. Artigo 6.º – Capital subscrito mínimo
8. Artigo 7.º – Constituição do capital subscrito
9. Artigo 8.º – Emissão de acções por montante inferior ao seu valor nominal
10. Artigo 9.º – Tempo de liberação das acções
11. Artigo 10.º – Verificação das entradas em espécie
12. Artigo 11.º – Aquisição pela sociedade elementos do activo
13. Artigo 12.º – Obrigação de liberar as acções
14. Artigo 13.º – Transformação em sociedade anónima
15. Artigo 14.º – Ressalva quanto a modificações dos estatutos
16. Artigo 15.º – Distribuições proibidas
17. Artigo 16.º – Repetibilidade de distribuições proibidas
18. Artigo 17.º – Perda grave do capital subscrito
19. Artigos 18.º a 24.º – Acções próprias da sociedade
20. Artigo 25.º – Deliberação de aumento de capital
21. Artigo 26.º – Liberação de acções no caso de aumento de capital

(*)N.º 77/91/CEE, de 13 de Dezembro de 1976, tendo em vista a protecção dos interesses tanto dos associados como de terceiros, pelo que respeita à constituição da sociedade anónima bem como à manutenção e às modificações do seu capital.

22. Artigo 27.º – Entradas em espécie no caso de aumento de capital
23. Artigo 28.º – Subscrição incompleta de acções
24. Artigo 29.º – Direito de preferência na subscrição de aumento de capital
25. Redução do capital. Direito português vigente
26. Artigo 30.º – Deliberação de redução do capital
27. Artigo 31.º – Deliberações especiais por categorias de acções
28. Artigo 32.º – Protecção dos credores
29. Artigo 33.º – Dispensa da protecção normal dos credores
30. Artigo 34.º – Redução a um capital inferior ao mínimo legal
31. Artigo 35.º – Reembolso de acções sem redução do capital
32. Artigo 36.º – Redução do capital por amortização forçada de acções
33. Artigo 37.º – Redução do capital por extinção de acções próprias
34. Artigo 38.º – Deliberações especiais por categorias de acções
35. Artigo 39.º – Acções emitidas como remíveis
36. Artigo 40.º – Requisitos de certas deliberações
37. Artigo 41.º – Derrogações permitidas aos Estados membros
38. Artigo 42.º – Igualdade de tratamento dos accionistas
39. Artigos 43.º e 44.º – Disposições finais
40. Sugestões de alterações do direito português
 Texto francês da Directiva.

1. A SEGUNDA DIRECTIVA; PUBLICAÇÃO E PREPARAÇÃO.

No *Journal officiel des Communautés européennes* n.º L 26/1, de 31 de Janeiro de 1977, foi publicada a *DEUXIÈME DIRECTIVE DU CONSEIL, du 13 Décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (77/91/CEE)*.

A raiz desta Directiva (a que, daqui por diante, chamarei SEGUNDA DIRECTIVA) encontra-se nos estudos efectuados, em 1964, por um grupo de trabalho (Groupe de Travail «Droit des sociétés»), que não conheço directamente. Em 20 de Abril de 1965, o Prof. VAN OMMESLAGHE apresentou um interessante «Rapport complémentaire» sobre os estudos desse grupo de trabalho (Documento 5706/III/C/65).

Em 9 de Março de 1970, a Comissão apresentou ao Conselho a proposta de Segunda Directiva (J. O. n.º C/48, de 24.4.70). O articulado é precedido por uma exposição de motivos, em cuja introdução, depois de ser relembrada a Primeira Directiva, são explicados o âmbito e o conteúdo da proposta. Sobre o âmbito, v. adiante n.º 3.

O conteúdo proposto da Segunda Directiva constitui uma «limitação» à tarefa da CEE em matéria de sociedades. A coordenação das garantias prevista pelo art. 53.3.g) do Tratado abrange o conjunto do direito das sociedades, pois a quase totalidade das disposições deste tem por fim proteger os interesses ou dos associados ou de terceiros. Para a Segunda Directiva, a escolha incidiu sobre as disposições protectoras que a sociedade deve observar para a sua constituição, para a manutenção e para as modificações do seu capital.

A proposta de Segunda Directiva foi submetida à apreciação da Assembleia do Parlamento Europeu que, em resumo, a aprovou no seu conjunto e convidou a Comissão a modificar apenas um artigo, o 10.º, onde se lia «Le capital souscrit ne peut être constitué par des apports non susceptibles de réalisation» e, segundo o convite, passaria a ser dito «Le capital souscrit ne peut être constitué par des apports non susceptibles de réalisation tels que, notamment, le travail et les prestations de service».

Na sessão de 26 e 27 de Abril de 1971, o Comité Económico e Social deu, sobre a proposta de Segunda Directiva, o parecer que lhe fora solicitado pelo Conselho (parecer publicado no J.O. C/88, de 6 de Setembro de 1971). Terei ocasião de recorrer algumas vezes a esse parecer, para esclarecimento de preceitos da Directiva.

Os pareceres do Parlamento Europeu e do Comité Económico e Social e bem assim a adesão da Grã-Bretanha, da Irlanda e da Dinamarca, levaram a Comissão a rever e modificar a sua proposta inicial. A modificação da proposta constitui o documento COM (72) 1310, de 30 de Outubro de 1972.

2 – FINALIDADES E CONTEÚDO DA DIRECTIVA

O preâmbulo da Segunda Directiva fornece indicações sobre as finalidades e o conteúdo dela.

Começa, aliás, por justificar o âmbito da Directiva, de que tratarei no número seguinte: «Considerando que a prossecução da coordenação prevista no artigo 54, parágrafo 3, letra g) e do programa geral para a supressão das restrições à liberdade de estabelecimento, iniciada com a directiva 68/151/C.E.E., reveste particular importância nomeadamente para a sociedade por acções porquanto a actividade destas sociedades é predominante na economia dos Estados membros e supera mesmo os confins nacionais».

Em seguida, indica as finalidades dos quatro grupos a que reconduz todas as disposições da Directiva. Como veremos, desde o art. 2.º até ao 41.º da Directiva, encontram-se normas sobre muitos e variados assuntos, no entanto agrupáveis. Este preâmbulo dá-nos a visão dos agrupamentos e ligações pretendidos pelos redactores, embora não se possa afirmar que retrata sempre fielmente o conteúdo da directiva.

Aparece em primeiro lugar uma afirmação genérica, da qual se deduz que o conteúdo da directiva se agrupa em preceitos respeitantes à constituição da sociedade, à salvaguarda do capital, ao aumento do capital e à redução do capital das sociedades por acções: «considerando que para assegurar a equivalência mínima da protecção dos accionistas e dos credores da sociedade é necessário em particular coordenar as legislações nacionais respeitantes à sua constituição, bem como à salvaguarda, ao aumento e à redução do capital das sociedades por acções».

Depois, aparece um parágrafo, que aponta para um grupo de preceitos uma finalidade que, como adiante se verá, talvez seja muito restricta: «considerando que no território da Comunidade o estatuto ou acto constitutivo da sociedade por acções deve permitir aos interessados conhecer os elementos essenciais de tal sociedade, em particular a consistência exacta do seu capital».

Em terceiro lugar, aparece a salvaguarda do capital: «considerando que devem ser adoptadas normas comunitárias para salvaguardar o capital, que constitui uma garantia para os credores, proibindo em particular a indevida distribuição de lucros aos accionistas e limitando a possibilidade de adquirir acções próprias».

No último parágrafo juntam-se aumentos e reduções de capital, nos seguintes termos: «considerando que em conformidade com os objectivos referidos no art. 54, parágrafo 3,

letra g), é necessário que, em matéria de aumento e de redução do capital, os Estados membros, nas suas legislações, tutelem a observância e harmonizem a aplicação dos princípios aptos para salvaguardar a paridade de tratamento dos accionistas que se encontram em condições idênticas e a protecção dos credores existentes antes da decisão de redução».

3 – ARTIGO 1.º – ÂMBITO DA DIRECTIVA

Conforme o art. 1.º, as medidas de coordenação prescritas pela Segunda Directiva aplicam-se às disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros, respeitantes aos seguintes tipos de sociedade:

Para a Bélgica – La société anonyme

Para a Dinamarca – Aktieselskabet

Para a França – La société anonyme

Para a Alemanha – Die Aktiengesellschaft

Para a Irlanda – The public company limited by shares; the public company limited by guarantee and having a share capital

Para a Itália – La società per azioni

Para os Países Baixos – De naamlose vennootschap

Para o Reino Unido – The public company limited by shares; the public company limited by guarantee and having a share capital.

A estes tipos de sociedades nos referidos países corresponde em Portugal a sociedade anónima de responsabilidade limitada. Às disposições legislativas, regulamentares e administrativas que em Portugal regulem este tipo de sociedades será, portanto, aplicável, em devido tempo, a Segunda Directiva.

Ao contrário do que tinha sucedido com a determinação do âmbito da Primeira Directiva, os redactores da Segunda Directiva lembraram-se da possível existência de preceitos nacionais que façam regular, no todo ou em parte, certas modalidades de sociedades pelas regras editadas para as sociedades que, pela equiparação acima referida, passarei a chamar anónimas (e que, aliás, o próprio título da Directiva também chama «Sociedade Anónimas»). Assim, o n.º 2 do art. 1.º declara que Estados membros podem deixar de aplicar a directiva às sociedades de investimento com capital variável e às cooperativas.

Em complemento dessa disposição, o mesmo n.º 2 define, para os efeitos da Directiva, «sociedades de investimento com capital variável», como exclusivamente aquelas sociedades

- cujo único objecto consiste na colocação dos seus próprios fundos em valores mobiliários diversos, em valores imobiliários diversos ou em outros valores, com o único fim de repartir os riscos de investimento e de fazer beneficiar os seus accionistas do resultado da gestão dos seus haveres,
- que façam apelo ao público para colocar as suas próprias acções,
- cujo estatuto prevê que, dentro dos limites de um capital mínimo e de um capital máximo, elas podem em qualquer momento emitir acções, resgatá-las ou revendê-las.

Não há, portanto, uma exclusão automática das sociedades de investimento e das sociedades cooperativas. Se os Estados membros não procederem à exclusão dessas modalidades de sociedades, deverão também aplicar a Segunda Directiva à disciplina destas. Deste modo, o legislador português, quando proceder às alterações legislativas necessárias para o cumprimento da Segunda Directiva, deverá decidir se quer ou não que tais alterações se apliquem só às sociedades anónimas, em geral e propriamente ditas, ou também às sociedades de investimento e às cooperativas. Não parece que tenha de proceder a uma opção em bloco, podendo, portanto, escolher, nesse aspecto, o âmbito que pretende dar a cada nova disposição.

A questão, pelo menos formalmente, não se coloca do mesmo modo, quanto às duas excepções permitidas aos legisladores nacionais. Em Portugal não existe neste momento legislação especial reguladora das sociedades de investimento com capital variável e, portanto, ou vem a ser publicada legislação sobre elas e ao estabelecer essa legislação o legislador optará quanto aos preceitos da Directiva que pretende consagrar nessa lei, ou nenhuma excepção é necessária. Quanto às sociedades cooperativas, o art. n.º 207.º § 1.º do Código Comercial determina que «as sociedades cooperativas deverão adoptar para a sua constituição uma das formas preceituadas no artigo 105.º, e regular-se-ão pelas disposições que regerem a espécie, cuja forma hajam adoptado, com as modificações constantes do presente capítulo» e o § 2.º do mesmo artigo: «qualquer que seja a forma social que uma sociedade cooperativa haja adoptado, ficará sujeita às disposições relativas às sociedades anónimas no tocante à publicação do título constitutivo e às alterações que neste se fizerem, bem como às obrigações e responsabilidades dos administradores». Portanto, a opção facultada ao legislador português pelo art. 1.º n.º 2 da Directiva deverá ser uma opção *expressa* no sentido da inaplicabilidade da Directiva (ou correspondente lei de aplicação) às sociedades cooperativas, pois o silêncio constituirá uma opção tácita a favor da aplicabilidade.

Além das sociedades cooperativas, outro tipo de sociedades – as sociedades em comandita por acções – estão no direito português ligadas genericamente às sociedades anónimas (Código Comercial, art. 201.º). A Primeira Directiva foi expressamente aplicável às sociedades anónimas e às sociedades em comandita por acções; da enumeração de tipos de sociedades feita pelo transcrito art. 1.º n.º 2 da Segunda Directiva, vê-se que desta vez não estão expressamente abrangidas as sociedades em comandita por acções. Onde se segue que o legislador português não aplicará directamente a Directiva às sociedades em comandita por acções quando legislar sobre a aplicação da Directiva, no âmbito desta, mas deverá ter em conta que, por força dos seus próprios preceitos internos, estará a legislar tanto para as sociedades anónimas como para as sociedades em comandita por acções, caso não exclua no todo ou em parte, mas sempre expressamente, estas últimas.

Outra diferença de âmbito entre as duas Directivas respeita às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, expressamente incluídas na Primeira Directiva e omitidas (portanto, excluídas) na Segunda Directiva. Neste momento não existe disposição legal portuguesa que torne a disciplina das sociedades anónimas subsidiária da disciplina das sociedades por quotas. Se houver alguma remissão especial em assuntos tratados pela Directiva, o legislador terá que escolher, como acima dito, para as sociedades em comandita por acções; na falta de remissões especiais, a escolha do legislador será a contrária: determinar qual a parte da nova legislação que julga conveniente estender às sociedades por quotas (quando falo em «remissão especial» abranjo tanto de aquelas que se encontrem expressas na lei, como aquelas que a doutrina tenha descoberto implícitas, segundo os métodos aplicáveis de integração de lacunas).

No art. 1.º da Segunda Directiva aparecem desgarradas duas disposições relativas à indicação do tipo da sociedade. Chamo-lhes desgarradas porque não vejo outro motivo para elas terem sido insertas num artigo que se ocupa do âmbito da Directiva, conforme os tipos de sociedades, a não ser por não se ter encontrado melhor lugar no conteúdo da Directiva.

Por força da primeira (parte final do art. 1.º n.º 1), «a denominação social de cada sociedade que pertença a um dos tipos acima referidos deve comportar uma indicação diversa daquela prescrita para outros tipos de sociedade ou deve ser acompanhada por tal indicação».

Não vale a pena apreciar a redacção dessa regra (que me parece pouco feliz), pois o direito português dá-lhe perfeita satisfação; Código Comercial, art. 23.º: «A firma das sociedades anónimas consistirá numa denominação /.../ esta denominação será sempre precedida ou seguida das palavras «sociedade anónima de responsabilidade limitada» ou das iniciais «S.A.R.L.».

Por força da segunda parte do art. 1.º n.º 2, «quando as legislações dos Estados membros se prevaleçam de tal faculdade (a faculdade de não aplicarem a Directiva às sociedades de investimento ou às sociedades cooperativas) elas imporão a estas sociedades que façam inserir respectivamente os termos «sociedade de investimento com capital variável» ou «cooperativa» sobre todos os documentos a que se refere o artigo 4 da Directiva 68/151/C.E.E.». No meu estudo sobre a aplicação em Portugal da Primeira Directiva tratei deste assunto, sobre o qual, por isso, não faço agora comentários.

4 – ARTIGOS 2.º e 3.º – INDICAÇÕES OBRIGATÓRIAS NO ACTO CONSTITUTIVO OU NOS ESTATUTOS

O art. 2.º da Segunda Directiva começa por declarar: «Os estatutos ou o acto constitutivo da sociedade contêm pelo menos as indicações seguintes». É esta a frase inicial do art. 3.º: «Pelo menos as indicações seguintes devem figurar quer nos estatutos, quer no acto constitutivo, quer num documento separado que deve ser objecto duma publicidade efectuada segundo os modos previstos pela legislação de cada Estado membro em conformidade com o artigo 3 da directiva 68/151/CEE».

Era diferente a proposta de directiva. As menções enumeradas no art. 2.º constituíam o conteúdo essencial *dos estatutos*; as mencionadas no art. 3.º eram a parte essencial *do acto constitutivo*. A proposta cindia as duas séries de indicações por um motivo técnico, assim relatado na exposição de motivos: «O artigo 2.1. c) da Primeira Directiva, que estipula que «depois de cada modificação do acto constitutivo ou dos estatutos, o texto integral do acto modificado deve ser publicado na sua redacção actualizada» não precisa o conteúdo desses dois documentos. Considerou-se, pois, preferível distinguir as menções que devem figurar nos estatutos e aquelas que devem figurar no acto constitutivo para tornar em conta o caso de se tratar de dois actos separados. Desta maneira, considerando que por natureza as menções do acto constitutivo não são chamadas a ser modificadas ulteriormente, a aplicação da regra do artigo 2.1.c) da Primeira Directiva encontra-se simplificada, visto que não há que republicar o texto completo dos estatutos modificados».

Considero louvável a preocupação de aliviar o encargo imposto pelo artigo 2.1.c) da Primeira Directiva, mas noto que ela não esteve presente no espírito dos redactores do texto final da directiva, que prevêm a possibilidade de tanto as menções do art. 2.º como as do art. 3.º figurarem ou no acto constitutivo ou nos estatutos e apenas acrescentam a possibilidade de as indicações enumeradas no art. 3.º figurarem num documento separado, que aliás sujeitam à publicidade organizada com base na Primeira Directiva.

Para efeitos de comparação com o direito português vigente e de possível adaptação deste, poderíamos reunir todas as indicações constantes dos dois citados artigos da Directiva, uma vez que o nosso direito não permite na formação das sociedades um documento separado daqueles outros. Tratarei, contudo, separadamente das indicações exigidas por um e por outro dos dois artigos, para manter a ordem e a numeração das várias indicações, assim facilitando as referências.

No estatuto ou acto constitutivo – note-se a inversão relativamente à Primeira Directiva, a qual fala sempre em «acto constitutivo ou estatuto» – e só neles devem ser mencionadas pelo menos as seguintes indicações (art. 2.º):

a) O tipo e a denominação da sociedade;
b) O objecto social;
c) – Quando a sociedade não tem um capital autorizado, a importância do capital subscrito;

– Quando a sociedade tem um capital autorizado, a sua importância e a importância do capital subscrito no momento da constituição da sociedade ou da obtenção do acto que autorize o início das actividades, e bem assim por ocasião de qualquer alteração do capital autorizado, sem prejuízo do artigo 2, parágrafo 1, letra e) da directiva 68/151/CEE;

d) Quando não sejam disciplinadas pela lei, as normas relativas ao número e às modalidades de designação dos membros dos órgãos encarregados da representação relativamente a terceiros, da administração, da direcção, da vigilância ou da fiscalização da sociedade e bem assim as normas relativas à repartição de competências entre estes órgãos;

e) A duração da sociedade, se esta última não é constituída por tempo indeterminado.

As alíneas a) e b) não suscitam dúvidas nem de interpretação nem de comparação com o direito português vigente. Por força do art. 114.º n.ºs 2.º e 3.º do Código Comercial, o título constitutivo das sociedades anónimas – como o de todas as sociedades comerciais – especificará a firma ou denominação social, o objecto da sociedade. Não é este preceito português expresso quanto ao tipo da sociedade, o qual, todavia não pode faltar, devendo considerar-se implícita a exigência da sua especificação.

Das duas hipóteses colocadas na alínea c), ao direito português vigente interessa a primeira, pois nele não existe capital «autorizado» (no sentido de capital autorizado mas não obrigatoriamente subscrito no momento em que a sociedade se constituiu). Por força do art. 114.º § 2.º do Código Comercial, no título constitutivo das sociedades anónimas especificar-se-á a importância do capital social e o art. 162.º determina que as sociedades anónimas só se poderão constituir definitivamente quando, entre outras condições, estiver o capital social integralmente subscrito. Assim, no nosso direito, o capital inicial de formação da sociedade é necessariamente capital subscrito e devendo este figurar no título constitutivo, os nossos actuais preceitos satisfazem aquela alínea da Directiva.

A alínea d) tem correspondência no nosso art. 114.º n.º 5.º Cod. Com.. O preceito da Directiva está redigido com maior pormenorização, mas nada nele se diz – quanto aos órgãos de sociedades anónimas previstos na legislação portuguesa – que não esteja abrangido na nossa fórmula genérica «organização da administração e fiscalização» desde que se tome a palavra «administração» num sentido amplo, usual entre nós, abrangendo tanto a administração stricto sensu como a representação da sociedade.

A duração da sociedade, a mencionar por imposição da alínea e), já também entre nós deve ser especificada – art. 114.º n.º 4 (sobre esta menção, quando a duração for indeterminada, v. Raul Ventura, *Duração e prorrogação da sociedade*, Scientia Iuridica, 1977).

São as seguintes as indicações obrigatórias por força do art. 3.º da Directiva:

- a) a sede social;
- b) o valor nominal das acções subscritas e, pelo menos anualmente, o número de tais acções;
- c) o número de acções subscritas sem valor nominal, quando a legislação nacional autorize a emissão destas;
- d) eventualmente as condições particulares que limitam a transmissão das acções;
- e) as indicações referidas nas letras b), c) e d) para cada categoria de acções eventualmente existentes e os direitos inerentes às acções de cada categoria;
- f) a forma das acções, isto é, se nominativas ou ao portador, quando a legislação nacional preveja essas duas formas, e bem assim todas as disposições relativas à sua conversão, salvo no caso de esta última ser disciplinada pela lei;
- g) a importância do capital subscrito pago no momento da constituição da sociedade ou no momento da obtenção do acto que autorize o início da actividade;
- h) o valor nominal das acções ou, na falta de um valor nominal, o número das acções emitidas como contrapartida de qualquer entrada que não seja em dinheiro, e bem assim o objecto de tal entrada e o nome da pessoa que efectua a entrada;
- i) as generalidades das pessoas físicas ou jurídicas ou das sociedades que tenham subscrito ou em nome das quais foi subscrito o estatuto ou o acto constitutivo ou, quando a constituição da sociedade não é simultânea, as generalidades das pessoas físicas ou jurídicas ou das sociedades que tenham subscrito ou em nome das quais foi subscrito o projecto de estatuto ou de acto constitutivo;
- j) a importância total, pelo menos aproximada, de todas as despesas que, na ocasião da constituição da sociedade e, se disso for caso, antes que a sociedade obtenha o acto que autoriza o início da actividade própria, incumbem à própria sociedade ou são postas a seu cargo;
- k) qualquer lucro particular atribuído na ocasião da constituição da sociedade até que esta última tenha obtido o acto que autoriza a dar início à própria actividade, a quem quer que tenha participado na constituição da sociedade ou nas operações destinadas a obter o referido acto de autorização.

Quando tratarmos da aplicação deste preceito às sociedades anteriores às leis de aplicação da Directiva, veremos que para essas sociedades os Estados membros podem dispensar as menções referidas nas alíneas g), i), j), k) (art. 43, n.º 2).

Passando à comparação com o direito português, o art. 114.º n.º 2 Código Comercial já exige a menção da sede (Raúl Ventura, *A sede da sociedade no direito interno e no direito internacional português*, Scientia Iuridica, 1977).

Embora o nosso Código Comercial não exija expressamente a menção no acto constitutivo do valor nominal e número das acções subscritas, tal exigência resulta implicitamente do art. 166.º: «O capital das sociedades anónimas constituído em dinheiro ou em valores de qualquer natureza é sempre representado e dividido em acções de valor igual, podendo, contudo, o mesmo título representar mais de uma acção». A prática assim o tem entendido, figurando sempre nos actos constitutivos o valor nominal das acções e sendo o número ou expressamente mencionado ou resultante da pura divisão do montante do capital social pelo valor nominal de cada acção, visto o valor destas ser sempre igual.

Novidade trazida pela alínea b) da Directiva está na frase «pelo menos anualmente», a qual é, para mim, muito estranha (salvo se se reporta apenas a capital autorizado). Na verdade, se o art. 3.º trata de indicações que devem figurar no estatuto, acto constitutivo ou documento separado, reportando-se sempre á constituição da sociedade, não vejo como *anualmente* pode figurar nesses documentos o número das acções. Por outro lado, também

não compreendo a necessidade dessa menção *anual*, se pudesse ser feita, pois o número inicial das acções está mencionado nos documentos de formação da sociedade e o número posterior resultará dos actos de alteração desses documentos iniciais, por aumentos ou reduções de capital.

A alínea c) não tem de momento aplicação entre nós, visto não serem permitidas acções destituídas de valor nominal.

Refere-se a alínea d) às condições particulares que eventualmente limitem a transmissão de acções. Manifestamente, a alínea não impõe que os legisladores nacionais permitam que nas suas sociedades anónimas a transmissão de acções esteja limitada por condições particulares (muito menos, quais sejam essas condições lícitas); apenas dispõe que a haver – eventualmente – tais limitações lícitas, elas devem figurar nestes documentos constitutivos da sociedade.

Não existe preceito semelhante na nossa lei e, portanto, deverá ele ser criado. Será preciso cuidado quanto ao modo de o redigir, não se deixe a falsa impressão de que são desprovidas de efeitos jurídicos todas as limitações de transmissão de acções que não figurem nos documentos constitutivos da sociedade. A falta dessa menção nos referidos documentos significa que as condições particulares de transmissão das acções não ficam fazendo parte do *estatuto das acções dessa sociedade*, impondo-se por isso a todos os accionistas como qualquer cláusula do acto constitutivo ou estatuto da sociedade; não impede que os accionistas, entre si ou com terceiros, estabeleçam, por negócios jurídicos especiais e com os efeitos próprios desses negócios, condições desse género.

Alínea e): «quando existem várias categorias de acções, as indicações mencionadas nas alíneas b), c) e d) para cada uma delas e os direitos inerentes às acções de cada uma das categorias». Direi algo sobre categorias de acções a propósito do art. 31.º da Directiva.

O nosso Código Comercial prevê as duas formas de acções, nominativas ou ao portador e, portanto, tem aplicabilidade a alínea f) da Directiva. O art. 114.º § 2.º n.º 3 exige que se especifique no título constitutivo das sociedades anónimas «se as acções são nominativas ou ao portador, reciprocamente convertíveis ou não». Sobre a imposição de uma ou outra dessas formas de acções regem os §§ 1.º e 2.º do artigo 186.º: as acções são sempre nominativas enquanto o seu valor nominal não estiver integralmente pago; depois do integral pagamento das acções os interessados podem exigir que se lhes passem títulos ao portador, quando nos estatutos não houver expressa estipulação em contrário. Fica, pois, ainda larga margem para os interessados regularem a forma das acções e disciplinarem a sua conversão de uma para outra forma (um dos pontos a versar pelos interessados será a despesa da conversão. Sobre a entidade – sociedade ou interessados – a quem cabem as despesas de conversão quando for aplicado o art. 166.º § 2.º, Pinto Coelho, *Estudo sobre as acções das sociedades anónimas*, Cunha Gonçalves, *Comentário*, I, pág. 257); essa regulamentação e disciplina devem figurar no acto constitutivo ou estatuto da sociedade.

A importância do capital subscrito e pago – alínea g) – já deve ser especificada no título constitutivo, por força do art. 114.º § 2.º n.º 1, «discriminando-se o que se acha subscrito e o que estiver realizado».

No nosso actual direito, as acções devem ter valor nominal. O art. 166.º Cod. Com. determina que o capital das sociedades anónimas é sempre representado e dividido em acções de *valor igual*, podendo contudo o mesmo título representar mais de uma acção e o art. 167.º n.º 4 enumera entre as indicações que as acções devem conter «o valor nominal do título e as entradas realizadas». O art. 114.º n.º 1 expressamente manda especificar no título constitutivo o valor nominal das acções. Pelo que fica dito, está prejudicada a parte final da alínea h) da Directiva.

O art. 114.º n.º 1 do Código Comercial, quando manda especificar no título constitutivo «os nomes ou firmas e os domicílios dos associados de responsabilidade ilimitada, e os dos de responsabilidade limitada» dá satisfação à primeira parte da alínea i) da Directiva. A segunda parte desta alínea não tem correspondência directa no nosso direito actual e deve ser nele introduzida.

A alínea l) manda inscrever «o montante total, ou pelo menos aproximado, de todos os encargos que, por motivo da sua constituição, e sendo caso disso, antes de ela ter obtido autorização para começar as suas actividades, a sociedade suportou ou foram postos a seu cargo». É um requisito novo, a introduzir no direito português.

A alínea k) refere-se a «qualquer vantagem particular atribuída a quando da constituição da sociedade, ou até que ela tenha obtido autorização para começar as suas actividades, a alguém que tenha participado na constituição da sociedade ou nas operações que conduziram a esta autorização». Está em parte coberta pelo art. 114.º § 2.º n.º 2 do Código Comercial.

Os arts. 2.º e 3.º da Segunda Directiva são propositadamente omissos quanto às sanções por falta de menções obrigatórias. Lê-se na exposição de motivos da proposta que essas sanções foram deixadas à descrição dos Estados membros, porque se trata de meios de assegurar as regras por eles editadas, que podem sem inconveniente ser deixadas ao cuidado daqueles Estados. Quanto a uma das possíveis sanções, a liberdade dos Estados membros está limitada por outra Directiva; a nulidade da sociedade por falta de menções obrigatórias nos estatutos ou acto constitutivo só pode ser decretada nos casos taxativamente previstos no art. 11.º da Primeira Directiva.

5 – ARTIGO 4.º – RESPONSABILIDADE POR ACTIVIDADES ANTERIORES À AUTORIZAÇÃO

Dispõe o art. 4.º da Directiva:

«1. Quando a legislação dum Estado membro prescrever que uma sociedade não pode começar as suas actividades sem ter recebido autorização para isso, ela deve igualmente prever disposições sobre a responsabilidade pelos compromissos assumidos pela sociedade ou por conta desta durante o período precedente ao momento em que a dita autorização for concedida ou recusada.

2. O parágrafo 1 não se aplica aos compromissos resultantes de contratos celebrados pela sociedade sob condição de que a autorização de começar as suas actividades lhe seja concedida».

Suponho que a situação, no nosso sistema, correspondente à descrita pelo art. 4.º da Directiva é a de uma sociedade, já formalmente constituída, mas ainda não registada, que apesar da falta do registo, inicia as suas actividades. Não vou aqui expor o nosso direito actual sobre o assunto, mas olhar apenas ao direito constituendo, visto que temos já importantes elementos para isso.

No *Anteprojecto de Lei das Sociedades Comerciais, Parte Geral*, da autoria do Prof. Ferrer Correia, com a colaboração do Dr. António Caiero, aparecem três disposições que nos interessam agora:

Artigo 5.º (Período anterior á celebração da escritura social): Se após a conclusão do contrato mas antes da celebração da escritura pública os sócios derem início às actividades sociais, aplicam-se às relações entre os sócios e às relações com terceiros as normas das sociedades civis, com as modificações constantes do artigo 7.º.

Artigo 6.º (Relações entre os sócios da sociedade irregular): 1. Depois de celebrada a escritura mas antes de efectuado o registo, são aplicáveis às relações entre os sócios, com as necessárias adaptações, as regras estabelecidas no contrato e as disposições legais integradoras do tipo de sociedade tido em vista, salvo aquelas que devem ser consideradas afastadas pela lei, em virtude de pressuporem uma sociedade regularmente constituída.

2. Seja qual for o tipo de sociedade visado pelos contraentes, a transmissão por acto entre vivos das participações sociais e as modificações do pacto social ou dos estatutos requerem sempre o consentimento unânime dos sócios.

Artigo 9.º (Relações das sociedades por quotas e por acções irregulares com terceiros):

Pelos negócios realizados em nome de uma sociedade por quotas ou por acções antes de registada a sua constituição, respondem ilimitada e solidariamente todos os que agirem em representação da sociedade, bem como aqueles dos fundadores que tais negócios autorizarem.

2. Se, porém, os referidos negócios forem realizados em nome dos fundadores e com o acordo deles, considera-se existente entre estes, pelo que respeita às relações com terceiros, uma sociedade civil.

3. Neste caso, os fundadores que não participarem directamente nas referidas operações só serão considerados sócios de responsabilidade limitada, se provarem que os credores, ao tempo da conclusão dos respectivos contratos, conheciam a sua intenção de apenas responder até à concorrência do valor das respectivas entradas.

4. Se os negócios jurídicos mencionados no n.º 2 forem celebrados por um não sócio, só os fundadores respondem, sem que lhes aproveite a limitação da responsabilidade prevista no número anterior.

5. Cessa o disposto nos números precedentes se os negócios forem expressamente condicionados ao registo da sociedade e à assunção por esta dos respectivos efeitos.

Os arts. 5.º e 6.º do Anteprojecto, acima transcritos, reportam-se a uma situação e a uma questão não abrangidas pelo art. 4.º da Directiva; este só exige que os legisladores nacionais regulem a responsabilidade para com terceiros e no período acima referido. Transcrevi-os, contudo, para dar uma ideia geral do sistema adoptado pelo Anteprojecto e em seguida limito-me a sintetizar a fundamentação expressa pelos Autores do Anteprojecto para as soluções propostas no art. 9.º. Faço-o, no entanto, sem que isso implique o meu acordo quanto a tudo que nesse artigo se lê.

A regra da responsabilidade ilimitada e solidária de todos quantos agirem em representação da sociedade é apresentada como solução generalizada nas legislações estrangeiras e já adoptada entre nós pelo art. 61.º da Lei das Sociedades por Quotas. Deverá manter-se, por se abonar em sólidas razões como estimular os gerentes à rápida promoção do registo, conservar o património da futura sociedade livre de encargos até ao registo, para que o capital da sociedade corresponda exactamente ao nominal declarado; criar um devedor em face da contraparte, pois as normas civis da representação sem poderes não levariam aqui às soluções mais convenientes. De passagem, observo que talvez conviesse esclarecer mais preferentemente se a ideia é tornar responsáveis quanto a cada negócio todos os fundadores que tenham agido em representação da sociedade, nesse ou noutros negócios, ou só aqueles que tenham agido *nesse negócio*.

Prescreve-se também a responsabilidade daqueles fundadores que tais negócios autorizarem, pois considera-se justo responsabilizar não só quem agiu, mas também quem deu ordens ou indicações para o começo dos negócios sociais ou, pelo menos, consentiu na sua prática. De passagem observo que talvez seja justo responsabilizar aqueles dos fundadores que tenham beneficiado dos negócios efectuados antes do registo; por vezes o registo

demora tanto que os sócios procedem à repartição de lucros, como se a sociedade estivesse regularizada.

A responsabilidade colectiva *ex lege* em que incorrem nos termos referidos, os fundadores da sociedade, mantem-se, em regra, apesar do conhecimento que a contraparte tenha de estar a tratar com uma sociedade não registada; no entanto, aquela responsabilidade pode ser contratualmente excluída ou limitada, como na hipótese prevista no art. 9.º n.º 5, em que o negócio é celebrado sob condição de a sociedade ser registada ou assumir os respectivos efeitos.

O n.º 4 do artigo 9.º encara a hipótese de um negócio ser celebrado não em nome da sociedade mas em nome dos fundadores dela, embora na prática seja por vezes difícil a distinção entre as duas hipóteses. Das várias soluções possíveis para o caso – responsabilidade de todos os sócios que concordaram com o início da actividade, como se a sociedade fosse em nome colectivo; responsabilidade dos fundadores como se fossem sócios duma sociedade em nome colectivo irregular; responsabilidade como sócios de uma sociedade civil – o anteprojecto prefere esta última, que permite a alguns sócios que não tenham agido directamente em representação da sociedade, eximirem-se à responsabilidade ilimitada e solidária, se derem conhecimento aos terceiros da sua intenção de só responder até à concorrência do valor dos bens prestados ou prometidos.

Se os preceitos propostos pelo Prof. Ferrer Correia ou outros semelhantes vierem a ser lei deste país, estará dada satisfação ao art. 4.º da Directiva, pois está criada a responsabilidade pelos compromissos assumidos pela sociedade ou por conta desta e dela está excluída a hipótese de os contratos terem sido celebrados pela sociedade sob condição de a sua situação ser regularizada.

6 – ARTIGO 5.º – UNIPessoALIDADE E REDUÇÃO DO NÚMERO DE SÓCIOS ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

O artigo 5.º da Directiva dispõe:

1. Em todos os Estados membros cuja legislação prescreva para fins de constituição da sociedade o concurso de vários sócios, a pertença das acções a uma só pessoa ou a redução do número de sócios abaixo do mínimo legal depois da constituição da sociedade não importa a dissolução de direito da sociedade.

2. Se nos casos referidos no parágrafo 1 a legislação de um Estado membro prevê que possa ser decretada a dissolução judicial da sociedade, a autoridade judiciária competente deve poder conceder a esta última um prazo suficiente para regularizar a sua própria situação.

3. Com a ordem de dissolução a sociedade deve ser liquidada.»

Num seminário efectuado em Rennes Sinay respondendo a uma pergunta sobre o estado do direito alemão a respeito de sociedades unipessoais, disse:

«Assez curieusement et hypocritement, la société unipersonnelle ne peut pas être fondée comme telle mais dès lors qu'une société par actions a été fondée avec le nombre d'actionnaires fondateurs suffisant, dès lors qu'elle a été constituée régulièrement, si elle devient unipersonnelle, elle peut le rester indéfiniment, à la différence du régime de l'article 9 de la Loi de 1966 qui fixe un délai d'un an».

Seguiu-se uma observação de Guigou: «Je veux simplement préciser en ce qui concerne la société unipersonnelle et plus particulièrement la question de l'affectio societatis, que la société unipersonnelle est un mode de gestion. La notion de contract avec d'autres personnes et l'affectio societatis me paraît totalement absente. C'est seulement

technique de gestion de groupe et ce n'est pas autre chose» (*Droit des groupes de sociétés*, pag. 72.)

Hipocrisia talvez seja exagerado, mas pelo menos à primeira vista parece incoerente proibir a constituição da sociedade por uma só pessoa, mas manter *indefinidamente* em vida uma sociedade que ficou reduzida a um só accionista. Por outro lado, a segunda observação transcrita aponta no sentido de que a sociedade unipessoal pode servir para atingir certos fins especiais, naquele caso a gestão dum grupo de sociedades. E a propósito de grupos de sociedades, veja-se o que se passa com a Eingliederung alemã, em que a sociedade anexada, unipessoal, é mantida como componente do grupo; com a Proposta Cousté, que vai ao ponto de regular a administração da sociedade unipessoal integrada; com o Estatuto de Sociedade Anónima Europeia e com o Projecto Preliminar de Directiva da CEE sobre grupos de sociedades, que expressamente afastam as sociedades unipessoais componentes do grupo, do alcance de preceitos nacionais que prescrevam a dissolução de sociedades unipessoais. Sobretudo, veja-se o art. 251.º da Lei brasileira n.º 6404, que permite a constituição inicial e directa duma sociedade como subsidiária integral doutra sociedade.

No actual direito português existem hipóteses em que o legislador recorreu à unipessoalidade para resolver problemas delicados; quando prescreve a cisão de carteiras de títulos de sociedades mistas, para com elas serem formadas novas sociedades, o legislador permite que essas sociedades se constituam com um só accionista (a sociedade cindida) e assim se mantenham – Decreto-Lei n.º 271/72, art. 14.º; Decreto-Lei n.º 137/79 art. 19.º (ambos estes preceitos hoje revogados).

A questão largamente – em espaço e em intensidade – debatida é, porém, a do destino daquelas sociedades que, tendo-se formado realmente com o número mínimo de sócios admissível na constituição de qualquer sociedade – dois – vem, no decurso da sua vida e por factos de diversas naturezas, a ficar reduzida a um único sócio.

Dessa questão trata o art. 5.º da Directiva, mas não só dela, pois encara também o problema de uma legislação nacional exigir para a formação de uma sociedade anónima um número mínimo de sócios (superior a dois) e posteriormente o número de sócios ficar reduzido a menos do que esse mínimo legal. O art. 5.º n.º 1 pressupõe que uma legislação nacional prescreva para a constituição de uma sociedade anónima o concurso de vários sócios, expressão esta que, para ser coerente com o seguimento do preceito, abrange as duas referidas hipóteses: tornar-se a sociedade unipessoal; o número de sócios deixar de atingir o mínimo legalmente exigível para a constituição da sociedade.

Começo por abordar a segunda hipótese, que se encontra expressamente prevista e disciplinada na lei portuguesa.

O art. 162.º do Código Comercial exige que, para a sociedade se constituir definitivamente, seja de dez pelo menos o número de sócios. O art. 120.º § 3.º dispõe: «as sociedades anónimas dissolvem-se quando por mais de seis meses tiverem existido com um número de sócios inferior a dez e qualquer interessado requeira a dissolução».

Ocupei-me noutra altura deste preceito, procurando designadamente averiguar os motivos determinantes da dissolução nele permitida. Deixando para diante o problema das relações desse preceito com a unipessoalidade da sociedade, o seu regime é bastante claro.

A sua aplicação começa logo que o número de sócios não atinge os dez, seja qual for o número, inferior a dez, dos sócios restantes.

Esse facto não determina, contudo, nem a dissolubilidade imediata nem a dissolução *ipso iure*. A redução dos sócios a um número inferior ao mínimo legal deve ter durado mais de seis meses. A dissolução efectua-se por sentença judicial a requerimento de qualquer

interessado. Donde se segue, por um lado, que a sociedade se mantém, não dissolvida, até que a dissolução seja decretada, por iniciativa de um interessado e, por outro lado, que a decisão judicial tem natureza constitutiva.

Mais delicado é o problema da unipessoalidade, que, quanto às sociedades anónimas, se pode colocar basicamente numa só pergunta: o art. 120.º § 3.º do Código Comercial é aplicável tanto quando o número de accionista passe a ser inferior a dez, mas ainda é de dois, ou também quando a sociedade fica reduzida a um sócio? Se a resposta a esta pergunta for afirmativa, o caso de unipessoalidade terá o tratamento acima descrito. Se a resposta a essa pergunta for negativa, haverá que descobrir o regime a que ficam sujeitas as sociedades anónimas unipessoais e que não será, pelo menos integralmente, o estabelecido no art. 120 § 3.º (Na literatura jurídica portuguesa, são fundamentais quanto às sociedades unipessoais, os estudos do Prof. Ferrer Correia; em «O problema das sociedades unipessoais», BMJ n.º 166, além de uma interessante exposição de direito comparado, encontra-se uma proposta legislativa, que mencionarei no texto. A minha opinião está exposta em «Sociedades comerciais»: dissolução e liquidação», I, pags. 163 e segs.. Para outros direitos, Grisoli, (*Le società con un solo socio*).

Para os efeitos da aplicação da Directiva, não interessa tomar posição quanto a esse problema *de iure condito*; a discussão travada em Portugal e as dúvidas subjacentes justificam plenamente que o legislador aproveite esta oportunidade e de uma vez para sempre dissipe todas as dúvidas, até não só quanto às sociedades anónimas como quanto a todas as sociedades.

Existe para isso um projecto, da autoria de Ferrer Correia, do seguinte teor:

«ARTIGO ... Uma sociedade em nome colectivo, que se encontre reduzida a um único sócio há mais de um ano, será dissolvida judicialmente se qualquer interessado o requerer.

«ARTIGO ... 1. Uma sociedade por acções ou por quotas, que se encontre nas condições previstas no artigo anterior, poderá ser dissolvida judicialmente se qualquer interessado o requerer.

«2. O tribunal concederá ao único sócio ou accionista um prazo razoável, não superior a seis meses, a fim de que a situação seja regularizada, suspendendo-se entretanto os termos da causa; serão ao mesmo tempo decretadas as providências cautelares que se mostrarem adequadas para garantir a conservação do património social durante aquele prazo, se o autor as tiver requerido.

«3. O tribunal não pronunciará a dissolução da sociedade se verificar, perante as circunstâncias do caso, que razões ponderosas desaconselham a liquidação imediata.

«4. Em caso de insolvência da sociedade, o sócio ou accionista responde ilimitadamente pelas obrigações sociais contraídas no período posterior à concentração das quotas ou acções, contanto se prove que nesse período não foram observados os preceitos de lei que estabelecem a afectação do património das sociedades ao cumprimento das respectivas obrigações.»

Vejamos o regime imposto pela Directiva, para depois apreciarmos, perante ele, o actual direito português e o referido projecto.

O primeiro preceito da Directiva consiste em proibir a dissolução *de direito* das sociedades anónimas cujo número de accionistas seja, depois da constituição da sociedade, reduzido a um ou a menos do que o número mínimo de accionistas exigido para a constituição da sociedade.

A essa prescrição negativa podem, contudo, corresponder duas situações positivas: ou puramente aqueles factos não terem relevância jurídica (pelo menos no respeitante à dissolução da sociedade) ou a relevância jurídica daqueles factos ser a (eventual) liquidação da sociedade, por forma que não seja a dissolução de direito. A Directiva não escolhe entre essas duas situações, antes pressupõe que as legislações nacionais tenham dado preferência a uma ou outra; se na legislação nacional optou pela primeira solução, a Directiva nada mais prescreve; se uma legislação nacional preferiu a segunda solução, funcionam os números 2 e 3 do artigo 5.º.

Por isso, o n.º 2 do art. 5.º começa por dizer «se nos casos referidos no parágrafo 1 a legislação nacional prevê que pode ser decretada a dissolução judicial da sociedade», admitindo, portanto, a possibilidade de a legislação nacional *nem sequer* prever para esses casos a dissolução *ope iudicis*. Para a hipótese de a legislação nacional admitir a dissolução judicial, nas citadas circunstâncias, aparece uma nova imposição: a autoridade judiciária competente deve conceder à sociedade um prazo suficiente para regularizar a sua própria situação.

Finalmente, o n.º 3 do art. 5.º dispõe que depois de decretada a dissolução, a sociedade deve ser liquidada.

Na aplicação da directiva ao direito português, é indubitável que, para as duas hipóteses previstas no art. 5.º n.º 1, não será permitida a dissolução *ipso iure*. Já não o era quanto à hipótese primária do art. 120.º § 3.º; não estava prevista para a unipessoalidade no citado projecto; não poderão subsistir doutrinas que, quanto à unipessoalidade de sociedades anónimas, sustentem a dissolução de direito.

A seguir, como vimos, a Directiva considera duas hipóteses: ou a sociedade não fica, segundo a legislação nacional, sujeita a dissolução, ou pode ser dissolvida judicialmente. O legislador português terá de escolher e tudo indica que a escolha recaia na segunda alternativa; é o regime do art. 120.º § 3.º e é o regime proposto no projecto.

Admitindo que assim venha a acontecer, suscita-se-me uma dúvida importante: a de saber se a única alternativa lícita consiste na dissolução *por decisão judicial*. É absurdo que, no caso de unipessoalidade, o sócio único seja forçado a requerer ao tribunal a dissolução da sociedade, em vez de lhe ser permitido outorgar a respectiva escritura; é absurdo que estando os accionistas, em número inferior a dez, de acordo quanto à dissolução da sociedade, tenha um ou mais deles de propor uma acção de dissolução. Aliás, uma causa de dissolução da sociedade é o acordo dos sócios, «acordo» que existe por natureza no caso de unipessoalidade e acordo a que podem chegar os accionistas nas circunstâncias referidas. A única discussão possível nesse caso é qual a causa de dissolução a invocar – o acordo ou outras – e, embora isso seja desprovido de importância prática, parece-me que deve ser invocada a causa reconhecida pelos accionistas, pois essa é a realidade. Observo que estas conclusões nada têm a ver com o *regime da liquidação* da sociedade assim dissolvida; certo é que, outorgada a escritura de dissolução, a sociedade entrará em liquidação, como entraria se a dissolução tivesse sido ordenada por decisão judicial; quais as especialidades que, porventura, a causa existente de dissolução possa provocar no regime da liquidação é um problema distinto e independente do modo como a dissolução foi efectuada.

Aceitando-se a dissolução por via privada, nos termos expostos, não há motivo para esperar qualquer período de tempo, após a redução do número de sócios, pois são estes que desistem da *spes refectiois*. Nem julgo possível argumentar com um interesse dos credores sociais no prazo discutido, uma vez que não são eles que podem, durante esse prazo, proceder à regularização da sociedade.

Já vimos várias vezes que o art. 5.º da Directiva contempla duas hipóteses de redução do número de sócios – à unidade; a um número inferior ao mínimo exigido pela legislação

nacional para a constituição de sociedades anónimas – e bem assim que para as duas hipóteses é idêntico o regime imposto.

A segunda dessas hipóteses pode ocorrer isoladamente da outra – redução a um número de sócios entre dois e dez; a primeira hipótese insere-se necessariamente na segunda, pois a unipessoalidade representa *também* uma redução (ou simultânea ou gradual) de sócios abaixo do número legal.

Não surgem problemas de coordenação de hipóteses enquanto se mantiver dois accionistas; restando um único accionista, pode perguntar-se qual dos regimes deverá ser aplicado, se entre eles houver diferenças. Até onde alcança o art. 5.º, não há diferença, mas tal diferença pode ser estabelecida por uma legislação nacional. Afigura-se-me que deve ser aplicado o regime prescrito para a hipótese mais especial, ou seja, a de unipessoalidade, regime esse que se comporá do que haja comum às duas hipóteses e mais daquilo que seja exclusivo da hipótese de unipessoalidade.

O legislador, na redacção dos seus textos, não deverá esquecer que as duas hipóteses devem ser conjugadas, quer parta da unipessoalidade para a outra hipótese quer vice-versa.

A Directiva não torna a dissolubilidade dependente do decurso de algum tempo após a ocorrência dos eventos nela previstos, mas no caso de dissolução judicial quer que o tribunal fixe um período razoável para regularização da sociedade; ao contrário, o art. 120 § 3.º do Código Comercial faz a dissolubilidade depender de um período de seis meses após o evento ali previsto; o projecto de Ferrer Correia cumula os dois prazos, anterior e posterior à acção, fixando o primeiro em um ano e o segundo no máximo de seis meses.

Aceito que deve haver um período durante o qual o accionista ou os accionistas possam refazer a pluralidade ou o número mínimo de accionistas (a duração desse prazo é de somenos importância). A redução do número de accionistas pode ser causada por um facto fortuito e não é justo permitir que um interessado se aproveite disso para fazer dissolver a sociedade. Só pergunto se a concessão de um prazo para regularização da sociedade deve ser feita pela lei (prazo condicionante da propositura da acção), se a lei deve deixar ao juiz a fixação desse prazo (prazo condicionante do prosseguimento da acção), ou se os dois prazos devem cumular-se.

O prazo fixado pelo juiz é imposto pelo art. 5.º da Directiva e, portanto, deverá ser consignado na nossa legislação; o problema fica limitado à necessidade do prazo anterior. Não tenho grande simpatia pela acumulação dos dois prazos, um dos quais só teoricamente é curto (podem ter passado muito mais de seis meses ou de um ano quando um interessado se decida a requerer a dissolução da sociedade). Contudo, se a ideia é conceder ao ou aos accionistas uma oportunidade para regularização da sociedade, antes do risco de alguém propor a acção de dissolução (embora esse risco seja pouco significativo, dada a imposição do segundo prazo), pois que se conceda também esse prazo. Tal concessão não contraria a letra da Directiva e parece estar conforme com o seu espírito. Confesso não perceber que motivos levam Ferrer Correia a reservar o benefício do prazo de suspensão decretado pelo juiz e bem assim a possibilidade de o juiz não decretar a dissolução, às sociedades por acções ou por quotas. Desde que a dissolução por unipessoalidade de sociedades em nome colectivo não opere ipso iure, parece-me que a estes devem ser dadas todas as oportunidades de regularização que se concedem às outras e não apenas a prazo condicionante da propositura da acção, bem como são iguais em todos os tipos de sociedades os eventuais prejuízos não dependentes do tipo – da dissolução, como requerida por um interessado.

O projecto de Ferrer Correia vai mais longe que a concessão dos dois prazos, pois admite que, apesar de tudo, o juiz não pronuncie a dissolução da sociedade se verificar,

perante as circunstâncias do caso, que razões ponderosas desaconselham a liquidação imediata. Em consonância com tal preceito, parece-me, que negada a dissolução requerida, novas acções de dissolução poderão vir a ser propostas pelo mesmo ou outro interessado, caso se tenham modificado as circunstâncias determinantes da recusa. No entanto, discordo dessa proposta por vários motivos; primeiro, porque a esperança de obter uma decisão que, nos citados termos, recuse a dissolução desincentiva o sócio para a regularização dentro do prazo fixado; segundo, porque as mais diversas circunstâncias podem justificar a recusa da liquidação: se a sociedade está próspera, é uma pena liquidá-la; se a sociedade está passando uns maus tempos, a dissolução impede que venha a melhorar, etc. Acabará por se perpetuar as sociedades unipessoais ou com número de sócios inferior ao legal.

Falando-se em regularização da sociedade, para a qual se concedem tantas oportunidades, importa saber em que consiste tal regularização. Na hipótese de a sociedade poder ser dissolvida por o número dos seus sócios ter passado a ser inferior ao número legal, a regularização só pode consistir em admitir, por alguma das formas legais, novos sócios até ser atingido o número mínimo legal. Na hipótese de unipessoalidade, se se atender apenas a esse vício, bastará admitir mais um sócio, mas a sociedade continuará dissolúvel, por falta do número mínimo legal de sócios. Já quando estudei a Primeira Directiva me referi a tal problema e parece-me a única solução curial a regularização total da sociedade, ou seja a regularização pelo crêscimo de sócios, de modo a sanar quaisquer vícios dessa natureza.

Dissolvida a sociedade por alguma das causas previstas no art. 5.º da Directiva, o n.º 3 do mesmo artigo dispõe que a sociedade deve ser liquidada. À primeira vista, este é um estranho preceito, visto que normalmente a liquidação segue-se à dissolução da sociedade, por qualquer causa. O citado n.º 3 deve, pois, ter uma intenção diferente da simples chamada de atenção para um facto óbvio, deve ter a intenção de *impor* que à dissolução, por essas causas se siga a liquidação. É, contudo, um aspecto que vale a pena pormenorizar.

Começo por observar que a hipótese de redução do número de sócios a um número inferior ao mínimo legal dificilmente suscitará dúvidas quanto à consequência normal da dissolução. Não vislumbro motivos para se sustentar que, por essa ser a causa de liquidação, as consequências serão diferentes das normais e não haverá liquidação da sociedade. O n.º 3 do art. 5.º terá mais provavelmente em vista a dissolução por unipessoalidade, pois quanto a essa causa podem suscitar-se e têm sido suscitadas dúvidas.

Quando estudei a liquidação de sociedades unipessoais, cheguei à conclusão – para o caso de a lei considerar a unipessoalidade uma causa de dissolução, como sucederá claramente se a Directiva for aplicada – de que a unipessoalidade tem as mesmas características de qualquer outro facto que poderia abstractamente ser extintivo da sociedade, mas é simplesmente dissolutivo, por a lei impor uma fase de liquidação; quer dizer, também para as sociedades unipessoais há dissolução e liquidação, em vez de pura e simples extinção; a liquidação das sociedades dissolvidas por unipessoalidade obedece aos princípios gerais de toda a liquidação e consequentemente os actos que o associado pratique para conseguir a transmissão em bloco do activo e passivo ou de parte do activo ou de parte do passivo devem ser apreciados conforme as regras determinadas para a generalidade das liquidações.

A primeira dessas conclusões coincide com o preceito da Directiva; desde que a sociedade é dissolvida, embora por unipessoalidade, segue-se a fase de liquidação. A segunda conclusão decorre da primeira e já não é abrangida pela Directiva. Com efeito, esta impõe que haja liquidação, mas não impõe uma forma de liquidação. Por outras palavras, o art. 5.º n.º 3 da Directiva tem a intenção específica de evitar uma absorção imediata e integral do património da sociedade unipessoal no património do sócio único; deve haver

uma liquidação do património da sociedade unipessoal dissolvida, ainda como património autónomo relativamente ao do sócio único; como essa liquidação será feita, não é objecto da Directiva.

Assim, se a cessão global do activo e passivo da sociedade dissolvida para um sócio, for uma forma de liquidação admitida pelo direito português, será viável, no caso de unipessoalidade, uma transmissão desse género para o sócio único. Repito que nesse caso haverá uma forma de liquidação e não uma dispensa de liquidação e que, portanto, a Directiva não abrange tal hipótese; à legislação nacional cabe pronunciar-se sobre as formas de liquidação de sociedades, seja qual for a causa de dissolução. Faço votos para que o legislador português tenha imaginação suficiente para encontrar uma solução que permita evitar o processo normal de liquidação e ao mesmo tempo garantir a situação dos credores da sociedade dissolvida.

7 – ARTIGO 6.º – CAPITAL SUBSCRITO MÍNIMO

O art. 6.º n.º 1 dispõe: «Para a constituição da sociedade ou para a obtenção da autorização de começar as suas actividades, as legislações dos Estados membros requerem a subscrição dum capital mínimo que não pode ser fixado em montante inferior a 25.000 unidades de conta europeias.

«A unidade de conta europeia é a definida pela decisão n.º 3289/75/CECA da Comissão. O contra-valor em moeda nacional é inicialmente aquele que for aplicável no dia da adopção da presente directiva».

Como é sabido, o nosso actual direito não exige qualquer capital subscrito mínimo para a constituição duma sociedade anónima; lembro-me da jocosa constituição há anos de uma sociedade anónima com o capital subscrito – inteiramente subscrito e realizado de 10\$00 ... Haverá que legislar, em obediência à Directiva, para a fixação dum capital mínimo.

O art. 6.º n.º 1 é bem claro no sentido de que o dever dos Estados membros é a fixação dum *capital mínimo*, que não pode ser inferior a 25.000 unidades de conta europeias. Como capital mínimo, não podem as sociedades ser constituídas com capital inferior, mas podem as sociedades ser constituídas com um capital superior, observação que seria ridícula, se não fosse conveniente para esclarecer um outro ponto. Na verdade, problema diferente da possibilidade ou impossibilidade de serem criadas sociedades com um capital inferior ou superior àquele que, com mínimo, estiver estabelecido numa legislação nacional, é o de saber se a legislação de um Estado membro pode estabelecer um capital mínimo superior àquele que corresponde às 25.000 unidades de conta prescritas no art. 6.º da Directiva como capital mínimo.

A proposta do art. 6.º era diferente do texto definitivo; como se dizia na respectiva exposição de motivos, o montante fixado naquele artigo era «à la fois un plancher et un plafond», porque se considerava que a exigência em certos Estados membros dum capital mínimo muito mais elevado que noutros era de natureza a entrar a constituição de filiais para lá das fronteiras nacionais. Apesar de na altura da proposta este argumento ser qualificado de «evidente», houve posterior reconsideração, pois o texto definitivo da Directiva não permite a interpretação da proposta (a redacção desta era: «Pour la constitution de la société, les législations des États membres requièrent la souscription d'un capital minimum de 25.000 unités de compte».

Assim, o primeiro problema a resolver pelo legislador português é o montante em que quer fixar o capital mínimo subscrito das sociedades anónimas. Tendo em vista não só o

montante absoluto desse capital como o disposto no art. 6.º n.º 2 da Directiva, de que adiante tratarei, aconselho que seja fixado para capital mínimo das sociedades anónimas portuguesas o mínimo exigido pela Directiva ou seja o contra-valor de 25.000 unidades de conta europeias.

A unidade de conta europeia é a definida pela decisão n.º 3289/75/CECA da Comissão.

Este art. 6.º n.º 1 declara que a unidade de conta europeia é a definida pela decisão n.º 3289/75/CECA da Comissão. A unidade de conta europeia é a moeda convencional adoptada pelas Comunidades (EURATOM, CECA, CEE) para a regulamentação das relações financeiras entre as Comunidades e os Estados membros, bem como pelos Estados membros para a actuação das providências comunitárias no seu território. O art. 10.º do Regulamento Financeiro de 21 de Dezembro de 1977 do Conselho das Comunidades estabelece os critérios para a determinação das taxas de conversão desta moeda convencional nas principais moedas. Essas taxas de conversão são fixadas diariamente e publicadas na Gazeta Oficial das Comunidades. A partir de 7 de Fevereiro de 1978, foi criado um serviço oficial de informação automática por telex (por curiosidade: chame o telex 23789 em Bruxelas, transmita o indicativo do seu telex, marque o Código «cccc», espere a transmissão, cujo fim é indicado por «ffff»). No dia 7 de Novembro de 1980, uma UCE correspondia a Esc. 68\$8720.

O contra-valor em moeda nacional é inicialmente aquele que for aplicável no dia da adopção da presente Directiva. Para mim, não é claro o que deva entender-se por «dia da adopção da presente Directiva». Não me parece que seja o dia 13 de Dezembro de 1976, em que o Conselho editou a Directiva, nem o dia em que a Directiva foi notificada a cada Estado, como previsto no art. 43.º n.º 1. Inclino-me para que seja o dia em que o Estado membro proceda à aplicação da Directiva ao seu direito; no caso de essa aplicação ser feita em várias datas, valerá aquela em que a legislação nacional estabeleça de novo ou altere a disposição nacional que fixe um capital mínimo para as sociedades anónimas.

Passemos ao n.º 2 do art. 6.º: «Se o contra-valor da unidade de conta europeia em moeda nacional for modificado de maneira que o montante do capital mínimo fixado em moeda nacional fique inferior ao valor de 22.500 unidades de conta europeias durante o período de um ano, a Comissão informa o Estado membro interessado de que ele deve adaptar a sua legislação às disposições do parágrafo 1 no prazo de doze meses a contar do termo deste período. Contudo, o Estado membro pode prever que a adaptação da sua legislação só se aplicará às sociedades já existentes dezoito meses depois da sua entrada em vigor».

Lembro que a frase final do n.º 1 sobre o contra-valor em moeda nacional expressamente diz que esse será o contra-valor *inicial*. O n.º 2 do art. 6.º prevê as alterações desse contra-valor.

Pressuposto da aplicação do art. 6.º n.º 2 é ter havido uma modificação do contra-valor da unidade de conta europeia em moeda nacional de tal sorte que o montante do capital mínimo fixado (subentende-se, pelo legislador nacional) fique inferior ao valor de 22.500 unidades de conta europeias durante o período de um ano. Olhando o disposto na legislação nacional sobre o capital mínimo, pode pensar-se ou que o mínimo correspondente à Directiva já existia na dita legislação ou que foi nele introduzido, por alteração ou como novidade, para obedecer à Directiva. O caso português — introdução de um preceito novo — está sem dúvida incluído no art. 6.º n.º 2; os outros, que não nos interessam directamente, também parecem estar. Aliás, como a aplicação do art. 6.º n.º 2 não é limitada a uma ocasião, antes podendo repetir-se, o caso português ficará abrangido por

este preceito, mesmo depois de terem sido, se o forem, efectuadas primeiras modificações.

Com o manifesto intuito de não dar relevância a qualquer pequena modificação do contra-valor em moeda nacional, o art. 6.º n.º 2 deixa uma margem entre 25.000 e 22.500 unidades de conta europeias, que, enquanto durar, não provoca qualquer intervenção. A manutenção dessa modificação durante o período de um ano visa evitar que modificações ocasionais ou pouco duradouras do contra-valor arrastem alterações do capital mínimo.

orrendo aqueles pressupostos, a iniciativa cabe à Comissão da CEE e não aos Estados membros. A Comissão deve informar o Estado membro interessado de que deve adaptar a sua legislação às disposições do parágrafo 1. A adaptação consiste em elevar o capital mínimo para o contra-valor de 25.000 unidades de conta europeias e não para os 22.500, excepcionalmente admitidos pelo n.º 2, apenas como determinantes da referida adaptação.

O Estado membro deve proceder à adaptação no prazo de doze meses a contar «do termo deste período»; como não é referido no preceito outro período que não seja o de um ano, durante o qual o contra-valor ficou inferior a 22.500 unidades de conta, é o fim deste período que marca o início da contagem do prazo de doze meses para a adaptação da legislação nacional. Como, porém, a adaptação está condicionada ao aviso da Comissão, haverá que esperar que esta actue com a conveniente diligência para que os Estados membros possam respeitar o prazo que lhes é fixado.

O efeito mais grave desta disposição da Directiva encontra-se na sua parte final, a qual implicitamente torna os novos mínimos fixados pelas legislações nacionais em conformidade com a primeira parte do n.º 2 exigíveis para as sociedades já constituídas, com o mínimo de capital exigível à data da constituição. A propósito do art. 43.º veremos que os preceitos da Directiva, incluindo este art. 6.º n.º 2, são aplicáveis a sociedades já existentes à data da aplicação da Directiva. O artigo 6.º n.º 2 impõe, contudo, que os capitais das sociedades existentes sejam sempre pelo menos iguais ao capital mínimo que for sendo fixado em cumprimento deste n.º 2. Por outras palavras: o capital subscrito mínimo que, pela letra do art. 6.º n.º 1, primeira parte, deve ser exigido pelos Estados membros *para a constituição das sociedades*, afinal e por força do n.º 2, vem a ser um *capital mínimo permanente*, no seu valor em unidades de conta europeias.

O legislador português não terá, contudo, que se preocupar imediatamente com o art. 6.º n.º 2. Adaptará a sua legislação ao art. 6.º n.º 1 e nela não mencionará o art. 6.º n.º 2 ou algo que lhe corresponda, pois a este preceito só está vinculado se e quando ocorrerem os factos nele pressupostos.

Quanto à faculdade deixada aos Estados membros de diferir – até 18 meses depois da adaptação da legislação nacional que porventura venha a ser publicada para cumprimento do art. 6.º n.º 2 – a aplicação às sociedades existentes, é assunto a decidir nessa futura ocasião.

A fixação por um Estado membro do montante mínimo do capital social, na moeda nacional, é instável, além do disposto no n.º 2, também por causa do disposto no n.º 3 do art. 6.º: «O Conselho, mediante proposta da Comissão, procede todos os cinco anos ao exame e, sendo caso disso, à revisão dos montantes do presente artigo expressos em unidades de conta europeias, tendo em consideração, por um lado, a evolução económica e monetária na Comunidade e, doutro lado, as tendências visando reservar a escolha das formas de sociedade indicadas no artigo 1.º parágrafo 1 às grandes e médias empresas».

Também este preceito não exige qualquer actuação imediata do legislador português; avisa-o, porém, de que a fixação do montante mínimo do capital subscrito que ele vier a estabelecer pode sofrer alterações quinquenais, em consequência da revisão a que o Conselho proceda, e bem assim que esta revisão pode resultar não só da evolução económica e financeira na Comunidade, mas de concepções que vierem a prevalecer sobre

a utilização do tipo de sociedade entre nós chamado sociedade anónima apenas para médias e grandes empresas. Trata-se de uma declaração cautelar e programática, mas difícil de conciliar com os objectivos das Directivas da CEE para a harmonização do direito das sociedades; só por mim e sem mais explicações não compreendo como a protecção dos interesses dos sócios e de terceiros justifique que a CEE se faça eco de tendências para a reserva do tipo de sociedade anónimas a empresas de certas dimensões.

8 – ARTIGO 7.º – CONSTITUIÇÃO DO CAPITAL SUBSCRITO

Segundo o art. 7.º da Directiva, «O capital subscrito só pode ser constituído por elementos de activo susceptíveis de avaliação económica. Contudo, estes elementos de activo não podem ser constituídos por compromissos respeitantes à execução de trabalhos ou à prestação de serviços».

A proposta da Segunda Directiva dizia no art. 10.º «O capital subscrito não pode ser constituído por entradas (apports) não susceptíveis de realização».

A exposição de motivos da proposta contém observações importantes sobre a intenção daquele preceito. Em primeiro lugar, explica o termo «realização» notando que ele exclui as entradas com indústria e que «valores realizáveis» equivale a «valores cedíveis», mas é diferente de «valores executáveis ou penhoráveis» (saisissables); embora a exigência da penhorabilidade desse maiores garantias, a proposta afastou-a, por causa das variações da noção de realização forçada nos vários Estados membros. Em segundo lugar, esclarece que o texto do art. 10.º não impede que o *know-how* ou *good-will* possam ser considerados entradas realizáveis, ficando aberto aos Estados tomar disposições concretas sobre essas matérias.

O Parecer do Parlamento Europeu aprovou o art. 10.º mas considerou desejável que ele fosse redigido no sentido de que o capital subscrito não possa ser constituído por entradas não susceptíveis de realização, tais como, designadamente, o trabalho e as prestações de serviços.

O Comité Económico e Social entendeu que o art. 10 fazia surgir dúvidas de interpretação e de apreciação e afirmou que o *know-how* e *good-will* devem em qualquer caso ser considerados entradas susceptíveis de realização.

De tudo isso resultou, na proposta modificada, o seguinte texto do art. 10.º: «O capital subscrito não pode ser constituído por entradas não susceptíveis de realização tais como designadamente um compromisso de fornecer trabalho ou prestações de serviços.»

O texto definitivo, além de ser redigido de forma positiva, difere da proposta, tanto inicial ou emendada, por falar em «elementos de activo» – éléments d'actif, elementi dil'attivo, Vermögensgegenstände – e por dizer «susceptíveis de avaliação económica» em vez de «susceptíveis de realização».

Depois de publicada na Alemanha a Lei de aplicação da 2.ª Directiva, de 13 de Dezembro de 1978, os comentadores alemães da AktG (refiro-me concretamente a Möring-Tank, *Handbuch der Aktiengesellschaft*, actualização de Abril de 1980) afirmam que o art. 7.º da Segunda Directiva e a correspondente modificação do § 27.º 2, consagram a opinião dominante na jurisprudência e na doutrina no sentido de que a legalidade das entradas em espécie se apura pela susceptibilidade de avaliação económica; quanto à expressa «proibição de entradas com prestações de serviços», acolhem-na também como correspondente a uma opinião muito generalizada.

Em Itália, Simonetto, num artigo que toma o preceito da Directiva como pretexto para reafirmação de algumas suas anteriores teorias (*La conferibilità a capitale e l'iscrivibilità all'attivo del bilancio nella Seconda Direttiva comunitaria in rapporto alla società per azioni e alla società di persone*, Riv. Soc. 1979, pags. 1223 e seguintes), faz ressaltar a função de garantia do capital e que a conferibilidade se traduz, portanto, directamente na inscrivibilidade no balanço.

No nosso Código Comercial, o art. 118.º n.º 1 dispõe que «Todo o sócio é obrigado: ... a contribuir para a sociedade com capital ou indústria» e o seu § 1.º especifica que «O capital a que se refere o n.º 1 deste artigo pode consistir em dinheiro, títulos de crédito, bens ou valores realizáveis a dinheiro».

Sobre a interpretação deste preceito, limito-me a transcrever das Lições de Direito Comercial do Prof. Ferrer Correia, pag. 206: «A contribuição pode consistir em bens de qualquer natureza, tudo quanto seja reduzível a um valor pecuniário; bens móveis e imóveis, dinheiro, títulos de crédito ou créditos comuns, o direito ao arrendamento de um prédio, quaisquer títulos de propriedade industrial (marcas, patentes de invenção, um estabelecimento comercial como universalidade). Um sócio pode inclusivamente contribuir para a empresa, ainda a título de prestação de capital, com determinados segredos industriais não patenteados, etc.».

O Código Comercial – ao contrário do que faz a LSQ art. 4.º § 4 – não proíbe expressamente sócios de indústria nas sociedades anónimas. No entanto, a proibição de contribuição de indústria nesse tipo de sociedades é claramente resultante do art. 114.º § 2.º n.º 1 («No título constitutivo das sociedades anónimas e em comandita por acções especificar-se-á mais: 1.º A importância do capital social em dinheiro, crédito ou outros bens /.../»), confirmado por considerações de ordem geral sobre a inadequação da prestação de trabalho ou serviços para constituírem garantia dos credores sobre o património da sociedade (considerações que me abstenho de reproduzir e de discutir, dado que *dé nada serviriam* perante o expresso preceito da Directiva, que governará o futuro; remeto para a desenvolvida exposição do Prof. Pinto Coelho, em *Estudo sobre as acções de sociedades anónimas*, págs. 43 e segs.).

Assim, para a adaptação do nosso direito ao art. 7.º da Segunda Directiva, será conveniente alterar a expressão «susceptíveis de realização em dinheiro» por «susceptíveis de avaliação económica», como fizeram os próprios redactores da Directiva; explicitar a proibição de entrada com compromissos de trabalho ou prestações de serviços.

7 – ARTIGO 8.º – EMISSÃO DE ACÇÕES POR MONTANTE INFERIOR AO SEU VALOR NOMINAL

Dispõe o art. 8.º da Directiva: «1. As acções não podem ser emitidas por um montante inferior ao seu valor nominal ou, na falta de valor nominal, ao seu valor contabilístico.

«2. Contudo, os Estados membros podem admitir que aqueles que, por sua profissão, se encarregam de colocar acções paguem menos que o montante total das acções que eles subscrevem no decurso desta operação».

Para usar palavras de Sola Cañizares (*Étude sur les titres émis par les sociétés par actions en droit comparé*, pag. 29), o valor nominal é a importância que representa a fracção de capital contribuída pelo accionista; o valor de emissão é a importância que o subscritor paga efectivamente ou se obriga a pagar para adquirir a acção.

Em teoria, pode suceder que o valor nominal da acção seja superior ou inferior ao valor de emissão. Da segunda hipótese, ou seja as acções chamadas «actions à prime»,

falarei a propósito dos aumentos de capital, visto ser nessa hipótese que mais frequentemente o valor de emissão excede o valor nominal.

Ao tempo da preparação e elaboração da Segunda Directiva, as legislações dos Estados membros não eram uniformes quanto à emissão de acções por valor inferior ao nominal. O art. 2346.º Codice Civile italiano dispunha «As acções não podem ser emitidas por valor inferior ao seu valor nominal»; o § 9 da AktG determinava: «(1) Não podem emitir-se acções por importância inferior ao seu valor nominal»; art. 179.º da Lei francesa de 1966: «As novas acções são emitidas, seja pelo seu valor nominal, seja por este montante acrescido dum prémio de emissão». Em sentido contrário, o art. 57 do Companies Act 1948 permitia que uma sociedade emitisse acções com desconto («to issue at a discount shares in the company of a class already issued»), nas condições aí requeridas, entre as quais figuravam uma deliberação da assembleia geral e a confirmação desta pelo tribunal.

O art. 8.º da Directiva consagra a tradição continental e o citado art. 57 do Companies Act 1948 foi já modificado pelo art. 21 do Companies Act 1980 (com reservas de duvidosa conformidade com a Directiva no respeitante a *shares at discount* anteriormente emitidas ou em curso de emissão).

A proibição do art. 8.º nada tem a ver com a avaliação das entradas de accionistas consistentes em bens diferentes de dinheiro; proibido é que a sociedade emita acções por um valor em dinheiro ou noutros bens (avaliados estes nos termos determinados pelas respectivas legislações) inferior ao valor nominal.

O n.º 2 do art. 8.º resolve uma questão por vezes levantada, embora geralmente resolvida no sentido agora consagrado pela Directiva. Quando um banco, sindicato de bancos, ou outros intermediários profissionais de colocação de títulos, tomam firme uma emissão, subscrevendo as acções, não esperam pela revenda a preço superior ao valor nominal para obterem algum lucro; um primeiro lucro é obtido pelo pagamento à sociedade de uma importância inferior ao valor nominal das acções. Ora, discutia-se se essa diferença constituía um desconto na emissão das acções, ou uma comissão dos intermediários devida como remuneração dos seus serviços e contabilizável pela sociedade como uma despesa da emissão. A Directiva pronuncia-se neste segundo sentido, mas com um duplo cuidado: primeiro, deixando aos Estados membros a responsabilidade última da qualificação e respectivas consequências; segundo, falando numa importância a pagar à sociedade inferior *ao montante total* das acções subscritas, isto é, evitando relacionar, *para cada acção*, o valor nominal e o valor de emissão.

10 – ARTIGO 9.º – TEMPO DE LIBERAÇÃO DAS ACÇÕES

O art. 9.º desdobra em dois números as regras sobre prazo de liberação de acções:

«1. As acções liberadas em contrapartida de contribuições (apports) devem ser liberadas no momento da constituição da sociedade ou no momento da obtenção da autorização para iniciar as suas actividades, numa proporção não inferior a 25% do seu valor nominal ou, na falta de valor nominal, do seu valor contabilístico.

2. Contudo, as acções emitidas em contrapartida de contribuições em bens diferentes de dinheiro no momento da constituição da sociedade ou no momento da obtenção da autorização para iniciar as suas actividades devem ser inteiramente liberadas num prazo de cinco anos a partir do momento da constituição ou do momento da obtenção da dita autorização».

No nosso actual direito, o art. 162.º do Código Comercial não permite que as sociedades anónimas se constituam definitivamente sem terem os subscritores pago dez por cento do capital por eles subscrito (e achar-se a importância total depositada na Caixa Geral de Depósitos à ordem da respectiva administração, com expressa declaração da quantia subscrita por cada associado). A realização de trinta por cento do valor nominal das acções só é exigida pelo art. 169.º para a negociabilidade das acções. O art. 5.º da LSQ não permite que a sociedade se constitua enquanto cada um dos sócios não tiver entrado com 50 por cento do capital que deve realizar em dinheiro e, bem assim, com 50 por cento do capital que deve realizar em outros bens, se estes forem divisíveis, ou com a totalidade dos mesmos bens, no caso contrário.

Refere-se o art. 9.º da Directiva ao momento da constituição da sociedade ou ao momento da obtenção da autorização para a sociedade iniciar as suas actividades. No nosso direito, parece que podemos prescindir da segunda hipótese, visto ser tradicional a primeira.

O pagamento de 10 por cento em dinheiro das subscrições em dinheiro (pode considerar-se hoje pacífica a opinião segundo a qual o artigo 162 n.º 3 do Código Comercial apenas abrange, tanto quanto ao pagamento como quanto ao depósito, as contribuições em dinheiro) deve ser levantado para 25 por cento, em obediência à Directiva.

Quanto à liberação de acções subscritas mediante contribuições em bens diferentes de dinheiro, afigura-se dever ser adoptado um sistema igual ao do art. 5.º LSQ. Na verdade, se os bens que constituem a contribuição de um sócio são indivisíveis, a opção só poderia recair sobre efectuar a entrada totalmente no acto de constituição da sociedade ou efectua-la totalmente mais tarde e entre essas hipóteses, prefiro manifestamente a primeira; se os bens são divisíveis e se a divisão é permitida para as sociedades por quotas, não vejo motivo por que a divisão seja proibida nas sociedades por acções. Neste último caso, haverá que dar cumprimento à segunda parte do art. 9.º da Directiva e, portanto, o prazo para a liberação total não pode exceder cinco anos a contar da constituição da sociedade.

A lei alemã de aplicação da 2.ª Directiva – Lei de 13 de Dezembro de 1978 – num novo parágrafo 36 a da AktG adoptou quanto a contribuições não consistentes em dinheiro um sistema que não me parece totalmente conforme com a Directiva. Quanto a contribuições em dinheiro exige a liberação em 25 por cento do valor nominal, mas acrescenta que na emissão de acções por valor superior ao nominal deve ser também paga imediatamente o sobrepreço (Vide adiante, art. 26.º). Quanto a contribuições em coisas (*Sacheinlagê*) manda que sejam prestadas imediatamente, mas adianta que, consistindo a prestação de coisas numa obrigação de transmitir um certo objecto patrimonial para a sociedade, esta prestação deve ser efectuada no prazo de cinco anos a contar do registo da sociedade. Ora para mim a obrigação assumida no contrato de sociedade de liberar acções mediante a entrega de uma coisa não é em si mesma uma contribuição; contribuição é a coisa, a qual deve ficar sujeita ao regime geral da liberação de contribuições desse género.

Noto que a Directiva não coloca qualquer limite ao tempo de prestação do máximo de 75 por cento da contribuição em dinheiro. O nosso direito não terá, portanto, para obedecer à Directiva que estabelecer tal limite. De modo geral, contudo, eu propendo para que a lei não deixe liberdade absoluta na estipulação desses prazos, a qual actualmente se depreende do art. 144.º § 2.º n.º 3 do Cód. Com., que manda especificar no título constitutivo das sociedades anónimas «os prazos e importâncias de quaisquer pagamentos que ainda haja a fazer», mas não limita esses prazos.

11 – ARTIGO 10.º – VERIFICAÇÃO DAS ENTRADAS EM ESPÉCIE

O art. 10.º n.º 1 determina: «As entradas que não sejam em dinheiro são objecto dum relatório elaborado antes da constituição da sociedade ou da obtenção da autorização de começar as suas actividades por mais peritos independentes designados ou habilitados por uma autoridade administrativa ou judiciária. Estes técnicos podem ser, segundo a legislação de cada Estado membro, pessoas físicas ou morais ou sociedades».

As entradas em espécie (no sentido português adiante mencionado) costumam ser rodeadas de cautelas de várias naturezas. A primeira delas consiste na iniciação estatutária do objecto da entrada, com maior ou menor soma de pormenores; esta não é tomada em todos os casos pela Directiva, pois, se bem interpreto o art. 3.º alínea h), a indicação do objecto do apport diferente de dinheiro e o nome da pessoa que o efectua apenas exigidas no caso de as acções não terem valor nominal.

É mais exigente neste ponto o art. 114.º § 2.º n.º 1, que no título constitutivo das sociedades anónimas e em comandita por acções manda especificar «a importância do capital social em dinheiro, créditos ou outros bens, o valor que se lhes atribui, o modo de o calcular /.../».

Reporta-se o art. 10.º n.º 1 a *entradas (apports) diferentes de dinheiro*, assim delimitando perfeitamente as hipóteses consideradas e evitando dúvidas de interpretação possíveis se a delimitação não fosse feita pela simples exclusão do dinheiro (*conferimenti in natura, Sacheinlagen*). Por comodidade de expressão falarei em *entradas em espécie*, com aquele preciso significado: todas as entradas cujo objecto consista em qualquer bem susceptível de constituir entrada para uma sociedade e que não seja dinheiro.

Falando em entradas (apports), o art. 10.º n.º 1 não abrange a hipótese alemã de *Sachübernahme*; se tal hipótese fica abrangida noutros preceitos, que até porventura remetam para o art. 10.º, veremos adiante.

As entradas em espécie devem ser objecto de um relatório, de que o art. 10.º n.º 1 fixa a oportunidade e a autoria, o n.º 2 o conteúdo obrigatório e o n.º 3 a publicidade. O relatório deve ser elaborado antes da constituição da sociedade (ou, hipótese que não interessa ao nosso direito, antes de a sociedade obter a autorização para começar as suas actividades). Não se estabelece nenhum prazo, mas manifestamente o relatório deve ser elaborado de modo a retratar a situação numa época quanto possível próxima da data da constituição da sociedade.

O relatório deve ser elaborado por um ou mais peritos independentes da sociedade. O número de peritos não interessa, desde que a Directiva não exige a intervenção de mais de um. A independência relativamente à sociedade é mais difícil de compreender, por causa da época em que o relatório é elaborado. Expressão igual é facilmente interpretável quando a intervenção do perito é exigida para um acto relativo a uma sociedade já existente; quando uma sociedade ainda não existe e o perito intervém num acto preparatório da constituição desta, como se determina essa independência? Muitas leis, embora sem falarem em independência relativamente à futura sociedade, garantem a objectividade do perito através não só das qualificações exigidas, mas na nomeação judicial. Se não se quiser ir tão longe, pode-se estabelecer, para além das qualificações, proibições temporárias de exercício de cargos ou outras quanto à futura sociedade.

O preceito admite que os peritos sejam *designados ou habilitados* por uma autoridade administrativa ou judiciária. Tanto para a designação concreta de um perito para a constituição de certa sociedade como para a habilitação genérica, parece bastante a nossa Câmara de Revisores de Contas. A parte final do n.º 1 coincide com o nosso actual direito, em que coexistem revisores individuais e sociedades de revisores de contas.

Artigo 10 n.º 2: «O relatório do perito incide pelo menos sobre a descrição de cada uma das entradas bem como os modos de avaliação adoptados e indicará se os valores aos quais conduzem esses modos correspondem pelo menos ao número e ao valor nominal, ou, na falta de valor nominal, ao valor contabilístico e, sendo caso disso, ao prémio de emissão das acções a emitir em contrapartida».

Deixando o caso de acções sem valor nominal, o conteúdo mínimo obrigatório do relatório do perito destina-se a provar a realização integral do capital subscrito. Em primeiro lugar e como é óbvio deve ser descrito cada um dos bens que constitui objecto de entradas. Depois devem ser mencionados os modos adoptados para avaliação dos ditos bens e logicamente deve concluir-se pelos valores resultantes do emprego desses modos; finalmente indicar-se-á se as avaliações feitas correspondem ou não *pelo menos* ao fim a que se destinam: contribuir para a sociedade com bens cujo valor seja igual ou superior ao valor das acções subscritas por esse accionista e, se houver prémio de emissão, se cobrem também o montante destes.

O nosso Código Comercial não exige relatório de perito independente sobre as contribuições em espécie. Todo o artigo 10.º deve, portanto, ser objecto de futura legislação portuguesa.

Noto que, ao contrário do que sucede noutros casos em que o perito independente é chamado a intervir, ele neste caso não tem *oficialmente* que se pronunciar sobre propostas, relatórios ou opiniões alheias, aparecendo o seu relatório como a única peça *oficial* sobre o valor dos referidos bens. Isto sem prejuízo de as legislações nacionais, ao regularem a constituição da sociedade, exigirem que o relatório dos peritos incida sobre afirmações ou declarações de outras pessoas, como por exemplo os fundadores da sociedade.

Artigo 10.º n.º 3: «O relatório do perito deve ser objecto de publicidade efectuada segundo os modos previstos pela legislação de cada Estado membro em conformidade com o artigo 3 da directiva 68/151/CEE».

Sobre essa publicidade remeto para o estudo da Primeira Directiva.

Agora, porém, há que definir o momento dessa publicidade. Não me parece que ela deva ser feita antes da constituição da sociedade, nem vejo como possa ser registado, no sistema do art. 3.º da 1.ª Directiva, o relatório do perito antes de a sociedade ter sido constituída. Suponho, pois, que a citada disposição fica satisfeita se a publicidade do relatório for feita conjuntamente com a publicidade de constituição da sociedade. O relatório poderá, contudo, ser posto, como manda a lei francesa, à disposição dos interessados (subscritores, futuros accionistas), para que dele tomem conhecimento.

O n.º 4 do art. 10.º da Directiva trata da possibilidade de dispensa da aplicação do disposto nos números anteriores: «4. Os Estados membros podem deixar de aplicar o presente artigo quando 90% do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico de todas as acções são emitidas em contrapartida de entradas (apports) diferentes de dinheiro, feitos por uma ou mais sociedades e forem preenchidas as condições seguintes:

- a) no que respeita à sociedade beneficiária dessas entradas, as pessoas ou sociedades indicadas no artigo 3 alínea i) tenham renunciado à elaboração do relatório do técnico;
- b) esta renúncia tenha sido objecto duma publicidade em conformidade com o parágrafo 3;
- c) as sociedades que fazem essas entradas disponham de reservas que a lei ou os estatutos não permitam distribuir e cujo montante seja pelo menos igual ao valor nominal ou, na falta de valor nominal, ao valor contabilístico das acções emitidas em contrapartida de entradas diferentes de dinheiro;

d) as sociedades que façam essas entradas se declarem garantidas, até à concorrência do montante indicado na alínea c), das dívidas da sociedade beneficiária constituídas entre o momento da emissão das acções em contrapartida de entradas diferentes de dinheiro e um ano após a publicação das contas anuais desta sociedade relativas ao exercício durante o qual as entradas foram feitas. É proibida a cessão dessas acções durante esse período;

e) a garantia referida na alínea d) tenha sido objecto duma publicidade conforme com o parágrafo 3;

f) as sociedades que façam essas entradas incorporem um montante igual ao indicado na alínea c) numa reserva que não poderá ser distribuída senão depois de findo um período de três anos a contar da publicação das contas anuais da sociedade beneficiária relativas ao exercício durante o qual as entradas foram feitas ou, se disso for caso, a um momento ulterior em que todas as reclamações respeitantes à garantia referida na alínea d) e feitas durante esse período tenham sido satisfeitas.»

Como se diz logo no início deste número 4, a dispensa de elaboração do relatório do perito independente só pode ser autorizada quando as entradas em espécie sejam feitas por sociedades, o que se compreende pois só quanto a sociedade pode funcionar o sistema de garantias que substitui aquele relatório e que consiste – sujeito a que os fundadores da sociedade beneficiária das entradas renunciem expressamente ao relatório do perito – em assegurar o valor das entradas por uma garantia prestada pelas sociedades que fazem a entrada, ao mesmo tempo que, quanto ao património destas sociedades, são tomadas precauções para que reservas de balanço tornem consistente a dita garantia.

São conhecidos exemplos, para mim razoáveis, de dispensa de formalidades de verificação de entradas em espécie; assim, o art. 86.º da Lei francesa de 1966 dispensa a verificação das entradas em espécie (*apports en nature*) quando a sociedade é constituída apenas entre os comproprietários indivisos dessas entradas.

A dispensa prevista no art. 10.º n.º 4 não me parece interessante para o legislador português. Confesso que não encontro justificação para, na prática, o relatório do perito independente ser substituído por um tão complicado sistema de garantias do valor das entradas.

12. ARTIGO 11.º – AQUISIÇÃO PELA SOCIEDADE DE ELEMENTOS DE ACTIVO

Artigo 11.º: «1. A aquisição pela sociedade de qualquer elemento de activo pertencente a uma pessoa ou a uma sociedade mencionada no artigo 3.º alínea i) por um contra-valor mínimo de um décimo do capital subscrito é objecto duma verificação e duma publicidade análogas às previstas no artigo 10.º e é submetida à aprovação da assembleia geral quando esta aquisição se efectua antes de ter expirado um prazo fixado pela legislação nacional no mínimo de dois anos a contar do momento da constituição da sociedade ou da obtenção da autorização de começar as suas actividades.

Os Estados membros podem igualmente prever a aplicação destas disposições quando o elemento de activo pertença a um accionista ou a qualquer outra pessoa.

«O parágrafo 1 não se aplica nem às aquisições feitas no quadro das operações correntes da sociedade, nem às aquisições feitas por iniciativa ou sob a fiscalização duma autoridade administrativa ou judiciária nem às aquisições feitas na bolsa».

Várias disposições da lei alemã tratam conjuntamente da *Sacheinlage* e da *Sachübernahme*. Logo o § 27 do Abs (1) determina: «Se os accionistas tiverem de fazer entradas que não sejam efectuadas através do pagamento (em dinheiro) do valor nominal ou do valor

superior de emissão das acções (*Sacheinlage*) ou se a sociedade tiver de receber instalações já existentes ou a construir ou outros bens patrimoniais (*Sachübernahme*) deve mencionar-se nos estatutos o objecto das *Sacheinlage* ou das *Sachübernahme*, as pessoas de que a sociedade adquire o objecto, e o valor nominal das acções a entregar quanto à *Sacheinlage* ou a compensação a pagar quanto à *Sachübernahme*.

Sacheinlage é a entrada em espécie, a entrada com um bem que não seja dinheiro. Essa entrada efectua-se por força do próprio contrato de sociedade ou, por outras palavras, a estipulação (que na doutrina alemã é por vezes chamada *Sacheinlagevertrag*) dessa entrada é uma parte – e essencial – do contrato de sociedade; a contrapartida da entrada em espécie é, portanto, necessariamente constituída pelos direitos na sociedade, pela participação social, acções se se tratar de sociedade anónima.

Sachübernahme (que o Dr. Alberto Pimenta não traduz, para evitar o uso de perifrases, mas que, por simples comodidade de redacção, traduzirei por «tomada de coisas») é a tomada pela sociedade de bens, mediante contrato. Os fundadores da sociedade obrigam-se para com terceiros (que podem ser alguns dos próprios fundadores) a que a futura sociedade receba certos bens mediante um contra-valor a satisfazer por esta. Esses contratos são autónomos, no sentido de que não fazem parte do contrato de sociedade e mantêm a sua natureza própria; o contra-valor não é constituído por uma participação social, mas por dinheiro.

Não é, pois, a natureza jurídica que faz reunir as entradas em espécie e as tomadas de coisas no § 27 e noutros parágrafos da AktG. A lei reúne os dois casos para evitar que, através das tomadas de coisas, sejam fraudadas as cautelas tomadas para assegurar a correspondência entre o valor das entradas e o valor das acções, ou seja, para evitar sobre-valorizações em prejuízo da sociedade e seus credores.

A aproximação da entrada em espécie e da tomada de coisas leva por vezes a própria lei a designá-las conjuntamente por *Sachgründung*, constituição com coisas (diferentes de dinheiro). A Lei de 13 de Dezembro de 1978 mandou acrescentar uma segunda parte ao § 27 Abs. (1) a qual constitui uma interessante ligação entre *Sacheinlage* *Sachübernahme* para uma hipótese especial: se a sociedade dever tomar um bem para o qual esteja estipulada uma contrapartida que deva ser imputada na entrada dum accionista, isso vale como *Sacheinlage*.

O § 52 AktG trata do que chama *Nachgründung*. Transcreverei desse § 52 apenas as alíneas com interesse directo para a caracterização e regulamentação essencial da hipótese:

«(1) Os contratos celebrados pela sociedade pelos quais ela deva adquirir instalações existentes ou a construir ou outros bens patrimoniais, por um preço que exceda a décima parte do capital social e que tenham sido celebrados nos dois anos subsequentes ao registo da sociedade no registo comercial, só são eficazes se forem aprovados pela assembleia geral e forem inscritos no registo comercial.

Sem a aprovação da assembleia geral ou sem a inscrição no registo comercial, são também ineficazes os actos praticados em sua execução.

(2) Os contratos a que se refere a alínea (1) têm de ser celebrados em forma escrita, se outra não for prescrita. Esses contratos devem ser postos à disposição dos sócios, para serem vistos, nos escritórios da sociedade, desde a convocação da assembleia geral que deve deliberar sobre a autorização.

A qualquer accionista que o requeira deve ser entregue imediatamente uma cópia.

O contrato deve ser exibido na assembleia geral.

O Vorstand deve explicá-lo no início da discussão e deve ser junto à acta como anexo.

(3) Antes da deliberação da assembleia geral o Aufsichtsrat deve examinar o contrato e fazer sobre ele um relatório escrito (*Nachgründungsbericht*).

A esse relatório é aplicável *mutatis mutandis*, o § 32, alíneas 2 e 3, sobre o relatório da constituição.

(4) Além disso, deve ter lugar, antes da deliberação, um exame, levado a efeito por um ou mais peritos. Aplicam-se *mutatis mutandis*, o § 33, alíneas 3 a 5, §§ 34 e 35.

/.../

(9) Os preceitos anteriores não são aplicáveis se a aquisição dos bens constituir objecto da sociedade ou se eles forem adquiridos em execução. /.../»

O Dr. Alberto Pimenta desistiu de traduzir *Nachgründung*, por nenhuma expressão usada por tradutores de várias línguas lhe parecer ou certa ou sugestiva. Se, por imposição da Directiva, os preceitos legais portugueses acolherem o regime designado na Alemanha por *Nachgründung*, convirá ter preparada uma expressão menos má que evite o emprego de outras piores.

Na mesma nota (pág. 36 da separata) o Dr. Alberto Pimenta crítica a definição de *Nachgründung* dada por Baumbach-Hueck – *Nachgründung* quer dizer um contrato pelo qual a sociedade por acções deva adquirir, desde o momento em que surge (registo) e até que sejam decorridos dois anos, instalações ou outros bens («imobiliários» deve ser gralha) por mais de 10% do seu capital social – alegando que ela não fornece nem poderá fornecer o regime integral da «*Sachgründung*» (deve ser *Nachgründung*) e que esta não é um contrato mas sim o regime de certos contratos. Como prova da última asserção – única que me interessa agora – aponta o facto de todos os comentadores falarem em «aplicar» ou «não aplicar» a *Nachgründung* (sc. o regime respectivo).

A ideia dos preceitos legais que tratam da *Nachgründung* é evitar que a disciplina inderrogável da *Sachgründung* – entradas em espécie e tomadas de coisas – seja fraudada por meio de contratos que ocorram não na altura da constituição da sociedade mas depois deste facto, embora ainda num período em que os fundadores dominam a sociedade; contratos que, na expressão dum autor, os fundadores tiveram «debaixo de olho» quando constituíram a sociedade. É manifesto que fundadores desejosos de afastar a rigidez de preceitos legais tendentes a impedir a sobrevalorização de bens com que entrem para a sociedade, podem atingir os resultados pretendidos se deixarem constituir a sociedade e depois fizerem os órgãos representativos desta adquirir, com um pagamento em dinheiro exagerado, os bens que não entraram na altura em que a sociedade foi constituída. Talvez o regime criado pela lei para se opor a essa fraude seja, nalguns pontos, excessivo, designadamente forçando a formalidades desnecessárias contratos que não tenham aquele intuito fraudulento, mas aquela é a justificação do regime.

Eu diria, pois, que o ou os contratos celebrados nesses termos que podem levar a presumir o intuito fraudulento é ou são *Nachgründung*, actos que afinal ainda constituem *Sachaeinlage* ou *Sachübernahme* e por isso são sujeitos a um regime idêntico aos destas, salvas as especialidades resultantes de a sociedade já estar constituída.

O facto previsto no art. 11.º n.º 1 da Directiva é «a aquisição pela sociedade de qualquer elemento de activo pertencente a uma pessoa referida no artigo 3 alínea i) por um contra-valor de pelo menos um décimo do capital celebrados dentro de certo período».

A Directiva não se refere, como a lei alemã aos contratos donde a aquisição resulta mas sim ao efeito desses contratos, a aquisição. Quanto ao objecto da aquisição, a Directiva refere qualquer elemento de activo, portanto qualquer bem, mas não dinheiro, caso que estaria fora da finalidade do preceito. A aquisição prevista é onerosa, pois é suposto um contra-valor a desembolsar pela sociedade, além de que também a finalidade do preceito exclui as aquisições a título gratuito. A diferença de redacção acima notada suscita, contudo, um problema. Na lei alemã estão incluídos quaisquer bens, ou existentes ou

futuros (por exemplo, instalações já existentes ou a construir), bens que a sociedade ou adquire ainda dentro ou já fora do período relevante, mas que são adquiridos por força de contratos celebrados durante esse período; literalmente, a Directiva exclui as segundas hipóteses, pois nos contratos sobre coisa futura a *aquisição* não ocorre durante o período relevante, mas afigura-se-me que a interpretação deve ser idêntica à da lei alemã, que melhor corresponde à intenção do preceito.

Diferente também da lei alemã é a limitação das pessoas que contratam com a sociedade feita no artigo 11.º da Directiva. Esse é precisamente um dos pontos em que a lei alemã parece excessiva, pois um contrato celebrado entre a sociedade e uma pessoa totalmente estranha à fundação desta só muito remotamente poderá ter ligação com esta. A Directiva circunscreve a sua previsão obrigatória para os Estados membros às pessoas físicas ou morais ou sociedades que assinaram ou em nome de quem foram assinados os estatutos ou o acto constitutivo ou pessoas físicas ou morais ou sociedades que assinaram ou em nome de quem foram assinados os projectos de estatutos ou de acto constitutivo.

Certamente em homenagem à lei alemã, a segunda parte do art. 11.º permite que os Estados membros prevejam a aplicação destas disposições quando o elemento do activo pertence a um accionista (entenda-se accionista não fundador, transmissário, portanto, de acções) ou a qualquer outra pessoa. O legislador que totalmente aproveite esta faculdade cairá no que me parece ser exagero da lei alemã, mas nenhum mal fará que o legislador expressamente preveja a intervenção de interpostas pessoas que, num caso em que se receia fraude, é bastante provável.

O desembolso da sociedade é designado por contra-valor e não por *preço*, de modo a não se pensar que o preceito só abrange contratos de venda; um contrato de troca pode ser utilizado para causar à sociedade o indesejado prejuízo. O montante do contra-valor que arrasta um contrato para a alçada deste preceito é um décimo do capital subscrito. Tendo variado, desde a constituição da sociedade até à data do contrato, o montante do capital subscrito, atender-se para o cálculo ao montante na data do contrato; variações posteriores a esta data são irrelevantes. Embora não interesse agora descer ao pormenor dos possíveis meios escogitados por tentativas de violação do preceito, noto que haverá que considerar caso a caso as ligações entre contratos aparentemente autónomos, para decidir se não se trata de fraccionamento fraudulento, quer por separação dos contraentes quer por divisão do objecto.

O art. 11.º da Directiva deixa aos legisladores nacionais a fixação do prazo relevante, impondo-lhes, contudo, um mínimo de dois anos, a contar do momento da constituição da sociedade.

Este modo de calcular o prazo – a contar do momento da constituição da sociedade – permite, a meu ver, resolver um problema que deixei em aberto no comentário ao art. 10.º da Directiva: a consideração pela Directiva da tomada de bens (*Sachübernahme*). A letra do art. 10.º exclui-a das cautelas aí previstas, que são restritas à entrada em espécie (*Sacheinlage*); restava saber se ela era abrangida pelo art. 11.º e parece-me que a resposta deve ser negativa, pois também não cabe na letra deste, acrescentando que no modelo alemão, o tratamento das duas hipóteses é, como vimos separado. Verdade seja, porém, que não faz muito sentido legislar sobre a *Nachgründung* e esquecer a *Sachübernahme*. Será um problema a decidir pelos legisladores nacionais, que podem contentar-se com o cumprimento estrito da Directiva ou alargar as providências até ao completo quadro alemão.

Reunidos todos esses pressupostos, o art. 11.º estatui a) verificação e publicidade análogas às previstas no art. 10.º – para cujo comentário remeto; b) aprovação da assembleia geral. A Directiva não exige que o contrato seja reduzido a escrito, mas não parece possível sujeitá-lo sem essa forma mínima ao regime de verificação e publicidade.

Ao contrário da lei alemã, a Directiva não prescreve condições especiais de *quorum* e de maioria para a assembleia e respectiva deliberação.

As excepções abertas pelo n.º 2 do art. 11.º à aplicação do regime estabelecido no n.º 1 justificam-se fundamentalmente por as aquisições excepcionalmente livres ocorrerem em circunstâncias que ilidem a suspeita em que o referido regime mais ou menos directamente se baseia. São exceptuadas em primeiro lugar as aquisições feitas no quadro das operações correntes da sociedade; por serem operações correntes da sociedade não se suspeita que tenham finalidades fradulentas relativamente ao regime das entradas em espécie e das tomadas de coisas pela sociedade (sem prejuízo da aplicação doutros preceitos que porventura protejam a sociedade no caso de negócios com fundadores ou accionistas). Na segunda excepção, é a intervenção duma autoridade administrativa ou judiciária que elimina as suspeitas de fraude. A excepção aberta para as aquisições feitas em bolsa justifica-se por si própria.

13. ARTIGO 12.º – OBRIGAÇÃO DE LIBERAR AS ACÇÕES

Artigo 12.º da Directiva: «Sob reserva das disposições respeitantes à redução do capital subscrito, os accionistas não podem ser isentos da obrigação de fornecer a sua entrada (apport)».

A reserva inicial do art. 12.º justifica-se porque, como se dirá a propósito dos preceitos que disciplinam a redução do capital, o accionista poderá, se o capital for reduzido, deixar de satisfazer a obrigação de liberar a sua parte. Deixando agora esse aspecto, temos no art. 12.º da Directiva uma proibição de que os accionistas sejam isentos da obrigação de efectuar as entradas a que se comprometeram.

Essa proibição actua em dois planos. Por um lado, não permite que os Estados membros mantenham, se as tiverem, ou editem disposições legais que permitam isentar os accionistas da referida obrigação. Por outro lado, força os Estados membros a tomar as providências positivas para que, na prática, essa isenção não seja possível.

O art. 12.º não impõe, contudo, aos Estados membros meio algum determinado para conseguir esse fim, designadamente não é indispensável uma disposição nacional que reproduza o artigo, se houver outros meios igualmente eficazes.

Tem este artigo em vista a obrigação de efectuar entradas para a sociedade, licitamente constituída no contrato de sociedade. O dever de efectuar inicialmente ou parte ou a totalidade das entradas convencionadas consta do art. 9.º já referido.

O nosso Código Comercial estabelece várias regras destinadas à efectivação das dívidas de entradas de capital. O art. 170.º responsabiliza os subscritores («enquanto as acções não estão integralmente pagas, os accionistas subscritores são responsáveis pela importância da subscrição») e os transmissários sucessivos («os pagamentos em atraso podem ser exigidos aos subscritores primitivos e a todos aqueles para quem as acções houverem sido sucessivamente transferidas»). Além disso, o art. 148.º atribui aos credores de qualquer sociedade a faculdade de «exercer os direitos da sociedade relativos às entradas de capital não realizadas, que sejam exigíveis por virtude do contrato, deliberação social, ou sentença judicial» e de «promover judicialmente as entradas de capital estipuladas no pacto social que sejam necessárias à conservação dos seus direitos»

Perante estes preceitos, não tenho dúvida de que seria nula uma cláusula estatutária onde se isentasse todos ou algum accionista de satisfazer a sua obrigação de prestar a sua entrada. Não é tão claro o valor de actos concretos de órgãos da sociedade que por alguma forma isentem daquela obrigação; a meu ver, esses actos são proibidos por aqueles

preceitos do Código Comercial, mas é duvidoso se os actos violadores são inválidos ou apenas constituem em responsabilidade as pessoas que neles tenham participado. Inclino-me para a primeira solução, mas reconheço a vantagem de um texto expresso que, completando os existentes, preencha inteiramente os fins do art. 12.º da Directiva.

14. ARTIGO 13.º – TRANSFORMAÇÃO EM SOCIEDADE ANÓNIMA

Segundo o art. 13.º da Directiva, «Até à coordenação ulterior das legislações nacionais, os Estados membros tomam as medidas necessárias para que pelo menos as garantias idênticas às previstas pelos artigos 2.º a 12.º sejam dadas em caso de transformação duma sociedade de outra forma em sociedade anónima».

Este artigo anuncia uma ulterior coordenação das legislações nacionais, a qual parece que virá a ter por objecto a transformação de sociedades, visto que a esta se refere a continuação do artigo, encarando designadamente a aplicação, nesses casos de transformação, das garantias concedidas a sócios e terceiros pelos anteriores artigos da Directiva. Os Estados membros são apenas intimados a tomar medidas, para o mesmo efeito, até que a CEE se pronuncie expressamente sobre o assunto.

O princípio afirmado no art. 13.º da Directiva é quase intuitivo; se a directiva ou as leis nacionais prescrevem um certo número de regras essenciais para as sociedades anónimas, supondo que elas se constituem directamente, isto é, sem o aproveitamento de uma sociedade de outro tipo para ser transformada em sociedade anónima, é lógico que regras equivalentes sejam estabelecidas para o caso de uma sociedade aparecer como sociedade anónima por causa da transformação de sociedade doutro tipo. Nem pode dizer-se que a Directiva descobriu o problema, há muito debatido não só pela doutrina, como pelos tribunais (Raul Ventura, *Transformação de sociedades*, págs. 168 e seguintes).

De outro lado, porém, parece igualmente intuitivo que os pontos de partida são diferentes, conforme a sociedade anónima se constituiu directamente ou é transformada em anónima uma sociedade doutro tipo. No segundo caso há, pelo menos, uma realidade anterior à constituição da sociedade, como anónima que não pode ser esquecida, pois trata-se, por definição, de *transformar* uma sociedade já existente.

O art. 13.º da Directiva não manda que as garantias no caso de transformação em sociedade anónima sejam exactamente as mesmas que estão consignadas nos arts. 2.º a 12.º, ou, por outras palavras, não procede a uma extensão dos arts. 2.º a 12.º ao caso de transformação. Ordena garantias *idênticas*, o que eu interpreto como prescrevendo que os os preceitos a editar para o caso de transformação produzam os mesmos resultados, atentas as diferenças de circunstâncias, que os comandados para o caso de constituição directa.

Haverá, pois, que proceder a uma selecção dos preceitos contidos nos arts. 2.º a 12.º da Directiva, escolhendo.

a) preceitos que podem ser igualmente impostos no caso de transformação – por exemplo, todas as indicações obrigatórias dos estatutos enumerados no art. 2.º e parte das enumeradas no art. 3.º;

b) preceitos que, por natureza, só fazem sentido no caso de constituição directa da sociedade anónima – por exemplo, a alínea j) do art. 3.º e o art. 4.º;

c) preceitos que visam situações posteriores à constituição da sociedade como anónima e que, portanto, serão automaticamente aplicáveis desde que uma sociedade doutro tipo se transforme em sociedade anónima – por exemplo, o art. 5.º;

d) preceitos que visam atingir finalidades relevantes quer no acto de constituição directa quer no acto de transformação, mas que, no segundo caso, exigem meios técnicos diferentes dos utilizados no primeiro caso – por exemplo, o art. 10.º.

No meu estudo acima citado expus o estado do nosso direito sobre transformação de sociedades e por isso me dispensei de aqui o repetir. Para dar cumprimento ao art. 13.º da Directiva, o legislador português deverá editar preceitos que correspondam às hipóteses referidas nas alíneas a) e d) supra, mas faço votos para que não se limite a isso e regule inteiramente a transformação de sociedades não só em anónimas, mas de qualquer tipo noutra tipo.

15. ARTIGO 14.º – RESSALVA QUANTO A MODIFICAÇÕES DOS ESTATUTOS

Artigo 14.º: «Os artigos 2.º a 13.º não afectam as disposições previstas pelos Estados membros sobre a competência e o processo respeitantes à modificação dos estatutos ou do acto constitutivo».

Confesso que me escapa o alcance deste art. 14.º, que não figurava na proposta de Directiva.

Não estranho que os arts. 2.º a 13.º da Directiva não afectem as disposições previstas pelos Estados membros sobre a competência e o processo respeitantes à modificação dos estatutos ou do acto constitutivo. A minha estranheza reside em não compreender como os arts. 2.º a 13.º poderiam afectar as referidas disposições.

Tomando como competência a «competência orgânica» ou seja a determinação do órgão da sociedade que tem poderes para modificar os estatutos ou o acto constitutivo, não encontro nos arts. 2.º a 13.º nada que a pudesse afectar. O mesmo digo quanto ao processo de modificação dos estatutos ou do acto constitutivo.

Costa-me acreditar que se trata duma disposição deslocada e inútil e por isso resta-me esperar que alguém mais avisado explique a intenção do preceito que, aliás, não exige, antes pelo contrário, qualquer alteração das legislações nacionais.

16. ARTIGO 15.º – DISTRIBUIÇÕES PROIBIDAS

Determina o art. 15.º n.º 1:

a) Fora dos casos de redução do capital subscrito, nenhuma distribuição pode ser feita aos accionistas quando, na data de encerramento do último exercício, o activo líquido tal como resulta das contas anuais é, ou se torna em seguida a uma tal distribuição, inferior ao montante do capital subscrito, aumentado das reservas que a lei ou os estatutos não permitem distribuir.

b) O montante do capital subscrito referido na alínea a) é diminuído do montante do capital subscrito não chamado quando este último não estiver contabilizado no activo do balanço.

c) O montante duma distribuição feita aos accionistas não pode exceder o montante dos resultados do último exercício encerrado, acrescido dos lucros transitados bem como de retiradas efectuadas das reservas disponíveis para este efeito e diminuído das perdas transitadas bem como das somas levadas a reserva em conformidade com a lei ou os estatutos.

d) O termo «distribuição», tal como figura nas alíneas a) e c), engloba designadamente o pagamento de dividendos e o de juros relativos às acções».

A matéria deste art. 15.º n.º 1 estava, na proposta de Directiva, distribuída por vários artigos: art. 12.º – «Quando o activo líquido duma sociedade se torna inferior ao montante do capital subscrito acrescido das reservas indisponíveis, nenhuma distribuição pode ser feita a favor dos accionistas fora dos casos previstos na presente Directiva»; art. 13.º – «Os dividendos e, no respectivo caso, os comptes sobre os dividendos, só podem ser retirados dos lucros líquidos»; art. 15.º «Não podem ser pagos juros aos accionistas na falta de lucros /.../».

A exposição de motivos da proposta pouco adiantava sobre os referidos preceitos; afirmava a tendência deles para preservar a fixidez do capital, tal como ele foi em cada sociedade constituído em obediência às disposições anteriores; lembrava que a proibição de distribuir dividendos fictícios é um princípio fundamental do direito das sociedades, cuja actuação no campo comunitário dependia porém, de outras directivas em preparação (hoje, a 4.ª Directiva).

O Parlamento Europeu limitou-se a sublinhar que por «reservas não disponíveis», nos termos do art. 12.º, devem entender-se apenas as reservas que os accionistas não podem pretender e que se distinguem essencialmente em três categorias: reservas não disponíveis em virtude da lei; reservas não disponíveis nos termos dos estatutos; reservas não disponíveis em virtude duma decisão da assembleia geral.

O Comité Económico e Social foi mais duro; declarou ter dificuldade em compreender a articulação e a coerência dos arts. 12.º a 15.º e recomendou que fossem redigidos de novo, tendo em conta as seguintes considerações: «é necessário precisar se os artigos 12.º e 13.º são complementares ou se constituem uma alternativa; é necessário precisar a ligação existente entre estas duas disposições e o artigo 15.º, porque os juros não são pagos se não tiver havido compromisso para os pagar e isso, independentemente dos lucros realizados; (duas outras observações que não interessam agora)». Considerava ainda necessário definir, o mais tardar na Directiva respeitante ao balanço das sociedades (cuja publicação simultânea com a segunda Directiva insistentemente recomendava) as noções de «activo líquido», «reservas (disponíveis)» e «lucros líquidos» e sugeria que fosse aditada ao art. 13.º a frase «...que sur les bénéfices nets et/ou sur les reserves disponibles», para ficar bem claro que o pagamento de dividendos ou de comptes sobre os dividendos podem também ser feitos por força das reservas disponíveis.

Apesar da dureza do Comité, a modificação da proposta de Segunda Directiva não tocou nos arts. 12.º a 15.º, que, contudo, vieram a aparecer muito diferentes no texto definitivo.

A interpretação do art. 15.º n.º 1 da Segunda Directiva pode ser auxiliada pelo conhecimento dos regimes vigentes sobre a matéria nos principais direitos da Comunidade. Por enquanto, limitar-me-ei a transcrever os textos legais, deixando para cada ponto a discussão dalguns pormenores.

Em Itália rege o art. 2433.º Codice Civile: «A assembleia que aprova o balanço delibera sobre a distribuição dos lucros aos sócios.

Não podem ser pagos dividendos sobre as acções, se não por lucros realmente conseguidos e resultantes do balanço regularmente aprovado.

Se se verifica uma perda do capital social, não pode proceder-se a repartição dos lucros enquanto o capital não estiver reintegrado ou reduzido em medida correspondente /.../».

Na Lei francesa de 1966, interessam agora os artigos: Art. 344.º – Les produits nets de l'exercice, déduction faite des frais généraux et autres charges de la société, y compris tous amortissements et provisions, constituant des bénéfices nets»; Art. 346.º – Le bénéfice distribuable est constitué par le bénéfice net de l'exercice, diminué des pertes antérieures et du prélèvement prévu à l'article 345 et augmenté des reports bénéficiaires. En outre,

l'assemblée générale peut décider la mise en distribution de sommes prélevées sur les réserves dont elle a la disposition: en ce cas, la décision indique expressément les postes de réserve sur lesquels les prélèvements sont effectués»; Art. 347.º – Après approbation des comptes et constatation de l'existence de sommes distribuables, l'assemblée générale détermine la part attribuée aux associés sous forme de dividende. Tout dividende distribué en violation de ces règles constitue un dividende fictif. /.../»; Art. 348.º – Il est interdit de stipuler un intérêt fixe ou intercalaire au profit des associés. Toute clause contraire est réputée non écrite /.../».

No direito alemão, assento da matéria é o § 57 AktG: «(1) As entradas não podem ser restituídas aos accionistas. Não são considerados reembolsos das entradas os pagamentos do preço de aquisição, de acções próprias, quando esta aquisição for permitida. (2). Não podem prometer-se nem pagar-se juros aos accionistas /.../».

Em Portugal, o corpo e o § 1.º do art. 192.º do Código Comercial determinam: «É expressamente proibido que nos estatutos se estipulem juros certos e determinados para as acções, as quais só dão direito à parte proporcional que lhes caiba nos lucros líquidos que efectivamente resultem das operações da sociedade, comprovados pelo balanço. § 1.º: A distribuição de dividendos fictícios considera-se violação do mandato por parte dos directores que a tenham consentido».

Para os efeitos do art. 15.º n.º 1 da Directiva não interessa conhecer em pormenor as condições em que é permitida no nosso direito a atribuição de juros intercalares, as quais estão expressas nos §§ 2.º e 3.º do art. 192.º

A proibição dos juros, permanentes ou intercalares, com que é iniciado o corpo do art. 192.º elucida, porém, quanto ao campo que o preceito visa; fazendo seguir aos juros certos e determinados (proibidos) o direito à parte proporcional que aos accionistas caiba nos lucros líquidos, o art. 192.º tinha em vista a remuneração do capital durante a vida da sociedade. Está manifestamente fora desse campo, por exemplo, a restituição do capital em partilha de sociedade liquidada. Isto mesmo é confirmado pelo § 1.º, uma vez que o saldo de liquidação, depois de reembolsado o capital, não é chamado dividendo.

Os comentadores do art. 192.º § 1.º não têm produzido análise muito profunda dele. Deixando agora de parte o problema de saber se a distribuição de dividendos fictícios é ou não sancionada penalmente – problema que hoje pode considerar-se resolvido no sentido negativo, uma vez que o art. 52.º da Lei de 22 de Julho de 1867 deve considerar-se revogado e o caso não se enquadra no art. 451.º n.º 3 do Código Penal – preocupam-se um pouco com a determinação nítida do que seja dividendo fictício e algo mais com a responsabilidade civil dos administradores.

Assim Cunha Gonçalves, *Comentário*, I, pág. 498.º, depois de explicar que o consentimento dos administradores de que fala aquele preceito significa realmente «autoria», entende que não há «violação do mandato» quando a assembleia geral aprovar as contas, salva a parte final do art. 190.º; e se a assembleia não aprovou essas contas, também não pode haver distribuição de dividendos, fictícios ou não fictícios. Parece-lhe inútil definir o dividendo fictício. O dividendo considera-se tal sempre que uma sociedade, baseando-se num balanço inexacto, distribui lucros que não existem ou um dividendo superior aos verdadeiros lucros. Este resultado pode ser alcançado por processos tão variados, que é difícil expô-los a todos, mas podem ser classificados em duas categorias: os que aumentam o activo, e os que diminuem o passivo, em ambos os casos contra a realidade. Os primeiros que são os mais frequentes, consistem principalmente em exagerar as avaliações de mercadorias, edifícios e material, em descrever depósitos e créditos inexistentes ou perdidos e em omitir as indispensáveis amortizações.

Pinto Furtado, *Código Comercial Anotado*, vol. II, Tomo II pags. 662.º e seguintes, quanto ao dividendo fictício interpreta, o § 1.º do art. 192.º como coincidente com o actual art. 2433.º do Codice Civile Italiano, segundo o qual «não podem ser pagos dividendos sobre acções, senão por lucros realmente realizados e resultantes de balanço regularmente aprovado», isto é, no seu entender, a proibição do § 1.º abrange o dividendo que se funda num lucro líquido que efectivamente o não comporta e bem assim a hipótese de o dividendo ter sido distribuído sem se fundar num balanço. Quanto à responsabilidade civil dos administradores, considera-a hoje disciplinada pelo Decreto-Lei n.º 49381, de 15-11-69 (e não pelo art. 173.º do Cod. Com.); entende que resulta duma presunção legal iuris et de iure de terem sido os administradores que, com a elaboração do balanço e da conta de ganhos e perdas sofismados, induziram em erro os votantes e viciaram a deliberação assémbleiar; afirma que a responsabilidade dos administradores não é excluída pelo art. 17.º n.º 4 daquele Decreto-Lei («a responsabilidade dos administradores para com a sociedade não tem lugar quando o acto ou omissão assente em deliberação da assembleia geral, ainda que anulável») e considerava que desse diploma era aplicável ao caso o art. 19.º n.º 3 («A deliberação pela qual a assembleia geral aprove a gestão dos administradores não implica renúncia aos direitos de indemnização da sociedade ou contra estes»). Menciona por último, no capítulo das responsabilidades, a dos membros do conselho fiscal, nos termos do art. 27.º n.º 3 do DL n.º 49371.

Dos ensinamentos do Prof. Ferrer Correia, nas suas Lições de Direito Comercial, teremos ocasião de aproveitar já em seguida.

Reportando-se aos §§ 52,54 da AktG 1937, Ballerstedt atribuiu-lhe quatro finalidades: conservação do capital social e protecção dos credores; segurança do igual tratamento dos accionistas; delimitação da competência entre órgãos de administração e assembleia geral; plena atestação dos lucros sociais (*Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften*, pags. 132 e segs). Sobre a primeira destas quatro finalidades insiste geralmente a doutrina dos vários países onde existem preceitos deste género.

Ferrer Correia, nas Lições de Direito Comercial, ao expor as funções do capital social, logo em primeiro lugar explica que o conhecimento da cifra do capital social é indispensável para a determinação da situação económica da empresa; a soma dos valores com que os sócios formaram a sociedade corresponde ao capital social, como cifra, e, portanto, sempre que o activo líquido da empresa sobrepujar esse montante, haverá nessa medida um lucro, bem como haverá uma perda quando se verificar a hipótese contrária. Depois realça que o capital social representa uma segurança para os credores, na medida em que a lei não permite a distribuição pelos sócios de quantias ou valores necessários para manter intacto esse fundo; o capital social é *intangível*. O estrito significado do princípio da intangibilidade do capital social é que o património da empresa não poderá descer *em virtude de atribuições aos sócios de valores de qualquer natureza*. Expressão aberta e formal desse princípio encontra-se no art. 21.º da LSQ. O Código Comercial, embora em termos mais atenuados, sanciona também o princípio citado, o qual se deduz da regra segundo a qual os accionistas só têm direito aos lucros líquidos da empresa e do próprio conceito de lucro; a atribuição aos sócios, a título de lucros, de fundos necessários para manter íntegro o capital social redundaria numa distribuição de dividendos fictícios.

A meu ver, a integridade do capital social, no sentido acima referido, é um corolário da autonomia patrimonial das sociedades e, nas sociedades de responsabilidade limitada, desta limitação.

Dos patrimónios individuais dos sócios destacam-se bens que, uma vez reunidos, gozam, por concessão da lei, de uma autonomia que, em certos casos, atinge a separação e a

unificação na titularidade duma pessoa jurídica; autonomia que importa, primeiro, uma desafecção dos fins anteriores – satisfação dos interesses dos sócios que com esses bens entram para a sociedade – e segundo, uma afectação a um novo fim, a prossecução do objecto social. Quando a responsabilidade dos sócios para com os credores da sociedade é limitada, nos termos sobejamente conhecidos, os dados da situação reforçam-se mas não se alteram substancialmente; a protecção da autonomia é mais necessária, visto que os credores só podem satisfazer-se pelo património autónomo, não sendo atingíveis, nem mesmo subsidiariamente, os patrimónios individuais dos sócios.

A defesa da autonomia do património social é teoricamente fácil de conseguir, do lado passivo; basta destrinçar, segundo a sua origem, as responsabilidades atribuíveis a esse património e aquelas que *de iure* são encabeçadas nos sócios, de modo que no passivo do património social só ingressam aquelas que, nos termos da lei, ali devam ingressar. A defesa do lado activo do património social é mais difícil, pois é preciso protegê-lo contra as agressões voluntárias dos sócios, contra as tentativas para, violando a autonomia criada, desafectar do fim social bens que, com esse intuito, tinham sido separados dos patrimónios individuais dos sócios e dos seus interesses pessoais.

Com essa defesa da autonomia nada tem a ver a flutuação do activo do património social, na prossecução dos fins da própria autonomia. Se a uma actividade económica pode chamar-se «jogo», a lei não impede o funcionamento do «jogo»; a lei apenas tenta evitar o falseamento das «regras do jogo» – evitar que as pessoas que declaram arriscar certos valores se arrependam e os retirem da mesa.

Isto que resumidamente fica dito justifica que aos sócios não seja permitido retirar da sociedade valores cuja conservação seja necessária para que o capital – cifra-valor – se mantenha. Não poderia justificar que a lei não permitisse a repartição periódica de lucros nem, por outro lado, que devessem ser retidas no património social valores excedentes à cobertura do capital social. Contudo, a lei não permite a distribuição aos sócios dos valores correspondentes a certas reservas constituídas pela sociedade, o que poderá corresponder ou a uma indirecta garantia ou a um acréscimo de garantia dos credores, por uma forçada conservação de uma porção complementar do activo social.

Um aspecto que convirá não esquecer ao abordar a análise do art. 15.º n.º 1 da Directiva é a diferença entre esta e as legislações nacionais que tipifiquem um delito de distribuição de dividendos fictícios, como a francesa e a italiana. Em tais legislações é compreensível que a teoria das distribuições proibidas se tenha desenvolvido com base na incriminação por tal delito: elementos genéricos e típicos do delito. Em boa lógica há necessária coincidência entre a proibição de distribuições aos sócios e o delito de distribuição de dividendos fictícios ou qualquer outro, podendo a moldura penal conter apenas algum dos casos abrangidos pela proibição de direito puramente societário, quando um sistema jurídico incluía aquela proibição e este delito. Por outro lado, pode suceder que a distribuição proibida não seja, em caso algum, susceptível de repercussões penais, como sucede no direito português vigente. Ora, a Directiva abstraiu das possíveis responsabilidades criminais, cuja adopção ficará dependente de cada legislador nacional e, portanto, a sua interpretação deverá ser feita nessa conformidade, designadamente esquecendo que, no todo ou em parte, os casos previstos no art. 15.º n.º 1 já estão ou podem vir a estar penalmente contemplados nalguma legislação nacional.

O art. 15.º n.º 1 da Directiva começa por delimitar negativamente o seu campo de aplicação; neste não se incluem os casos de redução do capital subscrito, os quais podem dar lugar a uma atribuição aos sócios de parte do activo social, mas estão sujeitos a um regime muito especial.

Em seguida, o preceito emprega o termo «distribuição», em parte esclarecido pela alínea d) no sentido de englobar designadamente o pagamento de dividendo e de juros relativos às acções.

Dois problemas nos surgem aqui: a natureza dos actos que, para este efeito, constituem «distribuição»; os títulos a que a distribuição é feita.

Quanto ao primeiro aspecto, nenhuma dúvida tenho quanto ao propósito último do preceito: no património individual dos accionistas não devem ingressar valores pertencentes à sociedade, quando a Directiva tal não permita. Dificuldades de interpretação não haveria se tudo se resumisse a um só acto de transmissão – perda relativa, aquisição derivada – desses bens, da sociedade para os accionistas, mas na realidade o processo é muito mais complicado.

Reunindo preceitos de vários países, pode chegar-se pelo menos a um sistema da complexidade seguinte; no aspecto que interessa agora: com as contas aprovadas por ele próprio ou em projecto para serem submetidas à aprovação doutro órgão, o conselho de administração apresentará uma proposta, donde conste, entre outras coisas, a distribuição a fazer aos accionistas; um órgão – Aufsichtsrat, conselho fiscal, etc. – quer seja ele ou não seja a aprovar as contas, examinará e dará parecer sobre a proposta de aplicação dos lucros, incluindo a distribuição aos accionistas; um outro órgão ainda – assembleia geral – pronunciar-se-á sobre a proposta de distribuição de lucros, conformando-se com ela ou tomando sobre o assunto qualquer outra deliberação; o conselho de administração procederá aos pagamentos aos accionistas, como tiver sido deliberado pela assembleia (ou com violação desta deliberação).

Sem por enquanto colocar problemas de necessária precedência entre quaisquer desses actos – ou ainda doutros – ou questões de validade dele, por motivos diferentes do facto agora considerado – é natural perguntar quais os reflexos que sobre cada um deles tem a proibição do art. 15.º n.º 1; a proposta do conselho de administração para serem efectuadas distribuições proibidas; o exame ou parecer que corrobore a proposta, a deliberação da assembleia geral; o pagamento – são tudo *distribuições*, para este efeito? Se o forem, qual o valor jurídico de cada acto? (e quais, sendo caso disso, as responsabilidades daí decorrentes).

Duma frase do art. 15.º n.º 1 alínea d) poderá parecer que só é considerado *distribuição* o último acto desse processo: «le *versement* des dividendes et *celui* des intérêts relatifs aux actions». Parece-me, contudo, que essa seria uma interpretação muito restrita. Como acima disse, o preceito, em última análise, pretende evitar o *versement*, mas isso não significa que nada daquilo que órgãos duma sociedade façam para alcançar aquele resultado último seja atingido pela Directiva; a proibição deve atingir todos os actos do processo que formalmente conduzem ao pagamento ilícito. Aos legisladores nacionais caberá, contudo, definir o modo como a proibição afectará cada acto do processo, mas sem esquecer que o resultado último visado só poderá ser atingido plenamente se o último elo da cadeia – acto de atribuição patrimonial – for, em si mesmo, também atingido pelas sanções legais.

Na enumeração exemplificativa de títulos de «distribuição» feita pelo art. 15.º n.º 1 alínea d) aparecem em primeiro lugar os *dividendos*. Não vale a pena expor aqui as diferenças entre lucro e dividendo, mas apenas lembro, para evitar confusões de terminologia, que a palavra *dividendo* (ou o plural) aparecem na lei e na prática para designar tanto a importância total do lucro de exercício atribuída aos accionistas, como a parte desse lucro correspondente a cada acção ou ainda a parte desses lucros atribuída a cada accionista (por exemplo, art. 192.º n.º 1 e art. 204.º do Cod. Com.; v. Pinto Furtado, vol. II, tomo II, pag. 647.º) e até o conjunto dos lucros líquidos quer eles sejam postos à

distribuição dos accionistas no ano do apuramento, quer sejam retidos para ulterior distribuição, podendo essa distribuição realizar-se apenas no momento da partilha do activo social (Sebastião Gonçalves, *O capital das sociedades anónimas*, pág. 178).

Pagamento dos *dividendos* no preceito da Directiva é o pagamento das importâncias que, relativamente aos lucros de cada exercício, forem atribuídas a uma acção ou às acções pertencentes a um accionista.

Em segundo lugar, aparecem naquela enumeração os *juros* (relativos às acções). Não vou expôr os termos em que, na nossa ou noutras legislações, é permitido ou proibido o pagamento de juros (*juros certos e determinados*, como diz o art. 192.º) ao capital subscrito pelos accionistas; devo, contudo, lembrar que, em muitas legislações, o pagamento desses juros ou é totalmente proibido ou só é permitido por tempo e com taxas fixadas na lei.

Assim, para interpretar o preceito da Directiva, será preciso distinguir conforme os juros, em certo caso pagos, preenchem ou não esses requisitos da ordem jurídica nacional. Se o juro é pago em contração directa das regras estabelecidas na lei (por exemplo, se em Portugal os juros corresponderem a um quarto ano ou se a taxa exceder a permitida pelo art. 192.º §§ 2.º e 3) e sem que para isso interesse saber se tal pagamento é permitido por cláusula estatutária, pois esta será nula, tal pagamento não fica sujeito ao regime estabelecido pelo art. 15.º da Directiva, mas sim ao regime que corresponde a estas violações directas.

Mais grave é outra dúvida: saber se o art. 15.º n.º 1 da Directiva proíbe a distribuição de juros, em si mesmos permitidos por uma legislação nacional, quando não se verificarem os requisitos estabelecidos para distribuições, nas alíneas a) e c). Da conjugação destas duas alíneas com a alínea d), parece resultar uma resposta afirmativa e, com muito boa vontade, admito tal resposta para algum país onde os juros do capital subscrito possam ser estipulados como remuneração normal – se tal país existe; não pode, contudo, a resposta deixar de ser negativa quanto aos juros intercalares permitidos pelo nosso art. 192.º §§ 2.º e 3.º e por outros direitos.

Estes juros intercalares – que de juros apenas têm o cálculo por meio duma percentagem e a periodicidade de pagamento – não podem ficar dependentes da existência de lucros distribuíveis, pois são estipulados precisamente na suposição de que, no período inicial de certas sociedades, não serão produzidos lucros e por isso haverá que criar outro meio de atribuir alguns valores aos accionistas, de outra forma relutantes em subscreverem acções. Pense-se no juro vencível no fim do primeiro exercício da sociedade; como poderia ele ser pago se dependesse do resultado líquido distribuível do *exercício anterior*, que, por definição, não existiu?

A doutrina tem afirmado, com razão, que juridicamente os chamados juros intercalares são reembolsos das entradas excepcionalmente permitidos pela lei (por exemplo, Barz no *Grosskommentar*, pág. 420). Tanto basta para que os juros intercalares não possam constituir «distribuição» sujeita ao regime do art. 15.º da Directiva.

A enumeração feita na alínea d) – e agora reduzida a um só elemento – é expressamente qualificada de exemplificativa. Não teria aqui interesse uma lista mais desenvolvida mas sempre exemplificativa de casos, que podem ir desde uma aberta e como tal declarada restituição de entradas até à mais sofisticada invenção de um título de atribuição de valores aos accionistas. Dois aspectos, contudo, convirá acentuar: primeiro, que as distribuições aos accionistas são aquelas que tenham por título invocado direitos dos accionistas, como tais, mas pode suceder que, como modo de disfarce, seja utilizado um título de atribuição aos accionistas, como terceiros; segundo, que são aspectos diferentes o título que determina a distribuição e o modo como, dentro do título adoptado, se pretenda disfarçar a

ilegalidade dela (por exemplo, o pagamento de dividendo é um título de distribuição para os efeitos do art. 15.º n.º 1, independentemente de ela ser ilegal por ter sido exagerado o activo, reduzido o passivo, etc.).

Continuando a acompanhar a letra do art. 15.º n.º 1) al. a), a distribuição (não pode ser feita aos accionistas, o que convirá esclarecer em dois aspectos. Primeiro, pode ser abrangida pelo preceito uma atribuição de bens a accionistas feita por um terceiro, mas de conta da sociedade, a qual virá, mais tarde, e por força das estipulações havidas, a efectuar um desembolso para esse terceiro. Segundo, o art. 15.º não abrange as distribuições de lucros feitas pela sociedade a pessoas que não sejam accionistas, embora tenham direito a participar nos lucros da sociedade. Isto quer a atribuição de parte dos lucros tenha realmente esta natureza – caso dos *tantièmes* dos administradores – quer em bom rigor constituam despesa da sociedade, apenas para cujo cálculo serve a determinação dos lucros.

A proibição da distribuição aos accionistas depende de vários factores, o primeiro dos quais é a fixação do momento em que os outros hão-de verificar-se: na data do encerramento do último exercício (em Portugal, 31 de Dezembro, visto que o exercício social coincide com o ano civil).

Em si mesmo, o factor é facilmente compreensível, nem causa dúvida notável a exigência de um outro factor, as contas anuais, que só pode estar preenchido depois daquela data –, pois a essa data se reportarão as ditas contas. Problema nasce, porém, da ocorrência depois daquela data ou da verificação depois daquela data, de factos que teriam impedido a distribuição se quando ocorridos antes do encerramento do exercício e verificados nas contas. Suponha-se, por exemplo, que à data do encerramento do exercício, o capital não seria afectado pela distribuição (maneira simplificada de sintetisar os requisitos do art. 15.º n.º 1 a)), mas que, no momento em que o pagamento é feito esses requisitos já não se verificavam porque fora distribuído, sem subrogação, um importante elemento do activo ou porque ao passivo foi aditada uma nova e importante dívida da sociedade; suponha-se que os administradores – ou os mesmos que elaboram as contas ou os que os substituíram – descobrem graves erros do balanço antes de efectuarem o pagamento.

A meu ver, o art. 15.º não impõe solução para tais problemas; ele proíbe distribuições aos accionistas se à data do encerramento do último exercício, o activo líquido, etc.. Donde necessariamente decore que, no caso de factos posteriores a essa data melhorarem a situação da sociedade, deixando o activo líquido de ser afectado pela distribuição, os administradores não poderão efectuar a distribuição, devendo esperar pelos resultados de mais um exercício ou de efectuar pagamentos por conta de dividendos futuros, mas não se segue com a mesma necessidade lógica, que aos administradores seja lícito efectuar os pagamentos permissíveis à data do encerramento do exercício, esquecendo as ocorrências e verificações posteriores. Por outras palavras: o art. 15.º n.º 1 estabelece o *mínimo* da regulamentação para que sejam alcançados os fins propostos, mas não impede que os legisladores nacionais vão mais longe no mesmo caminho. Dito isto, ficarão para mais adiante as opções do legislador português.

Activo líquido é o primeiro dos dois termos de comparação que consubstanciam o regime criado pelo art. 15.º n.º 1. Já vimos que *activo líquido* era uma das expressões cuja definição foi aconselhada pelo Comité Económico e Social – conselho sem seguimento no texto final da Segunda Directiva. – Deixá-la-ei, portanto, tão indefinida – pelo menos nos seus contornos pormenorizados – como está no art. 15.º. Se a Quarta Directiva contribui para o esclarecimento da noção, é problema a versar por quem se ocupa da Quarta Directiva. É, no entanto, evidente que o activo líquido há-de resultar da dedução ao montante do activo das responsabilidades certas da sociedade, para com terceiros.

Considerado para o efeito é o activo líquido *resultante das contas anuais*. Esta referência às contas anuais, aqui limitada ao activo líquido, leva a investigar de modo mais geral, o papel que as contas anuais desempenham para a determinação das distribuições lícitas ou ilícitas. Adiante o farei.

O segundo termo de comparação é na realidade uma soma: o montante do capital subscrito, mais as reservas que a lei ou os estatutos não permitem distribuir.

A primeira parcela dessa adição é o capital subscrito, que, no nosso direito, é o capital nominal. No entanto, a alínea b) deste art. 15.º n.º 1 manda efectuar deduções ao capital subscrito. No caso de nem todo o capital subscrito ter sido realizado na constituição da sociedade e de a parte diferida ainda não ter sido totalmente realizada à data em que se apure a possibilidade duma distribuição aos accionistas, há que considerar várias hipóteses: ou esse capital não realizado ainda não foi ou já foi chamado, isto é, a dívida dos accionistas já se tornou ou não tornou exigível nos termos da lei ou dos estatutos; ou as dívidas dos accionistas para com a sociedade, ainda não exigíveis por esta, estão ou não estão contabilizadas, no activo do balanço.

O capital subscrito referido na alínea a) do art. 15.º n.º 1 só é diminuído para este efeito se, simultaneamente, ainda não tiver sido chamado e se não tiver sido contabilizado no activo do balanço. Na verdade, se tiver sido chamado – e por definição ainda não tiver sido pago – ou se estiver contabilizado no activo do balanço como créditos contra os accionistas, está, por assim dizer, consolidada a dívida interna de capital subscrito que figura no passivo. E como se trata, no fundo, de não permitir reembolsos aos accionistas, das entradas *realizadas*, a extensão ao capital não chamado, desde que contabilizado no activo do balanço, pode até considerar-se um reforço da garantia dos credores: não é distribuível aos accionistas não só o que eles desembolsaram como aquilo que eles já deviam ter desembolsado ou pelo menos estão obrigados actualmente a desembolsar (capital subscrito chamado) ou que a sociedade já contabilizou como seu crédito.

A segunda parcela é constituída pelas reservas que a lei ou os estatutos não permitem distribuir. É de lógica elementar que não sejam distribuíveis as reservas que a lei ou os estatutos não permitem distribuir. De quais sejam essas reservas, falarei a respeito da alínea c).

Se da comparação entre o activo líquido e a soma do capital subscrito (como acima dito) com as reservas que a lei ou os estatutos não permitem distribuir resulta ser aquele activo *inferior* a esta soma, nenhuma distribuição é lícita. Além disso, a distribuição não é lícita se da citada comparação resultar que, *depois de efectuada a distribuição*, o activo líquido ficaria inferior àquela soma, ou, por outras palavras, se a soma do capital subscrito, reservas que a lei ou os estatutos não deixam distribuir e *distribuição encarada* for superior ao activo líquido.

No primeiro caso, trata-se duma proibição manifestamente absoluta: as condições existentes antes da distribuição não permitem efectuar *nenhuma distribuição*, seja qual for o montante desta; no segundo caso, parece que o montante da distribuição encarada desencadeia ou não a ilicitude, a qual só existirá se o montante que se pretende distribuir vier a tornar negativa a relação estabelecida no preceito, ou *a contrario sensu*, que é lícita uma distribuição cujo montante não torne negativa aquela relação.

Donde poderia parecer que o art. 15.º n.º 1 al. a) torna desnecessária a alínea c) do mesmo artigo. O montante lícito da distribuição (desde que esta, não fosse *absolutamente ilícita*) seria aquele que não a tornasse ilícita, nos termos acima referidos e assim deixaria de ter cabimento a alínea c), que especificamente trata do montante lícito das distribuições (isto, partindo da alínea a) para a alínea c), pois também poderia considerar-se desnecessá-

ria a alínea a) por a alínea c) fixar o montante das distribuições lícitas). Depois de analisada a alínea c) melhor se verá a sua relação com a alínea a).

A alínea c) coloca um limite máximo a uma distribuição a fazer aos accionistas, o qual se encontra por meio de três operações: 1.º, a soma dos resultados do último exercício encerrado, dos lucros transportados para conta nova e das retiradas das reservas disponíveis para esse efeito; 2.º, a diminuição a essa soma, das perdas transitadas; 3.º, a diminuição a esse produto das importâncias a levar a reservas nos termos da lei ou dos estatutos.

Manifestamente, os «resultados do último exercício encerrado» são os resultados positivos, os lucros.

Não vale a pena discutir aqui se os lucros de um exercício transitados para conta nova constituem ou não uma reserva, dotada ou não dalguma especialidade. A Directiva considera-os separadamente das reservas e autoriza, para este efeito, incondicionalmente a sua adição aos lucros do último exercício encerrado, implicando que, quer constituam ou não uma reserva, devem ser tomados como disponíveis para este efeito.

Em terceiro lugar, a alínea c) menciona as importâncias retiradas das reservas disponíveis para este efeito. Começemos por entender as palavras finais. É sabido que, atendendo ao seu fim, as reservas podem ser classificadas em reservas gerais e reservas especiais e bem assim que no último grupo se encontram reservas constituídas com o fim especial e expresso de futura distribuição como dividendos (reservas para correcção, flutuação, manutenção, estabilização, etc. de dividendos). Estas reservas especiais podem sem dúvida ser utilizadas para o efeito previsto na alínea c), mas não só elas, salvo se, por interpretação excepcional dos estatutos dalguma sociedade se concluisse que só essa reserva especial pudesse ser utilizada para este efeito (ou se se considerar verdadeira a teoria segundo a qual todas as reservas estatutárias são, em princípio, indisponíveis). A alínea não diz reservas *constituídas* para este efeito, mas sim reservas *disponíveis* para este efeito.

Comparando a alínea a) com a alínea c), vê-se que a primeira fala em «reservas disponíveis para este efeito». Quais sejam as reservas que a lei ou os estatutos não permitem distribuir é questão de interpretação daquela e destes. Há hoje consenso universal quanto a não ser distribuível aos accionistas a chamada «reserva legal»; não se compreenderia que a lei forçasse os accionistas a constituir a reserva, ou seja, a não distribuir as importâncias necessárias para essa constituição e depois de a reserva estar constituída, a lei permitisse a distribuição desta. Outras reservas, porém, podem ser indisponíveis por força da lei; a própria Directiva torna indisponíveis algumas reservas especiais: art. 22.º n.º 1 alínea b), caso de aquisição de acções próprias e constituição duma reserva expressamente dita indisponível, do montante dessas acções, caso elas tenham sido contabilizadas no activo; art. 33.º n.º 2, em certos casos de redução de capital, as importâncias provenientes desta não podem ser utilizadas para distribuição aos accionistas; art. 36.º n.º 1 alínea d), reserva não distribuível aos accionistas (sobre as dúvidas quanto à disponibilidade das reservas de reavaliação, Lacombe, *Les réserves dans les sociétés*, pag. 198).

Numa classificação tradicional, segundo a origem das reservas, estas podem ser legais ou facultativas, subdividindo-se as segundas em reservas estatutárias e reservas extraordinárias. Estas últimas são constituídas pela assembleia geral, com base em disposições permissivas da lei ou dos estatutos e são disponíveis por mera deliberação da assembleia. As reservas estatutárias, no sentido estrito de reservas impostas (e não só permitidas) pelos estatutos, são disponíveis apenas nos termos em que as disposições estatutárias o permitam, mas a sua fixidez é evidentemente muito inferior à das reservas legalmente indisponí-

veis, pois as disposições estatutárias podem ser eliminadas ou modificadas, com observância das condições gerais ou especiais necessárias para tal alteração estatutária.

Até este ponto, «reservas que a lei ou os estatutos não permitem distribuir» e «reservas (não) disponíveis para este efeito» são expressões coincidentes. A segunda delas poderia, contudo, ser também interpretada no sentido de serem reservas distribuíveis, no montante distribuível, por disponível. Precisando melhor.

Entende-se correntemente que as reservas facultativas e legais servem em primeiro lugar para equilibrar a Conta de Ganhos e Perdas e só depois, se as reservas facultativas ainda têm um saldo, poderá este ser eventualmente destinado à distribuição de dividendos (Folliet, *Le bilan dans les sociétés anonymes*, pag. 313, com forte crítica à opinião segundo a qual as reservas especiais, mesmo no caso de perdas, conservam o seu carácter disponível). Deste ponto de vista, só estarão «disponíveis para este efeito (distribuição)» as reservas, ou melhor, o saldo das reservas, depois de cobertas as perdas. Este facto é verdadeiro, mas não porque tal seja o significado da frase «disponíveis para este efeito»; antes porque a Directiva manda em seguida deduzir as perdas transitadas. E esta referência mostra que o saldo distribuível se apura *depois* de as perdas serem deduzidas da soma de resultados do exercício, lucros transitados e retiradas das reservas disponíveis e não pelo funcionamento da noção de «reservas disponíveis para este efeito». Que não possa haver dividendo distribuível antes de as perdas transitadas serem compensadas ou directamente com lucros de exercício ou com reservas, é hoje princípio assente; a independência dos exercícios não justifica a solução contrária (Voutsis, pag. 68; Lacombe, pag. 201).

Último factor mandado tomar em consideração pela alínea c) são as importâncias levadas a reservas em conformidade com a lei ou com os estatutos. A constituição das reservas pode, como já disse, ser imposta ou ser permitida pela lei ou pelos estatutos; as importâncias que, por imposição da lei ou dos estatutos, sejam retiradas dos lucros de exercício e bem assim as importâncias que a assembleia geral, no uso de permissão legal ou estatutária, atribua a reservas, reduzem correlativamente o montante das distribuições aos accionistas (sem prejuízo de, findo o exercício seguinte, serem distribuíveis somas anteriormente levadas a reservas, se o regime destas o permitir).

Neste aspecto, a alínea c) difere logicamente da alínea a); as importâncias levadas a reservas (futura e distribuíveis ou não distribuíveis) afecta o montante da distribuição relativa a certo exercício, mas não influem na relação entre o activo líquido e o passivo interno não distribuível.

Literalmente, a hipótese contemplada pela Directiva tem sempre como elemento a existência de resultados dum exercício – esta é a primeira parcela das operações visadas na alínea c); as retiradas de reservas disponíveis aparecem como uma segunda parcela, a somar à primeira. Que tratamento deverá ser dado, no quadro da Directiva, à hipótese de simples distribuição de reservas?

Em França, um célebre acórdão da Cour de Cassation, de 22 de Janeiro de 1937 – caso *Léonard* – decidiu haver delito de dividendo fictício quando, embora o balanço acuse a existência de reservas extraordinárias, sem afectação especial, de montante superior ao dividendo distribuído, o administrador tenha autorizado a distribuição dum dividendo – e não a distribuição de reservas – tal como inexactamente aparecia no balanço elaborado pelo administrador. A doutrina quase unanimemente repudiou esta decisão, entendendo que a distribuição podia ser feita desde que realmente existissem as citadas reservas (bibliografia em Voutsis, pag. 72, Lacombe, pag. 192). O caso Leonard complica-se pelo disfarce usado – distribuição de reservas apresentada como distribuição de resultados de

exercício – mas a Cassation não condenou directamente a aberta distribuição de reservas (disponíveis).

A Lei de 1966, art. 346.º, acima transcrita, separa nos seus dois períodos, o lucro distribuível e a repartição de reservas, mas a ligação entre os dois referidos períodos – «En outre» – deixa dúvidas quanto ao aspecto que estou a considerar: *adição* ao lucro distribuível de importâncias retiradas das reservas ou (também) *isolada* distribuição de reservas.

Dois argumentos fundamentais inclinam no sentido de ser lícita a repartição isolada de reservas: primeiro, a licitude de uma reserva especial destinada especificamente a utilização nesses casos; segundo não haver a mínima necessidade lógico-jurídica de condicionar a repartição de reservas (em si mesmas disponíveis) à existência dum lucro líquido (cujo montante poderia ser insignificante) de exercício.

Questão seguinte é a de saber – no caso de serem permitidas distribuições apenas de reservas – a que condicionalismo ficam elas sujeitas. Não vou tratar da debatida questão dos titulares das distribuições de reservas (ou isoladas ou juntas com lucros de exercício) quando sobre as acções estejam criados direitos de usufruto ou até simplesmente quando forem transmitidas as acções entre o tempo da constituição e o tempo da distribuição das reservas, pois isso em nada condiciona a sua distribuição. A meu ver, na Directiva, a distribuição só de reservas está abrangida pela alínea a) e não pela alínea c) do art. 15.º n.º 1. Esta última está virada para a distribuição de resultados de certo exercício, embora eventualmente acrescentados por alguma importância retirada das reservas.

Segundo o modo de apresentação no balanço (ou conforme alguns autores, ainda segundo a sua origem) as reservas costumam ser classificadas em aparentes e ocultas, estas últimas subdivididas em escondidas e dissimuladas (no primeiro caso, é aparente a existência da reserva, mas não o é o seu montante). Em França, pouco depois do caso Léonard, o caso *Moreau* (1942) foi julgado pela Cassation no sentido de não haver delicto de distribuição de dividendo fictício se os dividendos distribuídos a este título estavam efectivamente cobertos por reservas ocultas. A harmonia ou desarmonia entre as decisões proferidas no caso Léonard e no caso Moreau e os reflexos que elas tiveram nos preceitos da Lei de 1966 e podem ter na interpretação destes têm sido muito discutidas pelos juristas franceses.

Afigura-se-me que uma repartição ou uma retirada duma reserva oculta, mantendo-se esta como oculta, só tem possibilidade lógica se for usado, como no caso Moreau, o expediente de aumentar ficticiamente o lucro de exercício distribuível ou alguma das outras parcelas positivas referidas na alínea c). Desde que, para o efeito da distribuição, a reserva seja expressamente mencionada, ela deixou de ser oculta, como sucederá, por exemplo, se no balanço uma reserva até então oculta for tornada aparente, para toda ela ou parte poder ser distribuída, nos termos da alínea a).

Problema diferente será o de saber se as distribuições só podem ser feitas mediante situações *expressas* no balanço, problema que surgiria, por exemplo, se uma assembleia geral aprovasse um balanço onde uma reserva estivesse oculta e em seguida deliberasse distribuir o lucro distribuível, tal como resulta do balanço, *mais* uma importância retirada da reserva oculta. Não fica ele resolvido se, como faz o art. 346.º da Lei francesa, acima transcrito, for exigido que a deliberação de distribuição aos accionistas indique *expressamente* os postos de reserva dos quais as retiradas são efectuadas. São coisas diferentes indicar expressamente um posto de reserva e indicar (expressamente) um posto de reserva expresso (patente). Por isso a doutrina francesa discute agora o enquadramento das distribuições de reservas ocultas nesse preceito (Hémar-Terré-Mabilat, II, pág. 378).

Embora com o risco de esta opinião ser considerada formalista, parece-me preferível acompanhar aqueles que exigem a passagem da reserva oculta a reserva patente no

balanço, antes e até só para o efeito de ser distribuída. Se a reserva é, na terminologia acima mencionada, uma reserva dissimulada, não há nenhum elemento que permita aos accionistas conhecer a sua existência; se é uma reserva escondida, falta o conhecimento do seu montante. Para efeitos de distribuição, a certeza da licitude desta (aliás, com incómodo mínimo para os órgãos sociais) requiere que a existência e/ou o montante da reserva sejam comprovados pelo balanço (mais uma vez lembro que, para os efeitos de distribuição, nos termos da Directiva, não há que pensar na incriminação por delito de distribuição de dividendos fictícios).

Passo à questão geral da relevância, para efeito de distribuições aos accionistas, do balanço aprovado regularmente, para a qual procurarei desenhar um quadro das hipóteses possíveis.

A) Distribuição de lucros de exercício (possivelmente aumentados nos termos da alínea c) da Directiva).

I – Antes da aprovação do balanço.

Afigura-se que estaremos perante uma distribuição antecipada de dividendo ou pagamentos por conta de dividendos.

Podem os administradores (não excludo inteiramente a hipótese de a distribuição ser deliberada pela assembleia geral, mas normal é a iniciativa dos administradores) imputar esses pagamentos ou ao exercício anterior ou ao exercício corrente (por exemplo, os administradores já elaboraram as contas do exercício anterior, supõem que elas sejam aprovadas pela assembleia, com ou sem a consequente distribuição de lucros, conforme os resultados e pretendem acrescentar um dividendo imputável ao ano corrente). Qualquer destas hipóteses está sujeita ao regime de *acomptes* estabelecido no art. 15.º n.º 2 da Directiva.

II – Depois da aprovação do balanço.

a) – Balanço regular, formal e substancialmente.

As distribuições regular-se-ão directamente pelas alíneas a) e c) do art. 15.º n.º 1.

Podem, contudo, ter ocorrido variações do património da sociedade entre o encerramento do exercício e o momento da distribuição, podendo-se perguntar que influência podem aquelas ter sobre a licitude desta. Os aumentos de activo não devem ter, em caso nenhum, influência. Se se quiser aproveitá-los para distribuição, utilizar-se-á o pagamento antecipado de dividendos, como acima dito. As diminuições de activo ou aumentos de passivo podem causar problemas delicados, como disse a propósito da frase da alínea a) «à data do encerramento do último exercício» e inclino-me para que devam influenciar a distribuição. Não se trata de ter de elaborar um novo balanço, nem de aprovar a situação patrimonial da sociedade antes de encerrado o exercício, mas sim de evitar a distribuição, como lucro da sociedade, dum importância que, reconhecidamente, virá afectar o capital.

Suponha-se que a variação ocorreu antes da assembleia reunida para aprovação das contas e distribuição dos lucros. Nada impede a deliberação de aprovação das contas, que se reportam à data do encerramento do exercício, mas afigura-se-me que a assembleia não poderá validamente deliberar a distribuição dum lucro, sabendo que, no momento em que delibera, o capital será afectado.

Suponha-se que a variação ocorre entre a deliberação da assembleia que mandou distribuir certo dividendo e o pagamento deste pelos administradores. Contra o impedimento ao pagamento por causa da perda entretanto sofrida, podem apresentar-se pelo menos dois argumentos graves. Primeiro, dir-se-á que os administradores são obrigados a cumprir as deliberações válidas da assembleia, ao que eu replico que os administradores

são escusados desse dever de obediência, se desobedecerem para cumprir a lei que lhe proíba o pagamento de um dividendo, tornado fictício por uma alteração patrimonial. Segundo, alegar-se-á a constituição, pela deliberação da assembleia, dum direito do accionista ao dividendo (direito concreto, na terminologia usual), que não pode ser afectado por circunstâncias posteriores, argumento que será uma petição de princípio, pois não está provado que o direito se tenha constituído com esse carácter definitivo ou, por outras palavras, que os preceitos legais sobre proibição de dividendos fictícios, não tenham, logo na constituição do direito, tornado este dependente da manutenção até ao pagamento das condições que permitiram a atribuição do dividendo.

b) Balanço irregular.

Discute-se muito qual o valor jurídico da deliberação que aprova um balanço irregular, especialmente por não exprimir a verdadeira situação da sociedade. Já acima se viu e é óbvio que irregularidades substanciais do balanço proporcionam oportunidades de distribuições de dividendos fictícios.

Afigura-se-me, porém, que tal problema pode ser ultrapassado para este efeito. Na verdade, se considerarmos como fim último da lei evitar as *efectivas* distribuições ilícitas, o *pagamento* ou *atribuição* patrimonial aos accionistas, seja qual for o valor daquela deliberação da assembleia, os administradores têm o dever de não efectuar o pagamento ou atribuição. Se a referida deliberação for absolutamente nula, falta um pressuposto da licitude do pagamento, mas se a deliberação for simplesmente anulável e embora a lei – no caso português, art. 17.º n.º 4 do Decreto-Lei n.º 49381 – mantenha este dever de obediência, tal dever não será mais forte do que no caso de deliberação válida, que, como acabei de dizer, em meu entender, não prevalece contra a proibição de distribuições ilícitas.

B) Distribuição isolada de reservas.

A distribuição isolada de reservas nunca é um acompte sobre dividendos futuros. Pode suceder que, juntamente com dividendos antecipados, sejam distribuídas reservas – art. 15.º n.º 2 alínea b) – mas não há nem uma antecipação de futuras reservas nem uma antecipação de futuros dividendos. As reservas são *actuais*, no sentido de que, para serem reservas, foram anteriormente constituídas como tais.

As variações patrimoniais da sociedade, depois de encerrado o exercício, colocam quanto às reservas, problemas paralelos aos acima vistos quanto aos lucros de exercício. A assembleia geral não deverá deliberar a distribuição de reservas constantes do balanço regularmente aprovado se, na altura da deliberação, essa distribuição afectar o capital, ou seja, se nessa altura a distribuição for realmente de capital ou de reservas indisponíveis e não de reservas disponíveis. Os administradores têm o dever de não efectuar as distribuições nos mesmos termos.

Também *mutatis mutandis* se aplicará o regime acima referido quanto ao balanço irregular.

Sobre distribuições de reservas ocultas, nada mais haverá a dizer agora, caso se adopte a tese que julgo preferível.

O n.º 3 do art. 15.º da Directiva tem o seguinte teor: «Os parágrafos 1 e 2 não afectam as disposições dos Estados membros relativas ao aumento do capital subscrito por incorporação de reservas».

É uma cautela, para evitar confusões, mas que seria desnecessária, pelo menos no direito português.

O n.º 4 do art. 15.º permite aos Estados membros derrogar a alínea a) do parágrafo primeiro, no caso de sociedades de investimento com capital fixo. Não tem interesse para nós e por isso limito-me a transcrevê-lo:

«4. A legislação dum Estado membro pode prever derrogações ao parágrafo 1 alínea a) no caso de sociedades de investimento com capital fixo.

«Por sociedade de investimento com capital fixo, no sentido do presente parágrafo, entende-se unicamente as sociedades:

– cujo objecto único é colocar os seus fundos em valores mobiliários variados, em valores imobiliários variados ou noutros valores, com a única finalidade de repartir os riscos de investimento e de fazer beneficiar os seus accionistas do resultado da gestão do seu património e que fazem apelo ao público para a colocação das suas próprias acções.

«Na medida em que as legislações dos Estados membros fizerem uso desta faculdade:

a) elas impõem a essas sociedades que façam figurar os termos «sociedades de investimento» em todos os documentos indicados no artigo 4 da Directiva 68/151/CEE;

b) elas não autorizam uma sociedade deste tipo cujo activo líquido é inferior ao montante especificado no parágrafo 1 alínea a) a proceder a uma distribuição aos accionistas quando, na data do encerramento do último exercício, o total do activo da sociedade tal como resulta das contas anuais é ou se tornaria, em consequência de tal distribuição, inferior a uma vez e meia o montante do total das dívidas da sociedade para com os credores, tais como resultam das contas anuais;

c) elas impõem a qualquer sociedade deste tipo que proceda a uma distribuição quando o seu activo líquido é inferior ao montante especificado no parágrafo 1 alínea a) que precisem isso numa nota das suas contas anuais».

O art. 15.º n.º 2 trata dos adiantamentos ou pagamentos por conta de dividendos, nos termos seguintes:

«2. Quando a legislação de um Estado membro admite o pagamento de adiantamentos (acomptes) sobre os dividendos, submete-o pelo menos às condições seguintes:

a) é estabelecida uma situação contabilística que mostre serem os fundos disponíveis suficientes para a distribuição;

b) o montante a distribuir não pode exceder o montante dos resultados realizados desde o fim do último exercício cujas contas anuais foram aprovadas, aumentados dos lucros transportados bem como de retiradas efectuadas sobre as reservas disponíveis para este efeito e diminuídos das perdas dos exercícios precedentes bem como das importâncias a levar a reservas em virtude duma obrigação legal ou estatutária».

Este preceito da Directiva não vincula os Estados membros a permitir pagamentos por conta dos dividendos, mas estabelece um condicionamento obrigatório desses pagamentos, no caso de uma legislação nacional os permitir. Num Estado membro onde a matéria não esteja até hoje regulamentada, haverá, portanto, que fazer, antes de mais, uma opção de base, para a qual será interessante conhecer o que se passa nalguns outros países.

Começo pelo caso francês, cujo especial interesse reside nas flutuações que tem sofrido.

A doutrina informa que em França existia a prática de – com autorização estatutária ou até sem ela – algumas sociedades fazerem pagamentos por conta dos lucros esperados em certo exercício (voutsis, pag. 89). Não importa agora indicar as cautelas que, sem legislação expressa, a doutrina considerava necessárias para que tais pagamentos não fossem considerados distribuições de dividendos fictícios, civil e penalmente sancionadas. Interessa que o art. 4.º dum Decreto de 30 de Outubro de 1948 veio dispor que, não obstante qualquer cláusula dos estatutos em contrário, o conjunto dos juros, dividendos e outros produtos periódicos atribuídos às acções e às partes de fundador para um exercício determinado, deverá ser pago por uma só vez, salva derrogação especial concedida pelo Ministro das Finanças. As confessadas razões deste Decreto não foram de natureza jurídica

ou económica, nomeadamente não foram o risco de dividendos fictícios, mas sim os encargos elevados e as complicações as que dava lugar a duplicação do pagamento dos dividendos.

O art. 347.º da Lei das sociedades de 1966, na sua primeira redacção, não só era omissivo quanto à distribuição de importância por conta de dividendos, como o seu regime era incompatível com tal distribuição. Uma lei n.º 69-12 de 6 de Janeiro de 1969 veio alterar a redacção do art. 347.º da Lei de 1966, passando a ser permitidos «acomptes» sobre dividendos de exercício encerrado ou em curso, antes da aprovação das contas do exercício, em dois casos: 1.º quando a sociedade dispõe, depois da repartição decidida relativamente ao exercício precedente, de reservas, para além da reserva legal, de montante superior ao dos pagamentos por conta; 2.º quando um balanço elaborado no fim ou no decurso de um exercício e certificado por um comissário de contas habilitado, mostra que a sociedade realizou, no decurso do exercício, depois da constituição das amortizações e provisões necessárias e deduzidas as perdas anteriores, se as houver, além da atribuição à reserva legal, lucros líquidos superiores ao montante dos adiantamentos. O Decreto n.º 69-1226, de 24 de Dezembro de 1969, completou aquela lei, estabelecendo que compete ao conselho de administração ou directório, decidir a distribuição de «acomptes» e que para as sociedades cujas acções são cotadas na bolsa de valores, o montante do «acompte» sobre o dividendo não pode ser inferior a cinco francos por acção.

O § 59.º da AktG epigrafado «Pagamentos por conta do lucro do balanço», dispõe:

«(1) Os estatutos podem autorizar o Vorstand a pagar aos accionistas, findo o exercício, uma antecipação parcial dos lucros previstos.

(2) O Vorstand só pode pagar qualquer quantia por conta dos lucros se uma prévia deliberação sobre o exercício transacto acusar um saldo positivo.

Só deve pagar-se como antecipação de lucros metade, quando muito, do quantitativo que fica do saldo activo do exercício depois de deduzidas as quantias que por lei ou pelos estatutos devem ser destinados a reservas.

Além disso, a antecipação de lucros não deve exceder metade dos lucros de balanço do exercício anterior.

(3) O pagamento de uma antecipação sobre os lucros necessita da autorização do Aufsichtsrat.»

Pondo de parte pormenores de regulamentação, é de salientar uma característica do § 59; ele não permite pagamentos por conta de dividendos correspondentes ao exercício *em curso*, mas apenas pagamentos por conta de dividendos ou lucros de balanço previstos para o exercício *encerrado*.

No direito inglês anterior ao Companies Act 1980, o pagamento de um *interim dividend* estava consagrado no Companies Act 1948, First Schedule, Table A, art. 115. Depois de o art. 114 dispor que a companhia em assembleia geral pode declarar dividendos, lê-se no art. 115.º «Os directores podem de tempos a tempos pagar aos membros *interim dividend* que aos directores pareça serem justificados pelos lucros da companhia».

O Codice Civile italiano não faz referência a «acconti-dividendi» e a doutrina dividiu-se, nomeadamente numa polémica em que Ascarelli sustentou a ilegalidade dos acconti (no mesmo sentido, Rossi, *Utile di bilancio, riserve e dividendo*) e Ferri defendeu a legalidade (no mesmo sentido, Simonetto, *Dividendi e acconti dividendi nelle società per azioni e Il bilancio d'esercizio*). A questão foi, pelo menos parcialmente, resolvida pelo art. 1/4 n.º 4, da Lei n.º 216, de 7 de Junho de 1974, o qual manda que as sociedades cujas acções sejam cotadas em Bolsas comuniquem à Consob nos quatro meses seguintes ao primeiro semestre do exercício, o relatório semestral e as eventuais deliberações de

«acconti» sobre os dividendos. Digo que este preceito resolve pelo menos parcialmente a questão, pois se discute se ele respeita exclusivamente às sociedades com acções cotadas em bolsas ou também às outras sociedades (portale, *I bilanci straordinari delle società per azioni*, Riv. Soc. 1978, pag. 326 e segs.). Adiante terei ocasião de referir alguns aspectos da citada polémica, úteis para o esclarecimento de certos aspectos do problema geral.

Na falta de lei comercial (numerosos preceitos fiscais referem os adiantamentos) que expressamente preveja ou regule os adiantamentos ou pagamentos) por conta de dividendos, a nossa doutrina não é unanime quanto à sua legalidade.

Cunha Gonçalves, *Comentário*, I, pag. 497, reportando-se ao que dizia ser prática nalgumas sociedades de distribuírem dividendos semestrais, considerando-se o que é pago no primeiro semestre como um adiantamento sobre a totalidade, qualificava essa prática de ilegal e perigosa. Quanto à ilegalidade baseava-a em que os lucros líquidos têm de ser comprovados pelo balanço; enquanto o balanço anual não está definitivamente aprovado, é impossível saber qual é o lucro dítuido e por isso a distribuição no decurso do exercício, mesmo quando autorizada pelos estatutos, não é legal. Quanto à perigosidade, residiria no facto de os sócios que tivessem recebido o adiantamento tornado fictício por uma perda posterior, não terem de o restituir se estiverem de boa fé (art. 204.º Cod. Com. aplicável por força do art. 3.º).

José Tavares, pag. 518 pronuncia-se pela legalidade da distribuição semestral, considerando-a expressamente aceite no art. 20.º da L.S.Q. Este argumento de modo algum me convence; como nota Pinto Furtado, vol. II Tomo II, pag. 666, não está *expressa* no art. 20.º da LSQ a permissão de distribuições semestrais de lucros, mas a mim nem sequer parece que, como diz este último autor, o teor literal do preceito seja tão amplo que nele caiba, sem esforço, a estipulação estatutária autorizante da distribuição de dividendos por conta. A única frase desse artigo possivelmente utilizável para esse efeito é «salvo estipulação em contrário na respectiva escritura», mas esta tem um propósito inteiramente diverso: autorizar proibições ou restrições estatutárias à distribuição anual de lucros (sobre a frase «soweit nicht im Gesellschaftsvertrage ein anderes bestimmt ist», do correspondente § 29 GmbHG, v. por exemplo, SCHOLZ, pag. 341).

Pinto Furtado, loc. cit. coloca e resolve o problema, no sentido da legalidade, segundo uma linha muito aproximada da tese de Ferri, que adiante exporei.

Nos livros portugueses de contabilidade, Gonçalves da Silva, *Contabilidade das Sociedades*, pag. 191, declara categoricamente que tal prática é indubitavelmente ilegal, mas Sebastião Gonçalves, ob. cit. pags. 178 e seguintes, pronuncia-se no sentido da legalidade.

Como justificação dos adiantamentos sobre dividendos, aponta-se geralmente o interesse dos investidores (e reflexamente o interesse das sociedades em conseguir investidores) em obter rendimentos periódicos, em espaços de tempo razoáveis. Podendo obter de investimentos em títulos do Estado ou títulos particulares de natureza creditória um rendimento fraccionado em períodos curtos (semestres, trimestres), o investidor, que tem necessidades constantes, preferi-los-ia a acções de sociedades, cujo rendimento recebe uma vez por ano. Acrescenta-se também o caso das sociedades chefes de grupos de sociedades que só podem incluir nos seus balanços anuais os rendimentos daquelas participações se os tiverem recebido no decurso do exercício. Lembra-se também a existência de sociedades cujas receitas são regulares e permanentes (por exemplo, rendas), que podem sem perigo e com vantagem ser transmitidas também periodicamente aos accionistas.

Estas justificações, sobretudo a primeira, parecem válidas, pelo menos em teoria (lembro a triste observação de Portale cit. pag. 326, no sentido de que o problema dos

«acconti-dividendo» tem, na presente conjuntura económica, só interesse histórico, pois as sociedades não distribuem dividendos).

Assente, por hipótese, que o legislador português admitirá expressamente os adiantamentos por conta de dividendos, há que ver o condicionalismo estabelecido pelo art. 15.º n.º 2 da Directiva e o mais que nesta está omitido e é necessário considerar.

As indicações acima fornecidas quanto a legislações estrangeiras permitem verificar que nem todas tratam dos mesmos adiantamentos, pois enquanto umas se referem a dividendos previstos para o exercício transacto, outras reportam-se aos dividendos previstos para o exercício em curso e outras ainda a ambos.

A Directiva, a meu ver, ocupa-se apenas dos dividendos previstos para o ano em curso, isto é, para o exercício durante o qual o adiantamento é distribuído; isso resulta da exigência do «*état comptable*» e da referência aos resultados realizados desde o fim do último exercício cujas contas foram aprovadas. Isso não impede que os legisladores nacionais tomem posição diferente; por exemplo, o legislador alemão não adoptou o art. 15.º n.º 2 da Directiva perto duma observação de Ferri, pag. 584: «Naturalmente nenhuma discussão é possível quando o «acconto dividendo» seja pago utilizando uma reserva propositadamente constituída para este fim. Nesta hipótese, o lucro já está realizado e determinado no balanço e foi posto de parte para ser distribuído no decurso do exercício. Nesta hipótese o uso da palavra «acconto» tem significado só porque as importâncias são pagas por conta do dividendo e são destinadas a ser reabsorvidas a quando da distribuição dos dividendos». Trata-se aí da hipótese de ter sido constituída uma reserva especialmente destinada a distribuição durante o exercício, mas duas outras hipóteses podem colocar-se ao lado dessa: primeiro, a hipótese de, no decurso de um exercício se pretender distribuir só uma reserva que não tenha sido especialmente constituída com o referido fim (hipótese que não está prevista no art. 15.º n.º 2, pois este fala de reservas a *acrescer* ao resultado realizado até à data, durante o exercício); segundo, a hipótese de distribuição por conta do dividendo do ano anterior, antes de cumpridas todas as formalidades para a distribuição total.

Relativamente às reservas, constituídas ou não com aquele fim especial, entendo que devem ficar sujeitas fundamentalmente à disciplina do art. 15.º n.º 2; em qualquer dos casos, isto é, com ou sem fim especificado, pode suceder que durante o exercício a sociedade tenha sofrido perdas, para cuja cobertura aquelas reservas sejam necessárias. O facto de num exercício ter havido um lucro que permitiu constituir a reserva não implica que a situação da sociedade seja igual na data da distribuição do adiantamento.

Quanto aos lucros do ano transacto, é manifesto que, depois de cumpridas todas as formalidades que condicionam a sua atribuição aos accionistas, poderá haver pagamentos parciais dos dividendos a que os accionistas têm direito, mas não há adiantamentos ou pagamentos por conta. Antes do cumprimento de todas aquelas formalidades e da constituição de um direito (concreto) do accionista ao dividendo, parece-me que as importâncias que, no encerramento do exercício, poderiam estar disponíveis para distribuição aos accionistas também podem deixar de o estar no decurso do exercício seguinte e que, portanto, a sua distribuição deve estar sujeita às convenientes precauções.

Pressuposto da legítima distribuição de *acompte* sobre os dividendos, segundo a Directiva, é um documento contabilístico pelo qual se mostre que os fundos disponíveis para a distribuição são suficientes. Esse documento contabilístico é chamado na versão francesa *état comptable*, na italiana *situazione contabile* e na alemã *Zwischenbilanz*. Na polémica Ascarelli-Ferri, o primeiro tinha acentuado que uma distribuição de lucros não podia ser feita sem precedência de um balanço, relativo a um período mais curto do que o anual. Não me parece que valha a pena discutir a natureza contabilística do documento

exigido; do ponto de vista jurídico deve ser um documento adequado ao fim a que se destina, ou seja, a demonstrar que existem e quais são os fundos disponíveis para a distribuição; uma diferença apenas haverá, se atendermos à letra da Directiva: não será preciso demonstrar quais são exactamente os fundos disponíveis, mas apenas que provar que os fundos disponíveis são suficientes para o pagamento dos adiantamentos, o que teoricamente permitiria parar a investigação – se tal fosse possível contabilisticamente e conveniente do ponto de vista jurídico – na prova da suficiência, sem ter de continuar até à determinação exacta. Os legisladores nacionais podem ser mais exigentes, designadamente aproximando quanto possível este documento e o balanço de exercício ou ordenando a prova dos fundos disponíveis da distribuição, sem curar do montante a distribuir nessa altura.

Condição da legalidade da distribuição é o seu montante não exceder o montante dos resultados realizados desde o fim do último exercício cujas contas anuais foram aprovadas, aumentados dos lucros dos exercícios precedentes e das retiradas efectuadas para esse efeito das reservas disponíveis e diminuído das perdas dos exercícios precedentes e das somas a levar a reservas em virtude duma obrigação legal ou estatutária.

A alínea b) do art. 15.º n.º 2 corresponde à alínea c) do art. 15.º n.º 1 com as adaptações necessárias à situação especial, por exemplo, falando nos resultados realizados desde a aprovação das últimas contas em vez de resultados do exercício findo.

Chamei até agora a estes pagamentos «adiantamento» ou «pagamento» por conta de dividendos», como é tradicional, e a Directiva faz (*acompte sur les dividendes – acconti sui dividendi*). Essas duas expressões podem ser utilizadas como descrição de um mecanismo efectivo ou como reminiscência duma prática encontrada em muitos países, sem comprometer, contudo, a natureza do instituto. É sobre esta que convém debruçarmo-nos um pouco, pela influência que pode ter na decisão de questões sobre as quais a Directiva é omissa.

Na sequência da polémica acima referida e para fugir a críticas graves do adversário, Ferri chega às seguintes conclusões (reporto-me à exposição sintética em *Le società*, pag. 583): quando se paga um acconto sobre o dividendo futuro, não se distribui um dividendo; se no fim do exercício não chegar a haver dividendo, o acconto é repetível, não se aplicando o regime excepcional do último período do art. 2433 Cod. Civ.; não se verifica uma diminuição do património social mas apenas uma diminuição de caixa, porque no património da sociedade o dinheiro é substituído pelo crédito à restituição das importâncias pagas; não é afectada a integridade do capital nem se viola o princípio da divisão dos poderes entre os órgãos sociais, pois a assembleia pode sempre deixar de votar um dividendo ou votar um dividendo inferior ao acconto, com a consequente repetibilidade.

Não vou discutir a bondade desta tese ou de algum dos seus pormenores de iure condito, mas analisar se de iure condendo é conveniente criar um regime com essas características.

A tese acima resumida pretende afastar duas críticas interrelacionadas: não pode haver distribuição de lucros sem um balanço que certifique tais lucros; só pode haver um balanço depois de encerrado o exercício anual (v. por exemplo, Rossi cit. pag. 13). O primeiro ponto pode ser concedido e tem de o ser, visto o disposto no art. 15.º n.º 2 al. a) da Directiva, embora seja, como disse, indiferente a qualificação contabilística, desde que seja feito um exame donde seguramente se conclua pela disponibilidade dos fundos. Dessa concessão não resulta, contudo, a vitória da tese da ilegalidade, ou pelo menos, do ponto de vista da futura legislação, não resulta uma necessária condenação de qualquer modalidade do instituto. Na verdade, a segunda afirmação será ou não será válida perante algum direito positivo, mas certamente não força o legislador a não permitir um balanço (ou

semelhante, em valor, para o efeito) senão no fim de cada exercício ou ano social; basta lembrar que a outros propósitos ou para outros efeitos – amortizações, exclusões, exonerações, por exemplo, a lei permite balanços especiais durante o exercício. O legislador pode manter a regra da anualidade do balanço e da distribuição de dividendos e permitir excepcionalmente, uma certificação intercalar dos resultados até aí realizados e a distribuição do todo ou de parte desses resultados.

Mas se é assim, haverá vantagem em considerar esses pagamentos como um adiantamento ou pagamento por conta de futuros dividendos? Entendo que não e que afinal o desenvolvimento da tese acima exposta constitui ainda uma concessão à regra da anualidade das distribuições. Por um lado, a tese do adiantamento ou por conta, com as lógicas consequências acima indicadas é contraditória com as próprias justificações do instituto; não percebo que atracção pode ter para um investidor o recebimento durante o exercício duma quantia que terá de devolver, se ao fim do ano social não houver lucros bastantes; nem julgo que o accionista, se tiver perfeito conhecimento – e tem de se presumir que tem – do regime integral queira ficar na expectativa de consolidação ou restituição daí a alguns meses. Por outro lado, não considero justo que aos accionistas que receberam o *acompte* seja negada a *soluti retentio*; se a lei expressamente permitir aqueles pagamentos ou se da interpretação doutros preceitos se concluir pela legalidade deles, o accionista não pode ser considerado de má fé e não deve ser obrigado a restituir. Manifestamente, refiro-me a pagamentos intercalares recebidos nos precisos termos em que a lei os condicione; a proibição de dividendos fictícios mantem-se quer para dividendos finais quer para dividendos intercalares, com consequências iguais nos dois casos.

Reunindo todos estes elementos, parece-me de pôr de parte a ideia dos *acomptes* e encarar a situação de frente e com clareza: pode haver vantagem na autorização de distribuições de dividendos durante o exercício (ou, se se preferir, no fracionamento do exercício, para este efeito); o legislador concederá essa autorização acompanhada das cautelas exigidas em geral para distribuições de dividendos e ainda das que entendem serem nesses casos particularmente adequadas.

Nesta perspectiva, considero que a distribuição intercalar deve depender de cláusula estatutária; em cada sociedade, os fundadores ou os sócios escolherão o regime preferível, conforme nesse caso procedam ou não as justificações teóricas e práticas do instituto. Só não permitiria que uma cláusula estatutária introduzida por deliberação da assembleia geral tivesse efeito imediato, pois isso poderia prestar-se para manobras indesejáveis, como a distribuição de lucros feita urgentemente, na previsão de uma grave perda eminente.

As legislações e a prática atribuem ao conselho de administração competência para resolver a distribuição. Competência, mas não dever, nem mesmo imposto estatutariamente, como os comentadores alemães ensinam e julgo certo, pois a justeza duma distribuição só pode ser apreciada na respectiva altura e não quando se redige uma cláusula estatutária. Não vejo necessidade de prévia deliberação de assembleia geral, nem mesmo para a aprovação do balanço ou semelhante.

Permitir que uma sociedade distribua dividendo no decurso do exercício não implica que deva ser permitida uma proliferação de distribuições. Entendo que o legislador deve limitar a sua permissão a uma só distribuição em cada exercício. Por outro lado, afigura-se-me que deve medear um tempo razoável entre o fim de um exercício e a distribuição do dividendo intercalar do exercício seguinte, quando este dividendo tenha por objecto resultados conseguidos durante o exercício.

A Directiva art. 15.º n.º 2. al. b) fixa o montante máximo a distribuir nestas circunstâncias. Penso, contudo, que o legislador nacional não deve permitir a distribuição desse

máximo, mas apenas de uma parte, por exemplo, metade. Se todo o lucro do exercício estivesse à disposição da assembleia geral para determinar a sua aplicação, quer por não ter sido feita nenhuma distribuição durante o exercício quer porque a distribuição feita fosse livremente revogável pela assembleia e as importâncias distribuídas fossem repetíveis, poderia ela dar a todos ou parte dos lucros outras aplicações permitidas por lei ou pelos estatutos, como a constituição ou reforço de reservas facultativas; por outro lado, nada assegura que no período do exercício posterior à distribuição sejam produzidos resultados distribuíveis. Por isto, penso que será conveniente limitar a competência dos administradores à distribuição dum montante que não afecte totalmente (a não ser na hipótese de perdas no período subsequente à distribuição) a possibilidade de a assembleia destinar parte dos lucros a outros fins.

17 – ARTIGO 16.º – REPETIBILIDADE DE DISTRIBUIÇÕES PROIBIDAS

Artigo 16.º da Directiva: «Qualquer distribuição feita em contração do artigo 15.º deve ser restituída pelos accionistas que a tiverem recebido, se a sociedade provar que estes accionistas conheciam a irregularidade das distribuições feitas a seu favor ou não podia ignorá-la tendo em conta as circunstâncias».

A palavra «distribuição» tem neste artigo 16.º o significado definido no art. 15.º n.º 1 alínea d).

Trata o art. 16.º de distribuições feitas «em contração do artigo 15.º». Os accionistas recebem dividendos por força do seu direito aos lucros, elemento essencial do contrato de sociedade e, por outro lado, está hoje geralmente reconhecido que a distribuição dos lucros proventura existentes deve ser efectuada anualmente; daí resulta que, em regra, os dividendos recebidos não têm de ser reembolsados ou restituídos à sociedade, designadamente, nunca são afectados pelos resultados negativos de anos subsequentes ou até por um saldo negativo na altura da liquidação da sociedade. A repetição dos dividendos recebidos é, pois, excepcional e depende da violação dos preceitos relativos à distribuibilidade daqueles – da contração do artigo 15.º, no caso da Directiva. Em que consiste essa contração apura-se pelo conteúdo do art. 15.º (ou dos preceitos nacionais o art. 350.º da Lei francesa de 1966 foi redigido a partir daquela regra geral, que fica expressa: «Aucune répétition de dividende ne peut être exigée des actionnaires ou des porteurs de parts, hors le cas de distribution effectuée en violation des dispositions des articles 347, alínea 1.ª, et 348).

Uma distribuição efectuada em contração do art. 15.º deve ser restituída. A Directiva afirma assim um princípio hoje generalizado nas legislações, como melhor adiante se verá, mas que nem sempre vigorou em toda a parte. O art. 181.º do Código Comercial italiano, por exemplo, dispunha que os sócios não eram obrigados a restituir os dividendos que lhe tivessem sido pagos; mesmo, portanto, que a distribuição tivesse sido feita ilegalmente, uma vez pagos os dividendos aos sócios, eles não eram obrigados a restituí-los e a sociedade só poderia recuperar importâncias correspondentes por meio de acção de responsabilidade contra administradores e fiscais.

A contração do art. 15.º da Directiva (uso por comodidade esta expressão para indicar a contração dos preceitos que, nas legislações nacionais, correspondam já ou venham a corresponder ao art. 15.º da Directiva) não tem como única consequência a repetibilidade das distribuições recebidas pelos accionistas. Ela acarreta a responsabilidade civil, como acabei de dizer, dos administradores e membros de conselhos fiscais ou semelhantes, e constitui-os também, segundo muitas legislações, em responsabilidade penal. Lembro em Portugal o art. 52 § único da Lei de 27 de Junho de 1867 e a discussão

doutrinária quanto à subsistência desse preceito depois do Código Comercial. Desta responsabilidade se ocupa o art. 16.º da Directiva e apenas quero notar que nem sempre os pressupostos da restituição coincidem precisamente com os pressupostos destas responsabilidades; por exemplo, em Itália, onde o art. 2433.º: do Codice Civile diz: «Não podem ser pagos dividendos sobre as acções senão por lucros efectivamente conseguidos e resultantes do balanço regularmente aprovado», o art. 2621.º n.º 2, relativo à responsabilidade penal fala em «utili fittizi» e discute-se se as duas expressões se equivalem ou se a segunda é mais restricta que a primeira (Ferri, pag. 577).

Sujeitos da obrigação de restituir as distribuições, no caso do art. 16.º da Directiva, são os accionistas que as tiverem recebido. Ficam assim excluídos do âmbito do art. 16.º todas aquelas pessoas que tenham um direito de participar nos lucros da sociedade, a título diverso de accionistas, tal como por exemplo, os administradores da sociedade se, por força da lei ou dos estatutos, tiverem direito a uma parte dos lucros de exercício. Não quer isto dizer que as importâncias recebidas por essas outras pessoas sejam irrepetíveis, mas apenas que a repetição ou conservação de tais importâncias por essas pessoas depende de regras diferentes das do art. 16.º, o que é especialmente importante quanto à excepção de boa fé constante da parte final do art. 16.º (por exemplo, procurando, por outra via, proteger esses participantes em lucros da sociedade no caso de terem, de boa fé, recebido importâncias indevidas, Mignoli, *Partecipazioni agli utili*, pág. 59). Parece, porém, que os legisladores daqueles Estados membros que reconhecem partes beneficiárias deveriam juntar os portadores destes aos accionistas, para os referidos efeitos, como faz o art. 350.º da Lei francesa, acima transcrito.

Accionistas que tiverem recebido as distribuições, diz o art. 16.º. No caso de sucessão mortis causa, os sucessores respondem, nos termos gerais, por essa obrigação, e julgo de adoptar a mesma solução para os casos de sucessão universal, típicos das sociedades, como a fusão e a cisão. No caso de transmissões de acções a título particular, a obrigação mantém-se no transmitente, a não ser que também ela tenha sido especialmente abrangida no contrato de transmissão, com observância dos requisitos de cada legislação para a eficácia geral da transmissão de obrigações; também o antecessor do accionista que recebeu o dividendo não tem qualquer responsabilidade neste caso.

Numa hipótese especial parece-me que a obrigação de restituição recai sobre a pessoa que recebeu a distribuição, embora não seja accionista; se o direito aos dividendos tiver sido separadamente cedido, o cessionário não é accionista mas exerce um direito de accionista e, tendo sido ele a receber a distribuição indevida, responde pela restituição (opiniões divergentes quanto ao Dividendscheinhaber, em Godin-Wilhelmi, I, pág. 308 e Baumbach-Hueck, pág. 175).

Nem todos os accionistas que tenham recebido distribuições em contravenção do art. 16.º são obrigados a restituí-las. Pressuposto da obrigação de restituir é que a sociedade prove que estes accionistas conheciam a irregularidade das distribuições feitas a seu favor ou não a podiam ignorar tendo em conta as circunstâncias. Nesta frase, o art. 16.º resolve dois problemas: primeiro, o problema de ónus da prova; segundo, o problema da influência da boa fé do accionista. Essa ordenação de problemas deve ter resultado de comodidade de redacção, pois o segundo tem logicamente prioridade.

Várias legislações continham preceitos semelhantes ou aproximáveis dessa parte do art. 16.º. Assim, em França, no domínio da Lei de 1867 sobre as sociedades anónimas, entendia-se que os accionistas eram obrigados a restituir os dividendos recebidos, independentemente da sua boa ou má fé, se não tivesse havido inventário ou os resultados do inventário não permitissem a distribuição; fora desses casos, a restituição só era devida se

os interessados provassem que os accionistas tinham estado de má fé (Voutsis, *La distribution de dividendes fictifs*, pág. 216).

O § 62 Abs. (1) AktG dispunha (antes da alteração adiante referida):

«Os accionistas devem restituir à sociedade as importâncias que dela tenham recebido contra os preceitos desta lei.

«Se tiverem recebido quantias como participação nos lucros ou como juros, a obrigação (de restituir) apenas existe se eles sabiam ou só por grosseira negligência não sabiam, que não tinham direito a recebê-las.

«Caso seja discutível se se verificam os requisitos previstos no segundo período, o ónus da prova incumbe aos accionistas».

O art. 2433.º do Codice Civile italiano, 3.º período, dispõe: «Os dividendos distribuídos em violação das disposições do presente artigo não são repetíveis, se os sócios os receberam de boa fé com base num balanço regularmente aprovado, do qual resultam lucros líquidos correspondentes».

Comparando os preceitos alemão e italiano, nota-se, entre outras diferenças, que o primeiro não usa a expressão «boa fé», ao contrário do que faz o segundo. No entanto, os comentadores alemães continuam a falar em «accionistas de boa fé» e acentuam que o facto de o § 62 não empregar o conceito jurídico de boa fé, ao contrário do que fazia a legislação anterior, não impede que o resultado seja o mesmo, pois a descrição feita naquele novo parágrafo corresponde ao conceito de má fé no § 932 II do BGB. Na verdade, a adopção pelo legislador de um ou de outro modo de redigir apenas faz variar, mas não elimina, as possíveis dúvidas dos intérpretes. Como acabamos de ver, a redacção alemã leva os juristas a perguntar se a redacção usada corresponde ao conceito de má (ou boa) fé; a redacção italiana leva a perguntar se o legislador pretendia exigir que o sócio estivesse convencido, na altura do recebimento, de que existiam efectivamente os lucros correspondentes ou bastará o sócio ignorar que os lucros não foram «realmente conseguidos» (Frè, pág. 587).

Os legisladores dos Estados membros não são obrigados a reproduzir textualmente essa parte do art. 16.º. Por exemplo, a lei alemã de 13 de Dezembro de 1978, considerou bastante, para adaptar essa parte do § 62 à Directiva, eliminar a palavra «grosseira» («infolge von Fahrlässigkeit» em vez de «infolge grober Fahrlässigkeit»). Na redacção de um preceito novo, essa reprodução, constitui, contudo, razoável cautela.

Passando à questão do ónus da prova, não há dúvida de que o art. 16.º o faz recair sobre a sociedade, incidindo, portanto, a prova sobre a má fé do accionista. Por isso a citada lei alemã de aplicação da Segunda Directiva eliminou o terceiro período do § 62 (1), que dispunha o contrário.

A boa ou a má fé reportam-se à data do recebimento da distribuição indevida.

A restituição é exigível, antes da prescrição, logo que seja possível conhecer e provar os respectivos pressupostos. A hipótese, posta e condenada por alguns autores franceses, de o accionista poder diferir a restituição até à liquidação da sociedade não tem qualquer fundamento.

Objecto da obrigação de restituir é a distribuição indevidamente recebida pelo accionista. O recebimento pelo accionista fixa, portanto, o montante e a natureza dos bens a restituir; pode suceder que a restituição não tenha sido feita, a todos ou alguns accionistas, em dinheiro e eles deverão restituir ou o dinheiro ou os bens que receberam.

Também o recebimento deve ser entendido em termos jurídicos, pois para o efeito interessa o incremento que a título de distribuição da sociedade tenha ocorrido no património do accionista e não a modalidade desse incremento. Normalmente, o accionista recebe dinheiro como dividendo, mas pode suceder que nenhum pagamento chegue a

ser-lhe feito, porque a obrigação da sociedade se extingue por outro facto. Suponha-se que o crédito do accionista aos dividendos votado se extingue por compensação com débitos do accionista (a doutrina refere o caso de os créditos dos accionistas terem sido compensados com os débitos nascidos de novas subscrições, mas o problema põe-se de modo igual para qualquer hipótese de compensação); essa compensação deve considerar-se «recebimento» para o efeito da Directiva e, portanto, o accionista, verificando-se os outros pressupostos, deve restituir a importância do crédito com que incrementou o seu património, embora indirectamente.

A restituição deve ser feita à sociedade, de cujo património saiu o dinheiro ou outros bens empregados para a distribuição aos accionistas. Dúvidas podem, contudo, surgir quanto às entidades legítimas para actuar a fim de que a restituição à sociedade seja efectuada. Nenhuma dúvida quanto à própria sociedade, em nome da qual actuarão as pessoas que, conforme as circunstâncias, tenham competência para isso – administradores, liquidatários, administrador da massa falida. Além da própria sociedade, têm aparecido nas legislações e nas doutrinas, como legítimos para esta acção os credores sociais e os accionistas individualmente considerados.

Convirá notar que a acção que, em hipótese, seria proposta pelos credores sociais e pelos accionistas, para a restituição de distribuições indevidamente recebidas não é a acção que uns e/ou outros podem intentar contra os administradores da sociedade com base na responsabilidade destes pela atribuição de distribuições indevidas. No caso do art. 16.º da Directiva, a acção é proposta contra os accionistas da sociedade com fundamento no indevido recebimento. Pode suceder que, nalgum direito que conceda a credores ou sociedades ou a accionistas acção neste caso, tal acção seja moldada sobre a acção de responsabilidade dos administradores, mas a semelhança do regime dessas acções não basta para as assimilar; por exemplo, o facto de uma legislação facultar a credores sociais ou accionistas a acção de responsabilidade contra administradores não é bastante para considerar as mesmas entidades legítimas para intentarem a acção de restituição das referidas distribuições.

No direito alemão, o § 62, Abs. (2), 1.º período dispõe que «os credores da sociedade também podem fazer valer os direitos desta, se não conseguirem dela qualquer satisfação» e a doutrina comenta que se trata de acção que qualquer credor pode propôr, que a propôrá em seu próprio nome, que o autor terá de provar que não pode ser satisfeito por outro meio, embora não necessite de ter requerido execução infrutífera, que naturalmente os accionistas demandados poderão usar contra o credor demandante os meios de defesa de que disponha contra a (pretensão da) sociedade.

Literalmente, o art. 16.º prevê apenas a acção proposta pela sociedade – «si la société prouve que ces actionnaires...» – mas isso não parece impedir que as legislações nacionais vão mais além no domínio da legitimidade activa, desde que no demandante seja mantido o ónus da prova. A lei alemã de aplicação da Segunda Directiva não eliminou a competência atribuída aos credores por esse trecho do § 62.

Não me parece justificada a legitimidade dos accionistas, para a propositura da acção, em vez da sociedade, pois não me parece que eles tenham neste caso, interesse especial, diferente ou maior, do que teriam em todos os outros casos em que só a sociedade pode actuar contra os seus devedores. Quanto à acção dos credores, aceito-a, nos mesmos termos em que a lei lhes faculte acção para exigir as entradas de accionistas para liberação de acções.

Na doutrina francesa anterior à Lei de 1966, discutia-se a natureza da acção destinada a conseguir a restituição dos dividendos fictícios. Segundo uma teoria, os dividendos fictícios são somas retiradas do capital formado pelas entradas dos sócios, de modo que,

distribuindo este capital aos accionistas, está a ser-lhes restituídas as respectivas entradas, donde se seguiria a acção que se destinaria a reconstituir o capital (daí, *action en recomblement d'apport*) e teria a mesma natureza da acção destinada a exigir a realização das entradas convencionadas; segundo outra teoria, estaríamos perante um caso de pagamento indevido, pois a dívida não existe ou não existe ainda se o dividendo corresponder a um lucro inexistente, e a acção seria uma *condictio indebiti*.

Os comentadores alemães afirmam que a pretensão da sociedade neste caso é de natureza societária e constitui corolário do princípio fundamental de que em todas as circunstâncias o capital social deve ser conservado e nenhum pagamento deve ser feito aos accionistas, por qualquer forma, a não ser que a lei expressamente os permita, e invocam o § 66 alínea 2, que aplica à obrigação de restituir importâncias, que tenham sido recebidas contra os preceitos da lei, o disposto na alínea 1 do mesmo parágrafo («Os accionistas e os seus antecessores não podem ser dispensados das suas obrigações de pagamento, nos termos dos §§ 54 e 56. Não é lícita a compensação contra uma chamada de pagamento feita pela sociedade, a que se referem os §§ 54 e 56»).

O interesse desta questão é inversamente proporcional ao grau de especificidade da regulamentação legal da obrigação de restituir, pois afinal, pretende-se encontrar um meio de suprir as lacunas desta regulamentação. Afigura-se-me bastante claro que nenhuma das teorias exprime a verdade absoluta e exclusiva e que a questão não pode ser resolvida em pura teoria, havendo que conjugar todos os elementos fornecidos por cada lei nacional. Contra a *action en recomblement d'apport* podem acumular-se vários argumentos: que o accionista depois de ter realizado a sua entrada não tem qualquer outra obrigação quanto a essa mesma entrada que nem todo o benefício fictício é necessariamente uma retirada do capital; nem por isso, contudo, a proibição de efectuar distribuições e a consequente restituição deixam de entroncar na preocupação de salvaguarda, em benefício dos credores sociais, dos bens necessários à cobertura do capital social. Por outro lado, é evidente que o accionista que recebe da sociedade uma importância que esta está proibida de lhe distribuir recebe o indevido e, não tendo direito a conservar, deve restituir, podendo acrescentar-se que, se grande preocupação do legislador a este respeito fosse a salvaguarda do capital social, deveria ordenar *sempre* a restituição, sem curar da boa fé do accionista e permitir, embora excepcionalmente a *soluti retentio*.

O art. 16.º da Directiva não se pronuncia sobre a prescrição, que assim ficará a cargo das legislações locais, ou em disposição especial como o § 62 Abs. 5 da AktG – cinco anos a contar do recebimento da importância – ou em disposições gerais.

A Directiva trata da restituição de dividendos *pagos*; não se ocupa dum outro aspecto do problema das distribuições indevidas ou ilegais, também importante, o da exigibilidade do pagamento dos dividendos. De maneira geral, afigura-se-me de aplicar o princípio segundo o qual não é exigível aquilo que pode ser repetido e, portanto, a sociedade demandada por um accionista para lhe ser paga uma importância em contravenção do art. 15.º poderá defender-se nos termos em que poderia exigir a restituição, se o pagamento tivesse chegado a ser feito.

Para isso não se me afigura necessário que a assembleia tenha aprovado um novo balanço rectificativo, donde já não resultam os mesmos lucros distribuíveis, pois também a acção de restituição não está subordinada a uma prévia rectificação formal do balanço. Sendo assim, deixa de ter interesse, para os efeitos de repetição do pagamento indevido ou para o recusar, a questão levantado por Frè pág. 587 sobre a possibilidade de a assembleia aprovar um novo balanço rectificativo.

Em suma: a repetição da importância paga em contravenção do art. 15.º é uma consequência dessa mesma contravenção; outra consequência desta é a inexigibilidade do

pagamento; a excepção aberta pelo art. 16.º a essa lógica elementar consiste numa *soluti retentio* de pagamentos efectuados a accionistas de boa fé, que, portanto, não podem activamente exigir que o pagamento se efectue.

Passemos a expôr o nosso actual direito sobre o assunto.

O art. 192.º do Código Comercial, cujo § 2.º acima analisei, nada diz sobre a repetição dos dividendos indevidos mas pagos. No capítulo dedicado às sociedades em comandita, o art. 204.º dispõe: «A responsabilidade dos sócios comanditários é restrita ao valor dos fundos por que se obrigaram e só, em caso de dolo ou fraude, podem ser compelidos a repôr os dividendos que hajam recebido». Não é de estranhar, atendendo às fontes do Código, o aparecimento deste preceito a propósito das sociedades em comandita; teve origem no art. 117.º do Código Comercial italiano, que dispunha o mesmo.

A comparação entre os nossos arts. 192.º e 204.º e os arts. 181.º e 117.º do Código Comercial italiano mostra que o nosso legislador não reproduziu no art. 192.º a frase do art. 181.º italiano «que não são obrigados a restituir os dividendos que lhes tenham sido pagos». Importa, portanto, saber o alcance dessa eliminação e o papel que, por causa dela, fica tendo o art. 204.º.

A nossa doutrina inclina-se geralmente para que a eliminação no art. 192.º da citada frase do art. 181.º italiano deixou uma lacuna que se preenche recorrendo ao art. 204.º (Adriano Antero, *Comentário*, I pág. 369; Cunha Gonçalves, *Comentário*, I, pág. 497; José Tavares, pág. 523; Pinto Furtado, vol. II, t. II, pág. 664).

Assim, Adriano Antero, advogando a aplicação analógica do art. 204.º às sociedades anónimas, justifica-a precisamente pela citada diferença entre o art. 192.º do nosso Código e a diferença notada quanto ao art. 181.º italiano.

Cunha Gonçalves trata do problema apenas de passagem, a propósito da prática do pagamento de dividendos por conta (que, como já acima disse, considera ilegal): «E tendo recebido de boa fé, não serão os accionistas obrigados a restituí-lo, como está expresso em diversos Códigos, designadamente no art. 181.º do Código Italiano, que em parte foi fonte do nosso art. 192.º §§ 2.º e 3.º, e se infere do nosso art. 204.º, extensivo a esta hipótese, por força do art. 3.º».

Pinto Furtado, depois de afirmar a aplicação analógica do art. 204.º, escreve «e resulta daqui que, se o dividendo é atribuído sem deliberação formalmente regular da assembleia geral e sem base, portanto, num balanço regularmente aprovado, o accionista não poderá invocar a *soluti retentio*, sendo obrigado a restituir o que a esse título tiver recebido».

Perante esta coincidência de opiniões, parece poder considerar-se esse o estado actual do nosso direito, embora talvez pudesse dizer-se que o art.º 204.º pode ser determinado por motivos especiais das sociedades em comandita, como se provaria pelo facto de o correspondente art. 117.º italiano coexistir com o art. 181.º do mesmo Código.

Para efeitos da aplicação da Directiva, a conclusão é a necessidade de introduzir no nosso direito um preceito expresso correspondente ao art. 16.º, não só para que deixe de haver lacuna a preencher analogicamente, como também porque o regime estabelecido pelo art. 204.º (irrepetibilidade no caso de dolo ou fraude) não coincide com o do art. 16.º.

18 – ARTIGO 17.º – PERDA GRAVE DO CAPITAL SUBSCRITO

Dispõe o art. 17.º da Directiva:

1. No caso de perda grave do capital subscrito, a assembleia geral deve ser convocada num prazo fixado pelas legislações dos Estados membros a fim de examinar se há lugar a dissolver a sociedade ou a adoptar qualquer outra medida.

2. A legislação dum Estado membro não pode fixar em mais de metade do capital subscrito o montante da perda considerada grave no sentido do parágrafo 1.º»

Este preceito da Directiva tem raízes em preceitos tradicionais das leis francesa e italiana (em França, art. 37.º da Lei de 24 de Julho de 1867; em Itália, arts. 189.º n.º 5 e 146.º do Código Comercial). Presentemente, ainda nesses dois direitos se encontram disposições no mesmo sentido. Em França, o art. 241.º da Lei de 1966 dispõe: «No caso de perda de três quartos do capital social, o conselho de administração ou o directório, conforme o caso, é obrigado, nos quatro meses seguintes à aprovação das contas onde essa perda aparece, a convocar a assembleia geral extraordinária para o efeito de decidir se há lugar à dissolução antecipada da sociedade. Se a dissolução não for pronunciada, o capital deve ser imediatamente reduzido de um montante igual à perda verificada, com ressalva das disposições do art. 71.º Nos dois casos a resolução adoptada pela assembleia geral é publicada, segundo as modalidades fixadas por decreto. Na falta de reunião da assembleia geral e bem assim no caso em que esta assembleia não tenha podido deliberar validamente em última convocação, qualquer interessado pode requerer judicialmente a dissolução da sociedade». O art. 2446.º do Código Civil italiano determina: «Quando se verifique que o capital está diminuído de mais de um terço em consequência de perdas, os administradores devem sem demora convocar a assembleia para as providências oportunas. À assembleia deve ser apresentado um relatório sobre a situação patrimonial da sociedade com as observações do colégio fiscal. O relatório dos administradores, com as observações do colégio fiscal deve ficar depositado em cópia na sede da sociedade durante os oito dias que precedem a assembleia, para que os sócios tomem conhecimento. Se dentro do exercício seguinte a perda não tiver ficado inferior a um terço, a assembleia que aprovar o balanço desse exercício deve reduzir o capital em proporção da perda verificada. Se isso não for feito, os administradores e os conselheiros fiscais devem pedir ao tribunal que seja ordenada a redução do capital em relação às perdas resultantes do balanço. O tribunal resolve, ouvido o ministério público, mediante decreto que deve ser inscrito no registo das empresas ao cuidado dos administradores. Contra tal decreto é admitida reclamação para o Tribunal de Apelação nos trinta dias seguintes à inscrição».

O nosso Código Comercial, no art. 120.º, a propósito da dissolução das sociedades contém dois preceitos cujo pressuposto é a perda sofrida pela sociedade. O primeiro, comum a todas as sociedades, é o n.º 5 daquele artigo: as sociedades comerciais dissolvem-se «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». O segundo, especial das sociedades anónimas, é o § 4.º daquele artigo: «Os credores duma 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 opôr-se à dissolução, sempre que dê as necessárias garantias de pagamento aos seus credores». O Código de Processo Civil, art. 436.º regula o oferecimento da caução pela sociedade anónima ou por quotas (o § 4.º do art. 120.º Código Comercial é extensivo às sociedades por quotas, por força do art. 42.º LSQ).

Procurei em tempos – *Sociedades comerciais: dissolução e liquidação*, I, págs. 268 e seguintes – interpretar esses preceitos da lei portuguesa, tanto cada um de per si, como na sua ligação recíproca. A benefício da demonstração que ali julgo ter feito, assentei as seguintes conclusões: a) Sociedades anónimas: perda metade do capital social, os credores podem requerer a dissolução, nos termos do § 4.º, a qual será decretada pelo tribunal em sentença constitutiva; perdidos dois terços do capital social, podem os sócios provocar, se para isso tiverem os votos necessários, a declaração de dissolução pela assembleia geral ou pedir ao tribunal que julgue a sociedade dissolvida. No primeiro caso, a oposição só

pode manifestar-se pela concessão de garantias idóneas, nos termos do Código de processo Civil; no segundo caso, os sócios podem provar que fizeram entradas que mantiveram pelo menos num terço o capital social, ou, se o sócio se dirigiu previamente à sociedade, pode esta deliberar as entradas (com consentimento individual dos sócios). b) Outros tipos de sociedades; o regime do art. 120.º n.º 5 é aplicável, quer o interessado na dissolução seja um sócio ou um credor.

O art. 17.º pressupõe uma *perda grave* do capital subscrito. O montante da perda para ser considerada «grave» não é definido pela Directiva, mas apenas condicionado. O legislador nacional fixará esse montante, mas não pode fixá-lo em mais de metade do capital subscrito ou, por outras palavras, não pode esperar, para tornar aplicável a providência determinada pela Directiva, que a perda do capital seja superior a metade.

Nenhuma dúvida de que o cálculo se faz relativamente ao *capital subscrito*, ou seja, à cifra que, como tal figura obrigatoriamente nos estatutos, sejam os estatutos originais sejam os estatutos como tiverem sido sucessivamente modificados, por aumentos ou reduções de capital.

É omissa a Directiva quanto ao modo de verificação da perda ocorrida; é, portanto, lícito a um Estado membro determinar que a perda é verificada pelo balanço aprovado, como faz o art. 241.º francês, mas também lhe é possível tomar outro ponto de referência, como qualquer altura em que a administração da sociedade verifique a existência da perda.

Verificada a existência da perda, o art. 17.º manda que seja convocada uma assembleia geral num prazo a fixar pela legislação de cada Estado membro. A existência da perda, no sistema da Directiva, não atribui, portanto, nenhum direito nem aos sócios individualmente nem aos credores sociais; faz apenas nascer o dever de convocação da assembleia. Por outro lado, à legislação nacional compete fixar o prazo dentro do qual a assembleia deve ser convocada, o que implica a determinação do início da contagem do prazo.

A Directiva não impõe que a assembleia tome alguma deliberação de conteúdo pré-fixado, por exemplo, que dissolva a sociedade; a dissolução da sociedade é mencionada com mero exemplo de uma das medidas possíveis, mas a assembleia pode tomar qualquer outra medida. Entre as outras medidas previstas nalgumas leis está a entrada de novas contribuições dos sócios e a redução do capital.

Parece mesmo, que a assembleia pode não tomar medida nenhuma, contentando-se com o conhecimento da situação da sociedade e... esperando melhores dias. O intuito da Directiva será, portanto, apenas, fazer abrir os olhos dos sócios, impedir «les gens honnêtes de s'aveugler sur leur situation et de courir à une ruine complète», como dizia a comissão promotora da lei francesa de 1867.

O intuito do art. 17.º da Directiva é muito importante para se determinar o seu efeito sobre preceitos existentes das leis nacionais. Tendo apenas o intuito que se deduz da sua letra, o art. 17.º da Directiva deve ser introduzido no nosso direito, que não contém hoje preceito com intuito semelhante, mas não força a alterar os arts. 120 n.º 5 e § 4.º do nosso Código Comercial. O art. 120.º n.º 5 espera que a perda do capital atinja mais de dois terços, mas o efeito desta perda é a dissolução da sociedade e não apenas a assembleia, possivelmente contemplativa. O art. 120.º n.º 4 funciona a partir da perda de metade do capital, mas o seu efeito não é a dita assembleia. Em princípio, portanto, poderão manter-se lado a lado no nosso futuro direito a nova disposição correspondente ao art. 17.º da Directiva e os textos actuais, mas, embora eles não sejam incompatíveis, também não pode dizer-se que entre eles fique existindo perfeita harmonia.

Sugiro, pois, que a oportunidade seja aproveitada para remodelar os nossos dois preceitos em conjunção com aquele que der cumprimento à Directiva.

19 – ARTIGOS 18.º A 24.º – ACÇÕES PRÓPRIAS DA SOCIEDADE

Nos arts. 18 a 24.º, a Segunda Directiva trata da aquisição e do regime das acções próprias da sociedade.

Sobre esse tema escrevi um estudo «*Auto-participação da sociedade: as acções próprias*», publicado na Revista da Ordem dos Advogados, 1978. Aí expus os problemas suscitados pelas acções próprias e as soluções que para eles têm sido encontradas no direito português e noutros direitos, incluindo o que ao tempo ainda era a proposta de segunda directiva da CEE.

Remeto agora para esse estudo e limito-me a transcrever os preceitos da Directiva. Adiante proporei as disposições legais que, para cumprimento da Directiva, penso que devem ser introduzidas no nosso direito.

Artigo 18 – 1. As acções duma sociedade não podem ser subscritas por esta.

2. Se as acções duma sociedade foram subscritas por uma pessoa que actuava em seu próprio nome mas por conta desta sociedade, o subscritor deve ser considerado como tendo subscrito por sua própria conta.

3. As pessoas ou as sociedades visadas no artigo 3.º alínea i) ou, no caso de aumento de capital, os membros do órgão de administração ou de direcção são obrigados a liberar as acções subscritas em violação do presente artigo.

Contudo, a legislação dum Estado membro pode prever que qualquer interessado possa libertar-se dessa obrigação provando que nenhuma falta lhe é pessoalmente imputável.

Artigo 19 – 1. Quando a legislação de um Estado membro permite que uma sociedade adquira as suas próprias acções, quer por si mesma, quer por uma pessoa que actue no seu próprio nome mas por conta desta sociedade, ela submete estas aquisições pelo menos às condições seguintes:

a) a autorização de adquirir é concedida pela assembleia geral, que fixa as modalidades encaradas para as aquisições, e designadamente o número máximo de acções a adquirir, o tempo durante o qual a autorização é concedida e que não pode exceder dezoito meses e, no caso de aquisição a título oneroso, os contra-valores mínimos e máximos. Os membros dos órgãos de administração ou de direcção são obrigados a vigiar para que, no momento de qualquer aquisição autorizada, as condições indicadas nas alíneas b), c) e d) sejam respeitadas;

b) o valor nominal ou, na falta de valor nominal, o valor contabilístico das acções adquiridas, incluindo as acções que a sociedade tenha adquirido anteriormente e que tenha em carteira bem como as acções adquiridas por uma pessoa que actue em seu próprio nome mas por conta desta sociedade, não pode ultrapassar 10% do capital subscrito;

c) das aquisições não pode resultar que o activo líquido se torne inferior ao montante indicado no artigo 15 parágrafo 1 alínea a);

d) a operação só pode incidir sobre acções inteiramente liberadas.

2. A legislação dum Estado membro pode derrogar o parágrafo 1 alínea a) primeira frase quando a aquisição de acções próprias é necessária para evitar à sociedade um prejuízo grave e eminente. Nesse caso a assembleia geral seguinte deve ser informada, pelo órgão de administração ou de direcção, das razões e da finalidade das aquisições efectuadas, do número e do valor nominal ou, na falta de valor nominal, do valor contabilístico das acções adquiridas, da fracção do capital subscrito que elas representam, bem como do contra-valor dessas acções.

3. Os Estados membros podem deixar de aplicar o parágrafo 1 alínea a) primeira frase às acções adquiridas, quer pela própria sociedade, quer por uma pessoa que actue em

seu nome próprio mas por conta desta sociedade, com o fim de serem distribuídas ao pessoal desta ou ao pessoal duma sociedade coligada com esta última. A distribuição de tais acções deve ser efectuada durante um prazo de doze meses a contar da aquisição destas acções.

Artigo 20 – 1. Os Estados membros podem deixar de aplicar o art. 19:

a) às acções adquiridas em execução duma decisão de redução do capital ou no caso referido no artigo 39;

b) às acções adquiridas numa transmissão de património a título universal;

c) às acções inteiramente liberadas adquiridas a título gratuito ou adquiridas por bancos e outros estabelecimentos financeiros a título de comissão de compra;

d) às acções adquiridas em virtude de uma obrigação legal ou duma decisão judicial que tenha por fim proteger os accionistas minoritários, designadamente nos casos de fusão, de mudança do objecto ou da forma da sociedade, da transferência da sede social para o estrangeiro ou da introdução de limitações à transmissão de acções;

e) às acções adquiridas de um accionista por falta da sua liberação;

f) às acções adquiridas com o fim de indemnizar os accionistas minoritários de sociedades coligadas;

g) às acções inteiramente liberadas adquiridas a quando duma adjudicação judiciária com o fim de satisfazer um crédito da sociedade sobre o proprietário dessas acções;

h) às acções inteiramente liberadas emitidas por uma sociedade de investimento com capital fixo, no sentido do artigo 15 parágrafo 4 segunda alínea, e adquiridas a pedido dos investidores por essa sociedade ou por uma sociedade coligada com ela. Aplica-se o artigo 15 parágrafo 4 terceira alínea, a). Destas aquisições não pode resultar que o activo líquido se torne inferior ao montante do capital subscrito, acrescido das reservas que a lei não permita distribuir.

2. As acções adquiridas nos casos indicados no parágrafo 1 alíneas b) a g) devem contudo ser cedidas no prazo de três anos, a menos que o valor nominal ou, na falta de valor nominal, o valor contabilístico das acções adquiridas, incluindo as acções que a sociedade possa ter adquirido por uma pessoa actuando em seu próprio nome mas por conta da sociedade, não ultrapasse 10% do capital subscrito.

3. Não sendo efectuada a sua cessão no prazo fixado no parágrafo 2, as acções devem ser anuladas. A legislação dum Estado membro pode submeter essa anulação a uma redução do capital subscrito, por um montante correspondente. Tal redução deve ser prescrita na medida em que as aquisições de acções a anular tenham por efeito que o activo líquido se tornou inferior ao montante referido no artigo 15 parágrafo 1 alínea a).

Artigo 21 – As acções adquiridas em violação dos arts. 19.º e 20.º devem ser cedidas no prazo de um ano a contar da sua aquisição. Não se efectuando a cessão nesse prazo, aplica-se o artigo 20.º parágrafo 3.

Artigo 22 – 1. Quando a legislação dum Estado membro permite que uma sociedade adquira as suas próprias acções quer por si mesma quer por uma pessoa que actue em seu próprio nome mas por conta desta sociedade, ela sujeita a todo o tempo a detenção dessas acções pelo menos às condições seguintes:

a) entre os direitos atribuídos às acções, o direito de voto é em qualquer caso suspenso;

b) se essas acções forem contabilizadas no activo do balanço, será criada no passivo uma reserva indisponível do mesmo montante.

2. Quando a legislação dum Estado membro permite que uma sociedade adquira as suas próprias acções quer por ela própria quer por uma pessoa que actue em seu próprio

nome mas por conta desta sociedade, ela exige que o relatório da gestão mencione pelo menos:

- a) a razão das aquisições efectuadas durante o exercício;
- b) o número e o valor nominal ou, na falta de valor nominal, o valor contabilístico das acções adquiridas e cedidas durante o exercício, bem como a fracção do capital subscrito que elas representam;
- c) no caso de aquisição ou cessão a título oneroso, o contra-valor das acções;
- d) o número e o valor nominal, ou na falta de valor nominal, o valor contabilístico do conjunto das acções adquiridas e detidas em carteira, bem como a fracção do capital subscrito que elas representam.

Artigo 23 – 1. Uma sociedade não pode adiantar fundos, nem conceder empréstimos, nem prestar garantias com o fim de um terceiro adquirir as suas acções.

2. O parágrafo 1 não se aplica nem às transacções que se enquadrem nas operações correntes dos bancos ou doutros estabelecimentos financeiros, nem às operações efectuadas com o fim de aquisição de acções pelo ou para o pessoal da sociedade ou duma sociedade coligada com esta. Contudo, destas transacções e operações não pode resultar que o activo líquido da sociedade se torne inferior ao montante referido no artigo 15.º parágrafo 1 alínea a).

3. O parágrafo 1 não se aplica às operações efectuadas com o fim da aquisição de acções mencionada no artigo 20.º parágrafo 1 alínea h).

Artigo 24 – 1. A aceitação em penhor pela sociedade das suas próprias acções, quer por ela própria quer por uma pessoa que actue em seu nome mas por conta da sociedade, é assimilada às aquisições indicadas no artigo 19, no artigo 20 parágrafo 1 e nos artigos 22 e 23.

2. Os Estados membros podem deixar de aplicar o parágrafo 1 às operações correntes dos bancos e outros estabelecimentos financeiros.

20 – ARTIGO 25.º – DELIBERAÇÃO DE AUMENTO DE CAPITAL

O art. 25.º n.º 1 da Directiva determina: «Qualquer aumento de capital deve ser decidido pela assembleia geral. Esta decisão bem como a realização do aumento do capital subscrito são objecto duma publicidade efectuada segundo os modos previstos pela legislação de cada Estado membro em conformidade com o artigo 3 da Directiva 68/151/CEE».

A frase inicial – cujo tom categórico e absoluto é desmentido pela excepção aberta no n.º 2 do mesmo artigo – exige que para qualquer aumento de capital haja uma deliberação da assembleia geral. É essa a prática portuguesa, fundada em sã doutrina, embora faltando texto legal expresso. O preceito da Directiva será mais perfeitamente cumprido se passar a ser reproduzido no nosso direito das sociedades anónimas.

Quanto à publicidade a efectuar, remeto para o estudo da aplicação em Portugal da Primeira Directiva.

Noto, contudo, que o art. 25.º n.º 1 exige uma *dupla publicidade*: publicidade da deliberação de aumentar o capital e publicidade da realização do aumento de capital deliberação. Talvez seja publicidade a mais, mas não parece que os Estados membros possam evitá-la, se quiserem cumprir a Directiva; nem para isso poderiam basear-se numa repetição funcional, pois para cada uma das formalidades exigidas pela Directiva pode ser encontrada uma função autónoma: a publicidade da deliberação destina-se aos

accionistas, servindo — se não sempre pelo menos em muitos casos — para os avisar do seu direito de subscrição; a publicidade da realização do aumento de capital destina-se não só aos accionistas como também ao público em geral.

Mantendo-se no nosso direito o sistema de realização do aumento de capital por escritura pública, será esta o objecto da publicidade, não havendo que esperar pela total liberação das novas acções.

Artigo 25.º n.º 2: «Contudo, os estatutos, o acto constitutivo ou a assembleia geral cuja decisão deve ser objecto duma publicidade conforme com o paragrafo 1 podem autorizar o aumento do capital subscrito até um montante máximo por ele fixado, com observância do montante máximo eventualmente previsto na lei. Nos limites do montante fixado, o órgão da sociedade para esse feito habilitado, decide, sendo caso disso, aumentar o capital subscrito. Este poder do órgão tem uma duração máxima de cinco anos e pode ser renovado uma ou mais vezes pela assembleia geral por um período que, para cada renovação, não pode ultrapassar cinco anos».

Disposições semelhantes ao art. 25.º n.º 2 da Directiva encontram-se em várias legislações: AktG § 202; Lei francesa de 1966, art. 180.º Código Civil italiano, art. 2443.º. Em Portugal, embora faltando texto expresso, a prática encaminhara-se nesse sentido e são frequentes os estatutos de sociedades anónimas que deixam ao conselho de administração, com ou sem parecer do conselho fiscal, geralmente com limitação a determinada importância, competência para decidir aumentos de capital. Acompanharei a análise da Directiva com observações relativas às três leis citadas, a fim de preparar as bases para o futuro texto português, que dê cumprimento a este art.º 25.º n.º 2.

De passagem, chamo a atenção para as diferenças entre o sistema inglês de capital autorizado e o aumento de capital decidido pelo conselho de administração ao abrigo dos citados preceitos. Embora por vezes em direitos continentais sejam usadas expressões que se prestam a confusão (na Alemanha usa-se «capital autorizado», *genehmigtes Kapital* para designar a hipótese prevista no § 202), a realidade é diferente, pois no sistema inglês o capital autorizado é um montante até ao qual a sociedade pode emitir acções, enquanto nos outros países o capital é fixado nos estatutos, totalmente subscrito e só pode variar por alteração dos estatutos, sendo a competência do conselho de administração, quando excepcionalmente atribuída, limitada a proceder a aumentos de capital.

A competência excepcional de outros órgãos diferentes da assembleia geral para decidir aumentos de capital não é concedida directamente pela lei; esta preverá que os estatutos, o acto constitutivo, uma deliberação da assembleia geral atribuam tal competência a esses órgãos. É necessária, pois, uma *autorização concreta*. A autorização concedida nos estatutos não suscita grandes dúvidas; admite-se geralmente que ela pode estar contida nos estatutos originais ou ser introduzida por uma modificação destes e essa é também a prática portuguesa. Adiante voltarei a referir o caso de alteração dos estatutos.

Ao contrário do expressamente disposto nos preceitos alemão e italiano acima referidos, o art. 25.º n.º 2 da Directiva permite que a autorização seja dada também pela assembleia geral, manifestamente numa deliberação directamente com esse objecto e não numa deliberação de alteração dos estatutos, pois essa hipótese é teoricamente uma autorização dada pelos estatutos (modificados). Tenho dúvidas sobre o alcance desta disposição da Directiva, embora me pareça que tem por fim abranger uma especialidade do direito francês, que a seguir referirei.

O art. 180.º da Lei francesa de 1966 dispõe, na parte que interessa agora: «L'assemblée générale extraordinaire est seule compétente pour décider, sur le conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, une augmentation du capital. /.../ L'assemblée

générale peut déléguer au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, les pouvoirs nécessaires, à l'effet de réaliser l'augmentation du capital en une ou plusieurs fois, d'en fixer les modalités, d'en constater la réalisation et de procéder à la modification, correlative des statuts. Est réputée non écrite, toute clause statutaire conférant au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, le pouvoir de décider l'augmentation du capital». Este preceito continuou, com alterações não essenciais, o regime que tinha sido estabelecido por uma lei de 4 de Março de 1943 e é reputado pelos autores franceses como conforme à Segunda Directiva (Hemard-Terré-Mabilat, pág. 348, reportando-se ao art. 22.º n.2 da proposta de Directiva).

O transcrito art.º 180.º difere radicalmente do § 202 alemão – «Os estatutos podem autorizar o Vorstand a aumentar o capital social...» – e do art. 245.º italiano – «O acto constitutivo pode atribuir aos administradores a faculdade de aumentar numa ou mais vezes o capital...» – quanto à fonte da competência do órgão de administração, mas, fora disso a diferença parece consistir apenas em que, no caso francês, o conselho de administração ou o directório *deve* proceder ao aumento de capital decidido pela assembleia, enquanto que nos casos alemão e italiano, o conselho de administração *pode* efectuar ou deixar de efectuar, segundo as circunstâncias, o aumento de capital a que está simplesmente autorizado. Parece ser essa a saliente consequência da distinção feita pelo art. 180.º francês entre *décider*, que compete à assembleia, e *réaliser*, que pode ser delegado no conselho ou directório. Para além disso, porém, há grandes coincidências, quer quanto aos actos a praticar pelo órgão administrativo, quer quanto ao condicionamento de tais actos.

Assim, parece-me que o art. 25.º n.º 2.º da Directiva não impõe que, em todas as legislações nacionais, a autorização possa ter como fonte ou os estatutos (ou acto constitutivo) ou uma deliberação da assembleia geral; em confirmação disto, noto que a Lei alemã de 13 de Dezembro de 1978, que deu cumprimento à Segunda Directiva, não introduziu qualquer modificação no § 202.º, para nele incluir a autorização concedida por assembleia geral. Já não estou tão seguro de que cubra rigorosamente o sistema francês – no segundo período lê-se que o órgão da sociedade *decide*, sendo caso disso, aumentar o capital – mas isso é problema para os juristas franceses se preocuparem.

A prática portuguesa é, em geral, coincidente com a regra alemã e italiana e julgo que deve ser mantida no nosso futuro direito, embora reconheça que não há diferença relevante entre uma deliberação da assembleia geral que autorize o órgão administrativo a aumentar o capital e, em consequência desse aumento, a alterar os estatutos, e uma deliberação da assembleia geral que modifique os estatutos para o conselho ser autorizado a aumentar o capital até certa cifra.

Passando à natureza da autorização para o conselho aumentar o capital, o preceito francês fala em delegação de poderes, o que é coerente com o restante nele prescrito. Já não encontro a mesma coerência na «delega agli amministratori» que se lê na rubrica do art. 2443.º italiano e é repetido pela doutrina (Fre, pág. 639; Ferri, pág. 510). O acto constitutivo ou os estatutos não *delegam* no órgão administrativo poderes que pertençam à assembleia; criam, pela autorização, uma competência própria desse órgão, cumulativa com a competência da assembleia de que cubra rigorosamente o sistema francês – no segundo período lê-se que o órgão da sociedade *decide*, sendo caso disso, aumentar o capital – mas isso é problema para os respectivos juristas se preocuparem.

Não se prenuncia o art. 25.º n.º 2 sobre o órgão da sociedade autorizado pelas referidas fontes a aumentar o capital; algo enigmáticamente diz «o órgão da sociedade habilitado para este efeito». Em Itália são os administradores, na Alemanha, o Vorstand, na França o conselho de administração ou o directório, conforme o caso, na prática

portuguesa, o conselho de administração. Nesta última, porém, é vulgar a exigência de parecer do conselho fiscal. O § 202, Abs. 3, da AktG dispõe que as novas acções só podem ser emitidas com autorização do Aufsichtsrat. Justifica-se, em meu entender, que no novo preceito português seja tornado obrigatório o parecer favorável (salvo remissão para a assembleia) do conselho fiscal.

A Directiva cerceia os poderes concedíveis ao conselho de administração, neste domínio, estabelecendo duas condições, uma de montante, outra de tempo.

O montante do aumento de capital autorizado ao conselho de administração é condicionado eventualmente por um montante fixado na lei. Isto significa, começando pela lei, que esta pode – mas o legislador nacional não é obrigado pela Directiva a fazê-lo – estabelecer um montante máximo até ao qual os estatutos, o acto constitutivo ou a deliberação da assembleia podem fixar o montante do aumento autorizado; é o caso do § 202.º Abs. 3, primeira frase da AktG: «O valor nominal do capital autorizado não deve exceder metade do capital social existente à data em que é dada a autorização» (não esquecer que a autorização pode ser dada por meio de alteração dos estatutos). Observações de autores alemães no sentido de que não deve ser deixada ao conselho competência para aumentos «muito fortes» do capital não chegam para me convencer da utilidade do preceito, pois não vejo nenhum interesse público em que seja ampla ou restrita a competência que para o efeito for atribuída pelos accionistas, aos quais me parece que deve ser deixada a decisão sobre o montante autorizado.

Deve, porém, a legislação nacional exigir que as autorizações conferidas por qualquer das fontes permitidas estabeleçam um limite máximo para o aumento a decidir pelo conselho de administração. Isso tem inteira justificação e corresponde à prática portuguesa.

A Directiva é omissa quanto às sanções das eventuais ultrapassagens dos limites estabelecidos directamente pelas legislações nacionais ou por imposição destas. A cláusula estatutária que, desrespeitando um preceito legal, autorize um aumento de capital a realizar pelo conselho de administração, parece que no direito português será nula, mas redutível ao dito limite, salvo se se provar que não teria sido estipulada senão com aquele montante. O aumento de capital efectuado pelo conselho de administração acima do montante que lhe tiver sido fixado pelo texto autorizante é nulo.

O condicionamento de tempo limita a cinco anos a duração dos poderes conferíveis ao conselho para aumentar o capital. Também aqui pode a legislação nacional intervir para fixar, até ao máximo permitido pela Directiva, a duração admissível dos poderes, e os estatutos ou deliberação da assembleia marcarão, até ao máximo admitido na respectiva legislação, o tempo máximo concedido ao conselho. Quanto ao futuro direito português, sugiro que seja permitido que os estatutos fixem prazos até cinco anos e que expressamente se imponha a fixação de um prazo estatutário até esse limite; não vejo, contudo, vantagem em considerar pura e simplesmente nula a cláusula estatutária que omite a fixação de prazo, podendo o máximo legal ter simultaneamente função supletiva.

A Directiva prevê a renovação do prazo, uma e mais vezes, por períodos de cada vez não superiores a cinco anos. Suponho que a fonte dessa parte do artigo 25.º n.º 2 foi o § 202.º, Abs. 2, da AktG, na parte em que declara: «A autorização também pode ser dada, através de alteração dos estatutos, por mais cinco anos, quando muito, a contar do registo da modificação dos estatutos», mas com simplificações de processo. Não é de estranhar que, por meio de alteração de estatutos da sociedade, possa ser estabelecido um novo prazo para o aumento de capital permitido; isso decorre naturalmente do facto de ser lícito estabelecer, por alteração dos estatutos, um prazo pela primeira vez. Agora,

interessa, porém, saber o que entende a Directiva por «renovação» dos poderes e as condições a que a sujeita, se tais condições tiverem alguma especialidade.

A renovação supõe literalmente que os poderes renovados são iguais aos anteriores; a possibilidade de «renovar» não exclui, contudo, a possibilidade de criar um regime novo, sujeito naturalmente aos condicionamentos em vigor para qualquer atribuição de competência, primeira ou subsequente. Sucede, porém, que a renovação, no sentido em que a Directiva usa este termo, está sujeita apenas a uma deliberação da assembleia geral e importa saber se esta facilidade de processo é utilizável ou não em quaisquer circunstâncias, desde que primeiramente tenha havido já uma autorização de aumento.

Em primeiro lugar, parece-me que não pode falar-se em «renovação» se entre a primeira e a segunda atribuição de poderes não houver uma ligação intencional e temporal. Por um lado, será necessário que a sociedade pretenda renovar os poderes já concedidos e não criar poderes novos, desligados dos que anteriormente existiram. Por outro lado, a deliberação de renovação deve ser tomada antes de terem expirado os poderes anteriores, ou, quando muito, num tempo que permita estabelecer uma ligação efectiva entre os antigos e os novos. É problema debatido por exemplo a propósito da prorrogação da sociedade, sobre o qual não me vou alongar agora.

Em segundo lugar, a meu ver a facilidade de processo não se coaduna com alterações substanciais dos poderes concedidos. O processo exigido pela Directiva é apenas a deliberação da assembleia geral e, se ligarmos este novo facto com a fonte da primitiva autorização veremos que poderiam dar-se hipóteses em que tal facilidade deixaria de justificar-se, se houvesse alterações substanciais. Suponha-se que a autorização foi conferida por uma cláusula dos estatutos (e num sistema em que a autorização por cláusula dos estatutos seja indispensável); é concebível, embora discutível, que a continuação desses poderes, por mais tempo do que o primitivamente autorizado (e sobretudo tendo em conta que o tempo autorizado não pode ser superior aos cinco anos) seja deliberada pela assembleia geral; o mesmo pode ser dito quando não haja modificação essencial desses poderes, designadamente, quando eles não forem aumentados. Fora, porém dessas circunstâncias, parece-me inadmissível que o facto de os estatutos terem permitido o aumento de capital por decisão do conselho em certas condições sirva de justificação para que uma simples deliberação da assembleia conceda, em novo período, poder para aumentar o capital noutras condições.

A Directiva não estabelece requisitos de quorum e de maioria para a deliberação de renovação dos poderes, mas as legislações nacionais podem fazê-lo. Por exemplo, o § 202, Abs. 2, da AktG, em continuação da primeira parte acima transcrita, exige aprovação por uma maioria de, pelo menos, três quartas partes do capital representado na assembleia. De estranhar que a Directiva não seja expressa para a publicidade desta deliberação, a qual parece que deveria acompanhar a publicidade da deliberação inicial, se esta for a fonte da autorização, ou dos estatutos, no outro caso.

O quadro de pressupostos e de condicionamentos da autorização de aumento de capital pelo conselho de administração desenhado no art. 25 n.º 2 é, sob vários aspectos, muito vago e por isso insuficiente para mera reprodução por um legislador nacional, que, dentro do referido quadro deverá ponderar muitas outras questões.

Assim, antes de mais, deve ser decidido se o regime de aumento autorizado deve ser permitido tanto para aumentos de capital por entradas como aumentos de capital por incorporação de reservas. Só quanto à primeira modalidade é ele permitido pelo citado § 202.º e o mesmo entende a doutrina quanto à aplicação do art.º 2443.º italiano; no mesmo sentido é a prática portuguesa. Afigura-se-me que a futura lei portuguesa deve

consagrar expressamente essa restrição, pois não é curial que uma resolução dos administradores faça submeter ao regime de capital reservas que, ou constituem fundos disponíveis para distribuição aos accionistas, ou têm finalidades específicas marcadas pela lei ou pelos estatutos.

Em segundo lugar, deve recair decisão sobre se o aumento autorizado pode ser feito mediante entradas em dinheiro – o que ninguém põe em dúvida – ou também por entradas com bens diferentes de dinheiro. A intervenção limitativa da lei, a este respeito, pode revestir duas modalidades: ou proibir as autorizações para aumentos do segundo género ou, como faz a lei alemã, exigir que este segundo género seja expressamente declarado na autorização, valendo, portanto, a omissão como proibição. Em princípio, na verdade, não caberá aos administradores, mesmo agindo estes como gerentes diligentes e cautelosos, decidir sobre a escolha de coisas que, a título de capital ou por via deste, devem ingressar no património da sociedade, mas podem ocorrer hipóteses em que, por qualquer motivo, não convenha tomar na assembleia uma decisão final e, portanto, a competência será atribuída aos administradores. Os accionistas não têm, se forem cuidadosos, prejuízos com isso, uma vez que podem redigir a deliberação deixando aos administradores o mínimo de liberdade necessária, quanto às coisas a admitir como entradas, por quem serão feitas as entradas, etc.

Terceiro ponto importante são os direitos inerentes às acções a emitir: ou apenas acções ordinárias, como prescreve o preceito italiano, ou também acções privilegiadas, como permite o § 204 alemão, se a disposição estatutária for omissa a esse respeito e o Aufsichtsrat der o seu consentimento. Aqui, a minha inclinação é para a lei italiana.

Há também a considerar as condições de emissão das acções: valor nominal ou prémio de emissão, prazos de liberação das acções, etc. Parece-me que neste ponto a lei não deve intervir, deixando aos interessados, a quando da redacção dos estatutos, o cuidado de tomarem as precauções que julgarem necessárias.

Finalmente, a lei deve pronunciar-se sobre o respeito ou o condicionamento do direito de preferência dos accionistas na subscrição de novas acções, quando o capital for aumentado por decisão do conselho de administração, mas isso é assunto a tratar a propósito doutros preceitos da Directiva.

O aumento de capital importa uma alteração dos estatutos. A autorização conferida ao conselho para aumentar o capital implica autorização para os estatutos serem correlativamente alterados por eles.

Problema de interpretação ou integração dos estatutos, para o qual não parece indispensável intervenção da lei, é o de saber se os administradores ficam autorizados a aumentar, com o respeito do montante máximo autorizado, o capital por uma só ou mais vezes. A prática é no segundo sentido e assim serão preenchidas as lacunas dos estatutos.

21 – ARTIGO 26.º – LIBERAÇÃO DE ACÇÕES NO CASO DE AUMENTO DE CAPITAL

Artigo 26.º – «As acções emitidas em contrapartida de contribuições (apports) em seguida a um aumento de capital subscrito devem ser liberadas numa proporção não inferior a 25% do seu valor nominal ou, na falta de valor nominal, do seu valor contabilístico. Quando for previsto um prémio de emissão, o seu montante deve ser integralmente pago.»

O art. 26.º corresponde, quanto a aumentos de capital, ao disposto no art. 9.º n.º 1 para a constituição da sociedade. O preceito contido no art. 9.º n.º 2 tem correspondência, quanto a aumentos de capital, no art. 27.º n.º 2.

Em Portugal não é claro se o art. 162.º do Código Comercial é, pelo menos analógicamente, aplicável ao caso de aumento de capital. A partir da aplicação da Directiva será indispensável a liberação imediata de 25% do valor nominal das acções. Remeto, *mutatis mutandis*, para o que disse, a propósito do n.º 1 do art. 9.º, quanto a entradas com bens diferentes de dinheiro, conforme esses bens forem ou não forem indivisíveis, pois a razão é idêntica, quer se trate de constituição da sociedade quer de aumento de capital.

O art. 26.º n.º 1 prevê expressamente o prémio de emissão, que também na nossa prática é ou era frequente. O prémio de emissão ou sobrepreço da acção justifica-se especialmente no caso de aumento de capital, mas não é inconcebível logo na constituição da sociedade.

O pagamento integral do prémio, juntamente com os 25% de liberação inicial do valor nominal da acção é exigido por este preceito.

22 – ARTIGO 27.º – ENTRADAS EM ESPÉCIE NO CASO DE AUMENTO DE CAPITAL

Artigo 27.º n.º 1: «As acções emitidas em contrapartida de contribuições que não consistam em dinheiro em seguida a um aumento do capital subscrito devem ser inteiramente liberadas no prazo de cinco anos a contar da decisão de aumentar o capital subscrito».

O art. 27.º reúne todos os preceitos relativos a entradas em espécie (bens diferentes de dinheiro) no caso de aumento de capital. Por isso, o n.º 1 deste artigo ocupa-se da liberação das acções emitidas em contrapartida de bens diferentes de dinheiro, separando, por este n.º 1 do art. 27.º e pelo art. 26.º, os preceitos que apareciam juntos no art. 9.º para o caso de constituição da sociedade, atendendo a que este artigo trata da liberação das acções, seja qual for a natureza da entrada.

Substancialmente, o art. 27.º n.º 1 reproduz o art. 9.º n.º 2, com a natural diferença do momento a partir do qual começa a ser contado o prazo de cinco anos para a liberação das acções.

Também para o aumento de capital falta a exigência de prazo para ser completada a liberação das entradas em dinheiro e também para este caso eu considero conveniente que a futura lei portuguesa marque um tempo máximo para a liberação do capital.

Os n.ºs 2 e 4 do art. 27.º transpõem para o caso de aumento de capital as regras de verificação das entradas em espécie constantes do art. 10.º da Directiva, para o caso de constituição da sociedade. Limite-me, pois, agora a reproduzir o texto daqueles dois números: «2. As entradas referidas no parágrafo 1 são objecto dum relatório elaborado anteriormente à realização do aumento do capital subscrito por um ou mais peritos independentes da sociedade, designados ou habilitados por uma autoridade administrativa ou judiciária. Estes peritos podem ser, segundo a legislação de cada Estado membro, pessoas físicas ou morais ou sociedades. Aplica-se o art. 10.º parágrafos 2 e 3. /.../ 4. Os Estados membros podem não aplicar o parágrafo 2 quando todas as acções emitidas em seguida a um aumento do capital subscrito são emitidas em contrapartida de entradas em bens diferentes de dinheiro feitas por uma ou mais sociedades, sob condição de que todos os accionistas da sociedade beneficiária das entradas tenham renunciado à elaboração do relatório do perito e que sejam preenchidas as condições do artigo 10.º parágrafo 4 alíneas b) a f)».

O art. 27.º n.º 3 contém uma outra dispensa de aplicação do parágrafo 2, mas esta específica dos casos de aumento de capital: «Os Estados membros podem não aplicar o parágrafo 2 quando o aumento do capital subscrito é efectuado para realizar uma fusão ou uma oferta pública de compra ou de troca e tendo em vista remunerar os accionistas duma sociedade incorporada ou os accionistas duma sociedade que seja objecto da oferta pública de compra ou de troca».

A primeira sub-hipótese de dispensa das formalidades de verificação das entradas prescritas no art. 27.º n.º 2 é bastante nítida: uma sociedade pretende fundir-se com outra, incorporando esta, e procede a um aumento de capital a fim de entregar as respectivas acções aos accionistas da sociedade incorporada. Embora esse n.º 3 fale em «fusão», a hipótese visada é apenas a de fusão por incorporação (aliás, di-lo quando especifica mais adiante «accionista da sociedade incorporada»), pois só nessa modalidade uma das sociedades participantes na fusão aumenta o seu capital (se não tiver acções próprias bastantes). Verdadeiramente, não há aqui dispensa *de formalidades* de verificação, mas apenas substituição das formalidades previstas no art. 27.º n.º 2 da Segunda Directiva por aquelas outras formalidades de verificação que estiverem prescritas para o caso de fusão por incorporação (vide art. 10.º da Terceira Directiva).

A segunda sub-hipótese respeita às ofertas públicas de compra ou de troca (O.P.A. ou O.P.E., usando as siglas francesas) e também nela não há uma dispensa absoluta de formalidades, mas apenas uma substituição das formalidades prescritas no art. 27.º n.º 2 por aquelas que, em cada Estado membro, vigorarem para essas ofertas. «Oferta pública de compra ou oferta pública de troca» na Directiva deve ter sido usado para cobrir todos os casos, pois, em princípio, trata-se de uma oferta pública de troca.

23 – ARTIGO 28.º – SUBSCRIÇÃO INCOMPLETA DE ACÇÕES

Dispõe o art. 28.º da Directiva: «Quando um aumento de capital não for inteiramente subscrito, o capital só é aumentado até à concorrência das subscrições recolhidas se as condições de emissão tiverem expressamente previsto essa possibilidade».

A exposição de motivos da proposta de Segunda Directiva justifica esta disposição (ou melhor, uma disposição sobre este assunto; era o art. 24.º da proposta) dizendo que, no caso de subscrição parcial dum aumento de capital, a maior parte dos direitos dos Estados membros utilizam meios diversos para evitar a incerteza dos subscritores sobre a sorte das obrigações contraídas por eles; umas vezes os subscritores são vinculados, salva decisão contrária, tomada pela assembleia, outras vezes eles não são obrigados senão no caso de, segundo modalidades diversas, o aumento ser integralmente subscrito. Para eliminar essas incertezas, a proposta adoptava um preceito que combinava o prazo máximo de vinculação dos subscritores e a liberdade de decisão da assembleia: se o aumento de capital não for inteiramente subscrito durante o prazo aberto para esse efeito, compete à assembleia geral decidir sobre a validade deste aumento; na falta de tal decisão tomada nos três meses seguintes ao encerramento da subscrição, os subscritores são exonerados da sua obrigação.

O texto final da Directiva é muito diferente da proposta e para o compreender convirá ver o que se passava nalguns direitos, antes da Directiva.

O art. 2439.º, segundo período, do Código Civil italiano dispõe: «Se o aumento de capital não for integralmente previsto no prazo previsto pela deliberação, os subscritores não são exonerados da obrigação assumida, a não ser que a própria deliberação tenha disposto doutra maneira». Nos comentários (Frè, pág. 623; Ferri, pág. 647), lê-se que a sociedade pode ter interesse mesmo num aumento de capital inferior àquele que inicialmente fora deliberado e por isso são mantidos os vínculos dos subscritores, embora a

subscrição não tenha sido completa. Temos, pois, os interesses dos subscritores subordinados aos interesses da sociedade; aqueles não podem argumentar com um condicionamento da sua subscrição à integral subscrição do aumento; a sociedade decidirá sobre a sorte do aumento de capital no caso de subscrição parcial e pode fazê-lo em circunstâncias diferentes: ou na própria deliberação de aumento de capital, declarando a operação cindível ou incindível; ou, mesmo só depois de verificar o relativo insucesso da subscrição pode ou dar sem efeito a operação projectada e iniciada ou reduzir o aumento de capital às subscrições efectuadas, em qualquer dos casos, mediante uma nova deliberação da assembleia geral (sobre as divergências doutrinárias em Itália, em que a opinião considerada prevalente é a exposta, mas muitos autores sustentam que o aumento deve efectivar-se com a parte subscrita, v. Pellizzi, *Nota sulla sottoscrizione parziale di aumento del capitale*, Riv. Soc. 1979, págs. 1245 e segs.)

O art. 185.º da Lei francesa de 1966 pronuncia-se num sentido diferente: «Se as subscrições a título preferencial e as atribuições feitas em virtude das subscrições a título redutível não tiverem absorvido a totalidade do aumento de capital, o saldo é repartido pelo conselho de administração ou o directório, segundo caso, se a assembleia geral extraordinária não tiver decidido doutra maneira. Faltando isso, o aumento de capital não é realizado». Segundo informa Trouillat, a Comissão da Assembleia Nacional tinha proposto que a última frase do art. 185.º fosse «na falta de subscrição da totalidade do seu montante, o aumento do capital não está realizado, a não ser que a assembleia geral tenha decidido doutra maneira», mas o Governo opôs-se ao que qualificou de «aumento elástico do capital».

O art. 28.º da Directiva admite que a deliberação do aumento de capital estabeleça essa «elasticidade». A assembleia geral decidirá se, no caso do aumento de capital, nessa altura votado, não vier a ser integralmente subscrito (ou, como também parece lícito, não vier a ser subscrito até certo montante inferior ao visado), a operação é cindível ou incindível; na primeira hipótese, considera-se realizado o aumento de capital, no montante das subscrições recolhidas; na segunda hipótese, a operação fica sem efeito. Os subscritores ao tomarem conhecimento das condições da subscrição e, portanto, ao subscreverem, sabem com o que hão-de contar a tal respeito, nomeadamente, no caso de cindibilidade da operação, sabem que ficam vinculados, apesar de a subscrição ser parcial.

Se a deliberação de aumento de capital é omissa sobre o referido ponto – ou pelo menos não é expressa – a operação fica sem efeito e os subscritores ficam desvinculados. Não me parece que o art. 28.º permita que a sociedade, por nova deliberação, reduza o montante do aumento às subscrições recolhidas, sem que essa possibilidade esteja prevista nas condições de emissão.

Desta conclusão extrai-se um corolário quanto ao problema de saber se o destino final da operação fica dalgum modo dependente de deliberação da assembleia geral, a tomar depois de verificada a insuficiência das subscrições. A assembleia não poderá, por nova deliberação, reduzir o aumento às subscrições recolhidas, mas pode, em princípio, ser necessário que ela declare a operação sem efeito ou, como dizem autores italianos, que a sociedade renuncie à operação projectada, só a partir dessa deliberação podendo os subscritores considerar-se desvinculados. A interpretação acima feita tira todo o sentido a esta possível deliberação da assembleia, salvo quanto a uma verificação, não indispensável, do insucesso do aumento. Por um lado, a deliberação de aumento de capital pode ficar sem efeito, independentemente de uma deliberação assertória da assembleia, desde que a subscrição não tenha sido total; por outro lado, o art. 28.º proíbe uma deliberação com carácter não meramente assertório; finalmente, é injusto deixar a desvinculação dos subscritores dependente duma deliberação a que são estranhos. Evidentemente, nada

impede que a assembleia, tendo verificado pelas circunstâncias da execução duma deliberação anterior, qual o montante até ao qual pode contar com subscrição de acções, emita uma nova deliberação para um aumento de capital desse montante; será, porém, uma deliberação juridicamente nova e independente da anterior, à qual devem seguir-se novas subscrições, com o risco de o novo montante não ser também atingido, etc.

24 – ARTIGO 29.º – DIREITO DE PREFERÊNCIA NA SUBSCRIÇÃO DE AUMENTOS DE CAPITAL

O art. 29.º n.º 1 da Directiva dispõe: «Em todos os aumentos de capital subscrito por entradas em dinheiro, as acções devem ser oferecidas aos accionistas proporcionalmente à parte do capital representada pelas suas acções».

A doutrina atribuiu várias finalidades – todas elas da perspectiva da protecção dos interesses dos accionistas – ao direito de preferência concedido aos «actuais» accionistas, na subscrição dos aumentos de capital das sociedades (Micchio, *Il diritto di opzione nell'aumento di capitale delle società per azioni*; Nobili, *Contributo allo studio del diritto d'opzione nelle società per azioni*, Ott, *Das Bezugsrecht der Aktionäre*).

A lista dessas finalidades pode ser mais ou menos extensa, conforme o grau de concentração usado, e também a hierarquia dessas finalidades pode ser uma ou outra, conforme aspectos especiais encarados. Sem pretensões de explicitar todos os possíveis corolários dalguns teoremas básicos nem de estabelecer uma ordem hierárquica, o direito de preferência dos actuais accionistas na subscrição de aumentos de capital pode prosseguir duas finalidades basilares: a conservação da percentagem de participação de cada sócio no património e na gestão da sociedade; a exclusão da entrada de estranhos na sociedade.

No momento em que a assembleia geral (ou o conselho de administração, quando excepcionalmente tenha competência para isso) delibera um aumento de capital, os accionistas nesse momento existentes (aos quais, por comodidade, chamo «actuais» accionistas) têm a medida dos seus direitos ou interesses determinada pela proporção entre o número total das acções em que se divide o capital social e o número de acções de que cada um é titular. Se houver um aumento de capital em que um accionista actual não participe na percentagem actual, esta diminuirá.

Uma das consequências desse facto simples, é um potencial prejuízo quanto ao valor da acção, se o activo líquido da sociedade exceder o montante do capital. Cada acção, nesse caso, tem um valor superior ao nominal ou, por outras palavras, a fracção do activo líquido social proporcionalmente ao número de acções é superior à fracção do capital. Assim, a emissão de novas acções pode reduzir o valor *real* das acções antigas.

Digo «pode reduzir», pois há processo para evitar tal redução: a subscrição ser feita por um valor acima do par, de modo que o ágio ou sobre preço ingressado no activo social aumente este em quantidade suficiente para que, na operação aritmética a fazer, o dividendo aumentado, dividido pelo divisor também aumentado produza o mesmo quociente ou outro sensivelmente igual (sobre a questão de saber se, em certas circunstâncias, as novas acções devem ser emitidas com sobrepreço, Ferrer Correia e António Caeiro, *Aumento de capital, preferência dos accionistas e sobrepreço das acções*, págs. 28 e segs. da separata).

O direito de preferência na subscrição de acções de aumento de capital evita o referido prejuízo – se for exercido em proporção rigorosa, o que dependerá do accionista, ao qual a lei apenas fornece os meios jurídicos necessários – pois mantém o activo líquido (activo

líquido antigo + montante da subscrição) repartido na mesma proporção entre os accionistas.

Acresce que a prática forjou maneiras de os accionistas que queiram manter o valor proporcional das suas participações na sociedade não terem de fazer o sacrifício de desembolso do valor da subscrição. Se o accionista ceder onerosamente os seus direitos de subscrição de novas acções, virá a ser compensado, pelo preço da cessão, da redução do valor das acções de que continua sendo titular.

A influência do volume da participação na gestão da sociedade só pode ser mantida se o accionista «actual» acorrer à subscrição e esta lhe estiver aberta; tal abertura é conseguida pelo direito de preferência, proporcionalmente exercido.

De outro lado, é sabido que na prática existem sociedades de capitais com fortes traços de personalismo. Ora, desde que os accionistas actuais recebem a entrada de novos – ou de certos «novos» – accionistas, o direito de preferência permite-lhes – pelo menos em teoria jurídica – conservar a sociedade ao abrigo da intromissão de estranhos, sem por isso a sociedade deixar de receber os meios financeiros de que carece.

As vantagens para os sócios, que ficam sumariamente descritas, são também as bases das críticas que têm sido dirigidas à criação, por lei ou pelos estatutos, do direito de preferência dos accionistas na subscrição do aumento de capital. Os accionistas, por meio desse direito, guardam zelosamente as sociedades contra intromissões de estranhos, conservando para si negócios e patrimónios que poderia ser vantajoso, na ordem geral, alargar ao público. Tempos houve em que a autorização ministerial necessária para a emissão de novas acções foi frequentemente condicionada à subscrição pública de parte dos aumentos previstos, apesar da existência de cláusulas criadoras do direito de preferência. Note-se, contudo, um aspecto que julgo importante, pelas repercussões que pode ter em pontos concretos do regime legal desse direito de preferência. Admito que o *interesse geral* possa levar o Governo de certo Estado a restringir o direito de preferência dos accionistas, nomeadamente a impor que em certas sociedades as novas emissões de capital sejam, em maior ou menor parte, postas à subscrição pública; admito que, como adiante veremos, o *interesse social* conduza a que, numa determinada emissão de acções de certa sociedade, o direito de preferência dos accionistas seja excluído mediante concreta deliberação da assembleia geral; já não admito que um *interesse de terceiro*, estranho à sociedade e que deseje ingressar nela prevaleça contra o interesse de um sócio em aumentar a sua participação na sociedade de que vem sendo sócio.

A Directiva despresou essas críticas e, como protecção dos interesses dos sócios, forçou os Estados membros a consagrar nas suas legislações este direito de preferência. Em abono dessa atitude, a exposição de motivos da proposta invoca o direito – para mim, mais do que duvidoso; v. Ferrer Correia e António Caeiro, *Aumento de capital* cit., págs. 21 e segs. – do accionista, de não ver a sua participação na sociedade diminuída em consequência da emissão de novas acções, logo acrescentando, porém, que foi julgado necessário abrir excepções importantes à regra, a fim de evitar que a garantia individual dada ao accionista prejudique o interesse da sociedade e torne difícil o apelo ao financiamento exterior.

Nem todos os direitos dos Estados membros conheciam um direito de preferência, *de fonte legal*, à subscrição de aumentos de capital. Por exemplo, a lei inglesa vigente nessa altura – antes do Companies Act 1948, as Tables dos Acts anteriores tinham consagrado o direito de preferência embora sucessivamente enfraquecido – não atribuía tal direito aos accionistas, embora na prática fossem frequentes as emissões sujeitas à dita preferência, e se reconhecesse a validade delas, quando autorizadas pelos *articles of association*, considerando-se até essa validade implicitamente admitida em preceitos do Companies Act

1948, que distinguiam prospectos de natureza geral e outros ligados a membros da sociedade (Palmer, pág. 146; em execução da segunda Directiva, o Companies Act 1980, art. 17, instituiu «pre-emption rights» para emissão de novas acções).

No direito alemão, o direito de preferência é regulado pelo § 186 da AktG, do seguinte teor:

(1) A qualquer accionista que o exigir deve ser atribuída uma parte das novas acções correspondente à sua participação no capital social preexistente.

Pode estabelecer-se um prazo de, pelo menos, duas semanas para o exercício do direito de preferência.

(2) O Vorstand deve fazer publicar nos jornais da sociedade o montante da emissão e igualmente o prazo que tenha sido fixado nos termos da alínea 1.

(3) O direito de preferência só pode ser excluído, total ou parcialmente, na deliberação sobre o aumento do capital social.

Neste caso, a deliberação carece de uma maioria de, pelo menos, três quartos do capital representado na assembleia, além dos requisitos estabelecidos na lei ou nos estatutos para o aumento de capital.

Os estatutos podem exigir uma maioria mais elevada de capital e outros requisitos.

(4) Só pode ser tomada uma deliberação pela qual o direito de preferência seja total ou parcialmente excluído se a exclusão tiver sido expressa e regularmente anunciada (§ 124, alínea 1).

(5) Não se considera exclusão do direito de preferência, o facto de, segundo a deliberação, as novas acções deverem ser subscritas por um instituto de crédito, com a obrigação de as oferecer em opção aos accionistas. O Vorstand deve fazer anunciar nos jornais da sociedade a oferta de preferência do instituto de crédito, com indicação da importância a pagar pelas acções e do prazo que tenha sido estabelecido para aceitação da oferta; o mesmo se diga se as novas acções tiverem sido subscritas por outrem, que não um instituto de crédito, com obrigação de as oferecer em opção aos accionistas.»

Na lei francesa de 1966, vários artigos são dedicados a esta matéria. Art. 183.º: «Les actions, à l'exclusion de tous autres titres, comportent un droit préférenciel de souscription aux augmentations de capital.

Les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions de numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital. Toute clause contraire est réputée non écrite.

«Pendant la durée de la souscription, ce droit est négociable lorsqu'il est détaché d'actions elles-mêmes négociables; dans le cas contraire, il est cessible dans les mêmes conditions que l'action elle-même».

Art. 184: «Si certains actionnaires n'ont pas souscrit les actions auxquels ils avaient droit, à titre irréductible, les actions ainsi rendues disponibles sont attribuées aux actionnaires qui auront souscrit à titre irréductible un nombre d'actions supérieur à celui qu'ils pouvaient souscrire à titre préférenciel, proportionnellement aux droits de souscription dont ils disposent et en tout état de cause dans la limite de leurs demandes.»

Art. 186: «L'assemblée générale qui décide l'augmentation du capital peut supprimer le droit préférenciel de souscription. Elle statue à cet effet, et à peine de nullité de la délibération, sur le rapport du conseil d'Administration ou du directoire, selon le cas, et sur celui des commissaires aux comptes. Les indications que doivent contenir ces rapports sont déterminées par décret.

Les attributaires éventuels des actions nouvelles ne peuvent, à peine de nullité de la délibération, prendre part au vote supprimant à leur faveur le droit préférenciel de

souscription. Le quorum et la majorité requis pour cette décision sont calculés après déduction des actions possédées par les attributaires. La procédure prévue à l'article 193.º n'a pas à être suivie.»

O art. 187.º trata do exercício do direito de preferência no caso de haver um direito de usufruto sobre as ações e a ele me referirei mais pormenorizadamente adiante.

Art. 188.º: «Le délai accordé aux actionnaires pour l'exercice du droit de souscription ne peut être inférieur à trente jours à dater de l'ouverture de la souscription.

Le délai de souscription se trouve clos par anticipation, dès que tout les droits de souscriptions à titre irréductible ont été exercés.»

Art. 189.º «La société accomplit, avant l'ouverture de la souscription, des formalités de publicité dont les modalités sont fixées par décret.»

Em Itália, o art. 2441.º do Codice Civile na primitiva redacção dispunha: «As ações ordinárias de nova subscrição devem ser oferecidas em opção aos accionistas, em proporção do número das ações possuídas por eles, salvo se por deliberação da assembleia deverem ser liberadas no todo ou em parte mediante entradas em espécie (in natura)».

«Para o exercício do direito de opção deve ser concedido aos accionistas um prazo não inferior a quinze dias a contar da publicação da oferta de opção na Gazeta Officiale da República.

Quando o interesse da sociedade o exigir, o direito de opção pode ser excluído ou limitado com a deliberação de aumento de capital, aprovada por número de sócios que represente mais de metade do capital social, mesmo se a deliberação for tomada em assembleia de segunda convocação. Com deliberação da assembleia tomada pela maioria exigida para as assembleias extraordinárias pelos artigos 2368.º e 2369.º pode ser excluído o direito de opção limitadamente a um quarto das ações da nova emissão, se estas forem oferecidas em subscrição aos empregados da sociedade. Uma exclusão de opção em medida superior ao quarto deve ser aprovada pela maioria prescrita no período antecedente.»

A Lei de 7 de Junho de 1974, n.º 216, deu ao art. 2441.º a seguinte redacção:

«As ações de nova emissão e as obrigações convertíveis em ações devem ser oferecidas em opção aos sócios em proporção do número das ações possuídas. Se existem obrigações convertíveis, o direito de opção respeita também aos possuidores destas, em concurso com os sócios, na base da relação de troca.

A oferta de opção deve ser publicada no Boletim oficial das sociedades por ações e de responsabilidade limitada. Para o exercício do direito de opção deve ser concedido um prazo não inferior a trinta dias a contar da publicação da oferta.

Aqueles que exercem o direito de opção, desde que o peçam contemporaneamente, têm direito de prelação na aquisição das ações e das obrigações convertíveis em ações que tenham ficado por optar. Se as ações forem cotadas na bolsa, os direitos de opção não exercidos podem ser oferecidos na bolsa pelos administradores, por conta da sociedade, pelo menos durante cinco reuniões, dentro do mês seguinte ao fim do prazo estabelecido em conformidade com o disposto no segundo trecho.

O direito de opção não vigora relativamente às ações de nova emissão que, segundo a deliberação do aumento de capital devem ser liberadas mediante entradas em espécie (in natura).

Quando o interesse da sociedade o exige, o direito de opção pode ser excluído ou limitado com a deliberação de aumento de capital, aprovada por um número de sócios que representem mais de metade do capital social, mesmo se a deliberação é tomada em assembleia de segunda ou terceira convocação.

A deliberação de aumento de capital, quando o direito de opção seja excluído ou

limitado nos termos do quarto ou do quinto trechos determina o preço de emissão das acções com base no valor do património líquido, tendo em conta, para as acções cotadas em bolsa, também o andamento das cotações no último semestre.

Com deliberação da assembleia tomada com maioria exigida para as assembleias extraordinárias pode ser excluído o direito de opção limitadamente a um quarto das acções de nova emissão, se estas forem oferecidas em subscrição aos empregados da sociedade. A exclusão da opção em medida superior a um quarto deve ser aprovada pela maioria prescrita no quinto trecho».

Em Portugal, nem o Código Comercial nem leis posteriores criaram um *direito geral* de os accionistas preferirem na subscrição de aumentos de capital. Tem sido, contudo, prática corrente a instituição *estatutária* desse direito e sobre a validade de tais cláusulas não têm sido levantadas dúvidas. Adiante se verá que o Decreto n.º 1645, de 15 de Junho de 1915, criou um direito de preferência dos accionistas quanto à subscrição de emissões de acções privilegiadas, mas Ferrer Correia e António Caeiro, *Aumento de capital* cit. demonstram claramente que se trata de um preceito excepcional, que não pode ser estendido por analogia (bem como demonstram que o direito geral de preferência não pode, no nosso sistema, ser deduzido de certos princípios consagrados na lei). Também adiante citarei o Decreto-Lei n.º 397/71, de 22 de Setembro, que instituiu um direito de preferência dos accionistas quanto à emissão de obrigações convertíveis em acções. Quanto ao direito de preferência criado por este decreto-lei considero mais difícil do que para o Decreto n.º 1645 demonstrar que tem carácter excepcional, mas não me demoro em tal problema, que deixará de ter interesse depois de o art. 29.º da Segunda Directiva ser aplicado em Portugal.

A Directiva limita o direito de preferência dos actuais accionistas aos aumentos de capital *em numerário*. Manifestamente, a subscrição em dinheiro coloca todos os actuais accionistas em pé de igualdade, quanto ao objecto da entrada, pois todos têm idêntica possibilidade de possuir e fazer entrar na sociedade o mesmo objecto. Não poderá haver direito de preferência de todos os accionistas se o aumento de capital dever ser realizado com bens que só certas pessoas – accionistas ou não – possuam.

Desta elementar verdade podem, contudo, nascer fraudes aos direitos de preferência dos accionistas. Se a sociedade aumenta o seu capital para, em troca das novas acções, receber um bem determinado de que necessita para a sua vida, é perfeitamente legítima a exclusão do direito de preferência dos actuais accionistas. Parece, porém, que numa sociedade normal, uma deliberação da assembleia geral para que, por exemplo, um aumento de capital seja realizado em títulos do Tesouro (o exemplo é de Ascarelli) tem o intuito de evitar o direito de preferência dos accionistas, se este for limitado a aumentos de capital a realizar em dinheiro.

Aliás, o problema muda de forma mas não de substância quando a lei, em vez de usar a forma positiva que se encontra na Directiva – os accionistas *têm* direito de preferência quando os aumentos de capital forem realizados em dinheiro – usa forma negativa – por ex., art. 2441.º do Cod. Civ. italiano, segundo o qual os accionistas *não têm* direito de preferência quando as acções, por deliberação da assembleia geral, devam ser liberadas mediante entradas em espécie. No primeiro caso, discutir-se-á se só os aumentos de capital realizáveis em dinheiro permitem o direito de preferência; no segundo caso, discutir-se-á se *em todos* os aumentos de capital realizados em bens diferentes de dinheiro é excluído o direito de preferência.

Entre as duas formas, parece-me preferível a da Directiva e quanto às possíveis fraudes, não me parece que o legislador possa exaustivamente prevê-las e reprová-las. O remédio será encontrado, caso a caso, na impugnação da deliberação da assembleia.

O direito de preferência dos accionistas na subscrição de aumentos de capital nada tem a ver juridicamente com os direitos de preferência de accionistas no caso de transmissão de acções, quer este último direito tenha fonte na lei ou nos estatutos. Na prática portuguesa encontram-se estatutos de sociedades que criam os dois direitos e é claro que a junção dos dois direitos nos mesmos estatutos reforça o carácter *fechado* da sociedade, tapando quanto possível as duas portas de possíveis entradas de novos sócios.

O art. 29.º n.º 1 não estabelece diferença conforme o aumento de capital é deliberado pela assembleia geral ou é deliberado pelo conselho de administração, mediante prévia autorização estatutária. Seja qual for o órgão que delibere o aumento de capital, a Directiva manda atribuir direito de preferência aos accionistas.

Adiante veremos que o n.º 4 do art. 29.º permite que, relativamente a concretos aumentos de capital, a assembleia geral delibere excluir o direito de preferência dos accionistas. Lembrando que, nos termos do art. 25.º n.º 2 da Directiva a competência para deliberar aumentos de capital pode ser atribuída ao conselho de administração por deliberação da assembleia geral, deve afirmar-se que esta deliberação da assembleia *não implica* exclusão do direito de preferência dos accionistas; a competência para deliberar o aumento não tem ligação lógica com a exclusão do referido direito de preferência, como aliás, resulta do art. 29.º n.º 5, adiante examinado.

Duas questões podem, contudo, surgir quanto ao direito de preferência dos accionistas, quando a deliberação de aumento de capital seja da competência do conselho de administração e, como é vulgar, essa competência seja atribuída para ser utilizada por uma ou mais vezes (aumento por *tranches*); a primeira consiste em saber se o direito de preferência deve ser exercido relativamente a cada *tranche* ou no conjunto de todas elas; a segunda respeita à determinação dos accionistas titulares do direito de preferência.

A primeira questão só pode ter uma resposta: aumentar o capital por uma ou mais vezes significa tomar deliberações autónomas de aumento de capital, ligadas entre si apenas pela fonte, a disposição (única) dos estatutos ou a deliberação (única) da assembleia. O direito de preferência incide sobre cada aumento de capital e não sobre conjuntos destes; aliás, a doutrina já notou que, não havendo obrigação de o conselho de administração utilizar a autorização dada pelos estatutos ou pela assembleia geral, não se poderia saber – salvo quando se atingisse o limite quantitativo fixado pelos estatutos ou pela assembleia – quando poderia afinal ser exercido o direito de preferência.

Do que ficou dito quanto à primeira questão decorre também a solução da segunda. Tratada autonomamente cada deliberação do conselho de administração e processado também aumento de capital, titulares do direito de preferência são os accionistas que o forem na época de cada aumento de capital ou, por outras palavras, os critérios determinantes dos accionistas titulares do direito de preferência aplicam-se a cada um dos aumentos deliberados pelo conselho de administração.

A maior parte dos problemas relativos à determinação de quem é ou deve ser considerado «actual accionista» para o exercício do direito de preferência nos aumentos de capital são de teoria geral e não há interesse em abordá-los aqui. Um problema, contudo, de grande interesse prático aparece especificamente tratado no art. 187.º da Lei francesa de 1966 – acções oneradas com um direito de usufruto – cujo regime descreverei (aproveito o exemplo francês por estar expressamente regulado na lei; em muitos países a doutrina ocupa-se largamente do problema, por ex. Miccio, pags. 89 e segs. e os comentários ao § 186 da AktG; com interesse, Von Steiner, *Fragen betr. das Bezugsrecht beimutznissungs-belasteten und verpfändeten Aktien*, in *Lebendiges Aktienrecht*, pags, 377 e segs).

Noto em primeiro lugar que o regime estabelecido pelo art. 187.º é expressamente supletivo, só se aplicando «no silêncio da convenção das partes».

Em regra, o direito de preferência na subscrição das acções pertence ao nu-proprietário; vê-se do seguimento que ao nu-proprietário cabe não só subscrever as acções como também vender o direito à subscrição.

Se o nu-proprietário vende o direito à subscrição, ficam sujeitos ao usufruto ou o preço recebido ou os bens que forem adquiridos com esse dinheiro.

Entende-se que o nu-proprietário negligência o exercício do direito de preferência à subscrição das novas acções quando nem subscreve as novas acções nem vende os direitos à subscrição até oito dias antes do fim do prazo de subscrição concedido aos accionistas (Decreto n.º 67-236, art. 158.º). Neste caso o usufrutuário pode substituir-se ao nu-proprietário para subscrever as acções ou vender os direitos.

Tendo o usufrutuário vendido os direitos, o nu-proprietário pode exigir que o dinheiro assim obtido seja reinvestido e os novos bens fiquem sujeitos ao usufruto.

Quanto às acções adquiridas pela subscrição podem, conforme as hipóteses, ficar pertencendo ou ao nu-proprietário ou ao usufrutuário das acções velhas; ficam no regime de usufruto até ao montante do valor dos direitos de subscrição; ficam em propriedade plena do nu-proprietário ou do usufrutuário as acções que, excedendo aquele valor, tenham sido subscritas com fundos fornecidos respectivamente por um ou por outro.

Adiante proporei uma solução para o nosso direito que, aproveitando alguns pontos do regime francês, procura, contudo, atingir um fim diferente; na verdade, penso que se deverá aproveitar, quanto possível, a oportunidade para reduzir o usufruto.

Para que o direito de preferência dos actuais accionistas possa ser exercido *na proporção* das acções de cada um, é preciso estabelecer a relação entre o número de acções emitidas antes do aumento e as acções correspondentes ao aumento, podendo dar-se quatro hipóteses (Ascarelli, *Indivisibilità dell'azione e aumento di capitale, in Banca, Borsa, 1955, pag. 42*): a) as novas acções são emitidas em número igual ou múltiplo inteiro das acções antigas; b) a relação é estabelecida de maneira que todos e cada um dos accionistas fica tendo um número de acções suficiente para subscrever um número inteiro de acções; c) um quociente inteiro só pode ser obtido por alguns sócios se comprarem ou venderem direitos de preferência; d) a relação entre as acções velhas e as acções novas não permita qualquer quociente inteiro, donde resulta que não é possível oferecer todas as acções novas em proporção das velhas possuídas por cada accionista.

Como veremos também a propósito das reduções de capital, só por acaso nos aumentos de capital deixará de haver restos ou fracções, pois alguns accionistas não possuem o número suficiente e certo de acções velhas para obterem o número mínimo ou certo de acções novas. A lei não pode forçar um accionista a comprar acções velhas ou direitos a fracções de acções novas, mas poderia teoricamente forçar à venda de fracções; em meu entender, não deverá fazê-lo, pois não há nisso nenhum interesse público, antes devendo ficar ao jogo dos interesses de cada um comprar, vender ou abster-se de concorrer à subscrição.

Diferente é o caso da alínea d), pois nele nem todas as acções podem ser oferecidas aos accionistas, na proporção estabelecida por lei. Das duas soluções aventadas pela doutrina – invalidade do aumento de capital quanto a esse resto e válida limitação do direito de preferência – prefiro a segunda, que se baseia na impossibilidade absoluta de nesses casos ser respeitado o direito de preferência. Veja-se a solução pragmática do Companies Act 1980, art. 17 (1), a): «... a proportion of those securities which is *as nearly as practicable equal* to the proportion in nominal value...».

Na prática portuguesa aparecem casos em que a preferência é atribuída aos accionis-

tas em proporções diferentes do número de acções possuídas por cada um; louvavelmente, trata-se quase sempre de favorecer os pequenos accionistas, atribuindo-lhes proporcionalmente maior número das novas acções. Tal não será possível se entrar em vigor um artigo rigorosamente idêntico ao art. 29.º n.º 1 da Directiva, embora talvez a possibilidade possa ser tentada através do art. 29.º n.º 4. A hipótese oposta – não serem oferecidas acções novas aos pequenos accionistas quando as antigas acções não lhe atribuem direito ao número mínimo das novas – deve ser afastada por ilegal e injusta.

Quando todas as acções da nova emissão sejam oferecidas aos actuais accionistas, mas nem todos as subscrevam na totalidade, levanta-se o problema do destino das acções não subscritas por eles. Solução expressa do problema encontra-se no art. 184.º da Lei francesa de 1966 (anteriormente, no Decreto de 8 de Agosto de 1935) e no art. 2441.º do Cod. Civ. italiano.

Os autores franceses chamam subscrição *a título irreduzível* à subscrição mínima que cada proprietário de acção tem direito; subscrição *a título reduzível* referente a acções que excedem aquelas a que cada proprietário de acções tem direito (Landeroin, *Les augmentations de capital dans les sociétés anonymes*, pag. 12). Basta dizer isto para surgir uma dúvida grave, que adiante mencionarei, mas independentemente dela, a solução francesa do problema do destino das acções não subscritas pelos accionistas subscritores com base no direito de preferência consiste na atribuição de tais acções a outros accionistas que as subscreveram a título reduzível.

A nova redacção do art. 2441.º do Código Civil italiano, embora comece por atribuir aos actuais accionistas um direito de opção «em proporção do número de acções possuídas», dispõe em seguida que «aqueles que exercem o direito de opção, desde que o peçam contemporaneamente, têm direito de prelação na aquisição das acções e das obrigações convertíveis em acções que tenham ficado por optar».

O direito de opção é, pois, completado (mas só para acções não cotadas na bolsa) por direito de prelação, sobre o qual o preceito fornece três pormenores: os titulares (que devem ser pessoas que tenham exercido o direito de opção – actuais accionistas, cessionários do direito de opção, titulares de obrigações convertíveis em acções); o tempo do pedido (que deve ser simultâneo com a aceitação da oferta de opção); o objecto (acções que não tenham sido objecto de opção). A doutrina tem procurado preencher as lacunas, por exemplo, entendendo que o direito de prelação deve ser exercido nas condições estabelecidas para subscrição por terceiro; que a distribuição final se fará *pro rata* do número de acções pedido e não pelo número de acções possuídas (Nobili e Vitale, *La riforma delle società per azioni*, pag. 364).

Além do género de solução adoptado por estas duas leis, duas outras podem conceber-se: a livre subscrição, por actuais accionistas e por terceiros; a redução do aumento de capital ao montante subscrito pela primeira e única «vaga» de actuais accionistas.

Esta última solução pode ser afastada sem grande dificuldade. Solução de tal género pode ser aceite quando – como acontece no caso do art. 28.º da Directiva – estão esgotados todos os meios de subscrição do aumento do capital deliberado, mas parece prematura quando ainda houver actuais accionistas interessados na subscrição e ainda não foram sequer, tentados os investidores externos à sociedade.

Entre as várias possíveis soluções, eu prefiro a da lei francesa, desde que devidamente entendida e desembaraçada de um contra-argumento aparentemente forte.

O leitor atento do art. 184.º da Lei francesa acima transcrito notará que ele, começando por falar em subscrição *a título irreduzível*, fala depois em subscrição *a título preferencial*. Mas se subscrição a título irreduzível e subscrição a título preferencial são

sinónimos, então a subscrição a título redutível não é baseada num direito de preferência dos accionistas. Logicamente, desde que, por lei, os accionistas actuais tenham um direito de subscrição limitado a uma quantidade das novas acções que se apura pela proporção com as antigas acções por cada um possuídas, a parte da subscrição que exceda essa medida não pode basear-se no direito de subscrição, que ultrapasse. Ora, se essa «subscrição excessiva» não tem aquele fundamento, também não se lhe encontra nenhum outro, e, portanto, a sociedade deve considerar essas subscrições como se tivessem provindo de um estranho, em concorrência com outros estranhos possivelmente preteridos por estes.

A dificuldade resulta, pois, da medida do direito, mas se a lei atribui a actuais accionistas direito às novas acções, embora a título redutível, então parece que a medida inicial do direito de preferência na subscrição do aumento de capital não pode ser uma medida fixa. Se a lei disser que os accionistas actuais têm direito de preferência na subscrição do aumento de capital *sem fixar a proporção como limite máximo*, todas as subscrições efectuadas pelos actuais accionistas serão a título preferencial; a proporção servirá nessa hipótese para garantir a cada accionista a possibilidade de adquirir um *mínimo* das novas acções. Por outras palavras, os accionistas têm um direito preferencial de subscrição cujo volume máximo se determina em função do total das subscrições e um volume mínimo garantido – que o accionista exercerá ou não, conforme lhe convier – determinado pela proporção, nos termos referidos.

Contra esta apresentação e solução do problema pode, contudo, argumentar-se que não tem fundamento lógico a atribuição dum direito de preferência, embora redutível (ou dum direito de prelação na fórmula italiana), para além da percentagem das acções antigas detidas pelo accionista, pois com esta percentagem esgotam-se as finalidades do direito de preferência; quanto ao excesso, já não se trata de salvaguardar os interesses dos accionistas na manutenção da sua participação (património e gestão), mas sim de favorecer um accionista num possível confronto com pessoa estranha à sociedade (em sentido próximo deste, Ascarelli, *Due questioni in tema di diritto d'opzione, Studi in tema di società*, pag. 277, ao tempo da primitiva redacção do art. 2441.^o).

Suponho que por essa forma o problema se clarifica mas não se resolve. A subscrição a título preferencial (ou) irredutível assegura aos accionistas a satisfação dos interesses acima enumerados; daí para diante, o problema é de escolha, como subscritores, entre actuais accionistas que manifestaram vontade de subscrever, e estranhos. Não vejo nenhum interesse público nem nenhum interesse da sociedade em dar preferência aos estranhos (ou, na melhor das hipóteses, em empurrar o accionista para uma subscrição como estranho) e pode ser justo – muito dependendo das circunstâncias de cada sociedade – o reforçar da posição accionista de quem, já sendo sócio continua a querer investir o seu dinheiro na sociedade.

O art. 29.^o n.^o 2 da Directiva determina: «Os Estados membros podem:

a) não aplicar o paragrafo 1 às acções às quais está ligado um direito limitado de participação às distribuições no sentido do artigo 15.^o e/ou à partilha do património social no caso de liquidação

ou

b) permitir que, quando o capital subscrito numa sociedade que tenha várias categorias de acções para as quais o direito de voto ou o direito de participação às distribuições no sentido do artigo 15.^o ou à partilha do património social no caso de liquidação sejam diferentes é aumentado pela emissão de novas acções apenas numa dessas categorias, o exercício do direito preferencial pelos accionistas das outras categorias seja efectuado só depois do exercício deste direito pelos accionistas da categoria na qual as novas acções são emitidas».

A justa atribuição do direito de preferência à subscrição de novas acções é considerada muito difícil quando numa sociedade existem ou venham a existir acções de várias categorias (Wiedmann, in *Grosskommentar*, pag. 73). Lembremo-nos de que olhando o problema pelo lado das novas acções, estas podem ser emitidas como acções ordinárias ou como acções de uma qualquer categoria, ou já existente na sociedade ou nova relativamente às categorias existentes; olhando o problema pelo ângulo das acções velhas, podem estas ser todas ordinárias ou podem existir acções ordinárias e acções de várias categorias; ligando as espécies de acções novas e as espécies de acções velhas, criam-se quadros complexos, relativamente aos quais se porá o problema de saber *quais* dos accionistas velhos terão direito a *quais* acções novas.

Começando pelas acções novas, pode suceder que a lei nacional conceda aos actuais accionistas (independentemente agora de saber se as suas acções são ordinárias ou pertencem a alguma categoria especial) direito de preferência na subscrição apenas dalguma espécie de acções; é o caso do art. 2441.º do Cod. Civ. Italiano, que expressamente restringe o direito de preferência às «acções ordinárias de nova subscrição» e tacitamente exclui tal direito quando as novas acções não forem ordinárias. Não me parece, contudo, que seja esse o caso do art. 29.º n.º 1 da Directiva, cujo único pressuposto é a entrada em dinheiro para liberar as acções, mas quanto às acções liberadas em dinheiro, não abre qualquer distinção.

Também não vejo na Directiva nenhuma restrição às categorias de acções que uma sociedade possa emitir, quando aumente o seu capital, nomeadamente afigura-se-me de aceitar o princípio (Wiedmann, *ibidem*) de que nenhum accionista pode invocar os direitos inerentes à categoria das suas acções para exigir que só sejam emitidas acções que tenham pelo menos direitos iguais aos das suas.

Atendendo, portanto, apenas ao art. 29.º n.º1, teremos um direito de preferência de todos os accionistas, qualquer que seja a categoria das acções de que é titular, à subscrição das novas acções em aumento de capital, qualquer que seja a categoria das novas acções.

As excepções a essa regra encontram-se no art. 29.º n.º 2, sob a forma de autorizações para os Estados membros.

A excepção contida na alínea a) pode, pela sua letra, deixar dúvidas quanto às acções que tem em vista: ou as acções velhas ou as acções novas. Os Estados membros podem deixar de aplicar o parágrafo 1 às acções que tenham inerentes um direito limitado de participação, mas não é claro pela letra se essa faculdade é relativa à nova emissão de acções com tais direitos limitados ou ao exercício do direito de preferência inerente a acções (velhas) com esse direito limitado. Afigura-se-me que se trata de *acções novas* primeiro porque é essa interpretação que melhor se coaduna com a redacção do n.º 1, em que *acções* são as novas e o direito de preferência não é definido pelas acções mas sim pelos *accionistas*; segundo, porque o n.º 2, que tem em vista a espécie de acções velhas, di-lo expressamente.

A excepção da alínea a) respeita, pois, a novas acções, desde que estas tenham um direito limitado *ou* às participações referidas no artigo 15 (lucros e reservas, na fase activa da sociedade) *ou* na partilha do património social no caso de liquidação *ou* conjuntamente nessas duas hipóteses.

A alínea b) do art. 29.º n.º 2 tem como pressuposto a existência numa sociedade de várias categorias de acções (considerando as acções ordinárias como uma categoria de acções, desde que se estabeleça alguma distinção entre acções relevante para o efeito, haverá logo duas categorias de acções) diferenciadas *ou* pelo direito de voto *ou* pelo direito de participação nas distribuições no sentido do art. 15.º *ou* pelo direito de participação na partilha do património social em caso de liquidação. Quando isso aconteça e, num

aumento de capital, sejam emitidas acções duma dessas categorias, pode a lei nacional estabelecer a excepção que adiante mencionarei. Vejamos, contudo, primeiro, o que se entende por acções numa dessas categorias.

Se as novas acções são emitidas com direitos coincidentes com os de uma das categorias especiais já existentes, nenhuma dúvida quanto à aplicabilidade da alínea. Se as acções novas são emitidas com direitos que não coincidam com nenhuma das categorias especiais já existentes nessa sociedade, a alínea não se aplica e o direito de preferência tem de pertencer a todos os accionistas, titulares de acções ordinárias ou de acções de qualquer categoria especial. Se as novas acções são ordinárias, a aplicabilidade da alínea é duvidosa. Por um lado, pode parecer que a intenção da alínea é permitir a excepção quanto apenas às categorias especiais (por contraposição às acções ordinárias), mas por outro lado, não podemos esquecer que as acções ordinárias também constituem uma categoria, acrescentando que a letra da alínea não impõe a primeira solução, pois diz *essas categorias* para as acções novas e, para as acções velhas diz várias categorias em que os direitos são diferentes, diferença essa que também existe entre acções ordinárias e quaisquer outras acções com direitos *diferentes*. Nada impede, porém, que o legislador nacional deixe de usar totalmente a faculdade atribuída pela Directiva e dite soluções diferentes quando sejam ordinárias as novas acções.

Substancialmente, a excepção consiste na criação dum duplo e sucessivo direito de preferência. Em primeiro lugar, o direito de preferência caberá aos titulares das acções velhas da mesma categoria das acções novas, ou seja, como se disse, acções a que sejam inerentes direitos iguais. Em segundo lugar o direito de preferência (naturalmente, quanto às acções sobranes do primeiro direito de preferência) pertence aos titulares de acções de todas as outras categorias.

Vistas de per si as duas alíneas do art. 29.º n.º 2, há que atentar na ligação entre elas, que nesse n.º 2 é feita pela palavra *ou*. Normalmente, a conjugação *ou* tem valor adversativo e, portanto, o n.º 2 estabelecerá uma alternativa para a escolha a fazer pelos Estados membros: ou a excepção da alínea a) ou a excepção da alínea b), mas não ambas, mas muitas vezes também aparecer com valor conjuntivo, que levaria a permitir aos Estados membros utilizar a alínea a) ou alínea b) ou ambas. Inclino-me para a segunda interpretação, por não ver no conteúdo das duas alíneas nada que as faça excluir reciprocamente.

Em Portugal, o Decreto n.º 1645, de 15 de Junho de 1915 veio permitir que as sociedades anónimas, por deliberação das assembleias gerais extraordinárias, não havendo nos estatutos disposição proibitiva expressa, criem acções privilegiadas, conferindo aos seus possuidores preferência, quer sobre os lucros até determinada percentagem, quer sobre o capital, quer sobre ambas as coisas.

O art. 3.º desse Decreto estabelece: «Os accionistas ordinários das sociedades em cujas assembleias se houver de deliberar a emissão de acções privilegiadas terão preferência na subscrição destas, contando que façam a sua declaração para esse fim dentro de seis dias, a contar da data das mesmas assembleias.

§ 1.º Quando a emissão privilegiada for em número de acções inferior ao das acções ordinárias e houver declarações de preferência por parte dos accionistas que sejam possuidores destas em número superior ao daquela emissão, serão as novas acções sorteadas por esses accionistas na proporção das suas acções ordinárias.

§ 2.º Quando o número das acções da emissão privilegiada for superior ao das ordinárias, proceder-se-á da mesma forma prescrita no parágrafo anterior, em relação ao excesso do número das primeiras acções sobre o das segundas.»

A leitura destes preceitos provoca a impressão de que o legislador teve perante os seus olhos apenas um quadro: uma sociedade que até então só emitiu acções ordinárias e pela

primeira vez vai emitir acções com algum privilégio, ou seja, uma categoria diferente de acções instituída pela primeira vez na sociedade. Não foram, portanto, pensadas nem as hipóteses de emissão nova de acções ordinárias depois de terem sido criadas categorias de acções privilegiadas nem as de emissões de novas acções pertencentes a também novas categorias. Para os efeitos da aplicação da Directiva ao nosso direito, não vale a pena fazer o esforço de tentar, com base na hipótese regulamentada pelo art. 3.º do Decreto n.º 1645, criar um sistema que não deixe escapar hipótese alguma. Uma vez que o direito de preferência dos actuais accionistas será criado com carácter geral, o art. 3.º do Decreto n.º 1645 deixará de ter cabimento, embora se torne necessário, nessa regulamentação geral, prever as várias hipóteses derivadas da existência anterior ou da emissão de acções de diversas categorias.

Dispõe o art. 29.º n.º 3 da Directiva: «A oferta de subscrição a título preferencial bem como o prazo dentro do qual o direito deve ser exercido são objecto duma publicação no boletim nacional designado em conformidade com a directiva 68/151/CEE. Contudo, a legislação dum Estado membro pode deixar de prever esta publicação quando todas as acções da sociedade são nominativas. Neste caso todos os accionistas devem ser informados por escrito. O direito preferencial deve ser exercido dentro dum prazo que não deve ser inferior a catorze dias a contar da publicação da oferta ou do envio das cartas aos accionistas».

Este art. 29.º n.º 3 cumula dois assuntos, aproveitando uma ligação formal entre eles. Trata primeiro da publicidade da oferta de subscrição, incluindo o prazo concedido aos accionistas para o efeito. Em seguida fixa um tempo mínimo para os accionistas exercerem o seu direito.

A oferta de subscrição pode ser levada ao conhecimento dos accionistas por um de dois modos: ou por publicação ou por escrito. O primeiro modo é utilizável quando a sociedade tenha emitido acções ao portador, quer ao portador sejam todas ou parte das acções emitidas. O segundo modo pode apenas ser empregado quando sejam nominativas todas as acções emitidas.

A publicação é feita no boletim nacional designado em conformidade com a Primeira Directiva; em Portugal, no Diário da República. Quanto ao conteúdo da publicação, a Directiva apenas menciona o prazo para o exercício dos direitos de preferência dos accionistas, mas é evidente que devem ser publicadas todas as condições ou termos da subscrição, pois doutro modo o accionista não ficaria habilitado a decidir quanto ao exercício do seu direito. Não é exigida publicação em qualquer jornal.

A comunicação directa, para accionistas portadores de acções nominativas, no caso acima referido, é feita por escrito. A Directiva não refere para esse caso nenhum conteúdo da comunicação, mas naturalmente deverá ser igual ao conteúdo da publicação.

Obrigatória para os Estados membros é a exigência da publicação; a comunicação por escrito, no referido caso excepcional, é deixada à opção deles. Afigura-se-me que o legislador português deve aproveitar essa faculdade, evitando os custos e demoras da publicação e até aumentando a eficácia da comunicação aos accionistas que pode identificar por serem nominativas as acções. O risco de mudanças de domicílio dos accionistas e conseqüente descaminho das cartas tem correspondência no risco de os accionistas não tomarem conhecimento da publicação no Diário da República. Evidentemente, nada impede que uma sociedade utilize os dois processos simultaneamente.

Estabelece a Directiva um prazo mínimo, a fixar pela sociedade, para o exercício do direito de preferência dos accionistas. O preceito tem o claro intuito de evitar fraudes pelo estabelecimento de prazos muito curtos.

O prazo mínimo é de catorze dias, contados da publicação ou do envio das cartas aos

accionistas. Os legisladores nacionais deverão ter em conta que o prazo contado da publicação é geral para todos os accionistas e proporciona catorze dias efectivos para reflexão, enquanto os mesmos catorze dias contados do envio das cartas não é necessariamente igual para todos os accionistas e tem o desconto necessário do tempo até à efectiva recepção.

A propósito do art. 25.º da Directiva, vimos que a deliberação de qualquer aumento de capital deve ser publicada em conformidade com a Directiva 68/151/CEE. O art. 29.º n.º 3 não impõe uma publicação separada para o exercício do direito preferencial de subscrição e uma sociedade não deve ser obrigada a efectuar publicações supérfluas. Exemplo da conjugação das duas publicações encontrava-se no art. 156.º do Decreto francês n.º 67-236, o qual especificava o conteúdo da publicação destinada a informar os accionistas sobre a emissão de novas acções e suas modalidades e nelas incluía «A existência, em proveito dos accionistas, do direito de preferência na subscrição das novas acções bem como as condições de exercício deste direito». Considero recomendável esse processo de conjugar as duas publicações e noto que, em qualquer caso, a necessidade da publicação do aumento de capital torna bastante teórico o interesse da excepção de comunicação directa no caso de serem nominativas todas as acções.

O art. 29.º n.º 4 da Segunda Directiva determina: «O direito de opção não pode ser excluído ou limitado pelo estatuto ou pelo acto constitutivo. A exclusão ou limitação podem todavia ser decididas pela assembleia. O órgão de administração ou de direcção é obrigado a apresentar a tal assembleia um relatório escrito que precise os motivos para limitar ou suprimir o direito de opção e justifique o preço de emissão proposto. A assembleia delibera segundo a regra de número legal e de maioria prescrita no artigo 40.º. A sua decisão é objecto de publicidade efectuada segundo as modalidades previstas pela legislação de cada Estado membro, em conformidade com o art. 3.º da directiva 68/151/CEE».

Como se viu, por força do art. 29.º n.º 1, as legislações dos Estados membros devem (salvas as excepções contidas no n.º 2 do mesmo art. 29.º) criar o direito de preferência dos accionistas. O art. 29.º n.º 4 não permite que o direito de preferência que exista ou venha a ser criado pelas legislações dos Estados membros, possa, mediante autorização expressa ou implícita da mesma legislação, ser derogado total ou parcialmente pelos estatutos ou actos constitutivos das sociedades criadas ao abrigo das mesmas legislações.

A exclusão ou limitação vedadas aos estatutos ou actos constitutivos estão, contudo, ao alcance da assembleia. Parece, porém, que esta competência da assembleia não é imposta pela Directiva aos legisladores nacionais, os quais poderão escolher entre uma absoluta inderrogabilidade do direito de preferência e as várias modalidades possíveis de derrogação, desde que se mantenha para isso a competência da assembleia.

No caso, todavia, de a legislação nacional consentir na derrogação pela assembleia, deve respeitar e, portanto, impor, os três requisitos constantes do art. 29.º n.º 4.

O primeiro desses requisitos consiste em o órgão de administração ou de direcção apresentar à assembleia que deliberar sobre a exclusão ou limitação do direito de preferência dos accionistas um relatório escrito que precise os motivos para limitar ou suprimir o direito de preferência e justifique o preço de emissão proposto. O preceito não é límpido; compreende-se perfeitamente no caso de ser o órgão de administração ou direcção o motor do processo – a sua proposta deve ser fundamentada e os fundamentos indispensáveis para a assembleia se pronunciar conscientemente são os indicados na Directiva. Pode, contudo e em princípio, suceder que a iniciativa da exclusão ou limitação do direito de preferência não parte do órgão administrativo ou director da sociedade, concebendo-se que, numa assembleia geral convocada para deliberar sobre o aumento de capital, um ou mais

accionistas tomem a iniciativa de propor que seja excluído ou limitado o direito de preferência dos accionistas na subscrição desse aumento.

É esta hipótese que me suscita dúvidas, deixando, ao que me parece, três possibilidades de interpretação do preceito da Directiva: ou ele implicitamente significa que só o órgão de administração ou direcção pode tomar a iniciativa da exclusão ou limitação do direito de preferência dos accionistas (então o requisito aplicar-se-á sempre); ou admite-se que a proposta de exclusão ou limitação provenha de accionistas durante a assembleia e abrem-se duas hipóteses complementares: ou nesse caso não é necessário o relatório do órgão administração ou direcção, ou, apesar de a iniciativa não ter partido desse órgão, continua a ser necessário o seu relatório, elaborado nos referidos termos. Tendo para a segunda hipótese, por não julgar admissível que a iniciativa da referida proposta seja retirada aos accionistas participantes na assembleia e, por outro lado, desde que estes accionistas tenham tal iniciativa, não compreendo que a justificação da proposta deva ser feita por outra entidade, que pode até discordar dela.

O segundo requisito respeita às regras de número e de maioria a observar na assembleia. Como o art. 29.º n.º 4 remete para o art. 4.º), a propósito deste estudaremos tal requisito.

O terceiro requisito é de publicidade; a decisão da assembleia deve ser objecto da publicidade prescrita pelo art. 3.º da Primeira Directiva, 68/151/CEE. Manifestamente, trata-se da deliberação da assembleia que resolve excluir ou limitar o direito de preferência e não daquela que não aprove alguma proposta nesse sentido. O preceito é imperativo e, portanto, deve o nosso legislador consagrá-lo, embora eu não lhe reconheça alguma vantagem prática, não me parecendo bastante a simetria com a (discutível, como já vimos) publicação da oferta de subscrição.

A exclusão ou limitação do direito de preferência dos accionistas na subscrição de aumentos de capital tem suscitado em toda a parte problemas tão graves como variados. Alguns desses ficam automaticamente resolvidos ou a sua solução é facilitada se o legislador português adoptar a exclusão ou limitação nos moldes da Directiva. Por exemplo, não haverá discussão possível quanto à própria possibilidade de excluir ou limitar o direito de preferência. Também me parece que a Directiva ou a correspondente legislação portuguesa deixam pouca margem para doutrinas que, partindo da eventualidade de o accionista não vir a exercer o direito de preferência quando a assembleia assim o delibere, elaboram construções a meu ver artificiosas, como as que entendem que nesse caso não chega a haver um direito de preferência ou as que consideram a deliberação da assembleia como uma renúncia ao direito de preferência. O accionista tem, por força da lei e na qualidade de accionista um direito de preferência (na terminologia corrente um direito abstracto de preferência), o qual porém não chega a tornar-se para esse caso em direito de preferência concreto, porque ele foi concedido nos precisos termos da lei e um destes consiste em não ser esse direito excluído, para um caso concreto, por deliberação da assembleia; nasceu esse direito como um direito derogável e que, portanto, não existe quando é derogado. A assembleia exclui esse direito para um caso concreto e não há uma renúncia deliberada pela assembleia; poderá haver renúncias individuais ao direito de preferência de cada um, como em relação a qual direito, mas a assembleia não renuncia a um direito que pertence individualmente a cada accionista.

Os três requisitos da exclusão ou limitação do direito de preferência exigidos pela Directiva são todos de natureza formal; designadamente, quanto à deliberação da assembleia, as exigências são de número e de maioria. Ora, para esta deliberação algumas legislações exigem requisitos substanciais, como o art. 2441.º do Codice Civile italiano, «quando l'interesse della societa lo esige». Não vou discutir agora a vantagem de requisitos

dessa ordem; limito-me a observar que a Directiva não impede o estabelecimento de tais requisitos pelas legislações nacionais.

No caso de o legislador português enveredar pelo caminho do italiano, deverá ter em conta as dúvidas sobre a interpretação dessa frase do art. 2441.º, pois há quem a entenda no sentido de o direito de opção só poder ser excluído ou limitado quando a sociedade se encontra num estado de necessidade de que só pode sair mediante o sacrifício do direito de opção, enquanto outros consideram que a deliberação deverá ser expressamente baseada num interesse da sociedade, mas o mérito desse interesse cabe na apreciação discricionária da sociedade (Galgano, *Società per azioni*, pág. 180; a sentença do Tribunal de Roma, de 23-3-62 que adoptou a interpretação restritiva do «interesse da sociedade» pode ser vista em Levi, *Azioni e obbligazioni delle società nella giurisprudenza*, pag. 100).

O art. 29.º n.º 5 permite à legislação dum Estado membro «prever que os estatutos, o acto constitutivo ou a assembleia geral, deliberando em conformidade com as regras de quorum, de maioria e de publicidade indicadas no parágrafo 4, possam conceder o poder de limitar ou de suprimir o direito preferencial ao órgão da sociedade habilitado para decidir o aumento de capital subscrito nos limites do capital autorizado... Este poder não pode ter uma duração superior à do poder previsto no art. 25.º parágrafo 2.».

Vimos acima que o art. 25.º n.º 2 permite que os estatutos, o acto constitutivo ou a assembleia geral autorizem o aumento do capital subscrito até um montante máximo por esses meios fixado, cabendo, dentro desses limites, a um outro órgão social decidir o aumento do capital. Também vimos, a propósito do art. 29.º n.º 1 que, quando a autorização provenha da assembleia geral, a deliberação desta não implica exclusão do direito de preferência dos accionistas.

O art. 29.º n.º 5 abrange sem dúvida as hipóteses de autorização concedida ao órgão social para aumentar o capital, mas literalmente pode ter alcance mais amplo.

Se o conselho de administração duma sociedade (por comodidade, falo só deste órgão) receber, por algum dos meios previstos na Directiva, competência para decidir um aumento de capital, deve, em princípio, respeitar o direito de preferência dos actuais accionistas, mas as razões justificativas da exclusão do direito de preferência que fundamentam o art. 29.º n.º 4, podem também existir no caso do aumento de capital ser decidido pelo conselho de administração e não pela assembleia geral. Justifica-se, portanto, que tanto num caso como noutro, a exclusão seja possível. Problema diferente é o de saber a quem pertence o poder de exclusão do direito de preferência, no caso de o aumento de capital ser decidido pelo conselho de administração; abstractamente, é admissível que tal poder só pertença à assembleia geral, embora o aumento seja decidido pelo conselho de administração, ou que o conselho, tendo competência para decidir o aumento, tenha competência também para excluir o direito de preferência. Se um Estado membro não utilizar a faculdade conferida pelo art. 29.º n.º 5, a competência para a exclusão do direito de preferência pertence apenas à assembleia geral, nos termos do art. 29.º n.º 4, embora pertença ao conselho de administração a competência para decidir o aumento de capital. Dir-se-á que essa separação de competências é incómoda ou que a assembleia, reunindo-se para deliberar sobre a exclusão do direito de preferência também pode deliberar sobre o aumento de capital, mas nada disso evita que, querendo-se manter no conselho de administração a competência para decidir o aumento de capital, a exclusão do direito de preferência seja da competência da assembleia, em princípio. Para evitar essa duplicação de decisões, pode o legislador nacional utilizar a faculdade concedida pelo art. 29.º n.º 5.

Suponha-se, porém, a hipótese inversa: um aumento de capital é deliberado pela assembleia geral; pode ser concedido ao conselho de administração poder para, nesse caso, ele decidir a exclusão do direito de preferência dos accionistas? A letra do art. 29.º n.º 5

permitiria resposta afirmativa; o preceito não diz que pode ser atribuído o poder de exclusão do direito de preferência ao órgão que delibere o aumento de capital relativamente ao qual a exclusão é deliberada; diz apenas que o poder de exclusão pode ser concedido ao órgão *habilitado* para decidir o aumento de capital. Não pode ser esse o espírito do preceito; este permite uma conjunção dos dois poderes, mas não a atribuição separada do poder de exclusão do direito de preferência.

O poder de excluir o direito de preferência pode ser concedido ao conselho de administração ou pelos estatutos ou pelo acto constitutivo ou por deliberação da assembleia. A competência para decidir os aumentos de capital também pode ser concedida ao conselho de administração ou pelos estatutos, ou pelo acto constitutivo ou por deliberação da assembleia, segundo o art. 25.º n.º 2. Daí, duas dúvidas: se o instrumento do poder de exclusão do direito de preferência deve ser o mesmo de concessão do poder de decidir o aumento; segundo, se a concessão dos dois poderes deve ser simultânea.

Quanto à primeira dúvida parece-me não haver necessidade de utilizar o mesmo instrumento, embora a utilização de um, para um efeito, possa afastar a utilização doutro, para outro efeito. Assim, se os estatutos autorizam o conselho de administração a aumentar o capital até certo montante e são omissos quanto à exclusão do direito de preferência, o poder para esta poderá ser conferido por uma deliberação da assembleia, mas a inversa não parece possível.

Quanto à segunda dúvida, afigura-se desnecessária a simultaneidade; tempos diversos podem ser impostos pela natureza do instrumento usado – estatutos e posterior deliberação de assembleia – mas não vejo impedimento em que, concedido o poder de aumentar o capital por deliberação da assembleia, uma deliberação (complementar) posterior atribua competência para o conselho excluir o direito de preferência.

Motivo de perplexidade para mim é a parte final deste n.º 5: este poder (o poder de excluir ou limitar o direito de preferência) não pode ter duração superior à do poder previsto no art. 25.º n.º 2 (o poder de decidir o aumento de capital).

Estando correcta a interpretação do art. 29.º n.º 5 acima feita, esta parte final não tem cabimento, porque o poder de exclusão ou limitação do direito de preferência respeita aos aumentos de capital decididos pelo conselho e estes só podem ter a duração máxima de cinco anos (e renovações com o mesmo máximo). Deste factor poder-se-ia tentar construir a independência dos dois poderes e, portanto, uma interpretação do art. 29.º n.º 5 no sentido de ser atribuível ao conselho de administração um poder independente de excluir ou limitar o direito de preferência, concorrente com o poder da assembleia. Talvez a parte final do art. 29.º n.º 5 seja apenas uma precaução desnecessária, mas se o legislador nacional adoptar a interpretação acima referida, não necessitará de reproduzir – ou pelo menos poderá adaptar – a parte final do n.º 5.

O art. 29.º n.º 6 determina: «Os parágrafos 1, 4 e 5 aplicam-se à emissão de todos os títulos convertíveis em acções ou providos dum direito de subscrição de acções, mas não à conversão dos títulos e ao exercício do direito de subscrição.»

Como escreve Rui Pena, *Obrigações convertíveis em acções*, pág. 23, a convertibilidade é um fenómeno amplo aplicável a todos os títulos que podem transformar-se em títulos de diversa natureza ou da mesma natureza mas com características diferentes; mais restritamente quanto às obrigações convertíveis em acções, a convertibilidade é «a qualidade própria de umas obrigações, emitidas já com essa qualidade⁹⁷¹ por elas adquirida por acordo posterior, pelo qual os respectivos titulares – os obrigacionistas – podem passar (convertibilidade facultativa, seja faculdade do obrigacionista ou da empresa emissora) ou passarão necessariamente (convertibilidade forçada) da posição de credores da empresa à de sócios, titulares de acções da sociedade que emitiu as obrigações ou de outra sociedade diversa».

Esta definição inclui as diversas formas de obrigações convertíveis em acções, a seguir sintetizadas pelo mesmo autor: a) convertibilidade nascida no próprio contrato de emissão de obrigações e convertibilidade posterior das obrigações emitidas como ordinárias; b) convertibilidade forçada e facultativa; c) convertibilidade ao par, com prémio a favor das acções e com prémio a favor das obrigações; d) convertibilidade em acções ordinárias e em acções privilegiadas; e) convertibilidade em acções da própria sociedade emissora das obrigações e convertibilidade em acções doutra sociedade (convertibilidade directa e convertibilidade indirecta).

As obrigações convertíveis em acções estão reguladas em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 397/71, de 22 de Setembro, cujo art. 1.º dispõe: «As sociedades podem emitir acções que confiram aos seus titulares o direito de conversão em acções da sociedade emitente, nos termos fixados». Trata-se, pois, de convertibilidade facultativa para os obrigacionistas e, por outro lado, de convertibilidade directa.

Directa é também a convertibilidade prevista no art. 29.º n.º 6 da Directiva, quanto a obrigações ou outros títulos ou outros títulos; manifestamente esses títulos ou obrigações aí previstos são convertíveis em acções da própria sociedade eminente daqueles. Para além disso, porém, afigura-se que a Directiva cobre todas as outras possíveis modalidades de convertibilidade em acções.

Questões de preferência dos actuais accionistas quanto às acções provenientes da conversão de obrigações podem colocar-se em dois momentos distintos: primeiro, no momento da emissão das obrigações convertíveis (por comodidade, passarei a referir-me só a estas); segundo, no momento da emissão das acções destinadas a troca com as obrigações.

Quanto ao primeiro momento, compreende-se que o direito legal de preferência atribuído aos actuais accionistas para a subscrição de aumentos de capital seja estendido à emissão de obrigações convertíveis. Na verdade, esta emissão acarreta um aumento de capital, embora as acções não sejam contemporaneamente emitidas; no futuro, porém, o número de acções da sociedade virá a ser aumentado e, portanto, parece justo que os actuais accionistas gozem do mesmo direito de preferência que teriam em qualquer aumento directo de acções. Assim, o art. 195.º, primeiro trecho in fine determina: «Salvo derrogação decidida em conformidade com o artigo 186, o direito de subscrever obrigações convertíveis pertence aos accionistas, nas condições fixadas nos artigos 183 e 184» (sobre o regime anterior, Défoiré, *Les obligations convertibles en actions*) e o § 221 (3) da AktG dispõe: «Os accionistas têm direito de preferência às obrigações convertíveis, às obrigações de participação nos lucros e aos direitos de gozo».

O nosso Decreto-Lei n.º 397/71, acima citado, art. 7.º n.º 1, prescreve que «Os accionistas têm direito de preferência na subscrição das obrigações convertíveis, a não ser que esse direito seja excluído pela assembleia geral que deliberar sobre a respectiva emissão». Esta assembleia geral é exigida pelo art. 5.º n.º 1 e, nos termos do art. 6.º n.ºs 1 e 2, a deliberação a tomar nela deve ser precedida de relatório da administração donde conste, entre outras coisas, «c) se aos accionistas deve ser retirado o direito previsto no n.º 1 do artigo 7.º e as razões de tal medida».

A este direito de preferência dos actuais accionistas na subscrição das obrigações (ou outros títulos) convertíveis em acções da sociedade emitente reporta-se a parte positiva do art. 29.º n.º 6 da Directiva. A remissão para os n.ºs 1 a 5 do mesmo artigo compreende tanto a atribuição do direito de preferência como a possível limitação ou exclusão dele.

Num momento necessariamente posterior à emissão das obrigações convertíveis em acções há-de vir a ser efectuada a conversão. Por exemplo, no nosso citado diploma, deliberada a emissão das obrigações convertíveis em acções, será lavrada escritura de

aumento de capital e será obrigatoriamente requerida a correspondente inscrição no registo comercial (art. 12.º n.ºs 1 e 2); no primeiro mês de cada trimestre, a administração da sociedade, mediante deliberação consignada em acta, deve emitir as acções que caibam aos obrigacionistas que houverem pedido a conversão no trimestre anterior e promover obrigatoriamente, dentro dos trinta dias imediatos, a conversão do registo provisório do aumento de capital correspondente às acções emitidas, mas não será necessário proceder à emissão a que se referem os números anteriores, quando os pedidos de conversão possam ser satisfeitos com acções já emitidas e que se encontrem disponíveis para o efeito (art. 13.º n.ºs 1 e 4).

Prevendo que os actuais accionistas pretendam usar de direito de preferência neste segundo e último momento do processo, o art. 195.º segundo trecho da Lei francesa de 1966, opõe-se a tal pretensão: «L'autorisation comporte, au profit des obligataires, renonciation expresse des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription aux actions qui seront émises par conversion des obligations». Mais simplesmente mas com igual eficácia, a parte final e negativa do art. 29.º n.º 6 da Directiva declara que os parágrafos 1 a 5 do mesmo artigo não se aplicam à conversão dos títulos e ao exercício do direito de subscrição.

No que respeita a obrigações convertíveis em acções, o nosso direito vigente satisfaz o art. 29.º n.º 6 da Directiva. Poder-se-á, por cautela, acrescentar a expressa exclusão do direito de preferência a quando da conversão das obrigações, mas nem isso me parece indispensável, pois do diploma resulta claramente que tal direito de preferência não é nele instituído. Se o nosso direito vier a admitir outros títulos convertíveis em acções ou providos do direito de subscrição de acções, haverá que estender-lhes o regime da Directiva.

Para mais pormenores sobre o direito de preferência dos titulares de obrigações convertíveis em acções, v. Monica, *Profili della disciplina del diritto d'opzione dei portatori di obbligazioni convertibili*, Riv. Soc. 1979, pág. 58.

O n.º 7 do art. 29.º esclarece que «não há exclusão do direito de opção no sentido dos parágrafos 4 e 5 quando, segundo a decisão do aumento de capital subscrito, as acções são emitidas para Bancos ou outras instituições financeiras para serem oferecidas aos accionistas da sociedade em conformidade com os parágrafos 1 e 3».

Trata-se do chamado exercício indirecto do direito de preferência e o preceito tem a manifesta intenção de esclarecer que esse exercício indirecto não deve ser tomado como uma exclusão do direito de preferência para os efeitos estabelecidos nos parágrafos anteriores.

Para melhor se compreender, porém, a intenção desse n.º 7 e bem assim para se conhecerem os termos em que a Directiva influencia o exercício indirecto, convirá pormenorizar alguns aspectos deste.

A característica básica desta modalidade – por isso chamada indirecta – do exercício do direito de preferência reside na interposição entre sociedade e accionista, de uma terceira entidade, da qual os accionistas virão a receber as acções em cuja subscrição teriam o direito de preferir. Os motivos da escolha da modalidade indirecta encontram-se do lado da sociedade e não do lado dos accionistas: a sociedade por essa forma evita os incómodos e custos das operações de subscrição das novas acções por cada um dos antigos accionistas e, por outro lado, consegue obter imediatamente e de uma só vez ou pelo menos de uma só entidade as entradas correspondentes ao aumento de capital deliberado.

Para isso, a sociedade deve proceder antes de mais à fixação dessa modalidade indirecta, a qual será feita pela assembleia geral, se for esta a deliberar o aumento de capital, ou pelo órgão que, no caso concreto, esteja legalmente autorizado a resolver o

aumento. Excluído está que tal fixação seja feita por órgão diferente desses, por exemplo, pelo conselho de administração, no caso de ter sido a assembleia geral a deliberar o aumento. Por isso, o art. 29.º n.º 7 diz «segundo a decisão sobre o aumento de capital suscrito», dando até a entender que a fixação da modalidade indirecta é uma parte integrante da decisão de aumento de capital.

Para executar a deliberação de aumento de capital por via indirecta, a sociedade celebrará em seguida um contrato (por meio dos seus órgãos representativos) com um Banco, consórcio de Bancos ou instituição financeira diversa, do qual são essenciais dois elementos: o Banco (por comodidade, passo a referir-me só a Banco) adquire as acções do aumento de capital; o Banco obriga-se, em certos termos, a tornar os antigos accionistas proprietários das acções que lhes competiria subscrever se tivesse sido adoptada a modalidade directa de exercício do direito de preferência.

Por força desse primeiro elemento do contrato, o Banco subscreve as acções de aumento de capital e adquire a propriedade delas, como qualquer normal subscritor. Não há uma venda das acções ao Banco, pois as acções ainda não existem, nem há uma delegação da sociedade ao Banco para pôr as acções à subscrição dos antigos accionistas. E essa subscrição pelo Banco é posterior à deliberação de aumento de capital, sem prejuízo da existência de negócios preliminares entre sociedade e Banco, pelos quais ela esteja segura de que o Banco subscreverá oportunamente as acções.

O segundo elemento destina-se a salvaguardar o direito de preferência dos antigos accionistas, embora juridicamente alterado; o Banco assume perante a sociedade a obrigação de transferir as acções para os antigos accionistas, em certos termos de prazo, de quantidade, de preço. O negócio que, em cumprimento dessa obrigação, venha a ser celebrado entre o Banco e cada um dos antigos accionistas da sociedade é uma venda de acções, nomeadamente não é uma subscrição de acções por esses accionistas.

O negócio complexo celebrado entre a sociedade e o banco, com reflexos jurídicos nos antigos accionistas tem sido qualificado pela maioria da doutrina com um negócio em favor de terceiros, um negócio de interposição real e um negócio fiduciário.

Como negócio a favor de terceiros, o promitente Banco fica directamente obrigado para com os terceiros, antigos accionistas, os quais lhe podem exigir o cumprimento da obrigação nascida do negócio entre Banco e sociedade. Como negócio de interposição real, afasta-se a ideia de representação da sociedade pelo Banco e acentua-se que o Banco se torna proprietário das acções. Como negócio fiduciário, explica-se a ligação entre o efeito real do negócio – aquisição pelo Banco do direito sobre as acções – e o efeito obrigacional do mesmo – obrigação pelo Banco de dar um certo destino às acções que adquiriu.

Desta construção jurídica resultam importantes consequências práticas. Em primeiro lugar, o Banco, enquanto não tiver transferido as acções para os antigos accionistas da sociedade, é titular de todos os direitos e de todas as obrigações inerentes às acções, designadamente o direito de voto e a obrigação de efectuar os pagamentos por conta das acções que forem sendo devidos. Em segundo lugar, o Banco, como proprietário que é das acções, mantém essa propriedade se os antigos accionistas não exercerem o seu direito de exigir a transferência das acções que lhes competiriam; tais acções ficam livres para o Banco as conservar ou as alienar como entenda. Em terceiro lugar, se a sociedade não quiser que o Banco exerça plenamente esses direitos deverá estipular com ele as respectivas restrições, as quais não podem, contudo, ir ao ponto desnaturar o negócio, evitando que o Banco seja efectivamente o titular das acções.

O Banco assume obrigações: de tomar a iniciativa da oferta aos antigos accionistas da venda das acções (e não de esperar passivamente que os antigos accionistas se lhe dirijam); de vender as acções, aos accionistas aceitantes da oferta; de fazer tudo isso em conformi-

dade com as condições constantes do negócio, nomeadamente o prazo mínimo para serem recebidas as aceitações dos antigos accionistas, o preço da venda das acções, a quantidade de acções que o Banco se obriga a vender a cada um desses antigos accionistas.

Comparando o exercício directo do direito de preferência (v. acima) e o exercício indirecto verifica-se que o exercício indirecto importa alteração do direito de preferência do accionista. Este não pode exigir da sociedade o cumprimento de direito, estatutário ou legal de preferência; apenas pode exigir que a sociedade, ao deliberar o exercício indirecto, transponha fielmente para ele as condições em que ele exerceria directamente o seu direito e isso só pode ser feito por impugnação da deliberação de aumento de capital e fixação do exercício indirecto, se aí residir a postergação dos seus direitos, ou de responsabilidade da sociedade e seus órgãos representativos, se os seus direitos só tiverem sido ofendidos na concreta estipulação do contrato com o Banco. Em contrapartida, o accionista passou a ter um direito contra o Banco e ficará sujeito às contingências do inadimplemento da respectiva obrigação.

Perante este quadro, não pode haver dúvida quanto a uma verdade elementar: exercício indirecto exclui o exercício directo. Donde se segue que, as proibições de exclusão ou de ilimitação respeitarem ao exercício directo, *parecem* abranger o exercício indirecto.

A doutrina tinha, por isso, falado numa *exclusão formal* do direito de preferência dos accionistas, assim procurando atingir dois objectivos: afastar o exercício indirecto das proibições de exclusão do direito de preferência, por aquele ser apenas uma exclusão *formal*; manter as características *substanciais* do direito de preferência, apesar de este ser indirectamente exercido.

O art. 29.º n.º 7 da Directiva procede com maior desenvoltura. A fim de libertar de peias o exercício indirecto, *desqualifica-o* como exclusão do direito de preferência; ele não constitui, para os efeitos da Directiva, uma exclusão do direito de preferência.

Assim, não são aplicáveis as precauções que vimos a Directiva marcar nos parágrafos 4 e 5, para impedir que o direito de preferência dos antigos accionistas seja excluído ou limitado para além do que se considera admissível. Poder-se-ia até supor permitido que, apesar da frase inicial do parágrafo 4, a forma indirecta do exercício desse direito fosse prescrita nos estatutos da sociedade, se tal hipótese não fosse inteiramente teórica.

Importância prática têm as condições em que as acções vão ser oferecidas aos antigos accionistas pelo Banco que tiver contratado com a sociedade. Como acima foi dito, a sociedade indicará ao Banco e este aceitará tais condições, que ficam a constituir conteúdo do contrato. Trata-se agora de saber se as legislações nacionais, ao aplicarem a Directiva, devem impôr algumas das condições desse contrato e a resposta afirmativa baseia-se na parte final do art. 29.º n.º 7, «para serem oferecidas aos accionistas da sociedade em conformidade com os parágrafos 1 e 3». Quais sejam as condições impostas por esses parágrafos, ficou acima visto.

Levanta-se, contudo, um pormenor de execução relativamente a uma dessas formalidades, a publicação no boletim nacional, em conformidade com a Directiva 68/151/CEE; o problema consiste em saber quem tem o dever de efectuar essa publicação — a sociedade ou o Banco — e parece que deve ser o Banco, visto que, sendo este o executor da operação relativamente aos accionistas, também a ele deve competir a fixação do prazo e dentro do qual a quer efectuar. Também me parece que a faculdade de substituir a publicação por comunicação escrita dirigida aos titulares de acções nominativas passa a pertencer ao Banco.

A redução do capital de sociedades aparece referida em vários preceitos legais portugueses, do Código Comercial, da lei das Sociedades por Quotas, do Código do Notariado, das Leis do registo comercial, do Código de Processo Civil.

Limitar-me-ei a estes últimos, por serem os mais importantes para uma reconstrução do instituto, de harmonia com a Segunda Directiva.

O processo de jurisdição voluntária regulado nos arts. 1487.º, 1488.º 1489.º do Código de Processo Civil é, na minha opinião, mal concebido e mal redigido. Aparece com o maior núcleo de regulamentação do instituto, como se este fosse de natureza processual e, como na realidade não o é, sofre antes de mais da falta dos indispensáveis preceitos de direito substantivo.

Este processo supõe a prévia existência de uma deliberação tomada pela assembleia geral da sociedade cujo capital vai ser reduzido (art. 1487.º n.º 1 e 2, 1489.º n.ºs 2 e 3). A não ser quanto à sociedade por quotas de responsabilidade limitada (LSQ art. 41.º), nada dispõe especialmente a lei sobre essa deliberação – forma, tempo e conteúdo da convocação da assembleia; quorum constitutivo e deliberativo.

Começa o art.º 1487.º n.º 1 por dizer «A sociedade comercial que pretenda reduzir o seu capital apresentará no tribunal...» Não objecto à costumada exacerbação da personalidade de uma sociedade, que põe esta a fazer tudo o que lhe respeita e subentendo que se trata duma sociedade cujos sócios pretendem reduzir o capital desta. Ponho desde já em relevo o verbo «pretender» que implica uma intenção não realizável apenas pelo próprio autor e deixa em aberto importantes problemas quanto à conjugação da vontade dos sócios manifestada na assembleia e a intervenção do tribunal. Do conjunto da frase transcrita resultam pelo menos duas consequências: a) a necessidade da intervenção do tribunal em todos os casos de redução do capital duma sociedade; o Código não abre distinção alguma conforme a finalidade da redução; abrange os casos de redução por perdas e de redução de excesso; quanto a finalidades especiais, perante cada instituto se determinará se excepcionalmente este processo é dispensado; b) a regra de legitimidade activa: a sociedade e só esta pode tomar a iniciativa do processo, a qual não está ao alcance nem de sócios nem de credores da sociedade, embora estes no decorrer do processo venham a funcionar como autores, a partir de certo momento.

A sociedade apresentará «o projecto de redução registado provisoriamente». *Projecto de redução*, terminologia confusa, pois na realidade trata-se da deliberação de redução. Não existe para este caso – ao contrário do que sucede, por exemplo, na fusão e na cisão de sociedades – um *projecto de redução* como acto e peça autónomos do processo de redução; o projecto ou proposta de redução é submetido à assembleia geral como uma proposta de deliberação sobre qualquer assunto. Ao tribunal é apresentada a deliberação tomada pela assembleia, mas chamando-lhe «projecto», o Código vinca pela segunda vez a insuficiência da deliberação da assembleia para conseguir a redução.

A deliberação deve ser apresentada no tribunal já registada provisoriamente.

Além do dito «projecto de redução», a sociedade deve apresentar no tribunal um ou dois outros documentos. O primeiro dos dois possíveis é um «documento que prove o acordo de todos os credores». Dou de barato que o Código não tem a pretensão formal de que os acordos de todos os credores estejam consignados em *um só* documento, podendo ser apresentados vários documentos que somem os acordos de todos os credores. Mais difícil será à sociedade provar que *todos* os credores deram o seu acordo. Obervo como preparação para um ponto adiante versado, que se trata de acordo dos credores da

sociedade e não também de sócios, já não digo de todos os sócios (o que equivaleria a uma deliberação unânime de todos eles) mas nem sequer de alguns que se encontrem em situações especiais.

Todos os credores parece bastante claro, mas não é. A benefício de demonstração ulterior, entendo que se trata de todos os credores que tenham direito de oposição à redução.

A segunda documentação possível a apresentar pela sociedade é «inventário e balanço pelos quais se mostre que o capital respectivo restante excede em dois terços a importância do passivo da sociedade». Note-se antes de mais que o Código se contenta com esses documentos emanados da sociedade, sem exigir pareceres de técnicos independentes nem mesmo parecer de conselho fiscal, se a sociedade o tiver. Ao menos parece que o inventário e balanço devem estar aprovados pela assembleia geral. Também não se marca nenhuma antecedência máxima do inventário e balanço relativamente à deliberação de redução ou à propositura da acção, mas nesse ponto afigura-se que o tribunal pode entender que documentação atrasada não *mostra* nada do que o preceito manda mostrar. Isto pressupondo, como é razoável, que a *mostra* se reporta à data em que a deliberação é tomada.

O inventário e balanço devem mostrar que «o capital efectivo restante excede em dois terços a importância do passivo da sociedade». Para mim, nada é claro nesta frase. «Capital efectivo» parece ser o activo da sociedade; talvez depurado daquilo que não possa servir para satisfações credoras, não vejo que dentro deste possam ser feitas distinções de bens, uns dos quais possam e outros não possam ser «capital efectivo»; por outro lado, «efectivo» parece que se contrapõe a nominal. «Restante» talvez seja o *existente* à data dos citados documentos; o que *resta* do que a sociedade possa anteriormente ter tido. Quando se trate de redução por perdas ou contabilística, o activo não é afectado pela redução, mas quando se opera uma redução de excesso e reembolso de sócios poderia «activo restante» significar o que *resta* depois da redução e do reembolso. Só a intenção do preceito poderia esclarecer a dúvida, mas, como veremos, também aquela não é clara.

«Passivo da sociedade» também não pode ser o que tecnicamente as palavras designariam. No passivo da sociedade inscrevem-se, por exemplo, o capital, a reserva legal, e outras reservas da sociedade. Julgo evidente que tudo isso está fora da ideia do preceito, a qual se limitará às dívidas da sociedade exigíveis por terceiros.

Literalmente, mostrar que o activo existente *excede em dois terços* a importância das dívidas para com terceiros significa que o activo deve ser igual à importância dessas dívidas acrescida de dois terços desta. Ora, se essa prova não for feita e se o juiz dever indeferir liminarmente o requerimento da sociedade nessas condições, não poderá haver redução de capital desde que esse requisito não esteja preenchido. Isto representa um importante preceito de natureza substantiva misturado nos preceitos processuais.

Mais estranha é, contudo, a exigência dessa relação entre o activo e o dito passivo. Poderia supor-se que este preceito está ligado com o art. 120.º n.º 5 do Código Comercial («as sociedades comerciais dissolvem-se... 5. Pela diminuição do capital social em mais de dois terços, se os sócios não fizerem logo entradas que mantenham pelo menos n um terço o capital social»). Se assim fosse, o Código de Processo Civil mandaria indeferir o requerimento da sociedade por estar dissolvida e a frase final do art. 1487.º n.º 1 exprimiria o reverso do art. 120.º n.º 5 do Código Comercial, ou seja, exigiria demonstração de que a sociedade requerente não está dissolvida.

Não me parece, contudo, que isso esteja expresso na frase citada: não ser o activo inferior a dois terços do capital social é muito diferente de o activo exceder em dois terços as dívidas da sociedade para com terceiros.

Inclino-me para uma interpretação talvez um pouco ousada, mas com algum interesse

prático. Embora se trate de matéria substantiva, o Código de Processo estabelece uma limitação às reduções de capital, a fim de proteger os credores sociais, não deixa reduzir o capital desde que o activo da sociedade, depois da redução, seja inferior não só ao passivo exigível por terceiros como, por margem de segurança, ainda a mais dois terços deste.

Pinto Furtado, *Cod. Com. Anotado*, II, I, pág. 189, interpreta o preceito, sem mais explicações, como «o activo excede em dois terços o montante do passivo». O mesmo Autor escreve que a redução do capital social pode ser motivada ou por o seu valor se ter tornado exuberante, relativamente ao objecto social, e haver interesse em reduzi-lo, ou porque a sociedade sofreu perdas no seu património que provocam a sua dissolubilidade nos termos do art. 120.º n.º 5, mas se pretende evitar a dissolução, sem que os sócios tenham de fazer novas entradas. Em meu entender, nada autoriza a afirmar que a redução do capital por motivo de perdas só pode efectuar-se quando a situação da sociedade seja a de dissolução, nos termos do art. 120 n.º 5; pelo contrário, a redução pode ser efectuada para que a sociedade não venha a encontrar-se naquela situação.

Pelo n.º 2 do art. 1487.º, se o juiz julgar provados os requisitos exigidos pelo n.º 1, ordenará que seja publicada a deliberação da sociedade. O sentido positivo do preceito não suscita dúvidas e mostra que nem sequer a publicação da deliberação pode ser feita pela sociedade – e que neste caso o registo provisório não depende de tal publicação – sem ordem do tribunal.

Não diz esse n.º 2 do art. 1487.º o que sucede se o juiz não julgar provados os requisitos exigidos pelo n.º 1. No aspecto processual, deverá indeferir o requerimento da sociedade. Veremos o aspecto substantivo a propósito da sentença final.

O art. 1488.º dispõe que «Nos trinta dias seguintes à publicação pode qualquer sócio ou credor dissidente deduzir oposição à redução».

A contagem do prazo far-se-á da última das publicações, no caso de a lei exigir mais do que uma, pois todas se destinam a dar conhecimento e este pode ter sido tomado só pela última das publicações.

As dúvidas sobre este preceito são de duas ordens: quais sócios e quais credores podem deduzir oposição; com que fundamento podem uns e outros fazê-lo.

Vejamus em primeiro lugar a quem, sócio ou credor, se aplica o adjectivo «dissidente». Entendo que a ambos. O sócio é dissidente se tiver votado contra a proposta de redução e justifica-se que não possa opor-se à deliberação. O credor não pode ser dissidente no mesmo sentido, pois não participa na assembleia; dissidente pode, contudo, significar que não tenha anteriormente dado o seu acordo à deliberação (lembramos que, na procura do acordo de todos os credores para os efeitos do artigo 1487.º n.º 1, podem alguns ter dado o seu acordo).

Quanto aos credores sociais, o Código não abre outras distinções, mas convirá averiguar se não devem ser abertas.

É usual as leis e as doutrinas limitarem o direito de oposição aos credores cujos créditos tenham sido constituídos até certo momento ou facto, por exemplo, a publicação da deliberação de redução do capital. Na verdade, se o crédito é constituído depois de o credor ter tido ou poder ter tido conhecimento de que a redução está em curso, não se justifica que possa opor-se à redução. O registo provisório é feito antes do processo judicial e proporciona essa possibilidade, pelo menos em teoria, pois não se vê qual a utilidade, se não fosse essa, da exigência legal de tal registo. A meu ver, o direito de oposição é atribuído apenas aos credores cujos créditos tenham sido constituídos antes do registo provisório da redução.

Outra distinção corrente separa os créditos providos e não providos de garantias

especiais. Penso que todos devem ser admitidos a opor-se à redução, embora a garantia possa ser relevante quanto ao desfecho do processo.

Terceira distinção pode ser feita, conforme os créditos já estejam ou ainda não estejam vencidos. Admitiria todos, pois todos podem necessitar de protecção, embora de naturezas diferentes.

Em princípio, uma deliberação de redução do capital pode ser judicialmente impugnada, com fundamento em vícios causadores de invalidade, como qualquer outra deliberação social. Esse direito não pode ser retirado aos sócios; os único problema consiste em saber se, por força do art. 1488.º, a impugnação por vícios da deliberação de redução do capital é feita por acção ordinária, nos prazos e termos normais, ou se é feita no prazo e no processo especial do art. 1488.º A resposta a esta questão seria necessariamente no segundo sentido se não pudessem existir *outros* fundamentos para *nenhum* sócio se opor à deliberação; havendo outros fundamentos para alguns sócios, a resposta pode ser num ou noutro sentido.

Como veremos a propósito do art. 31.º da Directiva, sócios detentores de direitos especiais (nas sociedades anónimas, titulares de acções de classes especiais) podem ser prejudicados pela deliberação de redução e esse prejuízo constitui fundamento para se lhe oporem aqueles cujos direitos são afectados pela redução.

Apesar disso, inclino-me para a segunda solução do problema agora discutido. Dispensando outras considerações mais ou menos relevantes, afigura-se-me pouco razoável que o mesmo sócio, querendo invocar um vício que invalida a deliberação e um prejuízo causado pela redução, tenha que desdobrar o seu ataque à deliberação por dois processos, um baseado na invalidade e outro no prejuízo; e se o processo dos arts. 1487.º e seguintes pode ser utilizado por um sócio nessas condições para arguir a invalidade, parece-me que também o poderá ser por qualquer sócio para o mesmo efeito.

Quanto à oposição dos credores, pode, em princípio, fundar-se em vícios jurídicos da deliberação ou no prejuízo do credor. A primeira fundamentação é, a meu ver, possível, quando a deliberação esteja ferida de nulidade absoluta; a anulabilidade só pode ser arguida por quem a lei pretende proteger e nada na lei permite supor que neste caso se alterou a regra geral que atribui legitimidade só aos sócios.

A fundamentação da oposição do credor não pode consistir simplesmente na invocação da qualidade do credor e na vontade de se opor, ou, por outras palavras, não pode consistir na pura vontade do credor. Para isso, o processo esgotar-se-ia na prova da legitimidade do oponente, ao contrário do que se deduz do art. 1489.º. O credor poderá invocar o risco de prejuízo; adiante veremos se pode pedir algum remédio específico.

Havendo oposições – art. 1489.º n.º 1 – o juiz verifica se está justificada a qualidade dos oponentes e indefere as que tiverem sido deduzidas por oponentes que desde logo possam considerar-se ilegítimos. Nem o imediato julgamento da ilegitimidade nem o diferimento desta questão para a sentença final fogem às regras gerais.

Não sendo indeferida alguma das oposições, deve o juiz admiti-la. A seguir veremos o efeito do inferimento de *todas as oposições*.

O art. 1489.º n.º 2 determina que «admitida alguma oposição», é suspensa a deliberação e notificada a sociedade para responder no prazo de oito dias, seguindo-se, após a resposta, os termos do processo sumário». Por agora, fixo a atenção na primeira parte do preceito, à qual serve de complemento o n.º 3 do mesmo artigo: «A secretaria certificará que a deliberação foi suspensa e enviará a certidão ao conservador para que este faça o averbamento da suspensão à margem do registo provisório da deliberação».

Tomo a forma «a deliberação é suspensa» no sentido de que o juiz deve declarar, que a

deliberação é suspensa e não como um efeito implícito da admissão da oposição. O aspecto que me interessa é, contudo, o de saber em que consiste essa «suspensão».

Existe no Código de Processo Civil um procedimento cauteloso de suspensão de deliberações sociais. O sócio pede e eventualmente consegue que o tribunal suspenda a execução da deliberação. É natural, numa primeira tentativa de entendimento do art. 1489.º n.º 2, aproximar este do artigo 396.º, mas facilmente se vê que no primeiro caso não há suspensão da execução. A deliberação de redução do capital não pode, só por si, ser executada nem que por «execução» se entendesse neste caso apenas a outorga da necessária escritura pública.

Relembro o dito acima a propósito de a sociedade *pretender* reduzir o seu capital e do *projecto* de redução. A lei inseriu no processo de redução do capital social uma *fase judicial*, que não pode ser dispensada; esse processo não se consome na deliberação, que constitui apenas a primeira fase. Há, pois, uma grande diferença entre uma deliberação intrinsecamente apta a produzir efeitos e que o tribunal suspende para evitar que ela transitoriamente produza tais efeitos, e uma deliberação que, só por si, não pode produzir tais efeitos por não estar completa a *fattispecie* de que ela é uma parte. Creio, pois, que o Código se deixou enganar por uma só aparente semelhança e estabeleceu uma suspensão não só desnecessária mas até sem sentido.

Sendo assim, podemos também concluir que a deliberação apresentada ao tribunal não produz efeitos, por o processo de redução ficar incompleto, no caso de o juiz indeferir o requerimento de redução, por falta de pressupostos exigidos pelo art. 1487.º n.º 1.

Admitida a oposição e suspensa a deliberação, o processo continua, nos termos do art. 1489.º n.º 2, até sentença final. Se a oposição do sócio ou do credor for fundada em vícios jurídicos da deliberação e estes forem julgados procedentes, a deliberação será declarada nula ou anulada. Se a oposição do sócio se fundar na afectação de direitos especiais dele ou duma categoria, a sentença declarará a deliberação ineficaz por falta de consentimento do(s) interessado(s) lesado(s), o que na maior parte dos casos corresponderá à sua inexecutabilidade.

Se a oposição do credor se funda no risco de prejuízo deste, a situação é menos clara, por vários motivos. Em primeiro lugar, não vejo como razoavelmente possa o juiz deferir a oposição, se for correcta a interpretação que acima fiz da parte final do art. 1487.º n.º 1. O juiz, para dar seguimento ao processo, a começar pela publicação da deliberação, considerou demonstrado que o activo restante excede em dois terços o passivo exigível por terceiros; não vejo como, apesar disso, na sentença final possa o juiz decidir que a redução poderá causar um prejuízo aos credores que, por definição, encontram bens suficientes para satisfação dos seus créditos.

Caso esta barreira pudesse ser ultrapassada, pôr-se-ia o problema do possível conteúdo da sentença. O juiz tomará em conta o património social existente e bem assim as garantias especiais de que o crédito eventualmente esteja provido e, se considerar tudo isto satisfatório, reconhecerá não haver risco de prejuízo e indeferirá a oposição. No caso contrário, porém, será forçoso deferir pura e simplesmente a oposição e impedir a redução ou poderá o juiz determinar que sejam satisfeitos os créditos já vencidos e prestadas garantias adequadas para os outros créditos dos oponentes? É claro que, antes ou durante o processo – por exemplo, depois de serem conhecidas as oposições deduzidas – poderá a sociedade constituir ou oferecer a constituição de garantias (do pagamento de créditos vencidos nem é preciso falar), de modo que, na altura da sentença, esteja eliminado o risco de prejuízo. Agora está, porém, em causa a *ordem* do juiz nesse sentido.

O nosso direito conhece sentenças desse género: Decreto-Lei n.º 598/73, art. 12.º n.º 2, para as oposições à fusão de sociedades – «Se julgar procedente a oposição, o tribunal

determinará o reembolso do crédito do oponente ou, não podendo este exigí-lo, a prestação de caução». O problema da sentença do processo de redução ficaria resolvido se esse artigo lhe pudesse ser aplicado por analogia. Receio bem que a sua excepcionalidade não permita aplicação analógica e, nesse caso, só antevejo duas soluções possíveis: ou o tribunal se limita a indeferir a oposição ou se considera que, por força do art. 1410.º do Código de Processo Civil, o juiz, por julgar essa a solução mais conveniente e oportuna, determina a prestação de caução.

Indeferidas todas as oposições, ou antes da sentença final ou nesta, a sentença não substitui a escritura de redução do capital, designadamente não ordena que o capital seja reduzido. A sentença declara não existir um facto impeditivo da continuação do processo de redução do capital, a oposição procedente de sócio ou credor. Seguir-se-á, pois, a outorga da escritura e finalmente serão observadas as formalidades de publicação e registo exigidas pelas respectivas leis (Pinto Furtado, ob. e loc. cit. considera a sentença «autorizativa» da redução de capital é formalidade habilitante da ulterior celebração da escritura).

26. ARTIGO 30.º – DELIBERAÇÃO DE REDUÇÃO DO CAPITAL

Determina o art. 30.º da 2.ª Directiva: «Qualquer redução do capital, excepto a que for ordenada por decisão judicial, deve ser pelo menos subordinada a uma decisão da assembleia geral, deliberando segundo as regras de quorum e de maioria fixadas no artigo 40 sem prejuízo dos artigos 36 e 37. Esta decisão é objecto de uma publicidade efectuada segundo os modos previstos pela legislação de cada Estado membro em conformidade com o artigo 3 da directiva 68/151/CEE.

«A convocação da assembleia deve indicar pelo menos a finalidade da redução e a maneira segundo a qual ela será realizada».

Em regra, a Directiva exige, pois, uma deliberação da assembleia geral. Exceptua o caso de a redução ser ordenada por uma decisão judicial. No nosso direito, a redução do capital depende de uma decisão judicial, pois o processo é simultaneamente privado e judicial, mas não é esse o caso previsto pela Directiva. Pelo contrário, ao verso seis a fase judicial do processo de redução de capital pressupõe a prévia existência duma assembleia geral da sociedade e respectiva deliberação; vejam-se os arts. 1487.º n.º 2, sobre a publicação da deliberação, e 1489 n.º 2 sobre a suspensão da deliberação.

É, portanto, e deverá continuar a ser necessária em Portugal uma deliberação de redução do capital.

A convocação da assembleia geral destinada a pronunciar-se sobre a redução do capital está, no nosso direito, sujeita às regras do art. 41.º § 1.º da Lei das Sociedades por Quotas, quanto a sociedades deste tipo; quanto a sociedades anónimas, nenhuma especialidade é prescrita pelo Código Comercial.

A Directiva exige, porém, que da convocatória conste indicação da finalidade da redução e da maneira segundo a qual ela deve efectuar-se.

Não é normal, pelo menos entre nós, que da convocatória de assembleias gerais conste a *finalidade* das deliberações que nelas vão ser discutidas. Para este caso, porém, haverá que obedecer à Directiva, a qual encontra aliás fundamento em constantes recomendações da doutrina nesse sentido.

Entre as finalidades possivelmente visadas pela redução de capital duma sociedade abro uma primeira distinção, destinada a pôr de parte um dos grupos separados. Quanto a um dos grupos de finalidades – aquele de que exclusivamente me ocuparei em seguida – a

redução do capital visa fins a que chamarei directos, à falta de melhor designação, enquanto outro grupo visa o que chamarei fins indirectos, no sentido de que a redução é instrumental relativamente ao funcionamento de outra instituição jurídica. Lembro o art. 24.º do Decreto-Lei n.º 598/73, acima citado, no qual a redução do capital, anterior ou contemporânea da cisão, se destina a tornar esta possível; outros institutos que por vezes exigirão a redução do capital são a exclusão e a exoneração de sócios, a fim de ser possível reembosar estes da parte que lhes caiba no património social. Os termos em que poderá ser efectuada, para cada um desses casos, a redução do capital melhor se estudarão a propósito de cada instituto de que ela seja ancilar.

As leis e a doutrina distinguem quase sempre duas causas da redução de capital, que determinam finalidades desta. Nuns casos, o capital até então fixado para a sociedade é considerado excessivo e a redução tem por finalidade fixar o capital da sociedade no montante que se considera adequado; noutros casos, a causa da redução é a existência de perdas sofridas pela sociedade e a finalidade é a adequação da cifra de capital ao valor do património existente. À primeira espécie chamarei, por comodidade, redução por excesso, e à segunda redução por perdas (das várias terminologias usadas para este efeito, destaco a proposta por António Blanco, *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, pag. 66, «redução efectiva ou real» e «redução nominal ou contabilística», a qual tem sólido fundamento mas é inexpressiva.

A redução por excesso produz juridicamente a libertação ou desvinculação de uma fracção do activo social, permitindo que com ela se efectuem operações proibidas enquanto essa fracção for necessária para garantir o capital social, nos termos em que cada lei o determine; manifestamente essa fracção tem o valor correspondente à diferença entre o montante do capital antes e depois da redução operada. A importância prática do instituto parece ser, contudo, bastante limitada, pois em todos os países os juristas, manifestando maior ou menor surpresa, apontam a completa falta ou o pequeníssimo número de operações desse género.

Para satisfazer a exigência da Directiva, será indispensável mencionar na convocatória da assembleia geral que a redução do capital tem por finalidade a desvinculação da importância considerada excessiva. Resta, porém, saber se isso basta para completa satisfação do art. 30.º.

Na verdade, a referida desvinculação não é um fim em si mesmo. A importância libertada pode ser depois utilizada de várias maneiras, como por exemplo, para reembosar os sócios de parte do valor das suas participações sociais (ou alguns sócios, da totalidade do valor), pode ser mantida na sociedade (mas sob regime diferente) esperando futuras utilizações. Essas finalidades que, do ponto de vista jurídico, podem parecer secundárias, constituem na prática as finalidades, primárias e em meu entender devem ser reveladas na convocatória da assembleia geral. Há, contudo, uma questão de grau a considerar. Teoricamente podem conceber-se muitas hipóteses impecavelmente legítimas em que os sócios tenham interesse em desvincular uma fracção do activo social; praticamente conhecem-se muitas outras hipóteses em que essa desvinculação visa atingir objectivos pouco recomendáveis ou pelo menos aos quais alguns juristas franzem as sobranças (por exemplo, pessoalmente não considero um reprovável abuso da personalidade jurídica das sociedades a operação conhecida por *Aktienmäntelverkauf*, pela qual se transacionam em termos especiais acções da sociedade em vez de bens desta, e que António Blanco cit. pag. 84 critica).

A meu ver, a fronteira deve ser colcada na saída da sociedade dos bens desvinculados ou no destino desses bens, se ficarem dentro da sociedade. A redução do capital e a sua finalidade interessam à sociedade enquanto os bens não tiverem saído do seu património;

uma vez passados à titularidade dos sócios, a sociedade não tem interesse no que lhes possa suceder. Assim, quando a redução do capital se destinar a libertar bens para reembolsar sócios, essa será a informação a dar, mas quando se destinar a um fim ainda social, como a constituição duma reserva livre, deverá ser indicada a vantagem que a sociedade espera retirar concretamente dessa operação.

A redução por perdas ou redução contabilística pressupõe que a sociedade se encontra numa situação de desequilíbrio patrimonial; o valor dos elementos activos não é bastante para cobrir todas as dívidas da sociedade nesse momento existentes e mais o valor nominal do capital. Dessa situação só pode sair-se ou reconstituindo ou reduzindo o capital (a não ser que o desequilíbrio atinja tais proporções que a lei force à dissolução da sociedade). A lei não permite que os lucros de um exercício sejam distribuídos pelos sócios enquanto não estiver reconstituído o capital e uma forma dessa reconstituição é precisamente a acumulação obrigatória de lucros de exercício; a outra, nem sempre utilizável, é a reintegração do capital.

Dir-se-á que a lei não tem de se preocupar com a manutenção ou o saneamento dessa situação e talvez assim acontecesse se estivessem em causa apenas interesses dos sócios; há, porém, que considerar também interesses gerais de terceiros, que podem ser enganados por uma importância de capital nominal a que não corresponde uma consistência patrimonial efectiva. Daí a lei nalguns casos impõe e noutros permitir a redução do capital por perdas.

Neste caso, é indispensável mencionar na convocatória a intenção de saneamento e parece-me que deverá ainda ser indicado se a redução é imposta por lei ou planeada facultativamente.

Passamos à indicação das modalidades de redução do capital. Se o montante do capital social deve corresponder ao produto do valor nominal das acções pelo seu número, é axiomático que a redução do capital repercute-se nas acções por um de dois meios: redução do valor nominal das acções ou redução do número das acções.

Qualquer destas duas formas de redução pode ser usada, em teoria, quando a redução afecte a totalidade das acções emitidas pela sociedade. A redução do valor nominal *de parte* das acções emitidas pela sociedade só é possível nas ordens jurídicas que não consagrem o princípio da igualdade do valor nominal de todas as acções emitidas por uma sociedade.

O processo material desta forma de redução do valor nominal tanto pode ser a substituição dos antigos títulos por outros com valor nominal menor como a carimbagem dos antigos para mudança do valor nominal neles inscrito. Não me parece que a Directiva inclua esta operação de execução na «maneira como a redução se deve realizar», obrigatoriamente mencionada na convocatória.

A lei pode manifestar preferência por alguma das formas de redução. Por exemplo, o § 222 (4), 2 da AktG só permite a utilização da forma de agrupamento, de que adiante falarei, desde que o valor nominal mínimo das acções não possa ficar preservado pela forma de redução do valor nominal.

Fala-se em agrupamento ou reagrupamento de acções, a este propósito (*Zusammenlegung, regroupement, raggruppamento, agrupación*) quando, deliberada a redução do capital, os accionistas devem entregar à sociedade as suas acções, recebendo dela depois ou um número inferior de acções do mesmo valor nominal ou um número menor das antigas acções carimbadas com indicação do reagrupamento (sobre dificuldades práticas da carimbagem, designadamente as menções que devem ou podem ser apostas nas antigas acções, Blanco cit. pags. 156 e 157). Na posse da sociedade ficam as acções recebidas dos accionistas e não devolvidas a estes ou não substituídas por novas acções, as quais serão

anuladas; conforme as finalidades da redução os accionistas nada receberão pelas acções anuladas ou receberão a contrapartida determinada.

O processo de reagrupamento depara certas dificuldades práticas, que algumas leis se esforçam por ultrapassar. Assim, torna-se indispensável a apresentação dos títulos para a troca ou carimbagem – dificuldade aliás existente em qualquer forma de redução – e, portanto, haverá que decidir a atitude da sociedade quanto a títulos que lhe não sejam apresentados; pode suceder que o número de acções de que certos accionistas são titulares impeça o reagrupamento, nos termos deliberados, quanto às suas acções. Para este último caso têm sido aventadas soluções várias, todas com algum grau de imperfeição, as quais vão desde um dever dos accionistas de comprarem ou venderem acções, de modo a ficarem possuindo o número exacto previsto para o reagrupamento, até à declaração de que as acções inutilizáveis no reagrupamento perdem o seu valor (v. por exemplo, AktG § 226, que lida com as duas citadas dificuldades).

Na convocatória da assembleia geral deve ser indicado que a redução se fará por reagrupamento de acções. Afigura-se-me desnecessário mencionar na convocatória se o reagrupamento se fará por troca ou por carimbagem, mas tenho dúvidas sobre se deverão ser mencionados outros pormenores da operação nomeadamente o número de acções que serão anuladas por força da operação e o tratamento das dificuldades acima citadas; propendo para a negativa.

Uma terceira forma de redução do capital é a amortização de acções. Sobre esta falarei a propósito do art. 35.º da Directiva.

Reunida a assembleia geral, esta deliberará nos termos do art. 40.º, sem prejuízo do disposto nos arts. 36.º e 37.º. Remeto para o comentário a esses três artigos.

Determina ainda o art. 30.º que a deliberação da assembleia geral será objecto de publicidade efectuada segundo os modos previstos pela legislação de cada Estado membro em conformidade com o art. 3.º da directiva 68/151/CEE.

27. ARTIGO 31.º – DELIBERAÇÕES ESPECIAIS POR CATEGORIAS DE ACÇÕES

Determina o art. 31.º da Directiva: «Quando existem várias categorias de acções a decisão da assembleia geral respeitante à redução do capital subscrito é subordinado a um voto separado pelo menos para cada categoria de accionistas cujos direitos a operação afecte».

Vários outros preceitos da Directiva contêm referências a «categorias de acções», sobre as quais direi agora alguma coisa, aproveitando a circunstância de o art. 31.º estar formalmente autonomizado.

Reportando-se à lei italiana, Visentini, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. IV, pag. 982, destaca quatro princípios fundamentais quanto aos caracteres das acções:

a) a acção não tem inderrogavelmente caracteres típicos uniformes, mas a lei prevê alguns caracteres típicos essenciais e outros caracteres típicos não essenciais que podem ser omitidos;

b) também no âmbito duma mesma sociedade as participações não devem necessariamente ser uniformes, mas podem ser diversas, na medida em que é possível: 1) compreender ou não certos elementos típicos não essenciais; 2) ter, nos chamados direitos patrimoniais, medida ou modalidade diversas;

c) as diversidades podem respeitar não a acções isoladas, mas categorias de acções,

isto é grupos de acções, no âmbito das quais o princípio da identidade das acções volta a ter eficácia;

d) a autonomia privada não pode ultrapassar as faculdades indicadas na alínea b) (atribuição às acções de certos elementos típicos não essenciais e atribuição dos direitos patrimoniais em medida ou em modalidades diversas) e não compreende, portanto, nem a possibilidade de atribuir às acções poderes ou deveres diversos dos típicos nem a possibilidade de excluir os caracteres típicos não essenciais em casos diferentes dos indicados na lei.

Sem subscrever integralmente os pormenores das afirmações transcritas, elas fornecem um quadro lógico utilizável para o nosso futuro direito.

Atendendo a vários critérios, aparecem nos livros muitas classificações de acções (v. entre nós o *Estudo sobre as acções de sociedades anónimas* do prof. Pinto Coelho); limito-me a lembrar as classificações apresentadas por um comparatista (Sola Cañizares, *Étude sur les titres émis par les sociétés par actions en droit comparé*, pags. 137 e seguintes: acções segundo a sua forma: acções nominativas, acções à ordem, acções ao portador; acções segundo a natureza da entrada: acções liberadas em dinheiro; acções d'apport; acções de indústria e acções de trabalho; acções segundo a sua liberação: acções liberadas e acções não liberadas; acções segundo o seu valor nominal: acções com valor nominal, acções sem valor nominal; acções segundo o seu preço de aquisição: acções «à prime», acções emitidas abaixo do valor nominal; acções segundo as pessoas a quem são atribuídas: acções de fundadores, acções de fruição, acções de protecção, acções de trabalho, acções próprias da sociedade; acções segundo as limitações respeitantes à sua transmissão: acções livremente transmissíveis e acções cuja transmissão é condicionada; acções segundo os direitos que conferem: acções dotadas de privilégios económicos, acções de voto privilegiado; acções com outros direitos especiais.

Algumas leis permitem expressamente a criação de «categorias» ou «classes» de acções. Assim, o art. 2348.º do Código Civil italiano, depois de estabelecer que «as acções devem ser de igual valor e conferem ao seu possuidor iguais direitos», acrescenta «podem todavia ser criadas categorias de acções dotadas de direitos diversos»; o § 11 da AktG dispõe: «As acções podem conceder diversos direitos, nomeadamente na partilha dos lucros e do património da sociedade. As acções que concedam direitos iguais constituem uma categoria».

Desde que se trata de categorias de acções, não há obviamente «categoria» se não houver «acções». A observação parece ridícula, mas faço-a tendo em vista casos em que se discute a natureza de acção; por exemplo, as chamadas «acções de fruição» não podem constituir uma categoria de acções se previamente não for decidido que elas constituem verdadeiras acções.

Também porque se trata de categorias de acções, não podem ser nelas abrangidas as vantagens especiais atribuídas a accionistas, que não se incorporem na acção, isto é, que se mantenham *personais*, com a consequência de se desligarem da situação de accionista no caso de transmissão da acção. Claramente será necessária uma investigação prévia que permita concluir pela *personalidade*, nos termos referidos.

Doutro lado, porém, a circunstância de se falar em *categoria d acções* não impede que ela seja constituída apenas por uma acção.

A dificuldade maior consiste em determinar quais os caracteres da acção e seu regime jurídico que determinam a criação de «categoria». Em Itália encontram-se vozes no sentido de que «estamos na presença de categorias diversas de acções quando na mesma sociedade existirem acções sujeitas a disciplina diversa, qualquer que seja o ponto sobre o qual a diversidade se manifesta» (Visentini ob. cit. pag. 990, mas não considera «categoria» as acções nominativas e as acções ao portador numa situação legal e estatutária que permita

para todas as acções um ou outro tipo, conforme o accionista escolha, as acções inteiramente e as parcialmente liberadas, as acções liberadas em dinheiro e as acções liberadas em espécie). Em França, a fim de determinar a necessidade de reunião de assembleias especiais, em conformidade com o art. 34.º do Código Comercial, modificado em 1903 – o qual sujeita a ratificação de assembleia especial a deliberação de assembleia geral que proceda a uma modificação dos direitos inerentes a uma categoria de acções – a jurisprudência e a doutrina têm considerado «categoria de acções» praticamente qualquer diferença entre elas, (por ex. Houpin et Bosvieux, tomo II, pag. 516). Muito diversa é a orientação alemã, acompanhada por alguns autores italianos, (Minervini, *Le assemblee speciali*, pags. 61 e segs). Para este sector da doutrina, apenas a diferença de direitos inerentes às acções, ou de obrigações também a elas inerentes, faz constituir uma categoria. Daí, a distinção corrente na doutrina alemã entre *espécies* de acções e *categorias* de acções (*Aktienarten* e *Aktiengattungen*) as primeiras respeitantes a características ditas *exteriores* das acções, tais como o seu modo de circulação – nominativas ou ao portador – o seu estado de liberação, a natureza dos bens – dinheiro ou outros bens – que constituíram a entrada dos sócios, acções novas e acções velhas, relativamente a uma certa emissão de capital, as acções livremente transmissíveis e aquelas cuja transmissão é restrita ou condicionada. A frase final do § 11 da AktG, em que a doutrina alemã se funda, é bem clara, se dever ser, como os autores alemães entendem, interpretada à letra; acções com *Direitos iguais* constituem uma categoria.

Entendidas as categorias desta última maneira, para se saber quais são as categorias possíveis de acções, o trabalho consiste em enumerar os direitos inerentes às acções e as obrigações que podem também ser conteúdo delas (por exemplo, obrigações de prestações acessórias) e investigar quais as alterações que podem ser-lhes introduzidas nos estatutos duma sociedade. Como, porém, pode haver combinações de alterações de vários direitos e como, por outro lado, pode haver variações meramente quantitativas de direitos ou de obrigações quantificáveis, as diferenças podem praticamente ter por limite o infinito. Apenas chamo a atenção para que, como resulta das observações de Visentini acima referidas, a criação de categorias há-de estar contida, por um lado, dentro dos limites possíveis das alterações de elementos da acção que a lei não considere essenciais e, por outro lado, a legitimidade da criação duma categoria determinada num direito também determinado depende da legitimidade da variação concreta de certo elemento, embora em teoria o elemento considerado se incluísse naqueles cujas variações criariam categorias. Por exemplo, acções com voto plural (ou melhor, cada aumento convencional do número de voto atribuídos por uma acção) são teoricamente aptas para criar categorias de acções, mas num direito determinado as acções com voto plural podem ser proibidas ou limitadas.

Em muitos países, tornou-se corrente a expressão «acções privilegiadas», para designar acções que possuem um direito quantitativamente superior em relações a outras acções da mesma sociedade. A expressão não pode, contudo, ser usada, para designar todas as acções que diferem das acções ordinárias, não só pelo que a seguir diremos quanto à categoria das «acções ordinárias», como também porque a diferença entre as acções pode consistir numa inferioridade de direitos das acções que se chamariam privilegiadas, o que não corresponde ao entendimento normal da palavra privilégio, embora talvez correspondesse ao sentido rigoroso da «*priva lex*» romana.

Para a generalidade dos autores que, em vários países, se têm debruçado sobre as categorias de acções, as chamadas «acções ordinárias» constituem uma categoria de acções, com as consequências normais da criação de categorias, como a realização de assembleias especiais por cada categoria. A dificuldade dogmática consiste, porém, na determinação do que sejam «acções ordinárias». Dou um exemplo tirado de direito inglês.

É normal nos livros ingleses ler-se que as categorias usuais de acções são acções preferenciais (preference shares), acções ordinárias (ordinary shares) e acções diferidas (deferred shares); a característica diferencial numa acção preferencial é que o seu titular tem direito a um dividendo de montante fixo, expresso numa percentagem do valor nominal da sua acção, antes de ser pago qualquer dividendo às acções ordinárias: os accionistas ordinários têm direito a um dividendo das suas acções só depois de os dividendos preferenciais terem sido pagos e quando a preferência respeita no reembolso de capital em caso de liquidação da sociedade ou de redução do capital, os accionistas ordinários, nesses casos, só terão direito a reembolso do seu capital depois de reembolsadas as outras acções; As acções diferidas só dão direito a um dividendo depois de um dividendo mínimo prefixado ter sido pago às acções ordinárias, mas podendo ou não suceder o mesmo quanto a direitos especiais no caso de liquidação da sociedade, embora em contrapartida tenham direito a um número de votos superior às acções. Do ponto de vista que me interessa agora, as «acções ordinárias» estão sensivelmente situadas a meia distância entre as acções preferenciais e as acções diferidas e, portanto, pode perguntar-se se elas não deveriam ser, pelo menos, consideradas preferenciais relativamente às diferidas.

Tendo em conta a dificuldade de, em muitos casos, marcar o carácter «ordinário» da acção, Mignili propõe que a todas as acções duma sociedade, quando tenha sido criada nela alguma categoria de acções, passe a chamar-se «acções especiais», sem procurar determinar quais são ou quais não são as ordinárias, terminologia que não tem apoio nem na lei nem na prática, pelo menos entre nós. Todos os critérios aventados pela doutrina para definir as acções ordinárias fazem ressaltar a sua relatividade, mas mesmo assim são dificilmente aceitáveis: caracterização pelo número de acções (ordinárias seriam as acções que, em maior número, foram emitidas pela sociedade); caracterização por designação expressa (aquelas que os estatutos qualificam de «ordinárias»); qualificação pela menor diferença relativamente ao conteúdo normal ou abstracto da Mitgliedschaft.

Afigura-se-me que a questão não pode ter uma resposta genérica ou uniforme. Quando a lei ou os estatutos falam em «acções ordinárias» por contraposição a uma determinada categoria de acções, estamos perante um mero problema de interpretação: determinar a característica legal ou estatutária da categoria e, por contraposição, todas as outras acções serão ordinárias. De maneira geral, eu diria que são «ordinárias» as acções a que são inerentes quantitativa e qualitativamente os direitos e as obrigações estabelecidos na lei para as acções em geral, sofrendo alterações apenas por efeito reflexo da criação expressa de certas categorias de acções.

O art. 31.º da Directiva fala em «categorias de acções» sem nada acrescentar quanto ao entendimento desta expressão. Para isto, pouco contribui o conteúdo da disposição, pois só alguma coisa poderás retirar da referência, na parte final aos «direitos da categoria». Não me parece, contudo, que, com tão fraco indício, seja possível considerar ali consagrada a teoria alemã; «direitos» pode ser interpretado num sentido amplo, capaz de abranger todos os interesses que a teoria francesa protege pela extensão do conceito de categoria. Não podemos, contudo, esquecer que a Directiva só tinha que preocupar-se com a protecção de perigos para as categorias perante hipóteses especificadas e que, portanto, está fora dos seus propósitos uma definição geral de categoria de acções, a que se siga um regime genérico. Os casos em que a Directiva protege as categorias cabem todos na teoria alemã.

O art. 31.º só exige deliberações especiais de categorias de accionistas *cujos direitos a operação afecta* (aux droits desquels l'opération porte atteinte). Nas propostas de directiva dizia-se «quando a operação prejudica os direitos dos detentores de acções dessa categoria». A alteração deve ter tido o intuito de evitar a discussão duma noção técnica de

prejuízo (por exemplo, a doutrina tem para este efeito distinguido entre prejuízo e desvantagem), mas abriu largo campo para dúvidas sobre quais os direitos cuja afectação permite a convenção das assembleias especiais.

Para justificar o preceito, a exposição de motivos da proposta de directiva diz simplesmente que o preceito é um corolário natural do princípio da igualdade de tratamento dos accionistas. Lembro que para essa justificação apresentada por certos autores, Mignoli escreveu: «Esquece-se, porém, que o princípio da igualdade de tratamento perde, numa sociedade com pluralidade de categorias, o seu valor absoluto, esgota-se no âmbito de cada categoria e transforma-se, no jogo das categorias contrapostas, no direito à manutenção da relação ou da classe» (*Le assemblee speciali*, pág. 262).

O mesmo autor acrescenta que a este direito, deve prestar atenção o intérprete para inferir a necessidade ou não de aprovação em assembleia especial. Como se vê, porém, da exposição de doutrinas e dificuldades feitas por Mignoli, nem este critério é facilmente aplicável, visto que – salva a hipótese de o privilégio definidor da classe de acções consistir precisamente em favorecer estas acções para casos de redução de capital, como na cláusula por ele citada «as perdas de balanço serão suportadas primeiro pelas acções da outra categoria» – a dúvida principal consistirá em cada caso, em saber se a redução consistir precisamente em favorecer estas acções para casos de redução de capital, como na cláusula por ele citada «as perdas de balanço serão suportadas primeiro pelas acções da outra categoria» – a dúvida principal consistirá em cada caso, em saber se a redução do capital afecta ou não o direito do accionista à manutenção da sua posição especial na sociedade.

O art. 40.º da Directiva estabelece o quorum mínimo das deliberações tomadas nas assembleias especiais dos portadores de cada categoria de acções.

O art. 31.º *subordina* a deliberação da assembleia geral a um voto separado para as referidas categorias de accionistas. Não se trata de subordinação da convocação da assembleia geral ou na tomada de deliberação por esta; será, pois, segundo penso, a subordinação *da eficácia* da deliberação da assembleia geral às deliberações concordantes das assembleias especiais (Mignoli cit. todo o Capítulo VI sobre as relações entre as deliberações da assembleia geral e das assembleias especiais e particularmente pág. 298 sobre a ineficácia).

28. ARTIGO 32.º – PROTECÇÃO DOS CREDORES

Artigo 32.º n.º 1: «No caso de redução do capital subscrito, pelo menos os credores cujos créditos foram constituídos antes da publicação da decisão de redução têm pelo menos o direito de obter uma garantia para os créditos ainda não vencidos no momento dessa publicação. As legislações dos Estados membros fixam as condições de exercício deste direito. Elas não podem excluir este direito a não ser que o credor disponha de garantias adequadas ou se estas não forem necessárias tendo em conta o património da sociedade».

Este preceito da Directiva estabelece apenas um princípio geral. Por um lado, ver-se-á que a própria Directiva admite derrogações a esse princípio geral; por outro lado, ela deixa ao cuidado dos Estados membros providenciar pela legislação necessária a que ele seja posto em efectivo funcionamento.

Interpreto a frase inicial do art. 32.º n.º 1 no sentido de que, para o capital ser reduzido, devem os credores da sociedade interessada ter os direitos e a efectiva possibilidade de os exercer, previstos naquela disposição.

Titulares desse direito são os credores da sociedade (lembro o art.º 1488.º do Código

de Processo Civil português, que estende aos sócios o processo de protecção de que os credores beneficiam), mas não necessariamente todos. Pelo menos devem ser protegidos certos credores; os Estados membros podem proteger outros mais. Necessariamente protegidos são os credores cujos créditos foram constituídos antes da publicação da decisão de redução; claramente, a desnecessidade de protecção de créditos constituídos depois dessa data resulta do conhecimento que os titulares destes últimos créditos tinham, à data da constituição destes, do processo de redução em recurso, conhecimento (efectivo ou presumível) que não os impediu de se tornarem credores da sociedade.

A Directiva atende também à situação do crédito na data da referida publicação; o crédito não deve estar ainda vencido nessa data. Também aqui é deixada aos Estados membros latitude para estenderem a protecção aos créditos já vencidos e, portanto, é problema a considerar na redacção dos novos textos portugueses, se a ela houver lugar.

O direito atribuído a esses credores e quanto aos referidos créditos consiste em obter uma garantia, a que se pode acrescentar *adequada*, por tal se deduzir da parte final desse número 1. Relacionando, por um lado, os créditos protegidos, e, por outro lado, o meio de protecção, parece que os mínimos exigidos pela Directiva respeitam conjuntamente a uns e outros, isto é, para aquele mínimo de credores, aquele mínimo de protecção. Donde deduzo que, no caso de um Estado membro alargar o campo da protecção concedida, abrangendo créditos constituídos depois da publicação da deliberação de redução do capital e/ou créditos já vencidos nessa data, poderá variar o meio de protecção, isto é, conceder-lhes um tratamento diferente do direito de obter garantias adequadas.

A liberdade de os Estados membros fixarem as condições de exercício deste direito não é absoluta. Do simples facto de a Directiva impor a concessão desse direito e apenas remeter para os Estados membros a regulamentação das condições de exercício dele já se concluiria que tais regulamentações não podem afastar arbitrariamente o dito direito. A Directiva estabelece, porém, expressamente as derrogações permitidas. A primeira delas respeita a credores que já disponham de garantias adequadas; manifestamente não há que conceder um direito *de obter* garantias adequadas a quem já as possua. A segunda consiste em não serem necessárias garantias adequadas tendo em consideração o património da sociedade. Não se vê motivo para atribuir garantias especiais quando a garantia geral dos credores seja de molde a não fazer prever riscos quanto à satisfação dos créditos. A apreciação tem de ser feita atendendo ao montante e composição do activo e simultaneamente ao montante do passivo exigível; conforme os modos de exercício do direito escolhidos pelas legislações nacionais, pode suceder que para esse efeito nem todo o passivo exigível deva ser considerado. Também poderá interessar a existência de créditos providos de garantia real sobre bens da sociedade, visto assim serem diminuídos os bens que, em geral, constituem garantia dos outros credores.

Artigo 32.º n.º 2 «Além disso, as legislações dos Estados membros prevêm pelo menos que a redução ficará sem efeito ou que nenhum pagamento possa ser efectuado em proveito dos accionistas, enquanto os credores não tenham obtido satisfação ou um tribunal não tenha decidido que não procede o seu pedido».

Começo pela última parte do preceito. Suponho que a frase «enquanto os credores não tiverem obtido satisfação» não significa que os credores tenham recebido os seus créditos; basta que eles não tenham obtido satisfação na pretensão que legitimamente podem produzir, ou seja, a de obterem garantias. Para chegar a esta conclusão parto do art. 32.º n.º 1 quanto ao mínimo que exige da sociedade, quer no respeitante aos credores protegidos quer no respeitante ao vencimento dos seus créditos. Caso a lei nacional alargue a protecção a outros credores ou a outros créditos, também o art.º 32.º n.º 2 deverá ser correlativamente alargado, abrangendo por exemplo a satisfação dos créditos já vencidos.

Prevê ainda o referido n.º 2 que um tribunal tenha decidido a improcedência das pretensões dos credores. Como se viu e melhor se explicará adiante, a Directiva não exige a intervenção de um tribunal em todos os casos de redução de capital; este preceito exige, contudo, uma sentença judicial para, em substituição da satisfação dos credores, a redução produzir todos ou alguns dos seus efeitos.

Esses dois factos, em alternativa, constituem o nínimo de segurança que a Directiva impõe aos Estados membros para o cumprimento do disposto no art. 31.º n.º 1. Não ocorrendo nenhum deles, os Estados membros deverão extrair uma de duas consequências: ou a redução ficar sem efeitos ou não poder ser efectuado nenhum pagamento em proveito dos accionistas. A segunda e mais fraca providência justifica-se porque dessa forma ficam na sociedade, em vez de serem transferidos para os accionistas, bens sobre os quais os credores poderão exercer os seus direitos. É no entanto duvidoso o alcance da expressão «pagamento em proveito dos accionistas», pois, em princípio, a sua extensão pode ser limitada a reembolsos directamente resultantes da redução do capital ou ser estendida até às distribuições futuras de lucros.

Pelo n.º 3 do art. 32. «o presente artigo aplica-se quando a redução do capital subscrito é operada por dispensa total ou parcial do pagamento dos saldos dos apports dos accionistas». O preceito compreende-se dada a igualdade de efeito prático entre o reembolso parcial de entradas dos sócios e a renúncia da sociedade a exigir o seu crédito sobre os accionistas para liberação total das acções subscritas. De outro lado, porém, mostra que o art. 32.º é aplicável à redução por excesso, pois só nessa modalidade é concebível a citada renúncia.

Volarei ainda ao art. 32.º depois de ter analisado o art. 33.º

29 – ARTIGO 33.º – DISPENSA DA PROTECÇÃO NORMAL DOS CREDORES.

Determina o art. 33.º: «1. Os Estados membros podem deixar de aplicar o artigo 32.º a uma redução do capital subscrito que tenha por fim compensar as perdas sofridas ou incorporar somas numa reserva, contanto que, em consequência desta operação, o montante desta reserva não ultrapasse 10% do capital subscrito reduzido. Esta reserva não pode, salvo no caso de redução do capital subscrito, ser distribuída aos accionistas; ela só pode ser utilizada para compensar perdas sofridas ou para aumentar o capital subscrito por incorporação de reservas na medida em que os Estados membros permitam tal operação.

«2. Nos casos visados pelo parágrafo 1, os legisladores dos Estados membros preveem pelo menos as medidas necessárias para que as somas provenientes da redução do capital subscrito não possam ser utilizadas para efectuar pagamentos ou distribuições aos accionistas, ou para libertar os accionistas da obrigação de fornecer as suas entradas».

A doutrina de vários países tem insistido em que a redução de capital não dispensa a protecção dos credores sociais, quer tenha por finalidade a compensação de perdas quer a redução de excessos. Segundo esses autores, em qualquer dos casos é diminuída a segurança dos credores e piorada a sua situação jurídica, ou pelo menos há o risco de o ser. Sem discutirão peremptórias afirmações que nalguns livros são acompanhadas de exemplos mais ou menos cabais, noto que alguns legisladores se deixam impressionar pelo facto de que o risco dos credores é maior na redução de excesso, pois nesta modalidade uma fracção do activo social é, como vimos desvinculada da manutenção do capital social e pode, inclusivamente, ser atribuída aos sócios; por isso, organizam para esse efeito, sistemas mais rigorosos de protecção dos credores sociais do que os admitidos para a redução por perdas.

Assim, por exemplo, a lei alemã das sociedades anónimas organiza dois processos, um

a que chama «processo ordinário» e outro «processo simplificado», o segundo dos quais só é utilizável quando a redução tenha por finalidade compensar diminuições de valores, cobrir perdas anteriores ou efectuar ingressos na reserva legal. As diferenças entre os dois processos resumem-se a não serem aplicáveis no processo simplificado o § 222, (3) (o qual manda que a deliberação declare a finalidade da redução de capital, nomeadamente se parte do capital será reembolsado aos accionistas; a parte final não faz sentido para a redução em que o processo simplificado é utilizável) e o § 225 que, no processo ordinário, estabelece a protecção dos credores e que, no processo simplificado, é substituído pelos §§ 230 a 233.

É patente a semelhança entre esse sistema alemão e o sistema adoptado pela Directiva. Os arts. 30, 31.º e 32.º contêm as regras principais do processo ordinário e o art. 33.º permite a simplificação excepcional desse processo.

A licitude da simplificação depende da finalidade da redução; ela só é lícita se a redução tiver por fim a cobertura de perdas sofridas ou a incorporação de somas numa reserva, em certas condições. A deliberação terá de indicar a finalidade da redução para se determinar a licitude do processo usado. É possível que uma só redução se desdobre nas duas finalidades.

A Directiva estabelece, porém, um limite quantitativo à atribuição de importâncias provenientes da redução do capital à dita reserva: contando que esta não ultrapasse 10% do capital subscrito. Essa finalidade da redução do capital, pelo processo simplificado, só é, portanto, utilizável se a reserva legal, na altura da deliberação, estiver esgotada ou não atingir 10% do capital subscrito.

O n.º 2 do art. 33.º continua a protecção dos credores, impedindo que somas libertadas pela redução possam vir a beneficiar os accionistas ou por atribuição directa ou por libertação da obrigação de liberar as acções subscritas.

Analisados os arts. 32.º e 33.º da Directiva, passo a considerar a sua aplicação ao direito português, tanto na parte imperativa como no uso das faculdades deixadas aos Estados membros. Concentrar-me-ei apenas nos aspectos mais relevantes do regime de protecção dos credores.

Haverá que decidir em primeiro lugar se a nossa lei deve continuar a exigir a intervenção de um tribunal, nos termos acima descritos, para todas as reduções de capital. A Directiva não impõe que o tribunal intervenha a não ser no caso previsto pela parte final do art. 32.º n.º 2.

Nesse aspecto, o nosso Código de Processo Civil não está totalmente desacompanhado. Em Inglaterra, o Companies Act 1948, Sec. 66 (1) dispõe: «Sujeito a confirmação pelo tribunal, uma companhia... pode, se para isso estiver autorizada pelos seus «articles», por deliberação especial reduzir o seu capital...» e em seguida indicam-se a título exemplificativo as finalidades normais da redução, correspondentes às acima indicadas. Deixando a necessidade de a redução ser autorizada pelos *articles* ou *association* (os quais podem ser modificados para concederem essa autorização, se depois se quiser reduzir o capital), interessa acentuar que em todas as finalidades da redução é sempre indispensável a confirmação pelo Tribunal, a que os preceitos seguintes atribuem largas faculdades.

Poder-se-ia pensar em manter a tradição do nosso direito, conjugando todos os preceitos da Directiva com essa intervenção obrigatória do tribunal, mas a meu ver, isso não se justifica em todos os casos. Se concluirmos— e adiante o faremos— pela vantagem de criar dois processos do género alemão, podemos manter a referida tradição apenas para o processo ordinário e facilitar também nesse aspecto as reduções que tenham finalidades especificadas.

Segundo ponto a considerar é um aspecto omissivo tanto na Directiva como no nosso

actual direito: a intervenção de peritos independentes. A lei mais radical a esse respeito é o Code des Obligations suíço, cujo art. 647.º não permite que a assembleia geral decida reduzir o capital sem que um relatório de revisão verifique que os créditos são inteiramente cobertos pelo capital reduzido e exige que a revisão seja feita por instituições especialmente reconhecidas pelo Conselho Federal. Nos casos em que se continue a considerar necessária a intervenção dum tribunal e se o processo continuar a ser de jurisdição voluntária, pode dizer-se que o juiz, se não considerar suficientes os elementos apresentados voluntariamente pela sociedade requerente, pode usar as amplas faculdades concedidas pelo art. 1409 n.º 2, designadamente pode ordenar a produção de um relatório de técnicos independentes sobre qualquer ponto que julgue conveniente esclarecer. Talvez se possa, portanto, dispensar a prévia e obrigatória apresentação desse relatório. Nos casos, porém, em que a lei não venha a prescrever a intervenção obrigatória do tribunal, o relatório de peritos independentes parece-me quasi imprescindível. Não vejo facilmente o notário ou o conservador do registo comercial a proceder a todas as averiguações pressupostas pela correcção da operação, nem compreendo que para a redução, com os seus possíveis efeitos nefastos para sócios e credores, não seja exigida certeza técnica requerida por outras operações semelhantemente perigosas, como a fusão e a cisão. Para o efeito servirão revisores ou sociedades de revisões de contas legalmente habilitadas, sem necessidade de estabelecimento de uma lista especial, como na Suíça.

Terceiro aspecto: o quantitativo da redução. Ressalvado o capital mínimo porventura exigido lei pela nacional (ver art. 34.º da Directiva) não é estabelecido expressamente qualquer quantitativo absoluto ou relativo para o capital reduzido. No entanto, não pode haver falta de correspondência entre o activo líquido e o capital social como sucederia se este pudesse ser superior àquele.

Credores a proteger. Há a considerar vários aspectos. Quanto à extensão para além do mínimo requerido pelo art. 32.º da Directiva, entendo que também aqueles cujos créditos já estejam vencidos necessitam de protecção; se estão vencidos e ainda não foram pagos, mantém-se o risco e, portanto, ou a sociedade paga ou a lei os protege como a outros credores, salvo se a mora for do próprio credor. Quanto à existência de garantias especiais para certos créditos, também a porta não deve ser inteiramente fechada, havendo a garantia. A meu ver, não basta que haja garantia, antes é necessário que ela seja adequada e ela pode não ser adequada, em princípio, quer logo que foi constituída quer na altura da redução. Um credor nestas circunstâncias deve ter o direito de obter garantia *adequada*, sem o que seria prejudicado relativamente aos credores comuns; estes obteriam, por causa da redução, garantia adequada, enquanto eles, apesar da redução, teriam uma garantia inadequada.

A Directiva fixa a espécie de protecção que as legislações nacionais devem conceder aos credores acima referidos: o direito de obter garantias para os seus créditos. Trata-se de um mínimo e, quando a diferença é de qualidade, nem sempre é fácil determinar se o mínimo qualitativo foi respeitado. Não haverá dúvidas quando, em vez de garantias, os credores obtiverem no processo de redução a satisfação dos seus créditos; não podem aspirar a melhor. Não pode, contudo, ser deixado ao arbítrio de um tribunal, mesmo enumerando a prestação de garantias pela sociedade entre as que o tribunal pode decretar, a espécie ou natureza de protecção que este resolve atribuir aos credores; com ou sem intervenção de tribunal, os credores terão *pelo menos* o direito de obter as citadas garantias. Suponho que não contraria a letra e o espírito da Directiva um sistema – como seria o do Código de Processo Civil Português, numa interpretação acima mencionada – em que a simples oposição de um credor impeça a continuação do processo de redução,

mas tal sistema protege demasiadamente os credores, sacrificando inutilmente os interesses da sociedade.

Das duas hipóteses em que a Directiva permite que as legislações nacionais afastem o direito dos credores de obterem garantias adequadas, a primeira é axiomática: não precisa de garantias adequadas quem já as tiver. Sobre o pedido de adequação às garantias já acima falei. A segunda hipótese consiste em não serem necessárias garantias especiais adequadas, tendo em conta o património da sociedade. O princípio tem sólida razão: aos credores é concedida por lei uma protecção contra mudanças do património da sociedade, provocadas pela redução do capital, e que possam afectar os seus créditos; não havendo mudança relevante para esse efeito, a protecção especial não se justifica e os credores podem continuar a confiar na sua garantia geral. As dificuldades podem surgir quanto à determinação das condições do património da sociedade que podem dispensar o recurso às garantias especiais dos credores e as leis abstêm-se de fixar critérios objectivos para isso. Como, porém, é dever dos Estados membros não permitir que a redução produza efeitos ou sejam efectuados pagamentos aos accionistas sem que um tribunal tenha verificado a referida condição, a este competirá fazê-lo em seu prudente arbítrio.

Não parece necessário legislar especialmente sobre a espécie de garantia a prestar, pois subsidiariamente aplicar-se-á o disposto no art. 623.º do Código civil sobre prestação de caução.

O art. 32.º n.º 2 da Directiva concede aos Estados membros uma faculdade em alternativa. A escolha entre as duas possibilidades terá de ser coordenada com as peças do sistema. No caso de vir a ser exigida a intervenção do tribunal no processo a que possa chamar-se «ordinário» de redução, as duas hipóteses acabam por se fundir, visto que a redução não produz efeitos antes da sentença do tribunal e esta pronunciar-se-á sobre a necessidade de protecção dos credores tendo em consideração o património da sociedade.

Algumas leis mandam expressamente respeitar o princípio da igualdade dos sócios (por exemplo, lei francesa de 1966, art. 215.º «... En aucun cas, elle ne peut porter atteinte à l'égalité des actionnaires»). O princípio deve considerar-se vigente na nossa legislação, mesmo sem expressa recomendação a propósito da redução de capital ou de outro qualquer assunto.

Quanto ao princípio da igualdade dos accionistas no caso de uma sociedade ter emitido várias classes de acções, ver comentários ao art. 31.º.

Agora sobre esse princípio, apenas duas observações. Em primeiro lugar, relembrar que o princípio da igualdade dos sócios é disponível por vontade dos interessados; daí que grande parte da doutrina admita a validade de cláusulas estatutárias que se afastam do princípio e que, no caso de redução do capital, podem dispor, por exemplo, quais as acções que são absoluta ou relativamente isentas dela, nalgumas ou em todas as modalidades de redução; além disso é incontroverso que, perante um caso concreto, os interessados podem concordar com sacrifícios de que outros accionistas fiquem isentos. Em segundo lugar, há certas hipóteses em que sócios são tratados de maneira diferente de outros e apesar disso a doutrina tem entendido, com piores ou melhores razões, que não há, apesar das aparências, violação do princípio da igualdade dos sócios; é, por exemplo, o caso de providências para acomodar o número de acções de certos accionistas aos critérios fixados para uma redução de capital.

Vimos como a lei alemã organiza um processo ordinário e um processo simplificado de redução do capital, a influência desse sistema sobre os arts. 32.ª e 33.º da Directiva e as diferenças entre os dois processos. Sem curar agora da propriedade ou impropriedade daquelas qualificações, é uma constante das legislações a diminuição das protecções de credores quando a redução tem por finalidade a cobertura de perdas. Agora apenas tratarei

do aproveitamento pelo legislador português da dispensa de protecção dos credores, nos termos em que esta é permitida pelo art. 33.º da Directiva.

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

Uma dessas hipóteses é sem dúvida a cobertura de perdas, relativamente à qual a doutrina acrescenta aos argumentos já acima apontados que os credores não devem poder impedir o saneamento financeiro de uma sociedade, a que a operação se destina. Duas outras hipóteses, porém, aparecem em textos legislativos: a reintegração da reserva legal, que referem tanto o § 229 AktG como o art. 33.º da Directiva e a compensação de reduções de valores, que só figura naquele parágrafo da lei alemã.

Quanto à reintegração da reserva legal, desde que esta esteja subordinada a regras que não permitam o seu desvio para distribuições aos sócios, a passagem de capital para essa reserva é uma simples operação de contabilidade, considerada útil ou para melhorar a «óptica do balanço» ou a na previsão de futuras perdas. Considero que deve ser realizável pelo processo simplificado.

Quanto à compensação de diminuições de valores, tanto pode tratar-se de diminuições provocada por causas económicas gerais como por causas especiais, isto é, respeitantes apenas a certos postos do balanço. A própria doutrina alemã considera essa terminologia pouco habitual e a Directiva não se lhe refere. Suponho que não valerá a pena especificá-la.

30 – ARTIGO 34.º – REDUÇÃO A UM CAPITAL INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL

Art. 34.º: «O capital subscrito não pode ser reduzido a um montante inferior ao capital mínimo fixado em conformidade com o art. 6.º. Contudo, os Estados membros podem autorizar uma tal redução se prevêem igualmente que a decisão de proceder a uma redução só produza efeitos no caso de se proceder a um aumento do capital subscrito que coloque este num nível pelo menos igual ao mínimo prescrito».

É natural que estabelecendo uma lei nacional um montante mínimo de capital para uma sociedade anónima se poder constituir – e as leis nacionais passarão a exigir esse mínimo para se conformarem com o disposto no art. 6.º da Directiva – não permita que, por meio do processo de redução, o capital venha mais tarde a ser fixado em soma inferior àquele mínimo.

Este art. 34.º atribui, contudo, aos Estados membros a faculdade de permitir a redução do capital a uma soma inferior ao mínimo legal, dentro de certo condicionamento. A proposta de Directiva acrescentava ao condicionamento referido a hipótese de transformação da sociedade. Suponho que a eliminação da referência à transformação da sociedade não teve o intuito de alterar o regime constante da proposta, mas apenas significa reconhecimento da desnecessidade de tal referência expressa, uma vez que essa possibilidade decorre dos princípios gerais (admitida na doutrina sem preceito expresso, Ferri, *Delle società*, pág. 654). Evidentemente, a sociedade anónima deve ser transformada numa sociedade para cujo tipo a lei não exija capital mínimo ou o exija inferior ao fixado pela redução deliberada.

O condicionamento do texto definitivo da sociedade consiste em proceder-se a um aumento de capital que reponha este pelo menos em nível igual ao mínimo que for exigido pela lei nacional. Olhadas as duas operações no seu conjunto, a redução do capital e o aumento deste vêm a produzir um só efeito, que é a fixação definitiva do capital num montante superior ao mínimo legal.

O preceito da Directiva é bem claro quanto ao valor da deliberação de redução de capital enquanto não se proceder também ao aumento ali previsto: a redução não produz efeitos. Nada dispõe, todavia, quanto ao tempo que pode mediar entre as duas operações singularmente consideradas. O § 237.º AktG manda que as duas deliberações sejam tomadas simultaneamente, o que a doutrina interpreta como devendo ser tomadas na mesma assembleia geral, não sendo necessário que a redução e o aumento sejam duas partes da mesma deliberação ou que figurem conjuntamente no mesmo ponto da ordem do dia. Exige também sob pena de nulidade, que as duas deliberações e a execução do aumento sejam apresentadas a registo no prazo de seis meses.

Mantendo-se no nosso direito o processo judicial de redução do capital, parece que a deliberação de aumento de capital, relacionada com a redução, deve ser tomada em tempo útil para produzir efeito nesse processo, pois o tribunal não poderá considerar válida uma deliberação de redução do capital a uma soma inferior ao mínimo legal sem perante ser feita a prova do condicionamento que a lei vier a estabelecer.

O art. 34.º da Directiva não limita os bens utilizáveis para o aumento de capital ali previsto, ao contrário do que faz a lei alemã (proibição de Sacheinlagen).

31. ARTIGO 35.º – REEMBOLSO DE ACÇÕES SEM REDUÇÃO DO CAPITAL

Dispõe o art. 35.º da Directiva: «Quando a legislação dum Estado membro autoriza a amortização total ou parcial do capital subscrito sem redução deste último, ela exhibe pelo menos a observância das condições seguintes:

a) se os estatutos ou o acto constitutivo preveem a amortização, esta é decidida pela assembleia geral deliberando pelo menos nas condições ordinárias de quorum e de maioria. Quando os estatutos ou o acto constitutivo não prevêem a amortização, esta é decidida pela assembleia geral deliberando pelo menos nas condições de quorum e de maioria previstas no artigo 40.º. A decisão é objecto duma publicidade efectuada segundo os modos previstos pela legislação de cada Estado membro em conformidade com o art. 3.º da Directiva 65/151/CEE;

b) a amortização só pode ser efectuada por força das somas distribuíveis em conformidade com o artigo 15 parágrafo 1;

c) os accionistas cujas acções são amortizadas conservam os seus direitos na sociedade, com exclusão do direito ao reembolso da entrada e do direito de participação na distribuição dum primeiro dividendo atribuído às acções não amortizadas».

Antes de analisar em pormenor o art. 35.º da Directiva, é conveniente relacioná-lo com os arts. 36.º e 37.º, que se ocupam de uma hipótese a que chamam «réduction du capital souscrit par retrait forcé d'actions» (reproduzo o texto francês, porque a terminologia a adoptar para os institutos tratados naqueles três artigos é uma das questões a discutir). Já da exposição de motivos da proposta de 2.ª Directiva ressaltava a ligação entre esses preceitos (eram então os arts. 32, 33 e 34 da proposta), fazendo as seguintes importantes observações: «Estas disposições têm somente por objecto fixar garantias mínimas em duas operações vizinhas da redução de capital que não são previstas na lei de

todos os Estados membros: a amortização sem redução do capital, própria dos direitos francês e belga, e o «retrait forcé» de acções com redução do capital (*Zwangeinziehung*) própria do direito alemão. Para estas operações são simplesmente assinaladas características transportáveis para os outros direitos e ficam sujeitas a regras protectoras essenciais previstas nos artigos antecedentes a favor dos accionistas e, no que respeita ao «retrait forcé», a favor dos credores. O «figurino comunitário» assim dado a estas duas instituições não levará portanto os países que as conhecem a modificar os seus direitos, mas é de natureza a evitar o risco de adaptações divergentes por outros, as quais seriam eventualmente prejudiciais aos sócios e a terceiros».

Aprofundando mais estas observações, anoto em primeiro lugar que o direito alemão não desconheceu sempre nem hoje ainda totalmente desconhece a «amortização» de acções ou de quotas sem redução do capital. Como observa a doutrina alemã (Lutter, in *Köln Kommentar*, comentário ao § 237, pag. 672), antes da AktG 1937, o direito alemão conhecia uma amortização de acções que não produzia ou acarretava redução do capital social, mas apenas uma diminuição de participações sociais, tendo efeitos duma partilha interna sem reflexos exteriores. Além disso, essa «amortização da antiga espécie» (como a designa o citado autor) ainda subsiste para as sociedades por quotas – GmbHG, § 34 – e é referida, ainda que de passagem, no § 237, Abs. 3 n. 2 AktG 1965.

Em segundo lugar observo que as distinções possíveis e talvez necessárias entre institutos não se limita a que no «amortissement» francês não há a redução do capital inerente à «Einziehung» Alemã; adiante referirei outras distinções e figuras a que estes podem dar lugar.

Por conveniências de exposição, convirá fixar terminologia desde o início:

Na versão francesa da Segunda Directiva, às várias hipóteses correspondem as seguintes designações: art. 35.º, *amortissement*; art. 36.º *retrait forcé*; art. 37.º, *retrait*; art. 39.º, *rachat*. A versão italiana usa respectivamente *amortamento*, *ritiro forzato*, *ritiro riscatto*.

Nas fontes desses preceitos aparecem *amortissement*, *Einziehung*, *redemption*, termos estes todos (e ainda *retrait*, que nos dicionários técnicos alemão-francês serve para traduzir *Einziehung*) susceptíveis de serem traduzidos por *amortização*.

Parece-me, contudo, conveniente distinguir terminologicamente as hipóteses, mas não encontro termos que me satisfaçam plenamente. Depois de muitas hesitações, vou fazer a distinção pelas seguintes palavras: na hipótese do art. 35.º falarei em *reembolso*; na hipótese do art. 36.º em *amortização*; na hipótese do art.37.º, em *extinção*; na hipótese do art. 39.º, em *remição*.

O Prof. José Gabriel Pinto Coelho, no seu «Estudo sobre as acções de sociedades anónimas», pags. 87 e seguintes, a propósito das acções de fruição, desenha uma hipótese, em que se baseia todo o desenvolvimento posterior. Partindo da verificação de que nalguns países é permitida e efectuada uma operação consistente na «amortização» de algumas ou de todas as acções, pela entrega ao respectivo possuidor do *valor nominal* das mesmas, vinca depois as características dessa operação: a amortização faz-se pelas forças dos lucros líquidos da sociedade e nunca à custa do capital, pois se tal acontecesse a amortização importaria uma redução do capital social (para este efeito ou se constituem reservas especiais com os lucros que excedem os destinados à distribuição de dividendos ou se aplicam imediatamente a tal fim os que em cada exercício se julga conveniente destinar à sua realização); a amortização ou se faz gradualmente em relação a todas as acções ou se realiza mediante sorteio; à amortização total corresponde a substituição do antigo título pelo novo, designado «de fruição»; depois de amortizadas algumas acções, os lucros apurados em cada exercício são aplicados na atribuição às acções ordinárias de uma percentagem correspondente ao juro normal dos capitais e o saldo, se o houver, é então

distribuído, em igualdade de condições entre as acções «ordinárias» e as de «fruição»; na dissolução da sociedade, pelo saldo de liquidação, depois de pago o passivo, amortizam-se as acções que estiverem por amortizar, e só depois de reembolsado o valor nominal de todas as acções se distribuí, então em igualdade de condições, por todas as acções, qualquer saldo que porventura ainda existe.

Conservando sempre a figura assim desenhada, Pinto Coelho levanta e resolve vários problemas entrelaçados. Assim, procurando averiguar qual a natureza e efeitos da amortização das acções expõe e crítica teorias segundo as quais haveria um reembolso do capital ou apporto fornecido pelo accionista, triplicando para este a saída da sociedade; a entrega do quinhão extraordinário, suplementar, nos lucros sociais, que não atinge, contudo, o capital social; a capitalização do dividendo normal. Acaba por preferir uma construção que considera a amortização realizada em vida da sociedade como uma antecipação do produto da liquidação e, passando à natureza da acção de fruição, sustenta que esta é uma verdadeira acção e não apenas um título de participação em benefícios da sociedade, mantendo-se-lhe inerentes os direitos essenciais das acções, incluindo o direito de voto e sendo apenas modificados o direito aos dividendos e o direito ao saldo de liquidação eventual.

Pinto Coelho ocupou-se do assunto no nosso direito, em que faltam textos legislativos sobre ele, embora tomando em consideração, como habitualmente, elementos fornecidos pelo direito comparado. Vejamos agora o tratamento dado ao instituto por legislação concreta, a lei francesa de 1966, que culminou uma série de textos legislativos parcelares e de questões doutrinárias. Numa secção intitulada «Amortissement du capital», formada por cinco artigos, os dois primeiros são os essenciais, pois os três últimos abordam uma questão consequential.

Segundo o art. 209.º dessa lei, «L'amortissement du capital est effectué en vertu d'une disposition statutaire ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire, et au moyen des bénéfices ou réserves à l'exclusion de la réserve légale. Cet amortissement ne peut être réalisé que par voie de remboursement égal sur chaque action d'une même catégorie et n'entraîne pas de réduction du capital. Les actions intégralement amorties sont dites actions de jouissance.

«Art. 210 – Les actions intégralement ou partiellement amorties perdent, à due concurrence, de droit au premier dividende prévu à l'article 352 et au remboursement de la valeur nominale; elles conservent tous les autres droits». O dividendo previsto no art. 352 é um primeiro dividendo estabelecido pelos estatutos e de taxa não superior a 5 por cento do montante do capital liberado e não reembolsado.

Analisemos agora o art. 35.º da Directiva, tendo em vista antes de mais recortar nitidamente a figura que ele pressupõe existir nas legislações nacionais.

O primeiro elemento a queo art. 35.º se reporta é o *amortissement du capital*, que não diz em que consiste. Sem por enquanto entrarmos na discussão de problemas de natureza jurídica, admitimos que o amortissement importa de facto a atribuição aos accionistas de uma certa importância em dinheiro. A Directiva não é explícita quanto ao montante a atribuir às acções reembolsadas. A sua fonte francesa pressupõe que o accionista recebe o valor nominal da acção e a Directiva pode ser interpretada no mesmo sentido, pela frase da alínea c) «com exclusão do direito ao reembolso da entrada», a qual permite raciocinar que, se o accionista não conserva o direito ao reembolso da entrada, já foi reembolsado desse montante.

Reembolso total ou parcial, diz o art. 35.º, o que deve ser entendido como reportado à totalidade do capital social, e simultaneamente como reportado ao valor nominal de cada acção. Podem de facto verificar-se várias situações: aos accionistas é atribuído o direito de

reembolso de certas acções, donde resulta que há um reembolso parcial do capital accionista, mas um reembolso total de cada acção atingida; aos accionistas é atribuído o direito ao reembolso dum fracção do valor nominal de cada acção, havendo, portanto, um reembolso parcial do capital social e um reembolso parcial de cada acção; total nos dois sentidos será o reembolso de todo o capital social, pois este acarreta a atribuição a cada e todas as acções do seu inteiro valor nominal. A possibilidade efectiva de se verificarem, num certo sistema todas estas hipóteses depende doutras considerações: por exemplo, só haverá possibilidade de ocorrer a segunda hipótese, se a lei nacional permitir que nem todas as acções sejam reembolsadas total ou parcialmente por igual.

Aparece em seguida um elemento da maior importância: a hipótese prevista é a de reembolso do capital *sem redução do capital social* (confirmação na alínea b) do mesmo artigo). Além da delimitação prática de hipóteses efectuadas por meio desse elemento, ele pode ser muito relevante para a construção jurídica do instituto.

Nesta enumeração de elementos da figura tratada no art. 35.º, salvo a alínea a), que se refere a aspectos processuais e não estruturais.

A alínea b) do art. 35.º exige que a esta operação sejam afectadas apenas importâncias retiradas das somas que o artigo 15.º parágrafo 1 da Directiva permite distribuir aos accionistas. Confirma-se desse modo que o reembolso não pode acarretar redução do capital; todas as hipóteses em que é operada redução de capital estão tratadas nos artigos da Directiva já anteriormente estudados e nos arts. 36.º e 37.º.

A alínea c) do artigo 35.º expõe os efeitos de reembolso; subentende-se que se trata de reembolso total das acções atingidas, pois o reembolso parcial de uma acção não é, mesmo em teoria, susceptível de alterar os direitos inerentes a tais acções. A regra básica encontra-se na conservação dos direitos dos accionistas na sociedade; a participação social em que a acção consiste não é substituída por um direito ou conjunto de direitos de natureza diferente; a ageneralidade dos direitos (e das obrigações) inerentes à acção mantem-se, entre eles o direito de voto. O reembolso importa apenas alterações, em princípio meramente quantitativas, nos direitos patrimoniais; as acções deixam de conceder direito ao reembolso da entrada correspondente à acção e a um primeiro dividendo que seja atribuído às acções não reembolsadas. Assim, se, dissolvida e liquidada a sociedade, houver um activo líquido a partilhar, aqueles cujas acções não tenham sido reembolsadas terão direito ao montante nominal delas, ou seja, à «entrada» ou «apport», já reembolsada a certos accionistas, mas o saldo porventura existente depois daquele reembolso é dividido proporcionalmente por todas as acções, reembolsadas ou não. Quanto ao dividendo, as acções não reembolsadas terão direito a uma primeira distribuição, até a um montante, a afixar nos estatutos ou marcado pela lei, que para os respectivos titulares representa a remuneração mínima da entrada que deixaram ficar na sociedade; os lucros a distribuir acima daquele primeiro dividendo são repartidos proporcionalmente a todas as acções, reembolsadas ou não.

São estes os elementos essenciais da figura descrita no art. 35.º da Directiva. Adiante veremos a construção técnica que eles permitem e o preenchimento de lacunas que esse preceito deixa.

Voltando à alínea a) do art. 35.º, dela resulta que o reembolso de capital ou de acções por força de lucros ou reservas livres e, portanto, sem redução de capital, pode ser efectuado sem que os estatutos da sociedade e tenham previsto. Por outro lado, a previsão do reembolso nos estatutos da sociedade não dispensa a deliberação da assembleia geral, mas apenas influencia as condições requeridas para a deliberação, manifestamente no sentido de reforçar estas quando falte previsão nos estatutos. Se os estatutos (ou o acto constitutivo) prevêm o reembolso, a deliberação da assembleia geral pode ser tomada nas

condições ordinárias de quorum e de maioria; se os estatutos (ou o acto constitutivo) não prevêem o reembolso, esta deve ser deliberada pela assembleia geral, pelo menos nos termos de quorum e maioria previstos no art. 40 da Directiva.

A alínea a) termina com o dever de publicidade, nos termos muitas vezes repetidos na Directiva.

Uma lacuna da Directiva relativamente ao modelo francês do art. 35.º e às necessidades práticas é o método de determinação das acções a reembolsar. O problema respeita principalmente à determinação por meio de sorteio, que o art. 209.º francês propositadamente exclui quando diz que a amortização só pode ser realizada por via de reembolso igual para cada acção da mesma categoria. O sorteio das acções a reembolsar sofreu ataques de duas naturezas: uma, de carácter geral, acusando-o de não respeitar a regra do igual tratamento dos accionistas, acusação repelida por muitos autores com o fundamento de que a sorte mantém essa igualdade (ver Prof Pinto Coelho, ob. e loc. cit.); outro, particular de circunstâncias francesas, consistente na impossibilidade de identificar as acções por números depois de ter sido criada a «Caisse centrale de dépôt et de virement de titres» (ver por exemplo em Escarra, III, pags. 426 e seguintes, a evolução legislativa a esse respeito até à Lei de 1966 e em Hemard-Terré-Mabilat, II, pag. 549 as razões da proibição da nova lei). A lacuna da Directiva deixa liberdade aos legisladores nacionais para admitirem o reembolso por sorteio.

Segunda lacuna concerne a substituição das acções ordinárias reembolsadas por acções de fruição. Como se viu, a alínea c) do art. 35.º fixa os efeitos do reembolso quanto aos direitos inerentes às acções, mas não prescreve que os direitos modificados fiquem ligados a um novo título a acção de fruição, de que nem sequer fala. A natureza das acções de fruição anda ligada, como logo de início disse, à natureza jurídica da amortização das acções; Vejamos, pois, os dois problemas conjuntamente.

A meu ver, a Directiva toma partido na questão básica de saber se a importância reembolsada ao accionista constitui um valor de capital ou um dividendo extraordinário. Em França, antes da nova lei de 1966, o argumento que me parece fundamental encontrava-se resumido por Escarra nas seguintes palavras: «O que deve prender a atenção é a causa da atribuição e os efeitos que ele produz. Ora, qual é a consequência da amortização? É evidentemente extinguir o direito que possui cada accionista a exigir, depois da dissolução da sociedade, o reembolso do seu apport. E este resultado é absolutamente independente da natureza ou da origem dos fundos considerados na pessoa da sociedade, pois produz-se quer a amortização seja financiada por força do capital, quer ela seja financiada por força dos lucros ou das reservas. É, pois, um direito em capital que a amortização afecta. Donde resulta que a importância paga apresenta, no património do accionista, um valor de capital».

Nada no artigo 35.º da Directiva permite supor que o reembolso foi considerado distribuição de dividendo extraordinário, antes o facto de se falar em «amortização do capital» *sem redução deste* e os efeitos atribuídos à operação na alínea c) indicam ter-se pensado num valor de capital.

Daí para diante, todavia, o art. 35.º não fornece elementos para se aprofundar a natureza jurídica do instituto, ficando os legisladores nacionais livres (ou as respectivas doutrinas, conforme os dados que possam recolher) para consagrar ou entender consagradas algumas das possíveis teses. Aliás, devo dizer que, em minha opinião pessoal, algumas dessas teses sofrem por terem sido elaboradas tendo em vista a solução de questões de pormenor, ou, por outras palavras, por terem sido influenciadas por algum resultado concreto a atingir, acrescentando que nem sempre os corolários são extraídos dos teoremas com perfeita lógica. A primeira conclusão a que acima cheguei, já é contudo, bastante para

resolver alguns dos problemas que a prática tem apresentado, como o de saber a quem pertence a importância paga pela sociedade no caso de sobre a acção recair um direito de usufruto (não se tratando de dividendo extraordinário mas de valor de capital, não pode haver atribuição plena ao usufrutuário, ficando tal importância a substituir a acção reembolsada no regime de usufruto em que esta anteriormente se encontrava).

Manifesto é também que a acção de fruição, no sistema da Directiva, tem a natureza de verdadeira acção, apenas com alguns direitos patrimoniais modificados; ela mantém os direitos administrativos – e principalmente o direito de voto – e não muda de natureza.

Também me parece evidente que a Directiva, embora não o diga, seguiu a doutrina francesa resultante da segunda parte do art. 209.º da Lei de 1966, que, recordo, declara que as acções integralmente amortizadas são chamadas acções de fruição. Na verdade, se as acções, depois de reembolsadas, ficam contendo os direitos mencionados na alínea c) do art. 35.º e, por outro lado, se essas acções (como participações sociais) continuam incorporadas em acções (como títulos), É indispensável a existência de um título incorporante dos direitos restantes, esse título é uma acção e, para o distinguir das acções ditas ordinárias, dar-se-lhe á um nome, que tradicionalmente é o de acção de fruição. Poderá haver problemas materiais de substituição de títulos ou de carimbagem dos antigos para os distinguir dos títulos ordinários, mas conceitualmente, uma vez operado o reembolso, o accionista é detentor de uma participação chamada acção de fruição, a que há-de corresponder um título.

O art. 35.º da Directiva estabelece um condicionamento para as legislações nacionais: quando estas autorizarem o reembolso total ou parcial do capital subscrito sem redução deste, devem observar, como mínimo, as condições estabelecidas nesse artigo, condições que já vimos não serem puramente processuais, antes definirem a estrutura do instituto. Daí parece decorrer que o reembolso total ou parcial do capital subscrito sem redução deste não pode ser autorizado pelas legislações dos Estados membros sem a observância do citado condicionalismo, mas não será apenas interessante definir o anverso e reverso dessa medalha; interessa definir de forma tanto completa quanto possível as hipóteses relevantes e determinar o tratamento que têm ou não têm na Directiva. Para isso, porém, será necessário conhecer o conteúdo de todas as regras da Directiva que possam ter incidência nesse quadro, algumas das quais estão contidas em artigos de que ainda não me ocupei. A benefício do que em seguida será escrito sobre esses outros artigos, procurarei organizar esse quadro de hipóteses.

Em primeiro lugar, destaco a própria expressão «amortissent du capital»; ela pode ser usada para designar duas realidades jurídicas diferentes. Ou a amortização do capital é tomada como um simples meio técnico ao serviço de finalidades diversas – isto é, a finalidade da amortização em cada caso é exterior a esta, a qual constitui um simples instrumento para alcançar aquela finalidade – ou a amortização define-se pela sua finalidade, a qual por sua vez resulta do seu efeito típico. Não creio que a Directiva vede o emprego da amortização de acções pelas legislações nacionais como simples meio técnico, ou force também nesses casos a observar o referido condicionalismo. Aliás, se a Directiva tomar a amortização no outro dos dois referidos sentidos, ficará liberdade aos legisladores para, aproveitando alguns dos elementos da amortização, tal como definida na Directiva, organizar figuras jurídicas distintas dela.

O amortissement pressupõe, como disse acima, o reembolso do valor nominal da acção. Historicamente mesmo é essa a finalidade primária que autonomiza o instituto. Ela teve a intenção de compensar os accionistas de sociedades concessionárias de serviços públicos da perda dos bens sociais, a favor do concedente, no termo da concessão; devendo, no condicionalismo duma concessão, os bens utilizados nela reverter para o

Estado (nalgumas concessões, como as de caminhos de ferro, os bens mais importantes tornavam-se propriedade do Estado no momento da afectação ao serviço), quando o objecto da sociedade estivesse esgotado e se passasse à liquidação dela, nada haveria para partilhar entre os accionistas, que perderiam os valores dos seus apports: por isso, além das amortizações industriais, nessas sociedades operava-se uma amortização financeira, destinada a proporcionar os fundos necessários para reembolsar aos accionistas o valor dos seus apports e, em vez de esperar até ao fim da concessão para proceder a uma só distribuição dessa reserva, tais fundos iam sendo gradualmente distribuídos por meio de reembolso (amortização) das acções. O mesmo pode suceder em sociedades cuja actividade esteja condicionada à duração de certos bens, progressivamente consumidos.

Por esta característica, a figura prevista no art. 35.º distingue-se dos casos em que os direitos dos accionistas sejam extintas ou modificados sem o reembolso da entrada, como são os casos em que o capital seja reduzido por perdas.

O capital pode, contudo, ser também reduzido por exuberância e nesse caso pode haver um reembolso aos accionistas (alternativa para a constituição duma reserva livre, com o produto da redução do capital). Nesse caso, a diferença relativamente ao art. 35.º está, primeiro, em que o reembolso é feito por força do capital (reduzido), isto é, os fundos utilizados no reembolso são tornados distribuíveis por terem deixado de estar afectados à cobertura do capital; em segundo lugar, porque os accionistas não conservam os seus direitos na sociedade, visto que as acções ou são extintas, seja qual for a modalidade usada para esse efeito, quando a modalidade empregada leve à extinção das acções ou são mantidas com o valor nominal reduzido, o que é diferente da alteração de direitos prevista no art. 35.º.

Olhando agora essa conservação geral de direitos, com alteração de certos direitos patrimoniais, prescrita na alínea c) do art. 35.º, podemos comparar o reembolso, tal como aparece neste artigo, e uma hipótese especial prevista no art. 36.º Olhando isoladamente o art. 35.º concluir-se-ia que o reembolso de acções sem redução de capital, isto é, efectuado por força de fundos distribuíveis em conformidade com o art. 15.º parágrafo 1 da Directiva, teria necessariamente por consequência aquela conservação geral de direitos e simples modificação de certos direitos patrimoniais; esta é uma das condições impostas pelo art. 35.º aos legisladores nacionais para estes autorizarem o reembolso de acções por força daqueles fundos. Poderia, contudo, parecer que essa conclusão não se coaduna com a alínea d) do art. 36.º, na parte em que esta permite o retrait forcé de acções «por força das somas disponíveis em conformidade com o artigo 15 parágrafo 1». Conjugando os dois preceitos, dir-se-ia que a Directiva permite o reembolso aos accionistas, por dois processos, um em que se manteriam os direitos referidos e outro em que as acções seriam extintas. Suponho, porém, que dessa maneira não se colhe a verdadeira diferença entre os dois artigos da Directiva. Esta só admite o reembolso sem redução do capital se houver conservação de direitos; desde que as acções sejam extintas haverá necessariamente uma redução do capital. Por outras palavras, a Directiva não permite que o capital seja mantido no seu valor nominal se algumas acções forem extintas.

Esta conclusão faz-me também pensar que a Directiva não contempla a atribuição de acções de fruição quando o reembolso de acções importa a redução do capital. Parte da doutrina italiana (Frè, pags. 199 e segs) interpreta o art. 2353 Codice Civile no sentido de que as acções de fruição aí previstas são atribuídas aos titulares de acções reembolsadas no caso de redução de excesso de capital ou até de redução por perdas. Julgo isso deslocado no sistema da Directiva, visto que a redução do capital faz extinguir as acções e a conservação de direitos, com as respectivas acções de fruição, está prevista apenas para o reembolso sem redução de capital.

Como acima disse, a Lei francesa de 1966, depois de ter regulado nos arts. 209.º e 210.º a amortização de acções e a mudança das acções ordinárias em acções de fruição, ocupa-se nos arts. 211.º a 214.º da operação contrária, ou seja, da converção de acções total ou parcialmente reembolsadas, em acções ordinárias.

A 2.ª Directiva não prevê tal conversão, mas os juristas franceses entendem que esta não é incompatível com o art. 35.º da Directiva (Hémard-Terré-Mabilat, pag 556, reportando-se ao art. 32.º da proposta de Directiva). Sem entrar agora em pormenores de execução disciplinados em decretos regulamentares, são os seguintes os traços essenciais da operação, que podem ter interesse para aplicação no futuro direito português.

São quatro as condições para a conversão das acções total ou parcialmente reembolsadas em acções de capital: a) deliberação da assembleia geral dos accionistas, tomada nas condições exigidas para a modificação dos estatutos; b) encaixe pela sociedade do montante amortizado das acções a converter, o qual pode ser efectuado por uma de duas modalidades: ou a assembleia geral delibera que se efectue uma retenção obrigatória, até ao referido montante, da parte dos lucros que, num ou em vários exercícios, cabe às acções a converter, depois do pagamento, para as acções parcialmente amortizadas, do primeiro dividendo ou do juro estatutário a que elas tenham direito; ou a assembleia geral autoriza os accionistas a pagar à sociedade o montante amortizado das suas acções, aumentado, se dor caso disso, do primeiro dividendo ou do juro estatutário para o período já decorrido do exercício em curso e, eventualmente, do exercício precedente; c) a deliberação da assembleia geral que aprove a conversão das acções, em qualquer das duas modalidades referidas na alínea anterior, deve ser submetida à ratificação das assembleias gerais das categorias de accionistas que tenham os mesmos direitos; d) os órgãos de administração procederão às modificações das cláusulas dos estatutos que se tornem necessárias, na medida em que essas modificações correspondem materialmente aos resultados efectivos das operações previstas nesses preceitos.

32. ARTIGO 36.º – REDUÇÃO DO CAPITAL POR AMORTIZAÇÃO FORÇADA DE ACÇÕES

Determina o art. 36.º da Directiva: «1. Quando a legislação dum Estado membro autoriza as sociedades a reduzir o seu capital subscrito por amortização forçada de acções, ela exige pelo menos a observância das condições seguintes:

a) a amortização forçada deve ser prescrita ou autorizada pelos estatutos ou pelo acto constitutivo antes da subscrição das acções que for objecto de amortização;

b) se a amortização forçada for somente autorizada pelos estatutos ou pelo acto constitutivo, é decidida pela assembleia geral, a menos que os accionistas interessados a tenham aprovado unanimemente;

c) o órgão da sociedade que delibere sobre a amortização forçada fixa as condições e as modalidades desta operação na medida em que elas não tiverem sido previstas nos estatutos ou no acto constitutivo;

d) o artigo 32 aplica-se, a menos que se trate de acções inteiramente liberadas postas, a título gratuito, à disposição da sociedade ou que sejam objecto de amortização por força de importâncias distribuíveis em conformidade com o artigo 15 parágrafo 1; neste caso, um montante igual ao valor nominal ou, na falta de valor nominal, ao valor contabilístico das acções resgatadas deve ser incorporado numa reserva. Esta reserva não pode, salvo no caso de redução do capital subscrito, ser distribuída aos accionistas; ela pode ser unicamente utilizada para compensar perdas sofridas ou para aumentar o capital subscrito por incorporação de reservas na medida em que os Estados membros permitem tal operação;

e) a decisão relativa à amortização forçada é objecto duma publicidade efectuada segundo os métodos previstos pela legislação de cada Estado membro em conformidade com o artigo 3 da directiva 65/151/CEE.

«2. O art. 30 parágrafo 1 e os artigos 31, 33 e 40 não se aplicam nos casos previstos no parágrafo 1».

A AktG 1965, depois de ter criado e regulamentado o processo ordinário e o processo simplificado de redução do capital, e ter admitido as suas referidas modalidades, por diminuição do valor nominal e por reagrupamento das acções, trata no § 237 duma terceira modalidade a que chama *Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien*.

Esta terceira modalidade distingue-se das anteriores por várias características: relativamente à redução por diminuição do valor nominal das acções, nota-se que naquela se passa algo de mais profundo e grave, pois ficam destruídos todos os elementos da participação social, isto é, extingue-se a própria acção (com participação social); relativamente ao reagrupamento de acções, observa-se, por um lado, que ao reagrupamento são afectadas todas as acções emitidas pela sociedade, enquanto na terceira modalidade são afectadas apenas algumas dessas acções e, por outro lado, que o agrupamento é uma unificação de acções, menos numerosas por definição, enquanto no outro caso há a extinção de certo número de acções (o que está certo se se fixar esse entendimento da *Zusammenlegung*, embora praticamente talvez se pudesse entender que esta produz uma extinção de certo número de acções).

Comparando os elementos usados nas definições que a doutrina apresenta de *Einziehung*, pode chegar-se a uma bastante simples: ela é uma operação jurídica da sociedade pela qual determinadas participações sociais (*Mitgliedschaftsrechte*) são anuladas, tendo por fim ou por consequência a redução do capital da sociedade.

Como acto ou operação da sociedade, ela só pode ser praticada por esta, através de um dos seus órgãos; não pode ser praticada por terceiros, nem mesmo por uma decisão judicial.

Deve recair sobre determinadas acções e manifestamente não pode recair sobre todas, mesmo em épocas separadas, pois extinguir-se-iam todas as participações sociais e com elas a sociedade. Além disso, o montante das acções extintas não pode ultrapassar o capital mínimo fixado por lei para as sociedades anónimas.

A *Einziehung* está sempre ligada a uma redução de capital, mas pode ter esta ou como fim ou como consequência. Na primeira hipótese, ela é simplesmente uma modalidade de redução do capital, ao lado das outras, e utilizável para qualquer das finalidades possíveis da redução de capital, aproveitamento do excesso de capital, redução por perdas. Na segunda hipótese, a sociedade não visa reduzir o capital mas sim atingir um outro fim (por exemplo, o afastamento de accionistas em certas condições) embora necessariamente acarrete a redução do capital.

No seguimento da lei alemã, a Directiva distingue duas sub-espécies, de que se ocupa respectivamente nos arts. 36.º e 37.º. Na primeira, a que chama *retrait forcé*, as acções sobre as quais a operação incide não pertencem à sociedade (*retrait forcé*, *Zwangseinziehung*, talvez seja exagerado, pois os titulares das acções podem dar o seu consentimento à operação, mas corresponde aos casos normais); na segunda, as acções pertencem à sociedade. A doutrina alemã ainda desdobra estas duas espécies, distinguindo na primeira a hipótese de os estatutos imporem e a hipótese de os estatutos permitirem a operação; na segunda separa os casos em que as acções já pertencem à própria sociedade e o caso em que as acções ainda não de ser adquiridas pela sociedade. O primeiro destes desdobramentos tem interesse para o regime criado pelo art. 36.º da Directiva.

São fáceis de descobrir os interesses que podem ser afectados pela operação: interesses

dos accionistas, com o agravamento de serem afectadas apenas determinadas acções; interesses dos credores, por se tratar de uma redução do capital.

A imposição a accionistas da perda das suas acções (participações) sociais é, à primeira vista, contrária a princípios básicos do direito das sociedades (larga discussão em António Blanco ob. cit. pags. 139 e seguintes). A dificuldade resolve-se recorrendo à autoridade da lei e; ou dos estatutos. A própria lei permite que os estatutos ou imponham directamente, em certos casos, a extinção das acções, ou a imponham indirectamente, sancionando autorização para mais tarde a extinção ser decidida. O próprio princípio do igual tratamento dos sócios é neste caso posto de parte, por efeito derogatório da lei que permite a incidência da operação apenas sobre determinadas acções.

A essas duas possíveis funções dos estatutos da sociedade refere-se o art. 36.º n.º 1 al. a) da Directiva, quando diz que o *retrait forcé* deve ser prescrito ou autorizado pelos estatutos; consequentemente, o silêncio dos estatutos impede nessa sociedade a referida operação. Há, porém que relacionar o *tempo* da disposição estatutária com o tempo da emissão das acções. Como se exprime um autor alemão, as acções afectadas devem desde o início estar sujeitas à possibilidade de extinção; esse o significado da parte final da mencionada alínea a): «antes da subscrição das acções que sejam objecto da amortização».

Aos estatutos volta a referir-se a alínea c) do art. 36.º n.º 1. Nenhuma dúvida deixa essa alínea quanto à natural sujeição dos órgãos sociais – assembleia geral ou conselho de administração conforme os casos – aos estatutos quanto às condições e modalidades da operação. Dúvida importante é, porém, a de saber quais – se as houver – condições e modalidades da operação *devem* ser fixadas nos estatutos ou, reflexamente, qual a latitude *que pode ser* deixada aos órgãos sociais para o estabelecimento dessas condições ou modalidades.

Não vou entrar nos pormenores do problema, mas apenas acentuar que a meu ver a citada alínea c) da Directiva não deve ser interpretada no sentido de legitimar qualquer sistema que os Estados membros venham a criar a tal respeito. No fundo, trata-se de saber qual o grau de liberdade que a lei deve deixar aos órgãos da sociedade – e de entre estes a qual, assembleia ou administração – para determinar a extinção de acções. Por exemplo, o sistema alemão, aparentemente rigoroso, preocupa-se com eliminar ou reduzir a competência da administração no assunto, mas deixa à assembleia geral liberdade bastante ampla; assim, quando se trata de *Einziehung imposta* pelos estatutos (na qual não intervem a assembleia geral) a doutrina sustenta que nenhuma capacidade de decisão deve ser deixada à administração e que, portanto os estatutos devem fixar não só os pressupostos concretos da operação, mas todos os seus elementos essenciais – quais as acções a abranger na operação, quando esta deve ser efectuada, qual a contrapartida para os accionistas; quando, porém, passa a averiguar qual o valor das disposições estatutárias que não contenham todos esses elementos e pressupostos conclui que se estará perante uma *Einziehung nãoimposta* mas *permitida* pelos estatutos, o que na realidade significa que passa para a assembleia geral a competência para fixar os pressupostos ou elementos omissos nos estatutos, o que na realidade significa que passa para a assembleia geral a competência para fixar os pressupostos ou elementos omissos nos estatutos. E quando se trata de *Einziehung permitida* pelos estatutos, permite-se que a assembleia determine pressupostos e elementos apenas com respeito de indicações gerais porventura contidas nos estatutos e com observância do princípio da igualdade dos accionistas.

Em meu entender, não é o princípio da igualdade dos accionistas ou a proibição de *Missbrauch* ou *Sittenwidrigkeit* que resolve o problema, *de iure condendo*; antes de vigiar para que sejam todos os accionistas igualmente afectados pela extinção de acções, o legislador terá que decidir se consente que *cada accionista* seja afectado, quanto às suas

acções, por uma deliberação da assembleia geral, ou por outras palavras, se não será preferível que só os estatutos possam fixar pressupostos e elementos da operação (salvo acordo dos interessados) e até em que termos podem os estatutos fazê-lo (por exemplo, grau de objectividade e de concretização dos pressupostos).

A Directiva, como se viu, não pretende fixar mais do que um quadro mínimo das características da operação, mas a alínea c) do art. 36.º n.º 1 não pode ser tomada como impondo nesses mínimos a liberdade de decisão da assembleia geral ou da administração.

A alínea c) do art. 36.º n.º 1 impõe, salvo uma excepção, que a extinção simplesmente autorizada pelos estatutos seja deliberada pela assembleia geral. A excepção é o consentimento unânime dos accionistas afectados pela operação. O preceito não pode ser interpretado a contrário sensu, como devendo a Einziehung imposta pelos estatutos ser deliberada pela administração da sociedade; ele deixa o campo aberto para que, no caso nele não previsto, o legislador nacional escolha como órgão competente para o efeito ou a assembleia geral ou a administração da sociedade.

O art. 36.º n.º 1 alínea d) manda que se aplique, salvas as excepções nele especificadas, o art. 32.º, que, como vimos, estabelece a protecção mínima a conceder aos credores. É natural que assim aconteça, pois a modalidade utilizada para a redução não influi nesse aspecto desta; aos credores só interessa que a redução lhes pode causar um prejuízo e o modo técnico de efectuar a redução é-lhes indiferente.

Essa alínea d) corresponde em parte ao Abs. (3) do § 237.º da AktG, que aparece com excepção ao Abs. (2), o qual manda aplicar os preceitos relativos ao processo ordinário de redução do capital, entre os quais se conta o § 225 relativo à protecção dos credores, que não figura no processo simplificado; depois o Abs. (3) dispõe não ser necessário a aplicação do processo ordinário de redução do capital quando as acções estiverem inteiramente liberadas e tenham sido postas gratuitamente à disposição da sociedade ou tenham sido amortizadas por força de lucros de balanço ou de reservas livres, na medida em que estas possam ser utilizadas para este fim.

A liberação total das acções aparece também na alínea d) da Directiva. Sem ela, os credores podem ser prejudicados pela falta de liberação, ou seja, pela extinção do crédito da sociedade sobre os accionistas titulares dessas acções.

A hipótese de as acções inteiramente liberadas serem postas gratuitamente à disposição da sociedade não necessita de comentários especiais, tão evidente é que nesse caso não há desembolso por parte da sociedade que possa prejudicar os credores.

A hipótese, porém, de a sociedade suportar os encargos da amortização das acções por força das importâncias distribuíveis aos accionistas é, como já acima disse considerada pela doutrina alemã (§ 237, Abs. (3) 2, como um vestígio da antiga «Amortisation».

Nesses casos, a única protecção dos credores consiste na reserva ordenada pela parte final da alínea d) e que corresponde, em substância, ao § 237 Abs. (5) (este manda que seja incorporada na reserva legal uma importância igual ao valor nominal conjunto das acções amortizadas). Essa reserva tem por finalidade evitar a formação de um lucro contabilístico, com base no qual se procedesse a distribuições aos accionistas.

A ordem de publicidade formulada pela alínea e) é igual a tantas outras que se encontram na Directiva e não necessita outros comentários.

O n.º 2 do art. 36.º da Directiva declara que nos casos previstos no n.º 1 não são aplicáveis o art. 30.º parágrafo 1 e os arts. 31, 33 e 40. A referência ao parágrafo 1 do art. 30.º é um pouco estranha, pois a Directiva só costuma designar dessa maneira os parágrafos numerados. Suponho que se pretende ressaltar a segunda parte do art. 30.º, que manda constar da convocatória da Assembleia geral as finalidades e as modalidades da redução.

33. ARTIGO 37.º – REDUÇÃO DO CAPITAL POR EXTIÇÃO DE ACÇÕES PRÓPRIAS

O art. 37.º da Directiva continua a tratar da redução de capital, mas agora as acções atingidas são acções pertencentes à própria sociedade (acções próprias): «1. Em caso de redução do capital subscrito por extinção de acções adquiridas pela própria sociedade ou por uma pessoa que actue em seu próprio nome mas por conta desta sociedade, a extinção deve sempre ser decidida pela assembleia geral.

2. O art. 32.º aplica-se, a menos que se trate de acções inteiramente liberadas que são adquiridas a título gratuito ou por força de importâncias distribuíveis em conformidade com o artigo 15 parágrafo 1; nestes casos um montante igual ao valor nominal ou, na falta de valor nominal, ao valor contabilístico, de todas as acções retiradas deve ser incorporado numa reserva. Esta reserva não pode, salvo o caso de redução do capital subscrito, ser distribuída aos accionistas; ela não pode ser utilizada senão para compensar perdas sofridas ou para aumentar o capital subscrito por incorporação de reservas na medida em que os Estados membros permitem uma tal operação.

3. Os artigos 31, 33 e 40 não se aplicam nos casos previstos no parágrafo 1.»

A distinção entre a redução de capital por meio de extinção de acções prevista no art. 37.º e a amortização *forçada* de acções prevista no art. 36.º reside na circunstância de num caso as acções pertencerem à própria sociedade e no outro caso as acções pertencerem a terceiros e por isso ser necessário impor-lha.

Portanto, para o art. 37.º ser aplicável é indispensável que, no momento da extinção das acções, estas pertençam à própria sociedade. Se nos reportarmos ao momento da deliberação da assembleia geral, as acções ou *já* pertencem à sociedade ou *ainda não* lhe pertencem; daí uma possível distinção, atendendo a esse momento, em acções *adquiridas* e acções *a adquirir* pela sociedade. Saber quando as acções pertencem à própria sociedade, é problema geral de que a Directiva apenas se ocupa para equiparar as acções adquiridas directamente pela sociedade e as adquiridas indirectamente, por meio de pessoa que actue em seu próprio nome mas por conta da sociedade (manifestamente não são acções próprias aquelas para cuja aquisição a sociedade apenas tem um direito de crédito ou as acções dadas em penhor à sociedade, neste último caso, apesar da equiparação para certos efeitos a acções próprias).

Lembro que o art. 20 n.º 1 alínea a) da Directiva permite a aquisição de acções próprias para execução de uma deliberação de redução de capital, mas a operação agora considerada pode incidir tanto sobre acções adquiridas licitamente nessas circunstâncias e com esse fim específico como sobre acções adquiridas licitamente fora dessas circunstâncias e fins, como ainda sobre acções ilicitamente adquiridas. Sob outro ângulo, podem ser objecto desta operação acções liberadas ou acções ainda não totalmente liberadas.

O n.º 1 do art. 37.º prescreve que neste caso a retirada de acções seja sempre decidida pela assembleia geral. O preceito pode ser visto por dois ângulos: a dispensa de cláusula estatutária; a proibição de decisão por órgãos administrativos.

Não é exigida para este caso nenhuma disposição estatutária, quer ordenando quer autorizando a operação. Nada impede, porém, que os estatutos duma sociedade se ocupem da operação, disciplinando-a, sob vários aspectos; apenas lhe está vedado alterar o processo exigido por esse número 1, ou seja a deliberação pela assembleia geral, e também, segundo a doutrina alemã, a exclusão total desta modalidade de redução do capital, por poderem existir motivos de interesse público para a realização futura dalguma operação concreta.

A deliberação da assembleia geral é simples no caso de, quando ela é tomada, as acções

que constituam seu objecto já pertencerem à sociedade. Sendo deliberada a redução de capital por meio de acções a adquirir pela sociedade, a deliberação deve ser mais complexa, pois deverá conter todos os elementos essenciais da operação, como quais as acções a adquirir, o modo de aquisição, o tempo previsto para a operação e a contra-partida da aquisição de acções.

Evidentemente, uma deliberação de assembleia geral que proceda à redução do capital por extinção de acções a *adquirir* está condicionada à aquisição destas.

Problema delicado é neste caso o respeito do princípio da igualdade de tratamento dos accionistas, o qual não se coloca pela imposição a certos accionistas da eliminação das suas acções, pois só venderá, trocará ou por outro modo alienará acções o accionista que tenha interesse e aceite o negócio proposto, mas pela possível desigualdade resultante da proposta de negócio apenas a certos accionistas; se alguns accionistas encontram na operação interesse que os leva a efectuá-la, é de presumir que todos tenham igual interesse. Não me parece que o simples facto de a lei nacional vir a permitir que a redução do capital seja efectuada pela extinção de acções a adquirir pela sociedade constitua uma derrogação ao referido princípio, quando as aquisições são deliberadas. Por outro lado, não me parece também que a assembleia geral, que deve respeitar esse princípio, possa derogá-lo por uma sua deliberação.

Os n.ºs 2 e 3 do art. 37.º coincidem com os n.ºs 1 alínea d) e 2 do art. 36 e foram acima comentados. É, contudo, de estranhar que no caso do art. 37.º seja dispensada a aplicação do art. 40.º, mas se mande aplicar o art. 30.º, o qual por sua vez remete para o art. 40.º Como o art. 30.º diz «sem prejuízo do artigos 36 e 37.º», parece que prevalecerá este, com a consequente dispensa do quorum e da maioria exigidos pelo art. 40.º.

34. ARTIGO 38.º – DELIBERAÇÕES ESPECIAIS POR CATEGORIAS DE ACÇÕES

Dispõe o art. 38.º: «Nos casos previstos pelo art. 35, pelo art. 36, parágrafo 1, alínea b) e pelo art. 37 parágrafo 1, se existirem várias categorias de acções, a decisão da assembleia geral respeitante ao reembolso (amortissement) do capital subscrito ou à redução deste por amortização (retrait) de acções está subordinada a um voto separado pelo menos para cada categoria de accionistas cujo direitos a operação afecte».

Remeto para o comentário ao art. 31.º.

35. ARTIGO 39.º – ACÇÕES EMITIDAS COMO REMÍVEIS

Transcrevo o extenso art. 39.º da Directiva: «Quando a legislação de um Estado membro autoriza as sociedades a emitir acções remíveis (rachetables), ela exige para a remição destas acções pelo menos o respeito das condições seguintes:

- a) A remição deve ser autorizada pelos estatutos ou pelo acto constitutivo antes da subscrição das acções remíveis;
- b) estas acções devem ser integralmente liberadas;
- c) as condições e as modalidades da remição devem ser fixadas pelos estatutos ou pelo acto constitutivo;
- d) a remição só pode efectuar-se por força das somas distribuíveis em conformidade com o artigo 15 parágrafo 1 ou do produto duma nova emissão efectuada em vista dessa remição;
- e) um montante igual ao valor nominal ou, na falta do valor nominal, do valor contabilístico de todas as acções remíveis deve ser incorporado numa reserva que não pode, salvo em caso de redução de capital subscrito, ser distribuída aos accionistas; esta

reserva só pode ser utilizada para aumentar o capital subscrito por incorporação de reservas;

f) a alínea e) não se aplica quando a remição foi efectuada por força do produto duma nova emissão realizada tendo em vista esse resgate;

g) no caso de estar previsto que, em seguimento da remição será pago um bónus aos accionistas, este bónus só pode ser retirado das importâncias distribuíveis em conformidade com o artigo 15 parágrafo 1 ou duma reserva, que não seja a referida na alínea e), a qual não pode, salvo no caso de redução do capital subscrito, ser distribuída aos accionistas; esta reserva só pode ser utilizada para aumentar o capital subscrito por incorporação de reservas, para cobrir os encargos referidos no art. 3 alínea j) ou os encargos de emissões de acções ou obrigações ou para efectuar o pagamento de um bónus a favor dos detentores de acções ou de obrigações a remir.

h) a remição é objecto de uma publicidade efectuada segundo os modos previstos pela legislação de cada Estado membro em conformidade com o artigo 3 da directiva 68/151/CEE.»

Este art. 39.º, que constava das propostas de Directiva, deve ter sido inspirado pela legislação inglesa, pois tem flagrantes semelhanças com o art. 58.º do Companies Act 1948, que traduzo:

«(1) Observado o preceituado neste artigo, uma companhia limitada por acções pode, se a isso estiver autorizada pelos seus estatutos (articles), emitir acções privilegiadas que são, ou à opção da companhia estão sujeitas a ser, remidas.

Contanto que –

(a) nenhuma dessas acções será remida senão por força de lucros da companhia que fora disso seriam disponíveis para dividendo ou por força do produto de uma nova emissão de acções efectuada com o propósito do resgate;

(b) nenhuma dessas acções será remida se não estiver inteiramente liberada;

(c) o prémio, se o houver, pagável na remição, tem de ser retirado dos lucros da companhia ou de uma conta da companhia para prémio de acções antes das acções serem remidas;

(d) quando quaisquer acções dessas forem remidas sem o serem por força duma nova emissão, deve ser transferida, dos lucros que de outra forma estariam disponíveis para dividendo, para um fundo de reserva, que se chamará «o fundo de reserva de remição do capital», uma importância igual ao valor nominal das acções remidas e os preceitos desta Lei relativos à redução do capital accionista duma companhia serão aplicáveis, excepto como este artigo providenciar, como se o fundo de reserva de remição do capital fosse capital liberado da sociedade.

(2) Observado o preceituado neste artigo, a remição de acções privilegiadas aqui tratadas pode ser efectuada nos termos e pela maneira que for estipulada nos estatutos da sociedade.

(3) A remissão de acções privilegiadas nos termos deste artigo por uma sociedade não será considerada como reduzindo o montante do capital accionista autorizado da sociedade.

(4) Quando em execução deste artigo uma sociedade remiu ou estiver para remir quaisquer acções privilegiadas, terá ela o poder de emitir acções até ao montante nominal das acções remíveis ou para ser remidas como se estas acções nunca tivessem sido emitidas, e em conformidade o capital accionista da sociedade não se considerará para os efeitos de quaisquer preceitos relativos a imposto de selo como aumentado pela emissão de acções em conformidade com este parágrafo:

Contando que, quando são emitidas novas acções antes da remissão das antigas

acções, as novas acções, pelo que respeita a imposto do selo, não se considerarão emitidas em conformidade com este parágrafo a não ser que as novas acções sejam emitidas dentro de um mês a contar da emissão das novas acções.

(5) O fundo de reserva de remição de capital pode, não obstante o disposto neste artigo, ser aplicado pela sociedade para o pagamento de acções não emitidas da sociedade a ser emitidas para membros da sociedade como acções gratuitas totalmente pagas».

A Directiva não impõe que as legislações nacionais permitam a emissão de acções remíveis; no caso de a legislação nacional o permitir terá de sujeitar a remição das acções pelo menos às condições prescritas na Directiva. O legislador nacional, onde ainda não sejam permitidas acções remíveis terá, pois, de decidir previamente se mantém o regime antigo ou se aproveita a oportunidade de adaptação à 2.^a Directiva para consagrar essa espécie de acções.

A doutrina inglesa (Palmer's Company Law, pág. 301) entende que estas acções são, do ponto de vista jurídico, verdadeiras acções e como tal são tratadas pela lei, mas do ponto de vista financeiro são um híbrido de acções e de obrigações, com características de ambas e mais próximas destas do que daquelas. Podem constituir uma forma interessante de financiamento duma sociedade e por isso entendo que o legislador português procederá acertadamente se colocar esse meio ao dispor dos interessados.

Como se viu, as *redeemable preference shares* inglesas começam por ser *preference shares*, isto é, devem ter um dos privilégios permitidos por lei; para acções ordinárias não é permitida a remição. A Directiva não se refere a esse aspecto, certamente por o considerar um dos pontos a decidir pelos Estados membros como pressuposto da admissão desta espécie de acções. Parece-me que no nosso direito deverá ser estabelecida a restrição inglesa.

Embora não o diga expressamente, a Directiva implicitamente aceita a regra do art. 58 (3). A remição destas acções não é considerada como redução do capital (na Directiva, do capital subscrito). Na verdade, o art. 39.^o da Directiva aparece a propósito da redução do capital de sociedades mas não contém a mínima referência a essa redução nem remete para qualquer das disposições que, por força dos artigos anteriores, são imperativas ou facultativas para os Estados membros em matéria de redução do capital.

Em quase todos os pontos o regime previsto no art. 39.^o da Directiva coincide com o regime inglês das *redeemable preference shares*, inclusivamente numa omissão importante. As acções remíveis podem ser remidas ou numa certa data ou à opção da sociedade, quer opção pura e isolada quer opção antes de certa data em que a reunião deva ser efectuada. Se a remição é deixada à opção da sociedade, os titulares manterão as acções enquanto a sociedade não as remir e não podem exigir que elas sejam remidas; se a remição dever ser efectuada em certa data e a sociedade não proceder a ela, não está indicado na lei o remédio de que os titulares possam dispor (em Inglaterra aventa-se, com muitas dúvidas, a liquidação judicial da sociedade).

A remição deverá ser autorizada pelos estatutos ou pelo acto constitutivo, *antes da subscrição das acções remíveis*; não é, pois, lícito converter em acções remíveis acções preferenciais já existentes.

As acções devem estar inteiramente liberadas e devem ser observadas as condições e as modalidades de remição que estiverem prescritas nos estatutos; na prática inglesa é normal os estatutos dispensarem a intervenção da assembleia, atribuindo ao conselho de administração competência para determinar a remição.

Os fundos necessários para a remição devem ser providenciados por uma de duas fontes: ou de somas que possam ser distribuídas aos accionistas como dividendos, nos

termos do art. 15 parágrafo 1 da Directiva ou de somas conseguidas por meio de uma emissão de acções propositadamente efectuada para a remição das outras acções.

A alínea e) da Directiva – que a alínea f) declara não se aplicar quando o financiamento da remição foi efectuado pelo produto duma nova emissão, nos termos acima referidos – manda constituir uma reserva que corresponde ao fundo de reserva de resgate de acções previsto na disposição inglesa. Voltando à doutrina inglesa, esta explica que o dito fundo não deve ser confundido com um *sinking fund* ou com um fundo de reserva constituído antes do resgate e destinado a acumular importâncias para financiar aquele. A letra do art. 58.º (1) (d), como a letra da alínea e) do art. 39.º da Directiva, é clara no sentido de esse fundo de reserva ser constituído *depois do resgate* das acções; ele destina-se a evitar um lucro meramente contabilístico, de que a sociedade pudesse aproveitar-se para efectuar distribuições aos accionistas e por isso a alínea e) insiste em que a distribuição dessa reserva aos accionistas não é lícita. Esta reserva só pode ser utilizada para incorporação no capital, ingressando, portanto, num regime que lhe fixa o destino impedindo a dita distribuição.

A alínea g) da Directiva – art. 58.º (1) (c) do Companies Act – prevê a possibilidade de a remição ser efectuada com um prémio ou bonus. Normalmente a remição tem como contrapartida uma importância igual ao valor nominal das acções remidas; os estatutos podem, contudo, criar um prémio, isto é uma importância a atribuir acima do valor nominal. A importância do prémio ou bônus pode ser retirada, segundo a Directiva, dos mesmos fundos disponíveis para distribuição aos accionistas acima referidos de uma reserva especial, a que o artigo inglês chama «company's share premium account». A alínea g) da Directiva estabelece para esta reserva um regime severo, que talvez não se justifique (além de esclarecer que esta reserva não pode ser a reserva mandada constituir pela alínea e), o que manifestamente era impossível, não só porque, pelo menos antes das primeiras remições, a reserva da alínea e) não existe, como sobretudo porque o destino desta está taxativamente fixado na mesma alínea). Tratando-se de uma reserva cuja constituição não é obrigatória (a importância dos prémios ou bônus pode sair dos fundos distribuíveis aos accionistas, se a reserva não tiver sido constituída), não é lógico que não possa ser distribuída aos accionista, se tiver chegado a ser constituída, ou que só possa ser utilizada para os fins previstos na alínea.

A última alínea do art. 39.º da Directiva sujeita a remição à publicidade normalmente exigida pela Directiva e da qual já falei várias vezes a outros propósitos.

A Directiva não contém preceito correspondente ao art. 58 (4) inglês, o qual, directamente ligado a um imposto local – imposto de selo nos aumentos de capital – tem interesse para um problema de princípio; ele torna possível que, remidas acções, seja feita nova emissão, do mesmo montante nominal, como se as acções remidas nunca tivessem sido emitidas. Parece que as legislações locais podem adoptar esse princípio, que não contraria nenhuma das regras impostas pela Directiva.

36 – ARTIGO 40.º – REQUISITOS DE CERTAS DELIBERAÇÕES

Dispõe o art. 40.º da 2.ª Directiva: «1. As legislações dos Estados membros dispõem que as decisões visadas no artigo 29 parágrafos 4 e 5, e nos artigos 30, 31, 35, e 38 requerem pelo menos uma maioria que não pode ser inferior a dois terços dos votos correspondentes quer aos títulos representados, quer ao capital subscrito representado.

2. Contudo, as legislações dos Estados membros podem prever que, quando a metade

pelo menos do capital subscrito está representada, uma maioria simples dos votos indicados no parágrafo 1 é suficiente».

Não existe preceito português que, para as sociedades anónimas, estabeleça quorum constitutivo ou deliberativo de assembleias ou deliberações previstas no art. 40.º da Directiva. É, contudo, frequente que os estatutos de sociedades anónimas contenham preceitos desse género.

Será, pois, necessário introduzir no nosso direito uma disposição que obedeça à Directiva, para as sociedades anónimas; para sociedade de outros tipos, não abrangidos pela Directiva, manter-se-ão as disposições legais vigentes.

Se a 2.ª Directiva se contenta com o quorum acima referido, não vejo motivo para que o legislador português seja mais exigente. Assim como o legislador nacional tem a faculdade de, por disposição legal, elevar o quorum exigido pela Directiva, assim também poderá permitir que os estatutos de sociedades anónimas requeiram quorum mais elevado.

Quanto à faculdade concedida pela Directiva no art. 40.º n.º 2, entendo que deve ser aproveitada pelo nosso legislador. Na verdade, esse n.º 2 prevê a presença ou representação de elevada percentagem do capital subscrito – metade, que considero elevada relativamente à prática das assembleias destas sociedade – e portanto justifica-se que seja exigida uma maioria de votos inferior, em percentagem, àquela que se aplica quando as presenças ou representações puderem ser inferiores à metade do capital subscrito. A propósito de disposição paralela a esta editada pela Terceira Directiva relativamente a deliberações de fusão de sociedades, pronunciei-me no sentido de que ela não seja importada para o direito português, mas por um motivo especial que não se verifica no caso do art. 40.º da 2.ª Directiva: haver no direito português uma disposição especial e satisfatória quanto ao quorum de deliberações sobre fusão (art. 7.º da 3.ª Directiva e art. 6.º do Decreto-Lei n.º 598/73).

Se entretanto não for modificado o art. 184.º do Código Comercial, colocar-se-á o problema da manutenção da exigência do quorum deliberativo quando a assembleia reuna em segunda convocação. Não entro agora na discussão do sentido daquele artigo do Código Comercial, interpretado por uns como referido apenas ao quorum constitutivo e por outros como abrangendo – e portanto dispensando-o em segunda convocação – o quorum deliberativo. O preceito a introduzir no direito português não pode abrir excepções para a segunda convocação de assembleias gerais, uma vez que a Directiva também não as abre.

37 – ARTIGO 41.º – DERROGAÇÕES PERMITIDAS AOS ESTADOS MEMBROS

Artigo 41.º: «1. Os Estados membros podem derrogar o artigo 9 parágrafo 1, o artigo 19 parágrafo 1, alínea a) primeira frase e alínea b), bem como os artigos 25, 26 e 29 na medida em que estas derrogações forem necessárias para a adopção ou para a aplicação de disposições que visem favorecer a participação dos trabalhadores ou doutras categorias de pessoas determinadas pela lei nacional no capital das empresas.

2. Os Estados membros podem deixar de aplicar o art. 19.º parágrafo 1 alínea a) primeira frase e os artigos 30, 31, 36, 37, 38 e 39 às sociedades submetidas a um estatuto especial que emitem ao mesmo tempo acções capital e acções de trabalho, estas últimas a favor da colectividade do pessoal que é representado nas assembleias gerais dos accionistas por mandatários dispoendo de direito de voto».

Começando pelo n.º 1 deste art. 41.º e invertendo, por comodidade de exposição, a ordem por que ele está redigido, as derrogações permitidas aos legisladores nacionais têm

um fim específico: favorecer ou a adopção ou a aplicação de disposições da lei nacional que visem favorecer a participação dos trabalhadores ou outras categorias de pessoas no capital das empresas. A propósito do n.º 2 do mesmo artigo direi alguma coisa sobre a forma de participação, por meio de acções no capital e/ou nos lucros das empresas.

As derrogações permitidas são: ao art. 9 parágrafo 1, que impõe a liberação inicial de 25 por cento do valor nominal das acções (a derrogação consistirá, portanto, em eliminar ou reduzir, para benefício das referidas pessoas, o montante da liberação inicial); ao art. 19, parágrafo 1, alínea a) primeira frase, a qual exige que a autorização de aquisições próprias seja concedida pela assembleia geral, com certo conteúdo (a derrogação, em benefício das referidas pessoas, consistirá em dispensar a autorização da assembleia geral ou em alterar o conteúdo necessário da deliberação); ao mesmo artigo e número, alínea b), que fixa em 10 por cento do capital subscrito o valor nominal máximo das acções próprias (a derrogação consistirá em aumentar a percentagem lícita); ao artigo 25, que estabelece requisitos do aumento de capital (a derrogação para benefício das ditas pessoas pode incidir sobre qualquer dos pontos versados nesse artigo, como por exemplo, aumentar a competência do conselho de administração para aumentos de capital com os referidos fins); art. 26, em paralelo com o art. 9; art. 29.º, que estabelece e regula o direito de preferência dos accionistas (que, em benefício das citadas pessoas, poderá ser sacrificado).

Pondo agora de lado casos em que aos trabalhadores uma empresa são atribuídas participações aos lucros e esses seus direitos sejam consignados em títulos que, seja qual for o nome com que se designam não são verdadeiras acções, encontram-se casos em que aos trabalhadores são atribuídas acções de capital da sociedade, em tudo semelhantes às acções de que outras pessoas sejam titulares (e relativamente aos quais a especialidade consiste não nelas mesmas, mas nos processos utilizados para facilitar a sua aquisição pelos trabalhadores) e casos em que as acções de capital atribuídas a trabalhadores podem estar sujeitas a um regime especial. Assim, o art. 2349.º Codice Civile italiano dispõe que «No caso de atribuição extraordinária de lucros aos prestadores de trabalho dependentes da sociedade, podem ser emitidas por um montante correspondente aos mesmos lucros, especiais categorias de acções individualmente atribuíveis aos prestadores de trabalho, com normas particulares relativas à forma, ao modo de transmissão e aos direitos pertencentes aos accionistas. O capital social deve ser aumentado na medida correspondente». Pelo facto de serem emitidas acções com base no art. 2349.º, a sociedade não fica sujeita a um regime especial; as acções são de capital, liberam-se por meio dos lucros que extraordinariamente seriam atribuídos aos trabalhadores e formam uma ou mais categorias especiais.

Diferente é o caso previsto no art. 41.º n.º 2 da Directiva: uma sociedade sujeita a um estatuto especial que emita aos mesmo tempo acções de capital e acções de trabalho, estas últimas a favor da colectividade do pessoal que é representado nas assembleias gerais por mandatários que dispõem de direito de voto.

Os redactores do art. 41.º n.º 2 devem ter tido em vista as sociedades com participação operária, criadas em França por uma lei de 26 de Abril de 1917, a qual acrescentou para esse efeito um título VI à lei de 24 de Julho de 1867. Como a Lei sobre sociedades comerciais de 24 de Julho de 1966, art. 505 especificou os Títulos da Lei de 1867 que revogou e não incluiu na lista o Título VI, este mantem-se em vigor, o que é confirmado por uma lei de 9 de Janeiro de 1969, que, a propósito dos administradores de sociedades anónimas, refere as sociedades com participação operária. As sociedades com participação operária assumem necessariamente a forma de sociedades anónimas e nelas há simultaneamente acções de capital e acções de trabalho. O número destas últimas é fixado pelos estatutos e elas devem ser nominativas, mas não são pertença individual dos trabalhadores; elas são

propriedade colectiva do pessoal assalariado, reunido para o efeito numa sociedade comercial cooperativa de mão-de-obra (a qual, segundo a doutrina não é realmente nem comercial nem cooperativa). Esta sociedade tem as suas assembleias gerais próprias, para escolher os seus representantes e para distribuir os seus dividendos.

A sociedade cooperativa faz-se representar nas assembleias gerais da sociedade com participação operária por meio de mandatários eleitos; a lei regula o número de votos correspondentes às acções de trabalho e o exercício destes pelos mandatários eleitos. Também no Conselho de administração da sociedade com participação operária pode a sociedade cooperativa ter um ou mais representantes.

Quanto aos direitos patrimoniais, as acções de trabalho sofrem a redução dum dividendo prioritário atribuído às acções de capital e da prévia amortização destas, no caso de liquidação da sociedade.

Para uma sociedade dotada deste regime especial ou fundamentalmente semelhante, o art. 41.º n.º 2 da Directiva permite que o legislador nacional deixe de mandar aplicar: o art. 19.º parágrafo 1 alínea a) primeira frase, acima referido; os arts. 30.º e 31.º, relativos à forma da redução do capital, e os arts. 36.º a 39.º, relativos a certas formas de redução do capital.

38 – ARTIGO 42.º – IGUALDADE DE TRATAMENTO DOS ACCIONISTAS

Art. 42.º da Directiva: «Para a aplicação da presente directiva, as legislações dos Estados membros garantem um tratamento igual dos accionistas que se encontrem em situações idênticas».

Deparamos acima vários preceitos inspirados pelo princípio da igualdade dos accionistas. O art. 42.º reforça este princípio ordenando á9s Estados membros que cuidem do seu respeito ao elaborarem as leis nacionais que hajam de proceder à aplicação da Directiva.

Sendo dispensáveis anotações ao princípio em si mesmo e só podendo a sua apreciação concreta ser feita perante os preceitos que os legisladores nacionais venham a editar para aplicação da Directiva, nada mais tenho agora a dizer sobre o art. 42.º.

39 – ARTIGOS 43.º E 44.º – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 43.º – «1. Os Estados membros põem em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para se conformar à presente directiva no prazo de dois anos a contar da sua notificação. Eles informam imediatamente a Comissão.

2. Os Estados membros podem deixar de aplicar o artigo 3 alíneas g), i), j) e k) às sociedades já existentes no momento da entrada em vigor das disposições visadas no parágrafo 1.

Eles podem prever que as outras disposições da presente directiva não se apliquem a estas sociedades senão dezoito meses depois desta data.

Contudo, este prazo pode ser de três anos para os artigos 6 e 9 e de cinco anos para as unregistered companies do Reino-Unido e da Irlanda.

3. Os Estados membros cuidam de comunicar à Comissão o texto das disposições essenciais que adoptem no domínio regido pela presente directiva.

Art. 44.º – Os Estados membros são destinatários da presente directiva».

Quanto aos n.ºs 1 e 3 do art. 43.º e para o art. 44.º, remeto para o estudo já publicado

sobre a Aplicação da Primeira Directiva, pois aqueles preceitos coincidem com parte dos arts. 13.º e 14.º desta.

O n.º 2 do art. 43.º ocupa-se da aplicação das leis locais que vierem a dar cumprimento à Segunda Directiva, às sociedades já existentes no momento em que tais leis entrem em vigor e dele se deduz que, salvo uma pequena excepção, todos os preceitos da Directiva virão, por intermédio das legislações nacionais, a ser aplicados a essas sociedades.

A aplicação da Directiva (por comodidade, uso esta expressão sintética) às sociedades que se constituam depois da entrada em vigor das respectivas leis não comporta especiais dificuldades; estará apenas em causa a bondade dos próprios preceitos mandados aplicar.

A aplicação da Directiva às sociedades já existentes (outra expressão que uso por comodidade) é, receio bem, recheada de dificuldades e deve ser cuidadosamente estudada pelo legislador português, se quiser evitar que as sociedades existentes se transformem num pandemónio, indesejável nacional e internacional. O alargamento dos prazos de aplicação, de dois anos para 3 anos e meio ou cinco anos, nalguns casos, ou os prazos que especialmente vierem a ser fixados para Portugal, não resolvem o problema.

Dou um exemplo. Se o art. 6.º da Directiva for transposto – e terá que o ser – para a legislação portuguesa – e for mandado aplicar às sociedades existentes, muitas destas terão capital inferior ao mínimo que vier a ser estabelecido. Qual será o destino dessas sociedades? Parece excluído que a nova lei *ordene* aos accionistas dessas sociedades que aumentem o capital até ao mínimo legal; mesmo a lei não deve forçar os accionistas a exceder os limites da responsabilidade que assumiram ao constituir a sociedade. Pode o legislador *induzir* os accionistas a aumentar o capital até àquele mínimo, acenando com desagradáveis consequências, se não fizerem, mas essa coacção tem de ser eficaz para ser conseguido o objectivo da Directiva: a partir de certa data só existirem sociedades anónimas que tenham esse capital mínimo; para o efeito, a única providência eficaz é a dissolução da sociedade.

Suponho que nesta matéria não se poderá proceder muito diferentemente, do que fez a lei alemã de 13 de Dezembro de 1978, ao modificar o § 2 da Lei introdutória da AktG de 1965. A disposição principal consiste em declarar dissolvidas no dia 16 de Dezembro de 1981 aquelas sociedade que nessa data não tiverem o capital de 100 000 DM; para além disso, aparecem algumas facilidades: evitar a dissolução da sociedade se, antes daquela data, já tiver havido uma deliberação de aumento de capital para o mínimo legal ou de transformação da sociedade e o registo dela já tiver sido pedido; permitir que mais tarde a sociedade dissolvida regresse a actividade, se assim o deliberar nos termos gerais e simultaneamente aumentar o capital para o mínimo legal.

Talvez se possa pensar em mais alguma facilidade, como por exemplo, alargar os prazos que a legislação venha a estabelecer para a liberação das acções por entradas em dinheiro (ponto sobre o qual a Directiva é omissa); isentar de imposto de mais valias o aumento de capital por incorporação de reservas.

A maior dificuldade encontra-se, a meu ver, naqueles preceitos da Directiva que se reportam à constituição da sociedade e cuja aplicação não deve, a meu ver, causar uma «re-constituição» das sociedades. É para mim absurdo que, num sistema jurídico que dispensou – bem ou mal – até hoje a verificação das entradas em espécie por peritos independentes, a nova lei mandasse proceder retroactivamente a essa verificação, mesmo apenas nos casos em que isso ainda seria fisicamente possível. Ou que se fosse retroactivamente investigar se houve casos de *Nachgründung*, etc.

Em resumo, sugiro que o legislador não aplique a Directiva a factos – começando pela constituição da sociedade – ocorridos no domínio da legislação anterior; estatutos deverão

ser modificados, para efeitos futuros, de harmonia com as prescrições da Directiva; os novos preceitos aplicar-se-ão a todos os factos futuros que venham a ocorrer em sociedades existentes.

40 – SUGESTÕES DE ALTERAÇÕES DO DIREITO PORTUGUÊS

Apresento em seguida as minhas sugestão para a adaptação do direito português aos preceitos da Segunda Directiva, com as reservas que já formulei a propósito de idêntico trabalho quanto à Primeira Directiva.

A ordem dos artigos acompanha a ordem dos artigos da Directiva: Se um dia os preceitos agora sugeridos vierem a ser incluídos ou em leis velhas ou em leis novas, a sua redacção terá de sofrer as necessárias correcções. Eu fico satisfeito se da substância alguma coisa for aproveitável e aproveitada.

Artigo introdutório

1. O disposto no presente diploma não é aplicável às sociedades de investimentos e às sociedades cooperativas que se tenham constituído na forma de sociedades anónimas de responsabilidade limitada.

2. O disposto no presente diploma é aplicável às sociedades em comandita por acções, quando tal não seja contrário às especialidades destas.

Artigo A (Corresp. arts 2 e 3 Dir.)

(Possivelmente, nova redacção do art. 114.º § 2 Cod. Com.)

No título constitutivo das sociedades anónimas e das sociedades ex comandita por acções especificar-se-á mais:

- a) A importância do capital social e os bens com que os accionistas entram para a sua realização;
- b) O valor nominal e o número das acções;
- c) As condições particulares, se as houver, a que fica sujeita a transmissão das acções;
- d) As categorias de acções que porventura sejam criadas, com indicação expressa do seu número e dos direitos atribuídos a cada categoria;
- e) Se as acções são nominativas ou ao portador, se são reciprocamente convertíveis ou não e, se disso for caso, as condições a que a conversão deve obedecer;
- f) O montante do capital realizado e os prazos de realização do capital subscrito ainda não realizado;
- g) O montante, pelo menos aproximado, de todas as despesas que a sociedade suporte, por motivo da sua constituição;
- h) qualquer vantagem particular atribuída a qualquer pessoa que tenha participado na constituição da sociedade.

Artigo B (Corresp. art. 4 Dir.)

1. Por cada negócio realizado em nome de uma sociedade anónima antes de registada a sua constituição, respondem ilimitada e solidariamente todos os que nele tenham agido em representação da sociedade, bem como aqueles dos fundadores que tal negócio tenham autorizado ou aprovado, expressa ou tacitamente, e ainda aqueles outros que tenham beneficiado conscientemente dos seus resultados.

2. Se, porém, os fundadores provarem que os referidos negócios foram realizados em seu nome e com o seu acordo, considera-se existente entre eles, pelo que respeita às relações com terceiros, uma sociedade civil.

3. No caso do número anterior, os fundadores que não participarem directamente nas referidas operações só serão considerados sócios de responsabilidade limitada, se provarem que os credores, ao tempo da conclusão dos respectivos contratos, conheciam a sua intenção de apenas responder até à concorrência do valor das respectivas entradas.

4. Se os negócios jurídicos mencionados no n.º 2 forem celebrados por um não sócio, só os fundadores respondem, sem que lhes aproveite a limitação da responsabilidade prevista no número anterior.

5. Cessa o disposto nos números precedentes se os negócios forem expressamente condicionados ao registo da sociedade e à assunção por esta dos respectivos efeitos.

Artigo C (Corresp. art. 5 Dir.)

1. Uma sociedade anónima que se encontre reduzida a um único sócio ou cujos sócios não atinjam o número de dez pode ser dissolvida, com esse fundamento, pelo único sócio ou por deliberação aprovada pela maioria dos sócios restantes.

2. Uma sociedade anónima que se encontre nas condições previstas no número anterior há mais de um ano pode ser dissolvida judicialmente se qualquer interessado o requerer.

3. Requerida a dissolução judicial, o tribunal concederá um prazo razoável, não superior a seis meses, a fim de a situação seja regularizada, suspendendo-se entretanto os termos da causa; serão ao mesmo tempo decretadas as providências cautelares que se mostrarem adequadas para garantir a conservação do património social durante aquele prazo, se o autor as tiver requerido.

4. Em caso de redução a um único sócio, observar-se-á ainda o seguinte:

a) Efectuada a dissolução, a sociedade entrará em liquidação, nos termos estabelecidos neste Código; a liquidação poderá, contudo, ser feita por transmissão universal do património da sociedade para o único sócio, se isso for autorizado pelo tribunal, depois de todos os credores sociais terem sido notificados para se oporem e de terem sido satisfeitos ou caucionados os créditos dos opoentes.

b) Verificada a insolvência da sociedade, antes ou depois da dissolução, o accionista único responde ilimitadamente pelas obrigações sociais, contraídas no período posterior à concentração das acções, contanto que se prove que neste período não foram observados os preceitos de lei que estabelecem a afectação do património da sociedade ao cumprimento das respectivas obrigações.

Artigo D (Corresp. art. 6 Dir.)

A sociedade anónima não pode ser constituída com um capital inferior a... nem posteriormente o seu capital pode ser reduzido a importância inferior a essa.

Artigo E (Corresp. art. 7 Dir.)

(Possivelmente, alteração do art. 118.º Cod. Com.)

O capital a que se refere o n.º 1 deste artigo pode consistir em dinheiro ou em outros bens susceptíveis de avaliação económica.

Nas sociedades anónimas em commandita por acções, as entradas de sócio não podem consistir em prestações de trabalho ou de serviços.

Artigo F (Corresp. art. 8 Dir.)

1. As acções não podem ser emitidas por um valor inferior ao seu valor nominal.
2. O disposto no número anterior não impede que no valor de uma emissão de acções sejam descontadas as despesas de colocação firme por uma instituição de crédito ou outra equiparada para esse efeito.

Artigo G (Corresp. art. 9 Dir.) (Possivelmente, nova redacção do art. 162.º Cod. Com.)

...

3.ª Terem os subscritores pago, pela forma prescrita no § 4.º deste artigo, vinte e cinco por cento da importância das suas subscrições em dinheiro ou terem transferido para a sociedade, o mais tardar no acto de constituição desta, ou vinte e cinco por cento da quantidade dos bens com que contribuam para sociedade, caso se trate de coisas homogéneas que permitam essa divisão, ou, quanto a outras coisas, a totalidade dos bens que constituam as suas entradas.

§ 4 – As importâncias em dinheiro cujo pagamento não possa ser diferido nos termos da condição 3 deste artigo, devem ser depositadas na Caixa Geral de Depósitos à ordem da administração da sociedade, com expressa declaração da quantia subscrita por cada associado. Este depósito só poderá ser levantado pela respectiva administração depois do registo definitivo da escritura da sociedade; não se tendo esta constituído definitivamente nos termos do §6 do art. 164.º, poderá cada um dos subscritores, justificando este facto, levantar a sua entrada.

§ 5 – Se as acções forem emitidas por um valor superior ao nominal, o excesso será pago e depositado nos termos do § 4 deste artigo.

§ 6 – A liberação das acções, na parte em que possa ser diferida, deve ser efectuada no máximo de cinco anos.

Artigo H (Corresp. art. 10 Dir.)

1. As entradas consistentes em bens diferentes de dinheiro devem ser objecto de um relatório elaborado por um revisor oficial de contas independente da sociedade.

2. O revisor oficial de contas que tenha elaborado um relatório exigido pelo n.º 1 deste artigo não pode durante dois anos exercer quaisquer cargos ou funções profissionais na mesma sociedade ou em sociedades dominantes ou dependentes desta.

3. O relatório do revisor oficial de contas deve, pelo menos,

- a) descrever os bens;
- b) identificar os seus titulares;
- c) avaliar os bens;
- d) expor os critérios utilizados para a avaliação;
- e) declarar se os valores dos bens são ou não iguais ou superiores à soma dos valores nominais das acções subscritas ou a subscrever pelos seus titulares e ainda do prémio de emissão, se o houver.

4. O relatório deve reportar-se a uma data não anterior em noventa dias à data da constituição da sociedade ou da deliberação de aumento de capital, mas o seu autor deve

avisar os fundadores ou os administradores da sociedade de alterações relevantes de valores ocorridos durante aquele período e de que tenha ou deva ter conhecimento.

5. O relatório do revisor oficial de contas deve ser posto à disposição dos fundadores ou sócios da sociedade pelo menos quinze dias antes da constituição desta ou da deliberação de aumento de capital.

6. O relatório do revisor oficial de contas faz parte integrante da documentação sujeita às formalidades de publicidade prescritas por este Código.

Artigo I (Corresp. art. 11 Dir.)

1. A aquisição por uma sociedade anónima de bens destinados a conservação no património social deve ser previamente aprovada por deliberação da assembleia geral, desde que:

a) seja efectuada, directamente ou por interposta pessoa, a um fundador da sociedade;

b) o contra-valor dos bens adquiridos à mesma pessoa durante o período referido na alínea seguinte exceda um décimo do capital social no momento do contrato;

c) o contrato donde resultará a aquisição seja celebrado nos dois anos seguintes à data da escritura de constituição da sociedade.

2. Exceptuam-se do disposto no número anterior as aquisições feitas em bolsa, em processo judicial executivo ou sob a fiscalização de autoridade administrativa ou judicial.

3. A deliberação da assembleia geral referida no n.º 1 deve ser precedida de verificação do valor dos bens nos termos do artigo H e será registada e publicada.

4. Os contratos donde procedam as aquisições previstas no n.º 1 devem ser reduzidos a escrito, sob pena de nulidade absoluta.

5. Os contratos celebrados antes da constituição da sociedade pelos quais esta fique obrigada a adquirir bens abrangidos pelo n.º 1, ficam sujeitos ao disposto nos números anteriores.

5. A aquisição de bens, nas circunstâncias previstas pelo n.º 1, exceptuada a alínea c), se resultar de contrato celebrado antes da constituição da sociedade, fica sujeita ao regime estabelecido neste artigo; a deliberação da assembleia geral condiciona o cumprimento do contrato, o qual se considera resolvido se não for aprovado pela assembleia.

Artigo J (Corresp. art. 12.º Dir.)

São absolutamente nulos as deliberações da assembleia geral e os actos da administração que, total ou parcialmente, isentem os accionistas da obrigação de efectuar as entradas estipuladas.

Artigo L (Corresp. art. 15.º Dir.)

1. Salvos os casos de distribuição antecipada de dividendos e outros expressamente previstos na lei, nenhuma distribuição de bens sociais, ainda que a título de distribuição de lucros de exercício ou de reservas, pode ser feita aos accionistas sem ter sido deliberada pela assembleia geral.

2. As deliberações da assembleia geral referidas no número anterior não devem ser cumpridas pelos administradores se estes tiverem razões para crer:

a) que alterações entretanto ocorridas no património social tornariam a distribuição ilícita nos termos do artigo M;

b) que a deliberação da assembleia sobre a distribuição aos accionistas viola o preceituado nos artigos *M* e *N*;

c) que a deliberação de distribuição de lucros de exercício ou de reservas se baseou em conta da sociedade que, embora aprovados pela assembleia geral, enfermam de vícios que, uma vez corrigidos, as alterariam de modo que não seria lícito, nos termos dos artigos *M* e *N*, deliberar a distribuição.

3. Os administradores que, por força do disposto no número anterior, tenham resolvido não efectuar distribuições deliberadas pela assembleia geral, devem, nos oito dias seguintes à resolução tomada, requerer em nome da sociedade, inquérito judicial, caso entretanto não tenha sido citada a sociedade para a acção de invalidade da deliberação, cuja causa de pedir coincida com os motivos da dita resolução.

4. Ao inquérito judicial previsto no número anterior são aplicáveis os arts. 1480.º e 1481.º do Código de Processo Civil.

Artigo *M* (Corresp. art. 15 Dir.)

1. Sem prejuízo do preceituado quanto à redução do capital da sociedade e à partilha de bens em liquidação desta, a nenhum título podem ser aos accionistas bens sociais, quando o activo líquido da sociedade, tal como resulta das contas elaboradas e aprovadas nos termos legais, seja inferior à soma do capital (com a eventual diminuição prevista no n.º 3 deste artigo) e das reservas que a lei ou os estatutos não permitam distribuir aos accionistas.

2. A proibição constante do número anterior é aplicável também na medida em que inferioridade do activo líquido resulte da distribuição encarada.

3. Para o efeito do n.º 1 deste artigo, só será considerado o capital que esteja realizado ou contabilizado no activo do balanço como crédito contra os accionistas ou, embora não esteja assim contabilizado, os respectivos créditos já sejam exigíveis aos accionistas devedores.

Artigo *N* (Corresp. art. 15 Dir.)

1. Não são distribuíveis aos accionistas os lucros de exercício que sejam necessários para cobrir perdas acumuladas ou para formar ou reconstituir reservas impostas pela lei ou pelos estatutos.

2. Não são distribuíveis aos accionistas, embora a sua natureza o permitisse, enquanto no balanço figurarem perdas acumuladas e não estiverem formadas ou reconstituídas as reservas impostas pela lei ou pelos estatutos.

3. As reservas cuja existência e cujo montante não figurem expressamente no balanço não podem ser utilizadas para distribuição aos accionistas.

4. Devem ser expressamente mencionadas as reservas distribuídas, no todo ou em parte, quer isoladamente quer juntamente com dividendos.

Artigo *O* (Corresp. art. 15 Dir.)

1. Sem prejuízo do disposto no Código de Processo Civil sobre o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais, a partir da citação da sociedade para a acção de invalidade de deliberação de aprovação do balanço ou da distribuição de lucros de exercício ou de reservas, não podem os administradores efectuar o pagamento de dividendos ou a repartição de reservas.

2. Os autores da acção prevista no número anterior, no caso de improcedência desta, serão solidariamente responsáveis pelos prejuízos que a demora daqueles pagamentos ou repartições tenham causado aos outros accionistas.

Artigo P (Corresp. art. 15 Dir.)

1. Os estatutos duma sociedade podem autorizar que, no decurso de um exercício, sejam distribuídos aos accionistas dividendos, desde que sejam observadas pelo menos as condições seguintes:

a) o conselho de administração, com o parecer favorável do conselho fiscal, resolve a distribuição do dividendo;

b) a resolução do conselho de administração deve ser precedida de um balanço intercalar, elaborado com a antecedência máxima de quinze dias e confirmado por um revisor de contas, que demonstre a existência nessa altura de importâncias disponíveis para distribuição aos accionistas, de harmonia com os arts. M e N, tomando-se os resultados realizados durante a parte já decorrida do exercício em que a distribuição é efectuada.

c) só pode ser efectuada uma distribuição no decurso de cada exercício e sempre na segunda metade deste;

d) o montante a distribuir não pode exceder metade dos fundos disponíveis referidos na alínea b).

2. As distribuições, durante o exercício, de reservas constituídas em exercícios anteriores, quer tenham quer não tenham essa distribuição como fim específico, e bem assim as distribuições baseadas em resultados do exercício antecedente ainda não aprovados e distribuídos nos termos da lei, ficam sujeitas aos pressupostos e limitações precritos nas alíneas a), b) e d) do número anterior.

3. Caso os estatutos sejam alterados para nelas ser concedida a autorização prevista no n.º 1 deste artigo, a primeira distribuição só pode ser efectuada no segundo exercício seguinte àquele em que ocorreu a alteração estatutária.

4. (transitório). Na aplicação deste artigo às sociedades constituídas antes da sua entrada em vigor, é dispensada a autorização estatutária.

Artigo Q (Corresp. art. 16 Dir.)

1. Os accionistas devem restituir à sociedade as importâncias que dela tenham recebido com violação do disposto na lei, mas os accionistas ou as pessoas a quem estes tenham separadamente transmitido esse direito, que tenham recebido da sociedade, a título de juros, dividendos ou reservas, importâncias cuja distribuição não era permitida pela lei, designadamente pelos arts. M, N e P, só são obrigados à restituição se conhecessem a irregularidade da distribuição ou, tendo em conta as circunstâncias, não devesse ignorá-la.

2. Cabe à sociedade ou aos credores sociais referidos no n.º 3 o ónus de provar o conhecimento ou dever de conhecimento da irregularidade.

3. Os credores sociais podem propor acção para restituição à sociedade das importâncias referidas nos números anteriores, nos mesmos termos em que lhes é conferida acção contra os administradores.

4. Ao recebimento previsto nos números anteriores é equiparado qualquer facto que faça o património das referidas pessoas beneficiar dos valores indevidamente atribuídos.

Artigo R (Corresp. art. 17 Dir.)

1. Os administradores duma sociedade que verifiquem, pelas contas de exercício, estar perdida metade do capital social, devem, na assembleia geral ordinária ou em assembleia geral extraordinária convocada para data não ulterior a sessenta dias contados da Assembleia ordinária ou, se esta não se tiver efectuado, do fim do prazo legal para a reunião dessa assembleia, propor que a sociedade seja dissolvida ou o capital seja reduzido, em qualquer dos casos com ressalva de os sócios poderem, querendo, efectuar, nos sessenta dias seguintes à deliberação tomada, entradas que mantenham pelo menos em dois terços a cobertura do capital.

2. Não tendo os administradores cumprido o disposto no número anterior ou não tendo a assembleia tomado alguma das deliberações ali previstas, pode qualquer sócio ou credor requerer ao tribunal que a sociedade seja dissolvida, sem prejuízo de, até à sentença, os sócios poderem efectuar as entradas previstas no número anterior.

Artigo S

(Até ao artigo AE, corresp. arts. 18 a 24 Dir.)

1. Uma sociedade não pode subscrever acções próprias; por outra forma, uma sociedade só pode adquirir e deter acções próprias nos casos e nas condições previstos nos números e artigos seguintes.

2. Uma sociedade não pode encarregar outrém de, em nome deste mas por conta da sociedade, subscrever ou por outra forma adquirir acções dela.

3. As acções subscritas ou adquiridas em violação do disposto no número anterior consideram-se para todos os efeitos, incluindo a liberação das acções, como pertencentes à pessoa que as subscreveu ou adquiriu.

4. A sociedade não pode renunciar ao reembolso das importâncias que tenha adiantado a alguém para o fim mencionado no n.º 2, nem deixar de proceder com toda a diligência para que tal reembolso se efective.

5. Sem prejuízo da sua responsabilidade, nos termos gerais, os administradores intervenientes nas operações proibidas pelo n.º 2 são pessoal e solidariamente responsáveis pela liberação das acções.

6. São nulos os actos pelos quais uma sociedade adquira as acções referidas nos n.ºs 2 e seguintes às pessoas também mencionadas nesses números, excepto em execução do crédito previsto no n.º 4 e caso o devedor não tenha outros bens suficientes.

7. Os estatutos podem proibir totalmente a aquisição de acções próprias ou reduzir os casos em que ela é permitida por lei.

Artigo T

1. Salvo o disposto nos números seguintes e noutros preceitos legais, uma sociedade não pode, em regra, adquirir e deter acções próprias representativas de mais de 10 por cento do seu capital.

2. Uma sociedade pode adquirir acções próprias que ultrapassem o montante estabelecido no número anterior, quando:

- a) a aquisição resulte do cumprimento pela sociedade de disposições imperativas da lei ou do exercício de faculdade que a lei conceda para protecção de accionistas minoritárias ou dissidentes;
- b) a aquisição vise executar uma deliberação de redução de capital;
- c) seja adquirido um património, a título universal;
- d) a aquisição seja feita a título gratuito;
- e) a aquisição seja feita em processo executivo para cobrança de dívidas de terceiros ou por transacção em acção declarativa proposta para o mesmo fim;
- f) a aquisição decorra de processo estabelecido na lei ou nos estatutos para a falta de liberação de acções pelos seus subscritores.

Artigo U

1. A sociedade só pode adquirir acções inteiramente liberadas, excepto nos casos das alíneas b), c), d) e f) do artigo T n.º 2.
2. As aquisições que violem o disposto no número anterior são nulas.
3. Para adquirir acções próprias, uma sociedade só pode empregar importâncias que, nos termos dos artigos M e N, poderão ser distribuídos aos sócios.

Artigo V

1. A aquisição de acções próprias depende, em regra, de deliberação da assembleia geral, da qual obrigatoriamente devem constar:
 - a) o número máximo e, se o houver, o número mínimo de acções a adquirir;
 - b) o tempo, não excedente a 18 meses, durante o qual a aquisição pode ser efectuada;
 - c) as pessoas a quem as acções devem ser adquiridas, quando a deliberação não ordenar que elas sejam adquiridas na Bolsa, e seja lícita a aquisição a accionista determinados;
 - d) os contra-valores mínimos e máximos, nas aquisições a título oneroso.
2. Os administradores não podem executar ou continuar a executar deliberações da assembleia geral se, no momento da aquisição das acções, não se verificarem os requisitos exigidos pelo art. T n.º 1, art. U n.ºs 1 e 3.
3. A aquisição de acções próprias pode ser resolvida pelo conselho de administração apenas se, por meio dela, for evitado um prejuízo grave e eminente da sociedade, o qual se presume nos casos das alíneas a) e e) do art. T n.º 2.
4. Efectuadas aquisições nos termos do número anterior, devem os administradores, na primeira assembleia geral seguinte, expor os motivos e as condições das operações efectuadas.

Artigo X

1. A alienação de acções próprias depende, em regra, de deliberação da assembleia geral, da qual obrigatoriamente devem constar:
 - a) o número mínimo e, se o houver, o número máximo de acções a alienar;
 - b) o tempo, não excedente a 18 meses, durante o qual a alienação pode ser efectuada;
 - c) as modalidades das alienações;

- d) o preço ou outra contrapartida das alienações a título oneroso.
2. A alienação de acções próprias só pode ser resolvida pelo conselho de administração se for imposta por lei.
3. No caso do número anterior, devem os administradores, na primeira assembleia geral seguinte, expor os motivos e todas as condições da operação efectuada.

Artigo Z

As aquisições e as alienações de acções próprias devem respeitar o princípio do igual tratamento dos accionistas, salvo quando a natureza do caso, tal como figurado na lei, o impeça.

Artigo AA

1. Uma sociedade não pode efectuar empréstimos ou por qualquer forma fornecer fundos ou prestar garantias para que um terceiro subscreva ou por outro modo adquira acções daquela.
2. Os contratos ou actos unilaterais da sociedade que violem o disposto no número anterior são nulos.
3. É aplicável o disposto nos n.ºs 4, 5, e 6 do artigo S.
4. Uma sociedade não pode adquirir acções próprias por conta de terceiros, mas pode adquirir acções próprias destinadas a distribuição ao seu pessoal ou a pessoal de sociedades coligadas, devendo a distribuição ser feita no ano seguinte à aquisição.

Artigo AB

1. Sem prejuízo de outros prazos ou destinos expressamente estabelecidos na lei, a sociedade não pode deter por mais de três anos um excesso de acções, embora licitamente adquiridas, relativamente ao montante fixado no art. T n.º 1.
2. As acções ilicitamente adquiridas pela sociedade devem ser alienadas pela sociedade dentro do ano seguinte à aquisição, quando a lei não declarar esta nula.
3. Não tendo sido oportunamente efectuadas as alienações previstas nos números anteriores, as acções que devessem ser alienadas são anuladas ipso iure; relativamente a acções licitamente adquiridas, a anulação recai sobre as mais recentemente adquiridas.
5. Se por efeito da anulação de acções o activo líquido ficar inferior ao mínimo estabelecido no art. , o conselho de administração fará comprovar esse facto por um perito independente e outorgará a escritura de redução do capital.
5. Os administradores são responsáveis, nos termos gerais, pelos prejuízos sofridos pela sociedade ou seus credores por causa da aquisição ilícita de acções e pela anulação de acções prescrita neste artigo.

Artigo AC

1. Enquanto as acções pertencerem à sociedade, devem:
 - a) considerar-se suspensos todos os direitos inerentes às acções, excepto o de o seu

titular receber novas acções no caso de aumento de capital por incorporação de reservas;

b) ser contabilizada no passivo do balanço uma reserva indisponível de montante igual àquele por que elas tiverem sido contabilizadas no activo.

2. No relatório anual do conselho de administração devem ser claramente indicados:

a) razão, montante absoluto e relativo ao capital social e desembolso da sociedade quanto à aquisições de acções próprias efectuadas durante o exercício;

b) razão, montante absoluto e relativo ao capital social e embolsos da sociedade por alienações de acções próprias efectuadas durante o exercício;

c) montante absoluto e percentagem relativamente ao capital social das acções próprias da sociedade no fim do exercício.

Artigo AD

1. As acções próprias que uma sociedade receba em penhor ou caução são contadas para o montante estabelecido no art. T n.º 1, exceptuadas aquelas que se destinarem a caucionar responsabilidades pelo exercício de cargos sociais.

2. Os administradores que aceitarem acções próprias da sociedade em penhor ou caução, quer esteja quer não esteja excedido o montante estabelecido pelo art. T n.º 1, são responsáveis, conforme o disposto no art. AB n.º 5, se as acções vierem a ser adquiridas pela sociedade.

Artigo AE

O disposto nos artigos AA e AD não é aplicável a acções de bancos ou outros estabelecimentos financeiros, quando as operações ali referidas se enquadrem nos negócios correntes daqueles.

Artigo AF

(Corresp. art. 25.º n.º 1 Dir.)

1. Salvo o disposto no artigo seguinte, o capital só pode ser aumentado por deliberação da assembleia geral.

2. A convocatória da assembleia deve especificar se o aumento de capital será efectuado por incorporação de reservas ou por entrada de bens e, em qualquer dos casos, qual o aumento previsto.

3. Na convocatória será ainda especificado:

a) em aumento de capital por incorporação de reservas, quais as reservas a utilizar para esse efeito;

b) nos outros casos, que a natureza dos bens com que o capital será aumentado.

4. Não pode ser deliberado um aumento de capital por entrada de bens antes de estar integralmente liberado um anterior aumento de capital ou, pelo menos, sem todos os accionistas remissões terem sido colocados sem mora, nos termos legais.

5. O conselho de administração tem competência para fixar as formalidades da subscrição dos aumentos de capital deliberados.

Artigo AG

(Corresp. a art. 25.º n.º 2 da Directiva)

1. Os estatutos da sociedade podem autorizar o conselho de administração a aumentar o capital, por entradas em dinheiro.

2. Os estatutos estabelecerão as condições que entenderem para o exercício da competência conferida de harmonia com o número anterior, mas devem respeitar os seguintes preceitos:

a) A autorização deve fixar, sob pena de nulidade, o limite máximo do aumento autorizado.

b) A autorização deve fixar o tempo, não excedente a cinco anos, a contar da data da escritura donde aquela conste, durante o qual a competência pode ser exercida; na falta de fixação estatutária de prazo, a competência entende-se conferida para os referidos cinco anos.

d) A autorização deve mencionar os direitos atribuídos às acções a emitir; na falta ou insuficiência dessa menção, é apenas autorizada a emissão de acções ordinárias.

3. Um projecto completo da resolução do conselho de administração deve ser submetido ao conselho fiscal; se este se opuser a algum ponto do projecto e o conselho de administração não se conformar com essa oposição, pode apresentar a divergência à assembleia geral, que resolverá definitivamente, sem prejuízo da impugnação nos termos gerais.

4. Uma deliberação da assembleia geral, tomada pela maioria que a lei ou os estatutos exigirem para as alterações dos estatutos pode renovar, nos mesmos termos, os poderes conferidos ao conselho de administração, mas o prazo da renovação não pode ser superior a três anos.

5. O conselho de administração outorgará a escritura de alteração de estatutos para fixação do novo capital social.

Artigo AH

(Corresp. art. 28 Dir.)

1. Não sendo totalmente subscrito um aumento de capital, considera-se este sem efeito, salvo se a própria deliberação ou resolução tiver previsto que, em tal caso, o aumento é limitado às subscrições recolhidas.

2. O conselho de administração providenciará para que das condições de subscrição levadas ao conhecimento dos interessados conste expressamente o regime que, nesse caso, vigora para a subscrição incompleta.

3. Ficando a subscrição sem efeito, por incompleta, o conselho de administração avisará desse facto os subscritores, pelos modos adequados, nos quinze dias seguintes ao encerramento da subscrição.

Artigo AI

(Corresp. arts. 26 e 27 Dir.)

1. Nos aumentos de capital realizados com bens diferentes de dinheiro, aplica-se o disposto no artigo I.

2. Os subscritores de acções de aumento de capital devem liberá-las nos termos estabelecidos para a constituição da sociedade.

Artigo AJ

(Corresp. art. 29 Dir.)

1. Em cada aumento de capital por entradas em dinheiro, as pessoas que, à data da deliberação de aumento de capital, forem accionistas, podem subscrever as novas acções, com preferência relativamente a quem não for accionista.

2. Entre accionistas, o cálculo da repartição das novas acções será feito:

a) atribuindo a cada accionista o número de novas acções proporcional às acções de que cada um for titular na referida data, ou o número inferior a esse que o accionista tenha declarado querer subscrever.

b) satisfazendo os pedidos superiores ao número referido na primeira parte da alínea a), na medida que resultar de um ou mais rateios das acções sobranes, em proporção do excesso de acções pedidas relativamente ao número acima referido.

3. Sem prejuízo da alienação de direitos de subscrição, caduca o direito de preferência das acções antigas às quais não possa ser atribuído número certo de acções novas; as acções novas que, por esse motivo não tiverem sido subscritas, podem ser sorteadas, para subscrição, entre todos os accionistas.

4. Havendo numa sociedade várias categorias de acções, todos os accionistas têm igual direito de preferência na subscrição de acções, quer ordinárias quer de qualquer categoria especial, salvo se as novas acções forem iguais às de alguma categoria especial já existente, caso em que a preferência pertence primeiro aos titulares de acções dessa categoria e só quanto a acções não subscritas por estes gozarão de preferência os outros accionistas.

Artigo AL

(Corresp. art. 29 Dir.)

1. Juntamente com a publicação da deliberação ou resolução de aumento de capital, os accionistas serão avisados do prazo e outras condições de exercício do direito de subscrição.

2. Os estatutos poderão prever comunicações adicionais aos accionistas e, no caso de todas as acções emitidas pela sociedade serem nominativas, podem substituir o anúncio por comunicação escrita directa.

3. O prazo para o exercício do direito de preferência não pode ser inferior a quinze dias, contados da publicação do anúncio ou de 21 dias, contados da expedição da comunicação escrita aos titulares de acções nominativas.

Artigo AM

(Corresp. art. 29 Dir.)

1. O direito de preferência à subscrição de aumento de capital, nos termos em que é estabelecido pela lei, não pode ser limitado nem suprimido, a não ser nas condições dos números seguintes.

2. A assembleia geral que deliberar o aumento de capital pode, para esse aumento, limitar ou suprimir o direito de preferência dos accionistas desde que existam ponderosas razões de interesse social.

3. A assembleia geral pode também limitar ou suprimir, pelas mesmas razões, o direito de preferência dos accionistas relativamente a um aumento de capital já resolvido pelo conselho de administração, nos termos do artigo AG.

4. Partindo do Conselho de administração a proposta de limitação ou supressão do direito de preferência, deve ele apresentar à assembleia um relatório escrito donde conste a justificação da sua proposta, incluindo o preço da emissão.

5. As deliberações das assembleias gerais previstas nos números anteriores devem ser tomadas em separado de qualquer outra deliberação, pela maioria exigida por lei ou pelos estatutos para o aumento de capital.

6. Juntamente com a deliberação de aumento de capital, será anunciada a limitação ou a supressão do direito de preferência.

Artigo AN

(Corresp. art. 29 Dir.)

1. A assembleia geral que deliberar o aumento de capital pode também deliberar que as novas acções sejam subscritas por uma instituição financeira, a qual assumirá a obrigação de as oferecer aos accionistas, nas condições estabelecidas entre a sociedade e a instituição, mas sempre com respeito do disposto nos artigos anteriores.

2. Juntamente com a publicação da deliberação de aumento de capital os accionistas serão avisados da deliberação tomada de harmonia com o número antecedente.

3. A instituição financeira competirá fazer o aviso ou as comunicações referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo AL, a partir das quais se contarão os prazos fixados no n.º 3 do mesmo artigo.

Artigo AO

(Corresp. art. 29 Dir.)

Recaindo sobre acções um direito de usufruto, observar-se-á o seguinte quanto ao direito de preferência na subscrição de aumentos de capital, sem prejuízo de convenções diferentes entre os interessados:

a) Compete ao nu proprietário subscrever as novas acções ou vender os direitos à subscrição, mas o usufrutuário pode notificar, por escrito, o nu proprietário, de que deve proceder à subscrição; neste caso, o usufrutuário deve colocar imediatamente à disposição do nu proprietário os fundos necessários para a subscrição, sem prejuízo de o nu proprietário utilizar, querendo, fundos seus.

b) No caso de tanto o nu proprietário como o usufrutuário oferecerem fundos para a subscrição, cada um fornecerá metade dos fundos necessários.

c) A subscrição das novas acções ou a venda dos respectivos direitos podem ser efectuados, no todo ou em parte, pelo usufrutuário, se o nu proprietário antes de ter decorrido metade do prazo fixado para a subscrição, não tiver vendido o direito ou subscrito as acções, no todo ou em parte.

d) As somas obtidas pela venda de direitos efectuada pelo nu proprietário ou pelo usufrutuário, serão repartidas entre estes, na proporção dos valores que nesse momento tiverem a sua propriedade e o usufruto sobre as acções antigas.

e) As acções adquiridas por exercício do direito de preferência, quer pelo nu proprietário quer pelo usufrutuário, ficarão pertencendo, em propriedade plena, àquela que tiver desembolsado os fundos necessários, mas este deverá entregar ao outro uma quantia igual à que a este caberia no caso da alínea anterior.

Artigo AP

(Corresp. arts. 30 e 31 Dir.)

1. A redução do capital duma sociedade só pode ser deliberada pela assembleia geral.

2. Existindo numa sociedade várias categorias de acções, a eficácia da deliberação da assembleia geral que aprova a redução do capital fica sujeita a deliberações tomadas no mesmo sentido pelos titulares de acções de cada categoria, a não ser que estas acções ou os direitos particulares que lhes são inerentes não sejam afectados pela deliberação da assembleia geral.

Artigo AQ

(Corresp. arts. 32 e 33 Dir.)

1. A escritura de redução do capital não pode ser celebrada sem autorização judicial, obtida nos termos dos arts. 1487.º e seguintes do Código de Processo Civil, salvo no caso previsto pelo n.º 2 deste artigo.

2. Não é necessária autorização judicial para que seja celebrada a escritura de redução do capital, se tal redução é causada unicamente por perdas sofridas pela sociedade.

3. Na hipótese do número antecedente,

a) os sócios não ficam exonerados das suas obrigações de liberação de capital;

b) pode qualquer credor social, nos trinta dias seguintes à publicação da deliberação, requerer ao tribunal que, depois do capital reduzido, a distribuição de reservas disponíveis ou de lucros de exercício seja, durante um período a fixar pela sentença, ou proibida ou limitada, a não ser que o crédito do requerente seja satisfeito, se já for exigível, ou adequadamente garantido.

4. No caso de redução por o capital ser considerado excessivo, o activo líquido da sociedade deverá ficar excedendo o novo capital pelo menos em vinte por cento.

3. Da convocatória da assembleia geral devem constar, nos seguintes termos, as finalidades e a forma da projectada redução:

a) como finalidade da redução, a convocatória indicará, pelo menos, se esta se destina à eliminação de perdas, à utilização de excessos de capital ou a outra finalidade especial;

b) como forma de redução, a convocatória mencionará se será reduzido o valor nominal das acções ou se estas serão reagrupadas ou amortizadas.

4. Deverão ser indicadas as acções sobre as quais a operação incidirá, no caso de ela não incidir igualmente sobre todas.

Artigo AR (Corresp. art. 30 Dir.)

1. Depois de outorgada a escritura de redução de capital, será anunciado um prazo, não inferior a noventa dias, para os accionistas entregarem à sociedade as suas acções.

No caso de reagrupamento, o anúncio avisará da cominação estabelecida pelo n.º 2 deste artigo.

2. Os direitos inerentes às acções que não forem apresentadas, no caso de reagrupamento, dentro do prazo para isso fixado, consideram-se suspensos no fim desse prazo. Decorridos cinco anos a partir dessa data, sem que as acções tenham sido apresentadas à sociedade, essas acções ou as que as substituam no reagrupamento consideram-se abandonadas a favor do Estado.

3. Os direitos inerentes às acções apresentadas por um accionista para reagrupamento, dentro do prazo fixado, mas que não atinjam o número necessário para serem trocadas por novas acções ou por número certo destas consideram-se suspensos no fim daquele prazo.

4. A sociedade diligenciará vender, por meio de corrector, as acções reagrupadas não atribuídas pelo motivo indicado no número antecedente e distribuirá proporcionalmente pelos interessados o produto líquido global das vendas efectuadas durante dois anos. Se ao fim desse tempo ainda não tiverem sido vendidas todas as acções, as sobrantes consideram-se pertencentes, em contitularidade, a todos os interessados, se outra coisa não for acordada entre estes.

5. A sociedade fará publicar os números das acções cujos direitos são suspensos por força dos n.ºs 2 e 3 deste artigo e bem assim os números das acções que, por força dos mesmos preceitos, sejam abandonados a favor do Estado ou passem a regime de contitularidade, identificando neste último caso os contitulares.

Artigo AS (Até ao art. AU corresp. art. 32 Dir.)

(Os artigos AS a AU possivelmente substituem os arts. 1487.º e segs. do Código de Processo Civil).

1. Quando for aplicável o artigo... do Código Comercial (art. AQ n.º 1), a sociedade nos trinta dias seguintes à deliberação de redução do capital, apresentará ao tribunal aquela deliberação, um balanço, confirmado por revisor de contas, pelo qual se prove o requisito exigido pelo n.º 4 do artigo AQ e, caso os haja, os acordos que os credores já tenham dado por escrito.

2. Se o juiz não deparar logo vícios que tornem a deliberação absolutamente nula e considerar provado provisoriamente o requisito referido no número anterior, ordenará a citação edital dos credores da sociedade que não tenham dado, por escrito, o seu acordo à redução, para, querendo, deduzirem oposição no prazo de trinta dias.

3. A oposição pode fundar-se em vícios da deliberação que a tornem absolutamente nula, na falta do requisito referido no n.º 1 deste artigo ou em prejuízo que a redução, desacompanhada de satisfação dos créditos ou de garantias adequadas, possa causar ao oponente.

4. A sociedade será notificada para, no prazo de oito dias, responder às oposições deduzidas.

5. A instância será suspensa se, tendo sido proposta acção de declaração de nulidade ou de anulação da deliberação, tal for requerido pela sociedade ou pelo autor daquela acção ou ainda por algum credor que se tenha oposto à redução.

Artigo AT

1. Realizadas quaisquer diligências que o juiz tenha tido por convenientes, este pronunciar-se-á primeiro sobre a validade da deliberação, caso tenha sido arguida a sua

nulidade absoluta; devendo o processo continuar, o juiz apreciará cada uma das oposições, indeferindo-as ou ordenando à sociedade a prestação de caução ou o reforço de garantia, no montante que considere adequado.

2. Pode o juiz indeferir todas as oposições, desde que considere que a situação patrimonial da sociedade, depois da redução, não faz prever que a segurança dos credores corra riscos tidos como anormais na vida comercial.

3. Indeferidas todas as oposições ou provada pela sociedade a satisfação dos créditos dos oponentes ou o cumprimento das providências ordenadas pelo juiz, proferirá esta sentença autorizando a outorga da escritura de redução do capital.

Artigo AU

1. No caso previsto pelo artigo AQ n.º 3, al. b), o credor formulará e justificará o seu pedido e, se não houver motivo para indeferimento imediato, seguir-se-ão os termos do processo sumário.

2. Com o pedido mencionado no número anterior pode ser alternativamente pedida a declaração de nulidade absoluta da deliberação de redução do capital.

Artigo AV (Corresp. art. 34 Dir.)

1. A deliberação de redução a um capital inferior ao mínimo estabelecimento no artigo E não é nula se a redução ficar expressamente condicionada à efectivação dum aumento de capital para um montante igual ou superior àquele mínimo.

2. O disposto no art. E não obsta a que a deliberação seja válida caso simultaneamente for deliberada a transformação da sociedade para um tipo que possa legalmente ter um capital do montante deliberado.

Artigo AX (Corresp. art. 35.º Dir.)

1. A assembleia geral pode deliberar que o capital social seja reembolsado no todo ou em parte, recebendo os accionistas o valor nominal de cada acção ou parte dele, desde que para o efeito sejam utilizados apenas fundos que, nos termos do artigo... podem ser distribuídos aos accionistas.

2. O reembolso do capital, nos termos deste artigo, não acarreta a redução do capital, cujo montante nominal, mantido nos estatutos, continuará a vigorar para todos os efeitos legais.

3. O reembolso parcial do valor nominal deve ser feito igualmente a todas as acções existentes à data; o reembolso do valor nominal de certas acções só pode ser efectuado ou para categorias de acções emitidas como acções remíveis ou por sorteio, se os estatutos o permitirem, ou em proporção das acções de cada um; neste último caso, os arredondamentos que forem necessários devem favorecer os titulares de menor número de acções.

4. Os direitos patrimoniais inerentes às acções são modificados, como segue, depois do reembolso:

a) essas acções só compartilham os lucros de exercício, juntamente com as outras acções, depois de a estas ter sido atribuído um dividendo não cumulativo, cujo máximo ou é fixado nos estatutos ou é igual à taxa de desconto do Banco emissor; as acções só parcialmente reembolsadas têm direito proporcional a esse primeiro dividendo;

b) essas acções só compartilham o produto da liquidação da sociedade, juntamente

com as outras acções, depois de a estas ter sido reembolsado o valor nominal; as acções só parcialmente reembolsadas têm direito proporcional a essa primeira partilha.

5. As acções totalmente reembolsadas passam a denominar-se acções de fruição, constituem para todos os efeitos desta lei uma categoria de acções e os seus titulares podem reclamar da sociedade títulos especiais que as representem.

6. O reembolso é definitivo, mas as acções de fruição podem ser convertidas em acções de capital, mediante deliberação da assembleia geral.

7. A conversão prevista no número anterior é efectuada por meio de retenção, obrigatória para os accionistas, dos dividendos que, em um ou mais exercícios, caberiam às acções de fruição ou, se a assembleia o autorizar expressamente, por meio de entradas oferecidas pelos accionistas interessados.

8. O disposto nos números anteriores é aplicável à reconstituição do capital de acções parcialmente reembolsadas.

9. A conversão considera-se efectuada no momento em que a reserva formada pela retenção dos dividendos atinja o montante dos reembolsos efectuados ou, no caso de entradas pelos accionistas, no fim do exercício em que estas tenham sido realizadas.

Artigo AZ (Corresp. art. 36.º Dir).

1. Os estatutos duma sociedade podem ou impor ou permitir a amortização forçada de determinadas acções.

2. A amortização de acções nos termos deste artigo implica sempre redução do capital da sociedade; as acções amortizadas extinguem-se na data da escritura de redução de capital.

3. Os factos determinantes da imposição ou da permissão de amortização forçada devem ser concretamente definidos nos estatutos; as referidas disposições estatutárias só se aplicam a acções que tenham sido subscritas depois daquelas disposições terem sido publicadas, nos termos legais.

4. No caso de a amortização forçada ser imposta pelos estatutos, devem estes fixar todas as condições essenciais para que a operação possa ser efectuada, competindo ao conselho de administração apenas declarar, nos noventa dias posteriores ao conhecimento que tenha do facto, que as acções são amortizadas, nos termos dos estatutos, e dar execução ao que para o caso estiver disposto na lei.

5. No caso de a amortização forçada ser permitida pelos estatutos, compete à assembleia geral deliberar a amortização e fixar as condições necessárias para que a operação seja efectuada, na parte que não constar já dos estatutos.

6. Sendo a amortização forçada permitida pelos estatutos, podem estes fixar um prazo, não superior a um ano, para a deliberação ser tomada; na falta de disposição estatutária, esse prazo será de um ano.

7. À redução de capital por amortização de acções, nos termos deste artigo, aplica-se o disposto no art., excepto:

a) se forem amortizadas acções inteiramente liberadas, postas à disposição da sociedade, a título gratuito;

b) se para a amortização de acções inteiramente liberadas forem unicamente utilizados fundos que, nos termos do artigo... podem ser distribuídos aos accionistas; neste caso, deve incorporar-se na reserva legal uma quantia equivalente ao valor nominal total das acções amortizadas.

Artigo BA (Corresp. art. 37 Dir.)

1. A assembleia geral pode decidir que o capital duma sociedade seja reduzido por meio de extinção de acções próprias desta.

2. À redução do capital por extinção de acções próprias aplica-se o disposto no artigo AQ n.º 1, excepto:

a) se forem extintas acções inteiramente liberadas, adquiridas, depois da deliberação da assembleia geral, a título gratuito;

b) se forem extintas acções inteiramente liberadas, adquiridas, depois da deliberação da assembleia geral, unicamente por meio de fundos que, nos termos dos artigos M e N, podem ser distribuídos aos accionistas; neste caso, deve incorporar-se na reserva legal uma quantia equivalente ao valor nominal total das acções amortizadas.

Artigo BB (Corresp. art. 39.º Dir.)

1. Na constituição da sociedade ou, se os estatutos o autorizarem, posteriormente, podem acções que beneficiem dalgum privilégio, ser emitidas com a condição de serem remíveis, ou em data fixa ou quando a assembleia geral o deliberar.

2. As referidas acções deverão ser remidas em conformidade com as disposições dos estatutos, sem prejuízo das regras impostas nos números seguintes.

3. As acções devem estar inteiramente liberadas antes de serem remidas.

4. A remissão é feita pelo valor nominal das acções, salvo se os estatutos previrem a concessão de um prémio.

5. A contrapartida da remissão das acções, incluindo o prémio, só pode ser retirada ou de fundos que, nos termos dos arts. M e N, podem ser distribuídos aos accionistas ou do produto de um aumento de capital expressa e unicamente destinado a essa remissão.

6. Salvo quando a remissão de acções seja financiada pelo aumento de capital referido no número anterior, a partir da remissão deve uma importância igual ao valor nominal das acções remidas ser levada a uma reserva especial, que só pode ser utilizada para incorporação no capital sem prejuízo da sua eliminação no caso de o capital ser reduzido.

7. A remissão de acções não importa redução do capital e, salva disposição contrária dos estatutos, podem ser emitidas, por deliberação da assembleia geral, novas acções da mesma espécie em substituição das acções remidas.

8. As deliberações de resgate de acções estão sujeitas a registo e publicação.

9. Os estatutos podem providenciar quanto à sanção do incumprimento pela sociedade da obrigação de remir em data fixada; na falta de disposição estatutária, qualquer titular dessas acções pode requerer judicialmente a dissolução da sociedade, depois de passado um ano sobre aquela data sem a remissão ter sido efectuada.

Artigo BC (Corresp. art. 40 Dir.)

1. As deliberações de assembleias gerais que tenham por objecto..... não podem ser tomadas, quer em primeira quer em segunda convocação da assembleia, por um número de votos inferior a dois terços dos votos de que dispõe o capital representado na assembleia, salvo se nesta estiver representado pelos menos metade do capital, pois neste caso é bastante a maioria simples dos votos de que dispõe o capital representado.

2. Os estatutos podem exigir uma percentagem de votos mais elevada, em qualquer dos casos previstos no número anterior.

DEUXIÈME DIRECTIVE DU CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (77/91/CEE)

LE CONSEIL DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 54 paragraphe 3 point g),

vu la proposition de la Commission,

vu l'avis de l'Assemblée ⁽¹⁾,

vu l'avis du comité économique et social ⁽²⁾,

considérant que la poursuite de la coordination prévue par l'article 54 paragraphe 3 sous g), ainsi que par le programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement, et commencée par la directive 68/151/CEE ⁽³⁾ est spécialement importante à l'égard des sociétés anonymes, car l'activité de ces sociétés est prédominante dans l'économie des États membres et s'étend souvent au-delà des limites de leur territoire nationale;

considérant que, pour assurer une équivalence minimale dans la protection tant des actionnaires que des créanciers de ces sociétés, il importe tout particulièrement de coordonner les dispositions nationales concernant leur constitution, ainsi que le maintien, l'augmentation et la réduction de leur capital;

considérant que, sur le territoire de la Communauté, les statuts ou l'acte constitutif d'une société anonyme doivent permettre à tout intéressé de connaître les caractéristiques essentielles de cette société, et notamment la consistance exacte de son capital;

considérant qu'il y a lieu d'arrêter des prescriptions communautaires afin de préserver le capital, gage des créanciers, notamment en interdisant d'entamer celui-ci par des distributions indues aux actionnaires et en limitant la possibilité pour une société d'acquiescer ses propres actions;

considérant qu'il est nécessaire, au regard des buts visés à l'article 54 paragraphe 3 sous g), que, lors des augmentations et des réductions de capital, les législations des États membres assurent le respect et harmonisent la mise en œuvre des principes garantissant un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques et la protection des titulaires de créances antérieures à la décision de réduction.

⁽¹⁾ JO n.º C 114 du 11.11.1971, p. 18.

⁽²⁾ JO n.º C 88 du 6.9.1971, p. 1

⁽³⁾ JO n.º L 65 du 14.3.1968, p. 8.

⁽⁴⁾ Du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (J.O. N.º L 26/1 du 31.3.77).

A ARRÊTE LA PRESENTE DIRECTIVE

Article premier

1. Les mesures de coordination prescrites par la présente directive s'appliquent aux dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives aux formes de sociétés suivantes:

- *pour l'Allemagne:*
die Aktiengesellschaft
- *pour la Belgique:*
la société anonyme/ de naamloze vennootschap
- *pour le Danemark:*
aktieselskabet
- *pour la France:*
la société anonyme
- *pour l'Irlande:*
the public company limited by shares et
the public company limited by guarantee and having a share capital
- *pour l'Italie:*
la società per azioni
- *pour le Luxembourg:*
la société anonyme
- *pour les Pays-Bas:*
de naamloze vennootschap
- *pour le Royaume-Uni:*
the public company limited by shares et
the public company limited by guarantee and having a share capital.

La dénomination sociale de toute société ayant l'une des formes indiqués ci-dessus doit comporter une désignation distincte de celles prescrites pour d'autres formes de sociétés ou être accompagnée d'une telle désignation.

2. Les États membres peuvent ne pas appliquer la présente directive aux sociétés d'investissement à capital variable et aux coopératives constituées sous l'une des formes de sociétés indiquées au paragraphe 1. Dans la mesure où les législations des États membres font usage de cette faculté, elles imposent à ces sociétés de faire figurer les termes « société d'investissement à capital variable » ou « coopérative » sur tous les documents indiqués à l'article 4 de la directive 68/151/CEE.

Par société d'investissement à capital variable, au sens de la présente directive, on entend exclusivement les sociétés:

- dont l'objet unique est de placer leurs fonds en valeurs mobilières variées, en valeurs immobilières variées ou en autres valeurs – dans le seul but de répartir le risques d'investissement et de faire bénéficier leurs actionnaires des résultats de la gestion de leurs avoirs,
 - qui font appel au public pour le placement de leurs propres actions.
- et

- dont les statuts stipulent que, dans les limites d'un capital minimal et d'un capital maximal, elles peuvent à tout moment émettre, racheter ou revendre leurs actions.

Article 2

Les statuts ou l'acte constitutif de la société contiennent au moins les indications suivantes:

- a) la forme et la dénomination de la société;
- b) l'objet social;
- c) – lorsque la société n'a pas de capital autorisé, le montant du capital souscrit;
– lorsque la société a un capital autorisé, le montant de celui-ci et le montant du capital souscrit au moment de la constitution de la société ou au moment de l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités, ainsi que lors de toute modification du capital autorisé, sans préjudice de l'article 2 paragraphe 1 sous c) de la directive 68/151/CEE;
- d) dans la mesure où elles ne résultent pas de la loi, les règles qui déterminent le nombre et le mode de désignation des membres des organes chargés de la représentation à l'égard des tiers, de l'administration, de la direction, de la surveillance ou du contrôle de la société, ainsi que le répartition des compétences entre ces organes;
- e) la durée de la société, lorsqu'elle n'est pas indéterminée.

Article 3

Les indications suivantes au moins doivent figurer, soit dans les statuts, soit dans l'acte constitutif, soit dans un document séparé qui doit faire l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE:

- a) la siège social;
- b) la valeur nominale des actions souscrites et, au moins annuellement, le nombre de ces actions;
- c) le nombre des actions souscrites sans mention de valeur nominale lorsque la législation nationale autorise l'émission de telles actions;
- d) le cas échéant, les conditions particulières qui limitent la cession des actions;
- e) lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions, les indications visées sous b), c) et d) pour chacune d'entre elles et les droits afférents aux actions de chacune des catégories;
- f) la forme, nominative ou au porteur, des actions, lorsque la législation nationale prévoit ces deux formes, ainsi que toute disposition relative à la conversion de celles-ci sauf si la loi en fixe les modalités;
- g) montant du capital souscrit versé au moment de la constitution de la société ou au moment de l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités;
- h) la valeur nominale des actions ou, à défaut de valeur nominale, le nombre des actions émises en contrepartie de chaque apport qui n'est pas effectué en numéraire, ainsi que l'objet de cet apport et le nom de l'apporteur;

- i) l'identité des personnes physiques ou morales ou des sociétés qui ont signé les statuts ou l'acte constitutif ou, lorsque la constitution de la société n'est pas simultanée, l'identité des personnes physiques ou morales ou des sociétés qui ont signé ou au nom de qui ont été signés les projets de statuts ou d'acte constitutif;
- j) le montant total, ou moins approximatif, de tous les frais qui, en raison de sa constitution et, le cas échéant, avant qu'elle obtienne l'autorisation de commencer ses activités, incombent à la société ou sont mis à sa charge;
- k) tout avantage particulier attribué lors de la constitution de la société ou, jusqu'à ce qu'elle ait obtenu l'autorisation de commencer ses activités, à quiconque a participé à la constitution de la société ou aux opérations conduisant à cette autorisation.

Article 4

1. Lorsque la législation d'un État membre prescrit qu'une société ne peut pas commencer ses activités sans en avoir reçu l'autorisation, elle doit également prévoir des dispositions concernant la responsabilité pour les engagements encourus par la société ou pour le compte de celle-ci pendant la période précédant le moment où ladite autorisation est accordée ou refusée.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux engagements découlant de contrats conclus par la société sous la condition que l'autorisation de commencer ses activités lui soit accordée.

Article 5

1. Lorsque la législation d'un État membre exige le concours de plusieurs associés pour la constitution d'une société, la réunion de toutes les actions en une seule main ou l'abaissement du nombre des associés au-dessous du minimum légal après la constitution n'entraîne pas la dissolution de plein droit de cette société.

2. Si, dans les cas visés au paragraphe 1, la dissolution judiciaire de la société peut être prononcée en vertu de la législation d'un État membre, le juge compétent doit pouvoir accorder à cette société un délai suffisant pour régulariser sa situation.

3. Lorsque la dissolution est prononcée, *la société entre en liquidation.*

Article 6

1. Pour la constitution de la société ou pour l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités, les législations des États membres requièrent la souscription d'un capital minimal qui ne peut être fixé à un montant inférieur à 25 000 unités de compte européennes.

L'unité de compte européenne est celle qui est définie par la décision n.º 3289/75/CECA de la Commission (1). La contre-valeur en monnaie nationale est initialement celle qui est applicable le jour de l'adoption de la présente directive.

2. Si la contre-valeur de l'unité de compte européenne en monnaie nationale est modifiée de sorte que le montant du capital minimal fixé en monnaie nationale demeure inférieur à la valeur de 22 500 unités de compte européennes pendant une période d'un an, la Commission informe l'État membre intéressé qu'il doit adapter sa législation aux

dispositions du paragraphe 1 dans un délai de douze mois à compter de l'expiration de cette période. Toutefois, l'État membre peut prévoir que l'adaptation de sa législation ne s'applique aux sociétés déjà existantes que dix-huit mois après son entrée en vigueur.

3. Le Conseil, sur proposition de la Commission, procède tous les cinq ans à l'examen et, le cas échéant, à la révision des montants de présent article exprimés en unités de compte européennes, compte tenu, d'une part, de l'évolution économique et monétaire dans la Communauté et, d'autre part, des tendances visant à réserver le choix des formes de sociétés indiquées à l'article 1^{er} paragraphe 1 aux grandes et moyennes entreprises.

Article 7

Le capital souscrit ne peut être constitué que par des éléments d'actif susceptibles d'évaluation économique. Toutefois, ces éléments d'actif ne peuvent être constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou la prestation de services.

Article 8

1. Les actions ne peuvent pas être émises pour un montant inférieur nominale ou, à défaut de valeur nominale, à leur pair comptable.

2. Toutefois, les États membres peuvent admettre que ceux qui, de par leur profession, se chargent de placer des actions paient moins que le montant total des actions qu'ils souscrivent au cours de cette opération

Article 9

1. Les actions émises en contrepartie d'apports doivent être libérées au moment de la constitution de la société ou au moment de l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités, dans une proportion non inférieure à 25% de leur valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable.

2. Toutefois, les actions émises en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire au moment de la constitution de la société ou au moment de l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités doivent être entièrement libérées dans un délai de cinq ans à partir du moment de la constitution ou du moment de l'obtention de ladite autorisation.

Article 10

1. Les apports autres qu'en numéraire font l'objet d'un rapport établi préalablement à la constitution de la société ou à l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités par un ou plusieurs experts indépendants de celle-ci, désignés ou agréés par une autorité administrative ou judiciaire. Ces experts peuvent être, selon la législation de chaque État membre, des personnes physiques ou morales ou des sociétés.

2. Le rapport d'expert doit porter au moins sur la description de chacun des apports ainsi que sur les modes d'évaluation adoptés et indiquer si les valeurs auxquelles conduisent ces modes correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie.

3. Le rapport d'expert doit faire l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE.

4. Les États membres peuvent ne pas appliquer le présent article lorsque 90% de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable de toutes les actions sont émis en contrepartie d'apports, autres qu'en numéraire, faits par une ou plusieurs sociétés et que les conditions suivantes sont remplies:

- a) en ce qui concerne la société bénéficiaire de ces apports, les personnes ou sociétés indiquées à l'article 3 sous i) ont renoncé à l'établissement du rapport d'expert;
- b) cette renonciation a fait l'objet d'une publicité conformément au paragraphe 3;
- c) les sociétés faisant ces apports disposent de réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer et dont le montant est au moins égal à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable des actions émis en contrepartie des apports autres qu'en numéraire;
- d) les sociétés faisant ces apports se déclarent garantes, jusqu'à concurrence du montant indiqué sous c), des dettes de la société bénéficiaire nées entre le moment de l'émission des actions en contrepartie des apports autres qu'en numéraire et un an après la publication des comptes annuels de cette société relatifs à l'exercice pendant lequel les apports ont été faits. Toute cession de ces actions est interdite pendant ce délai;
- e) la garantie visée sous d) a fait l'objet d'une publicité conformément au paragraphe 3;
- f) les sociétés faisant ces apports incorporent un montant égal à celui indiqué sous c) dans une réserve qui ne pourra être distribuée qu'à l'expiration d'un délai de trois ans à partir de la publication des comptes annuels de la société bénéficiaire relatifs à l'exercice pendant lequel les apports ont été faits ou, le cas échéant, à un moment ultérieur où toutes les réclames afférentes à la garantie visée sous d) et faites pendant ce délai auront été réglées.

Article 11

1. L'acquisition par la société de tout élément d'actif appartenant à une personne ou à une société visée à l'article 3 sous i) pour une contre-valeur d'au moins un dixième du capital souscrit fait l'objet d'une vérification et d'une publicité analogues à celles prévues à l'article 10 et est soumise à l'approbation de l'assemblée générale lorsque cette acquisition a lieu avant l'expiration d'un délai qui est fixé par la législation nationale au moins deux ans à compter du moment de la constitution de la société ou du moment de l'obtention de l'autorisation de commencer ses activités.

Les États membres peuvent également prévoir l'application de ces dispositions lorsque l'élément d'actif appartient à un actionnaire ou à toute autre personne.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique ni aux acquisitions faites dans le cadre des opérations courantes de la société, ni aux acquisitions faites à l'initiative ou sous le contrôle d'une autorité administrative ou judiciaire, ni aux acquisitions faites en bourse.

Article 12

Sous réserve des dispositions concernant la réduction du capital souscrit, les actionnaires ne peuvent pas être exemptés de l'obligation de fournir leur apport.

Article 13

Jusqu'à la coordination ultérieure des législations nationales, les États membres prennent les mesures nécessaires pour qu'au moins des garanties identiques à celles prévues par les articles 2 à 12 soient données en cas de transformation d'une société d'une autre forme en société anonyme.

Article 14

Les articles 2 à 13 ne portent pas atteinte aux dispositions prévues par les États membres sur la compétence et la procédure concernant la modification des statuts ou de l'acte constitutif.

Article 15

1. a) Hors des cas de réduction du capital souscrit, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque, à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est, ou deviendrait à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital souscrit, augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.
b) Le montant du capital souscrit visé sous a) est diminué du montant du capital souscrit non appelé lorsque ce dernier n'est pas comptabilisé à l'actif du bilan.
c) Le montant d'une distribution faite aux actionnaires ne peut excéder le montant des résultats du dernier exercice clos, augmenté des bénéfices reportés ainsi que des prélèvements effectués sur des réserves disponibles à cet effet et diminué des pertes reportés ainsi que des sommes portées en réserve conformément à la loi ou aux statuts.
d) Le terme «distribution», tel qu'il figure sous a) et c), englobe notamment le versement des dividendes et celui d'intérêts relatifs aux actions.
2. Lorsque la législation d'un État membre admet le versement d'acomptes sur dividendes, elle le soumet au moins aux conditions suivantes:
 - a) il est établi un état comptable faisant apparaître que les fonds disponibles pour la distribution sont suffisants;
 - b) le montant à distribuer ne peut excéder le montant des résultats réalisés depuis la fin du dernier exercice dont les comptes annuels ont été arrêtés, augmenté des bénéfices reportés ainsi que des prélèvements effectués sur les réserves disponibles à cet effet et diminué des pertes reportées ainsi que des sommes à porter en réserve en vertu d'une obligation légale ou statutaire.
3. Les paragraphes 1 et 2 ne portent pas atteinte aux dispositions des États membres relatives à l'augmentation du capital souscrit par incorporation de réserves.

4. La législation d'un État membre peut prévoir des dérogations au paragraphe 1 sous a) dans le cas de sociétés d'investissement à capital fixe.

Par société d'investissement à capital fixe, au sens du présent paragraphe, on entend uniquement les sociétés:

- dont l'objet unique est de placer leurs fonds en valeurs mobilières variées, en valeurs immobilières variées ou en autres valeurs dans le seul but de répartir les risques d'investissement et de faire bénéficier leurs actionnaires des résultats de la gestion de leurs avoirs
- et
- qui font appel au public pour le placement de leurs propres actions.

Dans la mesure où les législations des États membres font usage de cette faculté:

- a) elles imposent à ces sociétés de faire figurer les termes « société d'investissement » sur tous les documents indiqués à l'article 4 de la directive, 68/151/CEE;
- b) elles n'autorisent pas une société de ce type dont l'actif net est inférieur au montant spécifié au paragraphe 1 sous a) à procéder à une distribution aux actionnaires lorsque, à la date de clôture du dernier exercice, le total de l'actif de la société tel qu'il résulte des comptes annuels est ou deviendrait, à la suite d'une telle distribution, inférieur à une fois et demie le montant du total des dettes de la société envers les créanciers tel qu'il résulte des comptes annuels;
- c) elles imposent à toute société de ce type qui procède à une distribution alors que son actif net est inférieur au montant spécifié au paragraphe 1 sous a) de le préciser dans une note dans ses comptes annuels.

Article 16

Toute distribution faite en contravention de l'article 15 doit être restituée par les actionnaires qui l'ont reçue, si la société prouve que ces actionnaires connaissaient l'irrégularité des distributions faites en leurs faveur ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances.

Article 17

1. En cas de perte grave du capital souscrit, l'assemblée générale doit être convoquée dans un délai fixé par les législations des États membres afin d'examiner s'il y a lieu de dissoudre la société ou d'adopter toute autre mesure.

2. La législation d'un État membre ne peut pas fixer à plus de la moitié du capital souscrit le montant de la perte considérée comme grave au sens du paragraphe 1.

Article 18

1. Les actions d'une société ne peuvent être souscrites par celle-ci.

2. Si les actions d'une société ont été souscrites par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société, le souscripteur doit être considéré comme ayant souscrit pour son propre compte.

3. Les personnes ou les sociétés visées à l'article 3 sous i) ou, en cas d'augmentation du capital souscrit, les membres de l'organe d'administration ou de direction sont tenus de libérer les actions souscrites en violation du présent article.

Toutefois, la législation d'un État membre peut prévoir que tout intéressé pourra se décharger de cette obligation en prouvant qu'aucune faute ne lui est personnellement imputable.

Article 19

1. Lorsque la législation d'un État membre permet à une société d'acquérir ses propres actions, soit par elle-même, soit par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société, elle soumet ces acquisitions au moins aux conditions suivantes:

- a) l'autorisation d'acquérir est accordée par l'assemblée générale qui fixe les modalités des acquisitions envisagées, et notamment le nombre maximal d'actions à acquérir, la durée pour laquelle l'autorisation est accordée et qui ne peut excéder dix-huit mois et, en cas d'acquisition à titre onéreux, les contre-valeurs minimales et maximales. Les membres des organes d'administration ou de direction sont tenus de veiller à ce que, au moment de toute acquisition autorisée, les conditions indiquées sous b), c) et d) soient respectées;
- b) la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, le pair comptable des actions acquises, y compris les actions que la société aurait acquises antérieurement et qu'elle aurait en portefeuille ainsi que les actions acquises par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société, ne peut dépasser 10% du capital souscrit;
- c) les acquisitions ne peuvent avoir pour effet que l'actif net devienne inférieur au montant indiqué à l'article 15 paragraphe 1 sous a);
- d) l'opération ne peut porter que sur des actions entièrement libérées.

2. La législation d'un État membre peut déroger au paragraphe 1 sous a) première phrase lorsque l'acquisition d'actions propres est nécessaire pour éviter à la société un dommage grave et imminent. Dans ce cas, l'assemblée générale qui suit doit être informée, par l'organe d'administration ou de direction, des raisons et du but des acquisitions effectuées, du nombre et de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des actions acquises, de la fraction du capital souscrit qu'elles représentent, ainsi que de la contre-valeur de ces actions.

3. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 sous a) première phrase aux actions acquises, soit par la société elle-même, soit par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société, en vue d'être distribuées au personnel de celle-ci ou au personnel d'une société liée à cette dernière. La distribution de telles actions doit être effectuée dans un délai de douze mois à compter de l'acquisition de ces actions.

Article 20

1. Les États membres peuvent ne pas appliquer l'article 19:

- a) aux actions acquises en exécution d'une décision de réduction du capital ou dans le cas visé à l'article 39;
- b) aux actions acquises à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel;
- c) aux actions entièrement libérées acquises à titre gratuit ou acquises par des banques et d'autres établissements financiers à titre de commission d'achat;

d) aux actions acquises en vertu d'une obligation légale ou résultant d'une décision judiciaire visant à protéger les actionnaires minoritaires, notamment en cas de fusion, de changement de l'objet ou de la forme de la société, de transfert du siège social à l'étranger ou d'introduction de limitations pour de transfert des actions;

e) aux actions acquises d'un actionnaire à défaut de leur libération;

f) aux actions acquises en vue de dédommager les actionnaires minoritaires des sociétés liées;

g) aux actions entièrement libérés acquises lors d'une adjudication judiciaire opérée en vue d'honorer une créance de la société sur le propriétaire de ces actions;

h) aux actions entièrement libérées émises par une société d'investissement à capital fixe, au sens de l'article 15 paragraphe 4 deuxième alinéa, et acquises à la demande des investisseurs par cette société ou par une société liée à celle-ci. L'article 15 paragraphe 4 troisième alinéa sous a) s'applique. Ces acquisitions ne peuvent avoir pour effet que l'actif net devienne inférieur au montant du capital souscrit, augmenté des réserves que la loi ne permet pas de distribuer.

2. Les actions acquises dans les cas indiqués au paragraphe 1 sous b) à g) doivent toutefois être cédées dans un délai de trois ans au maximum à compter de leur acquisition, à moins que la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, le pair comptable des actions acquises, y compris les actions que la société peut avoir acquises par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de la société, ne dépasse pas 10% du capital souscrit.

3. À défaut de leur cession dans le délai fixé au paragraphe 2, les actions doivent être annulées. La législation d'un État membre peut soumettre cette annulation à une réduction du capital souscrit d'un montant correspondant. Une telle réduction doit être prescrite dans la mesure où les acquisitions d'actions à annuler ont eu pour effet que l'actif net est devenu inférieur au montant visé à l'article 15 paragraphe 1 sous a).

Article 21

Les actions acquises en violation des dispositions des articles 19 et 20 doivent être cédées dans un délai d'un an à compter de leur acquisition. À défaut de leur cession dans ce délai, l'article 20 paragraphe 3 s'applique.

Article 22

1. Lorsque la législation d'un État membre permet à une société d'acquérir ses propres actions soit par elle-même, soit par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société, elle soumet à tout moment la détention de ces actions au moins aux conditions suivantes:

a) parmi les droits attachés aux actions, le droit de vote des actions propres est en tout cas suspendu;

b) si ces actions sont comptabilisées à l'actif du bilan, il est établi au passif une réserve indisponible d'un même montant.

2. Lorsque la législation d'un État membre permet à une société d'acquérir ses propres actions soit par elle-même, soit par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société, elle exige que le rapport de gestion mentionne au moins:

a) les raisons des acquisitions effectuées pendant l'exercice;

b) le nombre et la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, le pair comptable

des actions acquises et cédés pendant l'exercice, ainsi que la fraction du capital souscrit qu'elles représentent;

- c) en cas d'acquisition ou de cession à titre onéreux, la contrevaletur des actions;
- d) le nombre et la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, le pair comptable de l'ensemble des actions acquises et détenus en portefeuille, ainsi que la fraction du capital souscrit qu'elles représentent.

Article 23

1. Une société ne peut avancer des fonds, ni accorder des prêts, ni donner des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions par un tiers.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique ni aux transactions faites dans le cadre des opérations courantes des banques et d'autres établissements financiers, ni aux opérations effectuées en vue de l'acquisition d'actions par ou pour le personnel de la société ou d'une société liée à celle-ci. Toutefois, ces transactions et opérations ne peuvent avoir pour effet que l'actif net de la société devienne inférieur au montant visé à l'article 15 paragraphe 1 sous a).

3. Le paragraphe ne s'applique pas aux opérations effectuées en vue de l'acquisition d'actions visée à l'article 20 paragraphe 1 sous h).

Article 24

1. La prise en gage par la société de ses propres actions, soit par elle-même, soit par une personne agissant en son nom mais pour le compte de cette société, est assimilée aux acquisitions indiquées à l'article 19, à l'article 20 paragraphe 1 et aux articles 22 et 23.

2. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux opérations courantes des banques et autres établissements financiers.

Article 25

1. Toute augmentation du capital doit être décidée par l'assemblée générale. Cette décision ainsi que la réalisation de l'augmentation du capital souscrit font l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/ CEE.

2. Toutefois, les statuts, l'acte constitutif ou l'assemblée générale dont la décision doit faire l'objet d'une publicité conformément au paragraphe 1 peuvent autoriser l'augmentation du capital souscrit jusqu'à concurrence d'un montant maximal qu'ils fixent en respectant le montant maximal éventuellement prévu par la loi. Dans les limites du montant fixé, l'organe de la société habilité à cet effet décide, le cas échéant, d'augmenter le capital souscrit. Ce pouvoir de l'organe a une durée maximale de cinq ans et peut être renouvelé une ou plusieurs fois par l'assemblée générale pour une période qui, pour chaque renouvellement, ne peut dépasser cinq ans.

3. Lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions, la décision de l'assemblée générale concernant l'augmentation du capital visée au paragraphe 1 ou l'autorisation d'augmenter le capital visée au paragraphe 2 est subordonnée à un vote séparé au moins pour chaque catégorie d'actionnaires aux droits desquels l'opération porte atteinte.

4. Le présent article s'applique à l'émission de tous les titres convertibles en actions ou assortis d'un droit de souscription d'actions, mais non à la conversion des titres et à l'exercice du droit de souscription.

Article 26

Les actions émises en contrepartie d'apports à la suite d'une augmentation du capital souscrit doivent être libérées dans une proportion non inférieure à 25% de leur valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable. Lorsqu'une prime d'émission est fêvue, son montant doit être intégralement versé.

Article 27

1. Les actions émises en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire à la suite d'une augmentation du capital souscrit doivent être entièrement libérés dans un délai de cinq ans à compter de la décision d'augmenter le capital souscrit.

2. Les apports visés au paragraphe 1 font l'objet d'un rapport établi préalablement à la réalisation de l'augmentation du capital souscrit par un ou plusieurs experts indépendants de la société, désignés ou agréés par une autorité administrative ou judiciaire. Ces experts peuvent être, selon la législation de chaque État membre, des personnes physiques ou morales ou des sociétés.

L'article 10 paragraphes 2 et 3 s'applique.

3. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 2 lorsque l'augmentation du capital souscrit est effectuée pour réaliser une fusion ou une offre publique d'achat ou d'échange et en vue de rémunérer les actionnaires d'une société absorbée ou les actionnaires d'une société faisant l'objet de l'offre publique d'achat ou d'échange.

4. Les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 2 lorsque toutes les actions émises à la suite d'une augmentation du capital souscrit sont mises en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire faits par une ou plusieurs sociétés, à condition que tous les actionnaires de la société bénéficiaire des apports aient renoncé à l'établissement du rapport d'expert et que les conditions de l'article 10 paragraphe 4 sous b) à f) soient remplies.

Article 28

Lorsqu'une augmentation de capital n'est pas entièrement souscrite, le capital n'est augmenté à concurrence des souscriptions recueillies que si les conditions de l'émission ont expressément prévu cette possibilité.

Article 29

1. Lors de toute augmentation du capital souscrit par apports en numéraire, les actions doivent être offertes par préférence aux actionnaires proportionnellement à la partie du capital représentée par leurs actions.

2. Les États membres peuvent:

- a) ne pas appliquer le paragraphe 1 aux actions auxquelles est attaché un droit limité de participation aux distributions au sens de l'article 15 et/ou au partage du patrimoine social en cas de liquidation
ou
- b) permettre que, lorsque le capital souscrit d'une société ayant plusieurs catégories d'actions pour lesquelles le droit de vote ou le droit de participation aux distributions au sens de l'article 15 ou au partage du patrimoine social en cas de liquidation

sont différents est augmenté par l'émission de nouvelles actions dans une seule de ces catégories, l'exercice du droit référentiel par les actionnaires des autres catégories n'intervienne qu'après l'exercice de ce droit par les actionnaires de la catégorie dans laquelle les nouvelles actions sont émises.

3. L'offre de souscription à titre préférentiel ainsi que le délai dans lequel ce droit doit être exercé font l'objet d'une publication dans le bulletin national désigné conformément à la directive 68/151/CEE. Toutefois, la législation d'un État membre peut ne pas prévoir cette publication lorsque toutes les actions de la société sont nominatives. En ce cas, tous les actionnaires doivent être informés par écrit. Le droit préférentiel doit être exercé dans un délai qui ne peut être inférieur à quatorze jours à compter de la publication de l'offre ou de l'envoi des lettres aux actionnaires.

4. Le droit préférentiel ne peut être limité, ni supprimé par les statuts ou l'acte constitutif. Il peut l'être toutefois par décision de l'assemblée générale. L'organe de direction ou d'administration est tenu de présenter à cette assemblée un rapport écrit indiquant les raisons de limiter ou de supprimer le droit préférentiel et justifiant le prix d'émission proposé. L'assemblée statue selon les règles de quorum et de majorité fixées à l'article 40. Sa décision fait l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE.

5. La législation d'un État membre peut prévoir que les statuts, l'acte constitutif ou l'assemblée générale, statuant selon les règles de quorum, de majorité et de publicité indiquées au paragraphe 4, peuvent donner le pouvoir de limiter ou de supprimer le droit préférentiel à l'organe de la société, habilité à décider de l'augmentation du capital souscrit dans les limites du capital autorisé. Ce pouvoir ne peut avoir une durée supérieure à celle du pouvoir prévu à l'article 25 paragraphe 2.

6. Les paragraphes 1 à 5 s'appliquent à l'émission de tous les titres convertibles en actions ou assortis d'un droit de souscription d'actions, mais non à la conversion des titres et à l'exercice du droit de souscription.

7. Il n'y a pas exclusion du droit préférentiel au sens des paragraphes 4 et 5 lorsque, selon la décision relative à l'augmentation du capital souscrit, les actions sont émises à des banques ou d'autres établissements financiers en vue d'être offertes aux actionnaires de la société conformément aux paragraphes 1 et 3.

Article 30

Toute réduction du capital souscrit à l'exception de celle ordonnée par décision judiciaire, doit être au moins subordonnée à une décision de l'assemblée générale, statuant selon les règles de quorum et de majorité fixées à l'article 40 sans préjudice des articles 36 et 37. Cette décision fait l'objet d'une publicité, effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE.

La convocation de l'assemblée doit indiquer au moins le but de la réduction et la réduction et la manière selon laquelle elle sera réalisée.

Article 31

Lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions, la décision de l'assemblée générale concernant la réduction du capital souscrit est subordonnée à un vote séparé au moins pour chaque catégorie d'actionnaires aux droits desquels l'opération porte atteinte.

Article 32

1. En cas de réduction du capital souscrit, au moins les créanciers dont les créances sont nées avant la publication de la décision de réduction ont au moins le droit d'obtenir une sûreté pour les créances non encore échues au moment de cette publication. Les législations des États membres fixent les conditions d'exercice de ce droit. Elles ne peuvent écarter ce droit que si le créancier dispose de garanties adéquates ou si celles-ci ne sont pas nécessaires compte tenu du patrimoine de la société.

2. En outre, les législations des États membres prévoient au moins que la réduction sera sans effet ou qu'aucun paiement ne pourra être effectué au profit des actionnaires, tant que les créanciers n'auront pas obtenu satisfaction ou qu'un tribunal n'aura pas décidé qu'il n'y a pas lieu de faire droit à leur requête.

3. Le présent article s'applique lorsque la réduction du capital souscrit s'opère par dispense totale ou partielle du versement du solde des apports des actionnaires.

Article 33

1. Les États membres peuvent ne pas appliquer l'article 32 à une réduction du capital souscrit ayant pour but de compenser des pertes subies ou d'incorporer des sommes dans une réserve, à condition que par suite de cette opération le montant de cette réserve ne dépasse pas 10% du capital souscrit réduit. Cette réserve ne peut, sauf en cas de réduction du capital souscrit, être distribuée aux actionnaires; elle ne peut être utilisée que pour compenser des pertes subies ou pour augmenter le capital souscrit par incorporation de réserves dans la mesure où les États membres permettent une telle opération.

2. Dans les cas visés au paragraphe 1, les législations des États membres prévoient au moins les mesures nécessaires pour que les sommes provenant de la réduction du capital souscrit ne puissent être utilisées pour effectuer des versements ou des distributions aux actionnaires, ni pour libérer les actionnaires de l'obligation de fournir leurs apports.

Article 34

Le capital souscrit ne peut être réduit à un montant inférieur au capital minimal fixé conformément à l'article 6. Toutefois, les États membres peuvent autoriser une telle réduction s'ils prévoient également que la décision de procéder à une réduction ne prend effet que s'il est procédé à une augmentation du capital souscrit destinée à amener celui-ci à un niveau au moins égal au minimum prescrit.

Article 35

Lorsque la législation d'un État membre autorise l'amortissement total ou partiel du capital souscrit sans réduction de ce dernier, elle exige au moins le respect des conditions suivantes:

- a) si les statuts ou l'acte constitutif prévoient l'amortissement, celui-ci est décidé par l'assemblée générale délibérant au moins aux conditions ordinaires de quorum et

de majorité. Lorsque les statuts ou l'acte constitutif ne prévoient pas l'amortissement, celui-ci est décidé par l'assemblée générale délibérant au moins aux conditions de quorum et de majorité prévues à l'article 40. La décision fait l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE;

- b) l'amortissement ne peut avoir lieu qu'à l'aide des sommes distribuables conformément à l'article 15 paragraphe 1;
- c) les actionnaires dont les actions sont amorties conservent leurs droits dans la société, à l'exclusion du droit au remboursement de l'apport et du droit de participation à la distribution d'un premier dividende perçu sur des actions non amorties.

Article 36

1. Lorsque la législation d'un État membre autorise les sociétés à réduire leur capital souscrit par retrait forcé d'actions, elle exige au moins le respect des conditions suivantes:

- a) le retrait forcé doit être prescrit ou autorisé par les statuts ou l'acte constitutif avant la souscription des actions qui font objet du retrait;
- b) si le retrait forcé est seulement autorisé par les statuts ou l'acte constitutif, il est décidé par l'assemblée générale à moins que les actionnaires concernés ne l'aient approuvé unanimement;
- c) l'organe de la société délibérant sur le retrait forcé fixe les conditions et les modalités de cette opération pour autant qu'elles n'aient pas été prévues dans les statuts ou l'acte constitutif;
- d) l'article 32 s'applique à moins qu'il ne s'agisse d'actions entièrement libérées qui sont mises, à titre gratuit, à la disposition de la société ou qui font l'objet d'un retrait à l'aide des sommes distribuables conformément à l'article 15 paragraphe 1; dans ces cas, un montant égal à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable de toutes les actions retirés doit être incorporé dans une réserve. Cette réserve ne peut, sauf en cas de réduction du capital souscrit, être distribuée aux actionnaires; elle ne peut être utilisée que pour compenser des pertes subies ou pour augmenter le capital souscrit par incorporation de réserves dans la mesure où les États membres permettent une telle opération;
- e) la décision relative au retrait forcé fait l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE.

2. L'article 30 paragraphe 1 et les articles 31, 33 et 40 ne s'appliquent pas dans les cas prévus au paragraphe 1.

Article 37

1. En cas de réduction du capital souscrit par retrait d'actions acquises par la société elle-même ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société, le retrait doit toujours être décidé par l'assemblée générale.

2. L'article 32 s'applique à moins qu'il ne s'agisse d'actions entièrement libérées qui sont acquises à titre gratuit ou à l'aide des sommes distribuables conformément à l'article 15 paragraphe 1; dans ces cas, un montant égal à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable de toutes les actions retirées doit être incorporé dans une réserve. Cette réserve ne peut, sauf en cas de réduction du capital souscrit, être distribuée aux actionnaires; elle ne peut être utilisée que pour compenser des pertes subies ou pour augmenter le capital souscrit par incorporation de réserves dans la mesure où les États membres permettent une telle opération.

3. Les articles 31, 33 et 40 ne s'appliquent pas dans les cas prévus au paragraphe 1.

Article 38

Dans les cas visés à l'article 35, à l'article 36 paragraphe 1 sous b) et à l'article 37 paragraphe 1, lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions, la décision de l'assemblée générale concernant l'amortissement du capital souscrit ou la réduction de celui-ci par retrait d'actions est subordonnée à un vote séparé au moins pour chaque catégorie d'actionnaires aux droits desquels l'opération porte atteinte.

Article 39

Lorsque la législation d'un État membre autorise les sociétés à émettre des actions rachetables, elle exige pour le rachat de ces actions au moins le respect des conditions suivantes:

a) le rachat doit être autorisé par les statuts ou l'acte constitutif avant la souscription des actions rachetables;

b) ces actions doivent être entièrement libérés;

c) les conditions et les modalités de rachat sont fixés par les statuts ou l'acte constitutif;

d) le rachat ne peut avoir lieu qu'à l'aide des sommes distribuables conformément à l'article 15 paragraphe 1 ou du produit d'une nouvelle émission effectuée en vue de ce rachat;

e) un montant égal à valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable de toutes les actions rachetées doit être incorporé dans une réserve qui ne peut, sauf en cas de réduction du capital souscrit, être distribuée aux actionnaires; cette réserve ne peut être utilisée que pour augmenter le capital souscrit par incorporation de réserves;

f) la lettre e) ne s'applique pas lorsque le rachat a eu lieu à l'aide du produit d'une nouvelle émission effectuée en vue de ce rachat;

g) lorsque, par suite du rachat, le versement d'une prime en faveur des actionnaires est prévu, cette prime ne peut être prélevée que sur des sommes distribuables conformément à l'article 15 paragraphe 1 ou sur une réserve, autre que celle visée sous e), qui ne peut, sauf en cas de réduction du capital souscrit, être distribuée aux actionnaires; cette réserve ne peut être utilisée que pour augmenter le capital souscrit par incorporation de réserves, pour couvrir les frais visés à l'article 3 sous j) ou les frais d'émissions d'actions ou d'obligations ou pour effectuer le versement d'une prime en faveur des détenteurs des actions ou des obligations à racheter;

h) le rachat fait l'objet d'une publicité effectuée selon les modes prévus par la législation de chaque État membre conformément à l'article 3 de la directive 68/151/CEE.

Article 40

1. Les législations des États membres disposent que les décisions visées à l'article 29 paragraphes 4 et 5, et aux articles 30, 31, 35, et 38 requièrent au moins une majorité qui ne peut être inférieure aux deux tiers des voix afférentes soit aux titres représentés, soit au capital souscrit représenté.

2. Toutefois, les législations de États membres peuvent prévoir que, lorsque la moitié au moins du capital souscrit est représenté, une majorité simple des voix indiquées au paragraphe 1 est suffisante.

Article 41

1. Les États membres peuvent déroger à l'article 9 paragraphe 1, à l'article 19 paragraphe 1 sous a) première phrase et sous b), ainsi qu'aux articles 25, 26 et 29 dans la mesure où ces dérogations sont nécessaires à l'adoption ou à l'application des dispositions visant à favoriser la participation des travailleurs ou d'autres catégories de personnes déterminées par la loi nationale au capital des entreprises.

2. Les États membres peuvent ne pas appliquer l'article 19 paragraphe 1 sous a) première phrase et les articles 30, 31, 36, 37, 38 et 39 aux sociétés soumises à un statut spécial qui émettent à la fois des actions de capital et des actions de travail, ces dernières en faveur de la collectivité du personnel qui est représenté dans les assemblées générales des actionnaires par des mandataires disposant d'un droit de vote.

Article 42

Pour l'application de la présente directive, les législations des États membres garantissent un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques.

Article 43

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive dans un délai de deux ans à compter de sa notification. Ils en informent immédiatement la Commission.

2. Les États membres peuvent ne pas appliquer l'article 3 sous g), i), j) et k) aux sociétés déjà existants au moment de l'entrée en vigueur des dispositions visées au paragraphe 1.

Ils peuvent prévoir que les autres dispositions de la présente directive ne s'appliqueront à ces sociétés que dix-huit mois après cette date.

Toutefois, ce délai peut être de trois ans pour les articles 6 et 9 et de cinq ans pour les *unregistered companies* au Royaume-Uni et en Irlande.

3. Les États membres veillent à communiquer à la Commission le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive.

Article 44

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles, le 13 décembre 1976.

Par le Conseil
Le président
M. van der Stoep

AS INSTITUIÇÕES DA COMUNIDADE EUROPEIA DO CARVÃO E DO AÇO

José Manuel Santos Pais

2.1. Introdução

Depois de brevemente indicados os objectivos do tratado CECA e as atribuições genéricas dos órgãos comunitários previstos no artigo 3.º do tratado de Paris, procurou-se explicar em que medida os pressupostos económicos subjacentes a este determinaram, no fundo, a estrutura jurídica da CECA.

Dois princípios básicos foram prosseguidos pelo legislador comunitário, como se viu. Por um lado, concretização de uma economia de mercado, que assegurasse o respeito pelo direito de propriedade e pela liberdade de associação, pelo princípio da livre concorrência e pelo princípio da não discriminação.

Por outro, instituição de um mercado comum, assente no princípio da abolição de quaisquer restrições, de carácter aduaneiro ou outras, à livre circulação de produtos ou de pessoas.

Chegou a altura de se analisar a estrutura orgânica da CECA, nomeadamente as funções primaciais desempenhadas pelas instituições previstas no tratado de Paris.

2.2. As instituições da CECA

A este propósito, determina o artigo 7.º do tratado de Paris:

«Les institutions de la Communauté sont:

- une Haute Autorité, assistée d'un Comité Consultatif;
- une Assemblée Commune, ci-après dénommée «l'Assemblée»;
- un Conseil Spécial de Ministres, ci-après dénommé «le Conseil»;
- une Cour de Justice, ci-après dénommée «la Cour».

Temos, assim, quatro instituições básicas originalmente concebidas pelo legislador comunitário como meio de concretizar o seu desejo de uma comunidade europeia do carvão. A instituição do Tribunal de Contas só viria a surgir em Julho de 1975, com a assinatura do «Traité portant modification de certaines dispositions financières des traités

instituant les communautés européennes et du traité instituant un conseil unique et une Commission unique des communautés européennes».

Vejamos, pois, qual a composição e atribuições de cada uma destas instituições.

2.3. A Alta Autoridade

2.3.1. A Alta Autoridade/Comissão

Órgão executivo, por excelência, da CECA, a Alta Autoridade representa e promove o interesse geral comunitário. Corresponde à Comissão prevista nos tratados de Roma, com os quais se viu fundida através do «Traité instituant un Conseil unique et une Commission unique des Communautés européennes», de 8 de Abril de 1965, vulgarmente denominado tratado de fusão.

A sua composição encontra-se consagrada no artigo 10 n.º 1 deste tratado, que determina: «1. La Commission est composée de treize membres choisis en raison de leur compétence générale et offrant toutes garanties d'indépendance.

Le nombre des membres de la Commission peut être modifié par le Conseil statuant à l'unanimité». (1)

2.3.2. Os membros da Alta Autoridade/Comissão

2.3.2.1. Composição da Alta Autoridade

Muito embora o legislador comunitário tenha pensado em reservar aos nacionais dos Estados membros a possibilidade de acederem a membros da Comissão, fê-lo de forma a evitar desequilíbrios nessa participação. A referida instituição deve, em princípio, ser composta pelo menos por um elemento de cada um desses Estados, sem que o número de membros com a mesma nacionalidade seja superior a dois.

É o que determina a parte final do artigo 10.º n.º 1 do tratado de fusão:

«Seuls les nationaux des États membres peuvent être membres de la Commission.

La Commission doit comprendre au moins un national de chacun des États membres, sans que le nombre des membres ayant la nationalité d'un même État soit supérieur à deux».

2.3.2.2. Forma de nomeação dos membros da Alta Autoridade. A garantia da sua independência

Os membros da Comissão são nomeados, de comum, acordo pelos governos dos Estados membros, para exercerem um mandato de quatro anos, renováveis (artigo 11.º do tratado de fusão).

Não recebem, no entanto, instruções por parte de tais governos. Os membros da Comissão devem actuar apenas segundo o interesse geral das Comunidades e em plena independência dos seus Estados de origem.

O artigo 10.º n.º 2 do tratado de fusão é bastante preciso nesta matéria ao afirmar:

«2. Les membres de la Commission exercent leurs fonctions en pleine indépendance, dans l'intérêt général des Communautés.

(1) Pelo acto de adesão da Grécia, o número de membros da comissão é de catorze.

Dans l'accomplissement de leurs devoirs, ils ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucun organisme. Ils s'abstiennent de tout acte incompatible avec le caractère de leurs fonctions. Chaque État membre s'engage à respecter ce caractère et à ne pas chercher à influencer les membres de la Commission dans l'exécution de leur tâche.»

2.3.2.3. Esta independência, a que os membros da Comissão se obrigam ao tomar posse dos respectivos cargos, encontra-se sujeita a fiscalização jurisdicional por parte do Tribunal das Comunidades, que pode decretar, a pedido da Comissão ou do Conselho, a demissão de qualquer um desses membros, quer pela prática de uma falta grave, quer por já não preencher os requisitos necessários ao exercício das suas funções.

Assim o determina o tratado de fusão. O seu artigo 10.º n.º 2, § 3.º diz, a este propósito:

«Les membres de la Commission ne peuvent, pendant la durée de leurs fonctions exercer aucune autre activité professionnelle, rémunérée ou non. Ils prennent lors de leur installation, l'engagement solennel de respecter, pendant la durée de leurs fonctions et après la cessation de celles-ci, les obligations découlant de leur charge, notamment les devoirs d'honnêteté et de délicatesse quant à l'acceptation, après cette cessation, de certaines fonctions ou de certains avantages. En cas de violation de ces obligations, la Cour de Justice, saisie par le Conseil ou par la Commission, peut, selon le cas, prononcer la démission d'office dans les conditions de l'article 13 (du traité de fusion) ou la déchéance du droit à pension de l'intéressé ou d'autres avantages en tenant lieu.»

E o artigo 13 referido, especifica:

«Tout membre de la Commission, s'il ne remplit plus les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions, ou s'il a commis une faute grave, peut être déclaré démissionnaire par la Cour de Justice, à la requête du Conseil ou de la Commission.»

Daqui se pode depreender a importância que o legislador comunitário atribuiu ao cargo de membro da Comissão. Não só sujeitou este ao cumprimento de determinadas obrigações, durante o exercício do respectivo mandato, como até mesmo depois. A obrigação de non facere, traduzida na não aceitação de determinados cargos ou benefícios mesmo posteriormente à cessação de funções, é disso exemplo significativo.

Os atributos de independência, honestidade e discreção devem, no entender do legislador, constituir apanágio dos membros da Comissão, quer em efectividade de funções, quer posteriormente à cessação destas.

2.3.3. *As atribuições da Alta Autoridade*

2.3.3.1. *A concretização e execução do Tratado de Paris*

A Alta Autoridade é a instituição que o legislador comunitário entendeu concretizar para levar a cabo a sua intenção de criar uma Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Cometeu-lhe, para isso, fundamentalmente, a tarefa de erguer a estrutura comunitária e prosseguir os objectivos fixados no tratado de Paris.

Nos termos do respectivo artigo 8.º:

«La Haute Autorité est chargée d'assurer la réalisation des objets fixés par le présent traité dans les conditions prévues par celui-ci.»

Não é de admirar, por isso, que mais de metade das disposições do tratado de Paris lhe faça expressa referência. E isto em matérias de tanta importância como a regularização da produção, o estabelecimento dos preços dos produtos abrangidos pela Comunidade, a fiscalização de concentrações ou acordos ilícitos entre empresas, a defesa de uma concorrência real e efectiva no seio da Comunidade, como se procurou mostrar acima (supra 1.3. a 1.7.)

A Alta Autoridade é, assim, o órgão de execução da CECA. Para assegurar este papel, compete-lhe, por exemplo, nos termos do artigo 46.º do tratado de Paris:

«1.º effectuer une étude permanente de l'évolution des marchés et des tendances des prix;

2.º établir périodiquement des programmes prévisionnels de caractère indicatif portant sur la production, la consommation, l'exportation et l'importation;

3.º définir périodiquement des objectifs généraux concernant la modernisation, l'orientation à long terme des fabrications et l'expansion des capacités de production;

4.º participer, à la demande des gouvernements intéressés, à l'étude des possibilités de réemploi, dans les industries existantes ou par la création d'activités nouvelles, de main-d'oeuvre rendue disponible par l'évolution du marché ou les transformations techniques;

5.º rassembler les informations nécessaires à l'appréciation des possibilités de relèvement des conditions de vie et de travail de la main-d'oeuvre des industries dont elle a la charge et des risques qui menacent ces conditions de vie».

A Alta Autoridade orienta, desde modo, toda a actividade económica da CECA, desde a obtenção da matéria-prima, passando pela produção, até à venda dos produtos no mercado.

Informações, estudos, planos de actuação em matéria de produção, consumo, exportação e importação, eis os meios a que a Alta Autoridade recorre para poder assegurar o cumprimento da sua missão.

O artigo 47 do tratado de Paris estabelece a este propósito:

«La Haute Autorité peut recueillir les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Elle peut faire procéder aux vérifications nécessaires».

E o artigo 55.º n.º 1 do mesmo tratado:

«1. La Haute Autorité doit encourager la recherche technique et économique intéressant la production et le développement de la consommation du charbon et de l'acier, ainsi que la sécurité du travail dans ces industries. Elle organise, à cet effet, tous contacts appropriés entre les organismes de recherche existants.»

Por outras palavras, a Alta Autoridade é o elemento motor da CECA.

2.3.3.2. *A fiscalização do cumprimento do tratado de Paris*

A construção de uma Comunidade económica assente no carvão e no aço seria, porém, esforço vão, se à Alta Autoridade fosse vedado dispor dos meios dissuasórios ou cominatórios necessários para prevenir ou reprimir eventuais violações do tratado de Paris.

Nesta matéria, o legislador comunitário fez prova de um pragmatismo notável. Muitas das disposições do tratado instituidor da CECA prevêem sanções para não acatamento de obrigações nele contidas. E é normalmente à Alta Autoridade que compete aplicá-las (cfr. v.g. arts. 47, 54, 58 n.º 4, 59 n.º 7, 64, 65 n.º 5 e n.º 6, 68, n.º 6, etc. do tratado de Paris.)

As sanções mais comuns são a multa e a adstricção, medida cominatória destinada a garantir o cumprimento de obrigações de facere (v.g. art. 68 do tratado de Paris) ou de non

facere (v.g. art. 65, n.º 5 do mesmo tratado) e aplicável enquanto se mantiver o incumprimento.

Outras há no entanto, como iremos ver.

Normalmente, os destinatários de tais sanções são empresas que exercem uma actividade de produção baseada no carvão e no aço, no interior da Comunidade e que, por qualquer circunstância, se colocaram na situação de faltosos aos deveres previstos no tratado de Paris. Basta referir a este propósito os artigos 47, 54, 59 n.º 7, 64, 65 n.º 5 e 68 n.º 6 do mesmo tratado.

Há, no entanto, casos em que os destinatários de tais sanções são pessoas individuais ou até mesmo, pessoas colectivas. Em matéria de acordos e concentrações de empresas, por exemplo, o legislador comunitário previu a aplicação de sanções a pessoas individuais ou colectivas, que adquiram determinados direitos em empresas sujeitas à jurisdição da Alta Autoridade, mas se abstenham de dar cumprimento a certas obrigações por esta instituição definidas (art. 66 do tratado de Paris).

~ É no que respeita aos Estados membros? Poderão eles ser sujeitos a sanções pelo não cumprimento das suas obrigações?

A resposta é afirmativa, e revela bem o pragmatismo cauteloso do legislador comunitário. Não há propriamente lugar aqui à aplicação de multas ou adstrições, o que é compreensível se atendermos à posição do destinatário. Mas a Alta Autoridade reserva-se, pelo menos, o direito de:

a) recusar a entrega, ao Estado faltoso, de determinadas quantias que eventualmente lhe pertencam;

b) adoptar ela própria, ou autorizar que os restantes Estados membros o façam, medidas derogatórias aos princípios enunciados no artigo 4.º do tratado de Paris, por forma a corrigir os efeitos do não cumprimento, por parte do Estado faltoso, das suas obrigações.

Assim o determina, claramente, o art. 88.º do mesmo tratado:

«Si la Haute Autorité estime qu'un État a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, elle constate ledit manquement par une décision motivée, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Elle impartit à l'État en cause un délai pour pourvoir à l'exécution de son obligation.

Un recours de pleine juridiction est ouvert à cet État devant la Cour dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision.

Si l'État n'a pas pourvu à l'exécution de son obligation dans le délai fixé par la Haute Autorité ou, en cas de recours, si celui-ci a été rejeté, la Haute Autorité peut, sur avis conforme du Conseil statuant à la majorité des deux tiers:

a) suspendre le versement des sommes dont elle serait redevable pour compte de l'État en question en vertu du présent traité;

b) prendre ou autoriser les autres États membres à prendre les mesures dérogatoires aux dispositions de l'article 4 en vue de corriger les effets du manquement constaté.

Un recours de pleine juridiction est ouvert, dans un délai de deux mois à compter de leur notification, contre les décisions prises en application des alinéas a et b.

Si les mesures ci-dessus s'avèrent inopérantes, la Haute Autorité en réfère au Conseil.»

Por outro lado, convém salientar que à Alta Autoridade é lícito exercer acções de fiscalização no próprio território dos Estados membros.

O art. 86 n.º 4 afirma, nomeadamente (§4):

«Les agents de la Haute Autorité chargés par elle de missions de contrôle disposent, sur le territoire des États membres et dans toute la mesure nécessaire à l'accomplissement de leur mission, des droits et pouvoirs dévolus par les législations de ces États aux agents

des administrations fiscales. Les missions de contrôle et la qualité des agents chargés de celles-ci sont dûment notifiés à l'État intéressé. Des agents de cet État peuvent, à la demande de celui-ci ou de la Haute Autorité, assister les agents de la Haute Autorité dans l'accomplissement de leur mission».

2.3.3.3. *A regulamentação do tratado CECA: o direito derivado comunitário*

O tratado de Paris, ao estabelecer determinados objectivos, a prosseguir pelas instituições comunitárias (artigo 3.º, nomeadamente), previu igualmente a possibilidade de tais instituições adoptarem as medidas necessárias para o efeito.

Basta atentar, por exemplo, no que se afirma no artigo 2.º do mesmo tratado:

«La Communauté européenne du charbon et de l'acier a pour mission de contribuer, en harmonie avec l'économie générale des Etats membres et grâce à l'établissement d'un marché commun dans les conditions définies à l'article 4, à l'expansion économique, au développement de l'emploi et au relèvement du niveau de vie dans les États membres.

La Communauté doit réaliser l'établissement progressif de conditions assurant par elles-mêmes la répartition la plus rationnelle de la production au niveau de productivité le plus élevé, tout en sauvegardant la continuité de l'emploi et en évitant de provoquer, dans les économies des États membres, des troubles fondamentaux et persistants».

A prossecução dos objectivos últimos do tratado far-se-á, assim, por fases, que permitirão o «estabelecimento progressivo» de determinadas condições, respeitantes à repartição da produção, produtividade, nível de emprego e gestão da actividade económica. Para isso, no entanto, é necessário que as instituições comunitárias guardem a margem de apreciação necessária para saber em que ponto a Comunidade se encontra e para onde caminha.

Por outras palavras, as instituições comunitárias irão vivificar a estrutura concebida, definir as etapas a percorrer, fazer o balanço da sua própria actividade, em suma, aplicar o tratado de Paris, na medida em que souberem dar execução às suas normas programáticas.

Tal aplicação decorre, porém, a dois níveis.

O primeiro respeita ao mundo normativo. A produção de novas normas jurídicas afigura-se muitas vezes indispensável à delimitação do conteúdo de certas normas constantes do tratado de Paris.

Pense-se no caso de uma norma que prossegue determinado objectivo genérico mas deixa ao critério dos órgãos comunitários a definição do âmbito da sua aplicação, ou a escolha dos meios necessários para o levar a cabo.

As instituições comunitárias ou, pelo menos, algumas delas, terão de definir por meio de produção de novas normas jurídicas, o alcance da disposição inicial do tratado, cuja execução ou aplicação se pretende garantir. A este conjunto de actos, adoptados pelas várias instituições da Comunidade com vista a realizar os objectivos dos tratados, costuma dar-se o nome de direito derivado comunitário. Derivado, dado o fundamento último da sua legitimidade residir no próprio tratado instituidor da Comunidade, muito embora os actos comunitários possam eventualmente constituir inovação em relação às disposições nele contidas.

Exemplo de norma que prevê expressamente a sua regulamentação posterior por um acto comunitário, neste caso uma decisão, é a constante do art. 60 n.º 1 do tratado de Paris, em que se afirma, nomeadamente:

«1. Sont interdites en matière de prix les pratiques contraires aux articles 2, 3 e 4 notamment:

– les pratiques déloyales de concurrence, en particulier les baisses de prix purement temporaires ou purement locales tendant, à l'intérieur du marché commun, à l'acquisition d'une position de monopole;

– Les pratiques discriminatoires comportant, dans le marché commun, l'application par un vendeur de conditions inégales à des transactions comparables, notamment suivant la nationalité des acheteurs.

La Haute Autorité pourra définir, par décisions prises après consultation du Comité Consultatif et du Conseil, les pratiques visées par cette interdiction».

A Alta Autoridade tem, pois, aqui um papel relevante a desempenhar.

Há, porém, casos em que a importância da Alta Autoridade, no campo da produção normativa sobressai particularmente. São eles os que resultam de lacunas no texto do tratado instituidor da Comunidade.

Que fazer, então? Como completar o que o legislador comunitário se esqueceu de dizer ou referir imperfeitamente? É aqui que a Alta Autoridade pode eficazmente intervir mediante a elaboração de decisões ou recomendações destinadas a colmatar a lacuna verificada.

Repare-se que tal actividade normativa se encontra teleologicamente delimitada pela necessidade de realizar um dos objectivos da Comunidade, previstos nos artigos 2, 3 e 4 do tratado. Mas a capacidade de inovação mantém-se, apesar de tudo. Pretende-se atingir tais objectivos, mas a apreciação sobre os meios adequados para o fazer, ou sobre os meios adequados para o fazer, ou sobre a altura em que tais meios deverão ser adoptados pertence à Alta Autoridade.

Assim o estabelece o artigo 95.º do tratado CECA:

«Dans tous les cas non prévus au présent traité, dans lesquels une décision ou une recommandation de la Haute Autorité apparaît nécessaire pour réaliser dans le fonctionnement du marché commun du charbon et de l'acier et conformément aux dispositions de l'article 5, l'un des objets de la Communauté, tels qu'ils sont définis aux articles 2, 3 et 4, cette décision ou cette recommandation peut être prise sur avis conforme du Conseil statuant à l'unanimité et après consultation du Comité consultatif.

2.3.3.4. *A aplicação do tratado CECA a nível individual*

O segundo nível em que a aplicação do tratado de Paris pode ocorrer é o da realidade individual, isto é, a resolução de um caso concreto mediante recurso a algumas das suas disposições.

Neste campo, a Alta Autoridade goza de particulares atribuições. Tanto pode autorizar a adopção de determinadas condutas por parte de certas empresas (cfr. nomeadamente art. 65.º n.º 2 do tratado), como intervir ela própria na respectiva actividade, no caso de estas se não quiserem conformar às suas recomendações (cfr. v. g. o art. 66 n.º 5 do tratado). Por último, à Alta Autoridade é reservado o direito de apreciar a adequação do texto do tratado a certos acordos ou decisões individuais, muito embora esta interpretação, de carácter quase administrativo, possa ser posteriormente submetida a apreciação jurisdicional, por parte do Tribunal das Comunidades.

Atente-se no que a este respeito se afirma, por exemplo, no art. 65.º n.º 4 do tratado de Paris:

«4. Les accords ou décisions interdits en vertu du paragraphe 1 du présent article sont nuls de plein droit et ne peuvent être invoqués devant aucune juridiction des États membres.

La Haute Autorité a compétence exclusive, sous réserve des recours devant la Cour, pour se prononcer sur la conformité avec les dispositions du présent article desdits accords ou décisions».

2.3.3.5. *A actividade de gestão da Alta Autoridade*

A Alta Autoridade é, ainda, o órgão de gestão da CECA. Dado encontrar-se em ligação directa com as empresas carboníferas e siderúrgicas, controlar muitos aspectos da sua actividade, coordenar investimentos e conceder empréstimos, encontra-se em posição especialmente propícia para definir a actuação da Comunidade em todo este ramo da actividade económica.

Incumbe-lhe nomeadamente preparar um relatório anual da actividade levada a cabo pela Comunidade (cfr. art. 18.º do tratado de fusão).

Por outro lado, é a Alta Autoridade que prepara o ante-projecto de orçamento administrativo (cfr. art. 78 n.º 2 do tratado CECA) a submeter ao Conselho e posteriormente à Assembleia, o executa (cfr. art. 78 quater do mesmo texto) e elabora as contas do exercício findo, a submeter anualmente, do mesmo modo ao Conselho e à Assembleia (cfr. art. 78 quinto do mesmo tratado).

Cabe-lhe igualmente gerir os fundos comunitários. Afirma, a este propósito, o artigo 49.º do tratado CECA:

«La Haute Autorité est habilitée à se procurer des fonds nécessaires à l'accomplissement de sa mission:

- en établissant des prélèvements sur la production de charbon et d'acier;
- en contractant des emprunts.

Elle peut recevoir à titre gratuit».

Aplicações de fundos comunitários por parte da Alta Autoridade são, a título exemplificativo, as previstas nos artigos 54.º, 55.º n.º 2 e 56.º do tratado de Paris.

2.3.3.6. *A gestão das cláusulas de salvaguarda do tratado instituidor da CECA*

A Alta Autoridade tem igualmente a seu cargo gerir as cláusulas de salvaguarda do tratado de Paris.

Cláusula de salvaguarda é, neste contexto, a que possibilita, em casos excepcionais, o não cumprimento, por parte de certos Estado membros, de determinadas regras contidas no tratado CECA.

Um exemplo de uma cláusula deste tipo, será, v. g., o referido no art. 67.º n.º 2 do tratado CECA.

2.3.3.7. *O Comité Consultivo*

Criado para funcionar junto da Autoridade, o Comité Consultivo, composto de sessenta a oitenta e quatro membros é, como o seu nome indica, o órgão a que a Alta Autoridade muitas vezes recorre, a título consultivo, antes de adoptar determinadas medidas.

O Comité compreende produtores, trabalhadores, utilizadores e negociantes, em número igual, de forma a abranger todos os intervenientes na actividade económica da Comunidade.

Assim o determina o art. 18.º do tratado CECA (§ 1):

«Un Comité consultatif est institué auprès de la Haute Autorité. Il est composé de soixante membres au moins et de quatre-vingt-quatre au plus et comprend, en nombre égal, des producteurs, des travailleurs et des utilisateurs et négociants».

A sua criação corresponde à intenção do legislador comunitário de obrigar a Alta Autoridade a ouvir a opinião dos interessados antes de adoptar certas medidas, de particular importância, que os terão por destinatários. Assim se poderão evitar medidas desajustadas ou, eventualmente gravosas para os intervenientes no processo produtivo.

O recurso ao diálogo possibilita a concretização de uma política de gestão, democrática e realista, que poderá permitir, mediante recolha atempada de opiniões e salutar troca de impressões, a adopção de decisões mais amadurecidas e reflectidas, como tal mais eficazes.

O legislador comunitário estabeleceu igualmente a forma de escolha dos produtores e trabalhadores. São as suas organizações representativas, designadas pelo Conselho, que proporão os futuros membros do Comité, na proporção que lhes couber em face da sua representatividade. Só que os membros do Comité são nomeados pelo Conselho, a título pessoal, não recebendo quaisquer instruções das organizações que os houverem designado.

Assim o determina o art. 18.º do tratado CECA (§§ 2, 3 e 4):

«Les membres du Comité consultatif sont nommés par le Conseil.

En ce qui concerne les producteurs et les travailleurs, le Conseil désigne les organisations représentatives entre lesquelles il répartit les sièges à pourvoir. Chaque organisation est appelée à établir une liste comprenant un nombre double de celui des sièges qui lui sont attribués. La nomination est faite sur cette liste.

Les membres du Comité consultatif sont nommés à titre personnel et pour deux ans. Ils ne sont liés par aucun mandat ou instruction des organisations qui les ont désignés.

A importância do Comité consultivo é considerável no que respeita ao funcionamento da Comunidade. Por um lado, o legislador comunitário tornou obrigatória a sua consulta prévia pela Alta Autoridade em matérias de especial importância. Basta atentar nas disposições seguintes do tratado de Paris: arts. 46.º in fine, 53.º, 55 n.º 2, 56, n.º 1 alínea a), 58.º n.º 1 e n.º 3, 59.º n.º 1, n.º 5 e n.º 6, 60 n.º 1 e n.º 2, 61.º, 62.º, 67.º n.º 2 e n.º 3, 68 n.º 2 e n.º 3, 95.º.

Por outro, a Alta Autoridade pode ouvir o referido Comité sempre que o julque conveniente, ainda que o tratado expressamente o não determine. É o que estabelece o art.º 19.º deste texto (§):

«La Haute Autorité peut consulter le Comité consultatif dans tous les cas où elle le juge opportun. Elle est tenue de le faire chaque fois que cette consultation est prescrite par le présent traité».

Aliás, a relação permanente Alta Autoridade/Comité Consultivo pressupõe que este se encontre perfeitamente ao corrente da actividade da primeira. Isso mesmo previu o legislador comunitário, no § 2 do art. 19.º do tratado, ao prescrever:

«La Haute Autorité soumet au Comité consultatif les objectifs généraux et les programmes établis au titre de l'article 46.º et le tient informé des lignes directrices de son action au titre des articles 54.º, 65.º et 66.º».

2.3.4. Os actos da Alta Autoridade

2.3.4.1. Validade das deliberações da Alta Autoridade

Vimos já quais as atribuições da Alta Autoridade. São elas de fundamental importância para uma correcta aplicação do tratado de Paris, na medida em que esta instituição

detém grande parte do poder de iniciativa que o legislador concedeu às instituições comunitárias para desenvolverem e aperfeiçoarem o projecto de criação de um mercado comum do carvão e do aço. Por outro lado, a Alta Autoridade é, normalmente a instituição que detém o poder decisório, muito embora o exercício de tal poder possa estar subordinado a consulta ou parecer favorável de outros órgãos comunitários.

Vamos, pois, ver seguidamente qual a forma que os actos da Alta Autoridade podem revestir. Antes, porém, convém salientar que as deliberações da Alta Autoridade/Comissão são tomadas por maioria.

Assim, o determina o art. 17.º do tratado de fusão:

«Les délibérations de la Commission sont acquises à la majorité du nombre des membres prévu à l'article 10.º» (ou seja, catorze, com a Grécia).

2.3.4.2. *Os actos da Alta Autoridade: decisões.*

Para prosseguir as suas atribuições, a Alta Autoridade pode tomar decisões, formular recomendações ou emitir pareceres, nos termos do art. 14.º do tratado de Paris.

As decisões são obrigatórias em todos os seus elementos e devem ser fundamentadas (arts. 14.º §2 e 15.º §1 do tratado). Podem ser de dois tipos:

a) decisão individual – a produção de efeitos desta decisão encontra-se, apenas, subordinada à notificação do seu destinatário. Um exemplo de decisão deste tipo consta no art. 66.º n.º 5 § 2 do tratado de Paris.

«Si une concentration vient à être réalisée, dont la Haute Autorité reconnaît qu'elle ne peut satisfaire aux conditions générales ou particulières auxquelles une autorisation au titre du paragraphe 2 serait subordonnée, elle constate par décision motivée le caractère illicite de cette concentration et, après avoir mis les intéressés en mesure de présenter leurs observations, ordonne la séparation des entreprises ou des actifs indûment réunis ou la cessation du contrôle commun, et tout autre action qu'elle estime appropriée pour rétablir l'exploitation indépendante des entreprises ou des actifs en cause et restaurer des conditions normales de concurrence...».

Trata-se, no fundo, de actos administrativos dirigidos a destinatários individualizados.

b) A decisão pode, porém, ser geral, isto é, destinar-se a um conjunto indeterminado de destinatários. Designam-se, então, de decisões gerais, (expressão utilizada pelo legislador no artigo, 33.º § 2 do tratado) e correspondem, grosso modo, aos «règlements» previstos no artigo 189.º § 2 do tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia.

Neste caso, a produção de efeitos jurídicos encontra-se dependente da publicação do texto da decisão (art. 15.º § 3 do tratado).

O tribunal das Comunidades definiu as «décisions générales» como «des actes quasi-législatifs émanant d'une autorité publique et ayant un effet normatif erga omnes» (arrêt du 16.7.1956, aff. n.º 8-55, Fédéchar/H.A., Recueil, 1956, pág. 227). A sua característica de generalidade decorre do facto de que ela «établit un principe normatif... pose les conditions de son application de façon abstraite et... énonce les conséquences juridiques qui en découlent» (arrêt du 21.6.1958, aff. n.º 13-57, Gu stahlwerk Carl Bönnhoff u.a./H.A., Recueil, 1958, p. 286).

Um exemplo deste tipo de decisão encontra-se previsto, v.g., no art. 60.º n.º 1 do tratado de Paris:

«Sont interdites en matière de prix les pratiques contraires aux articles 2, 3 e 4 et notamment:

– les pratiques déloyales de concurrence, en particulier les baisses de prix purement temporaires ou purement locales tendant, à l'intérieur du marché commun, à l'acquisition d'une position de monopole;

– Les pratiques discriminatoires comportant, dans le marché commun, l'application par un vendeur de conditions inégales à des transactions inégales à des transactions comparables, notamment suivant la nationalité des acheteurs.

La Haute Autorité pourra définir, par décisions, par décisions prises après consultation du Comité Consultatif et du Conseil, les pratiques visées par cette interdiction.»

2.3.4.3. *Os actos da Alta Autoridade (cont.): recomendações.*

As recomendações formuladas pela Alta Autoridade, não são, como as decisões, obrigatórias em todos os seus elementos. Vinculam os seus destinatários apenas quanto ao fim a atingir, deixando-lhes a possibilidade de escolher os meios mais adequados para o efeito.

O art. 14.º do tratado CECA estabelece a este propósito (§3):

«Les recommandations comportent obligation dans les buts qu'elles assignent, mais laissent à ceux qui en sont l'objet le choix des moyens propres à atteindre ces buts».

As recomendações, que devem ser fundamentadas (arts. 15.º § 1 do tratado) podem ser igualmente individuais ou gerais.

No primeiro caso, a produção de efeitos encontra-se subordinada a notificação dos respectivos destinatários (art. 15§ 2 do tratado), no segundo, de mera publicação (art. 15§3 do mesmo texto).

Vejam os alguns exemplos de recomendação. O primeiro consta do art.º 63.º n.º 1 do tratado de Paris:

«1. Si la Haute Autorité constate que des discriminations sont systématiquement exercées par des acheteurs, notamment en vertu de clauses régissant les marchés passés par des organismes dépendant des pouvoirs publics, elle adresse aux gouvernements intéressés les recommandations nécessaires».

O segundo, do art. 66 n.º 7 do mesmo texto:

«Si la Haute Autorité reconnaît que des interprises publiques ou privées qui, en droit ou en fait, ont ou acquièrent, sur le marché d'un des produits relevant de sa juridiction, une position dominante qui les soustrait à une concurrence effective dans une partie importante du marché commun, utilisent cette position à des fins contraires aux objectifs du présent traité, elle leur adresse toutes recommandations propres à obtenir que cette position ne soit pas utilisée à ces fins...»

O terceiro, do art 73.º §2 do tratado:

«La Haute Autorité est habilitée à veiller sur l'administration et le contrôle desdites licences (d'importation et d'exportation) matière de charbon et d'acier. Elle adresse, en tant que de besoin, aux États membres, après consultation du Conseil, des recommandations, tant pour éviter que les dispositions adoptées aient un caractère plus restrictif que ne l'exige la situation qui en justifie l'établissement ou le maintien, que pour assurer une coordination des mesures prises au titre de l'article 71, alínea 3, et de l'article 74».

Outros casos se poderiam, também citar, v. g. os previstos nos arts. 67.º n.ºs 2 e 3, 68.º n.ºs 2 e 3, 74 e 95.

A recomendação geral CECA corresponde, grosso modo, à directiva prevista no art. 189 § 3 do tratado CEE, com a diferença de os seus destinatários poderem ser como se viu, não só os Estados membros, como quaisquer empresas comunitárias.

2.3.4.4. *Os actos da Alta Autoridade (cont.): pareceres.*

A Alta Autoridade também pode emitir pareceres. Estes não são vinculativos (art. 145^o do tratado de Paris), embora devam ser fundamentados (art. 155^o 1 do mesmo texto).

Veamos um exemplo constante do art. 55 n.º 3 do tratado CECA:

«La Haute Autorité émet tous avis utiles à la diffusion des améliorations techniques, notamment en ce qui concerne les échanges de brevets et la délivrance des licences d'exploitation».

2.3.4.5. *A eficácia dos actos da Alta Autoridade*

São estes, em resumo, os actos que a Alta Autoridade pode praticar no exercício das suas atribuições. Sem eles, encontrar-se-ia tal instituição impossibilitada de agir e o texto do tratado de Paris não passaria de letra morta.

A sua importância é, assim, grande. E a sua eficácia também. Basta atentar nos arts. 88^o 1 e 92 do tratado CECA.

O primeiro estabelece:

«Si la Haute Autorité estime qu'un État a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, elle constate ledit manquement par une décision motivée, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Elle impartit à l'État en cause un délai pour pouvoir à l'exécution de son obligation».

Já vimos acima as consequências que para o Estado faltoso poderão advir no caso de decidir manter-se em situação de incumprimento (cfr. supra 2.3.3.2.).

O artigo 92.º do tratado de Paris, pelo seu lado, estabelece:

«Les décisions de la Haute Autorité comportant des obligations pécuniaires forment titre exécutoire.

L'exécution forcée sur le territoire des États membres est poursuivie suivant les voies de droit en vigueur dans chacun de ces États et après qu'aura été posée, sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité de ces décisions, la formule exécutoire usitée dans l'État sur le territoire duquel la décision doit être exécutée. Il est pourvu à cette formalité à la diligence d'un ministre désigné à cet effet par chacun des gouvernements.

L'exécution forcée ne peut être suspendue qu'en vertu d'une décision de la Cour».

As decisões da Alta Autoridade que estabeleçam obrigações pecuniárias constituem, deste modo, título executivo no território dos Estados membros, não havendo lugar, por parte destes, a qualquer apreciação de mérito da decisão, mas tão só da sua autenticidade. A concessão do exequatur encontra-se subordinada à verificação de um mero requisito formal, pelo que a decisão guarda toda a sua eficácia e utilidade.

Eis outro dos casos em que o legislador comunitário soube impregnar as suas concepções de um pragmatismo deveras notável.

2.4. *A Assembleia Comum*

2.4.1. *Composição da Assembleia*

Nos termos do artigo 20 do tratado de Paris, «l'Assemblée, composée de représentants des peuples des États réunis dans la Communauté, exerce les pouvoirs de contrôle qui lui sont attribués par le présent traité».

Da leitura deste artigo retiraremos duas ideias. A primeira, respeitante à composição da Assembleia designada, desde 1962, Parlamento Europeu. A segunda, o seu papel de fiscalização democrática de outros órgãos comunitários.

Comecemos pela primeira.

A Assembleia é actualmente composta por representantes dos povos dos Estados membros, eleitos por sufrágio universal directo.

As primeiras eleições para o Parlamento Europeu decorreram, nos vários Estados membros, nos dias 7 e 10 de Junho de 1979 (1). A primeira sessão do novo Parlamento realizou-se em 17 de Julho do mesmo ano, em Estrasburgo, sendo o mandato dos respectivos deputados de cinco anos.

Compõe-no quatrocentos e trinta e quatro deputados, agrupados politicamente e não por países. O número de deputados eleitos, por país, é o seguinte: Bélgica – 24; Dinamarca – 16; Alemanha – 81; Grécia – 24; França – 81; Irlanda – 15; Itália – 81; Luxemburgo – 6; Holanda – 25; Reino Unido – 81.

A distribuição, por agrupamentos políticos, era a seguinte, em Maio de 1980: grupo socialista – 113; grupo do partido popular europeu (grupo democrata-cristão) – 107; grupo dos democratas europeus – 64; grupo comunista e aparentados – 44; grupo liberal e democrático – 40; grupo dos democratas europeus para o progresso – 22; grupo de coordenação técnica e de defesa dos grupos e dos parlamentares independentes – 11; não inscritos – 6.

O Parlamento efectua, em geral, uma dúzia de sessões por ano. No intervalo dessas sessões funcionam quinze comissões parlamentares, encarregadas de preparar os trabalhos das sessões plenárias.

2.4.2. *A função de deputado do Parlamento europeu*

A mesma Decisão do Conselho, referida acima, consagra a independência de actuação dos Deputados, nos termos do art. 4 n.º 1, que estabelece:

«1. Les représentants votent individuellement et personnellement. Ils ne peuvent être liés par des instructions ni recevoir de mandat impératif.»

Embora um deputado do Parlamento europeu possa ser igualmente deputado do Parlamento de um dos Estados membros, não pode, contudo, ser membro do respectivo Governo ou de outro órgão comunitário, sob pena de assim se prejudicar a independência da sua actuação.

Por essa razão, o art. 6 n.º 1, da mesma Decisão do Conselho, estabelece que a qualidade de representante na Assembleia é incompatível com a de:

- membro do Governo de um Estado membro;
- membro da Comissão das Comunidades Europeias;
- juiz, advogado-geral ou «greffier» do Tribunal das Comunidades Europeias;
- membro do Tribunal de Contas das Comunidades Europeias;
- membro do Comité Consultivo da CECA ou do Comité económico e social da CEE e Eurátomo;

(1) A eleição dos deputados gregos decorreu, naturalmente, em momento posterior.

- membro dos Comitês ou organismos criados em virtude ou em aplicação dos tratados instituidores da CECA, CEE e Eurátomo, com vista à administração de fundos comunitários ou à realização de uma actividade permanente e directa de gestão administrativa;
- membro do conselho de administração, do comité directivo ou funcionário do Banco Europeu de Investimento;
- funcionamento ou agente, em exercício, das instituições das Comunidades Europeias ou de organismos especializados que funcionem junto delas.

Os poderes dos deputados são vários. Analisá-los-emos a propósito das atribuições do Parlamento europeu.

2.4.3. *As atribuições do Parlamento europeu: a actividade de fiscalização de outros órgãos comunitários.*

2.4.3.1. *Em relação à Alta Autoridade*

A estrutura conceptual da CECA pressupõe a existência de contactos entre a Alta Autoridade e o Parlamento.

Por um lado, a Alta Autoridade pode solicitar a realização de uma sessão extraordinária do Parlamento (art. 22§3 do tratado), bem como ter membros seus a participar em qualquer sessão, onde poderão usar da palavra, se assim o entenderem (art. 23§2 do mesmo texto).

Por outro, os deputados ou a Assembleia, gozam do direito de formular perguntas à Alta Autoridade, que poderá responder oralmente, ou por escrito (art. 23§3).

Esta possibilidade de interpelação constitui um meio de controlo a não menosprezar, dado permitir ao Parlamento seguir de perto os progressos da política comunitária e intervir nela quando o julgar conveniente.

Aliás, os factos falam por si. Desde 1973, foi instituído em cada sessão parlamentar um período para a formulação de perguntas por parte dos deputados. Esse período foi posteriormente alargado. Hoje em dia, a Alta Autoridade/Comissão pode ser interpelada em dois períodos de tempo, de três quartos de hora cada um.

Isso permitiu-lhe, só em 1978, a responder a 311 das perguntas formuladas.

Mas não termina aqui a capacidade de intervenção do Parlamento.

Cabe-lhe igualmente apreciar o relatório geral sobre a actividade das Comunidades, elaborado pela Alta Autoridade/Comissão nos termos do art. 18.º do tratado de fusão. E se uma moção de censura sobre a gestão desta for aprovada, por uma maioria de dois terços dos votos expressos e maioria dos membros que compõem o Parlamento, não resta outra alternativa aos membros da Alta Autoridade do que abandonar colectivamente as suas funções.

2.4.3.2. *Em relação ao Conselho*

O tratado de Paris pressupõe igualmente a existência de contactos entre o Parlamento e o Conselho. Nos termos do respectivo art. 22§2 «L'assemblée peut être convoquée en session extraordinaire à la demande du Conseil pour émettre un avis sur les questions qui lui sont soumises par celui-ci».

É, contudo, nas sessões ordinárias do Parlamento que os contactos entre ambas as instituições normalmente se processam. Os membros do Conselho podem assistir a todas as sessões e usar da palavra se o julgarem oportuno. (artigo 2354 do tratado).

Por outro lado, os deputados podem formular perguntas ao Conselho, tal como acontece com a Alta Autoridade. Dispõem, para isso de um período de tempo de uma hora e meia por sessão.

2.4.4. *As atribuições do Parlamento europeu em matéria financeira*

Tal como o Conselho, o Parlamento dispõe de poderes orçamentais. Tais poderes foram sendo sucessivamente alargados pelo tratado de 22 de Abril de 1970 (entrado em vigor em 1 de Janeiro de 1971) e pelo tratado de 22 de julho de 1975 (entrado em vigor em 1 de Junho de 1977).

Vejamos, agora, em que consistem exactamente estes poderes.

E começemos pelo orçamento administrativo da Comunidade. O ante-projecto é, como se viu, preparado pela Alta Autoridade/Comissão (art. 78 n.º 2 do tratado de Paris) com base na estimativa de despesas fornecida pelas várias instituições comunitárias, que o submete posteriormente à apreciação do Conselho.

Este estabelece o projecto de orçamento e submete-o, por sua vez, ao Parlamento europeu, que goza do direito de lhe introduzir ou de propor alterações. Assim o estabelece o art. 78.º n.º 452 do tratado:

«Elle (l'Assemblée) a le droit d'amender, à la majorité des membres qui la composent, le project de budget administratif et de proposer au Conseil, à la majorité absolue des suffrages exprimés, des modifications au project en ce qui concerne les dépenses découlant obligatoirement du traité ou des actes arrêtés en vertu de celui-ci.»

Importa distinguir, nesta matéria, as despesas obrigatórias, isto é que decorrem obrigatoriamente do tratado, ou dos actos adoptados em conformidade com ele (cerca de 80% do orçamento total) e as despesas não obrigatórias.

Quanto às primeiras, embora possa haver lugar a negociação entre o Conselho e o Parlamento, cabe ao Conselho a última palavra (art. 78 n.º 5 do tratado de Paris).

Quanto às segundas (cerca de 21,5% em 1979) é o inverso. Cabe ao Parlamento a última palavra. Assim o determina o art. 78.º n.º 6 do tratado de Paris:

«6. Dans un délai de quinze jours après communication du projet de budget administratif, l'Assemblée, informée de la suite donnée à ses propositions de modification, peut, statuant à la majorité des membres qui la composent et des trois cinquièmes des suffrages exprimés, amender ou rejeter les modifications apportées par le Conseil à ses amendements et arrête, en conséquence le budget administratif. Si, dans ce délai, l'Assemblée n'a pas statué, le budget administratif est réputé définitivement arrêté.»

De salientar poderem as despesas não obrigatórias, respeitantes a despesas de funcionamento das instituições e, sobretudo, a despesas geralmente designadas de «operacionais» (créditos do Fundo Social Europeu, do Fundo Regional, etc...), determinar muitas vezes as possibilidades de desenvolvimento da Comunidade, ao permitir o aprofundamento de certas políticas comuns (sociais, regionais, etc...), ou o lançamento de políticas ou de acções novas (energia, investigação, etc...). Daí a importância que a actuação do Parlamento pode revestir neste campo.

Por último, convém realçar o facto de o Parlamento gozar do direito de rejeitar o projecto de orçamento administrativo, embora apenas por «razões importantes».

É o que estabelece o artigo 78.º n.º 8 do tratado de Paris:

«8. Toutefois, l'Assemblée, statuant, à la majorité des membres qui la composent et des deux tiers des suffrages exprimés, peut, pour des motifs importants, rejeter le projet de budget administratif et demander qu'un nouveau projet lui soit soumis».

Embora não tão grandes quanto este desejaria, os poderes do Parlamento europeu em matéria financeira são suficientemente impressivos para obrigar o Conselho e a Alta Autoridade a tomar em conta a sua posição ainda que esta não seja vinculativa.

Esta situação foi, aliás, reconhecida na Declaração Comum da Assembleia, Conselho e Comissão, de 4 de Março de 1975, que estabelece um processo de concertação entre as três instituições, e onde se afirma, nomeadamente;

«L'Assemblée, le Conseil et la Commission, considérant que, à partir du 1er. janvier 1975, le budget des Communautés est intégralement financé par des ressources propres aux Communautés;

considérant que, pour la mise en oeuvre de ce système, l'Assemblée sera dotée de pouvoirs budgétaires accrus;

considérant que l'accroissement des pouvoirs budgétaires de l'Assemblée doit être accompagné d'une participation efficace de celle-ci au processus d'élaboration et d'adoption des décisions qui engendrent des dépenses ou des recettes importantes à la charge ou au bénéfice du budget des Communautés européennes,

Convient de ce qui suit:

1. Il est institué une procédure de concertation entre l'Assemblée et le Conseil avec le concours actif de la Commission.

2. La procédure est susceptible de s'appliquer pour les actes communautaires de portée générale qui ont des implications financières notables et dont l'adoption n'est pas imposée par des actes préexistants.

3. Au moment de présenter une proposition, la Commission indique si l'acte en question est, à son avis, susceptible de faire l'objet de la procédure de concertation. L'Assemblée, lorsqu'elle donne son avis, et le Conseil peuvent demander l'ouverture de cette procédure.

4. La procédure s'ouvre si les critères au paragraphe 2 sont réunis et si le Conseil entend s'écarter de l'avis adopté par l'Assemblée.

5. La concertation a lieu au sein d'une «Commission de concertation» groupant le Conseil et des représentants de l'Assemblée. La Commission participe aux travaux de la commission de concertation.

6. Le but de la procédure est de rechercher un accord entre l'Assemblée et le Conseil.

La procédure devrait se dérouler normalement au cours d'un laps de temps n'excédant pas trois mois, sauf dans l'hypothèse où l'acte en question doit être adopté avant une date déterminée ou s'il existe des raisons d'urgence, auxquels cas le Conseil peut fixer un délai approprié.

7. Lorsque les positions des deux institutions sont suffisamment proches, l'Assemblée peut rendre un nouvel avis, puis le Conseil statue définitivement.

2.5. O Conselho de Ministros

2.5.1. Composição

O Conselho é constituído pelos representantes dos Estados membros, designados pelos respectivos governos. A sua presidência cabe alternadamente, por um período de seis

meses, a cada um dos Estados membros, segundo a seguinte ordem: Bélgica, Dinamarca, Alemanha, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos e Reino Unido (art. 2 do tratado de fusão).

Normalmente, a representação é assegurada pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros dos países membros («Conselho dos assuntos gerais», na terminologia comunitária). Mas pode igualmente caber aos Ministros de certas pastas, v.g. Agricultura, Finanças, Transportes, etc. se o assunto da reunião for de carácter especializado.

Durante a «cimeira» de Paris, de Dezembro de 1974, os Chefes de governo assentaram em reunir-se pelo menos três vezes por ano em Conselho da Comunidade. Tais sessões passaram a designar-se de sessões do Conselho Europeu.

De salientar que a Alta Autoridade/Comissão participa igualmente das deliberações.

2.5.2. O papel do Conselho no funcionamento da CECA

Com a criação do Conselho propôs-se o legislador comunitário assegurar a indispensável concertação entre a actuação da Alta Autoridade e a dos Governos dos vários Estados membros.

Afirma-o, claramente, o art. 26.º do tratado de Paris:

«Le Conseil exerce ses attributions dans les cas prévus et de la manière indiquée au présent traité, notamment en vue d'harmoniser l'action de la Haute Autorité et celle des gouvernements responsables de la politique économique générale de leur pays».

O Conselho, ao contrário do que se passa no Tratado de Roma, não tem, no tratado instituidor da CECA, grandes poderes decisórios. Assume, normalmente, o papel de órgão consultivo da Alta Autoridade, mas raramente o de tutela.

De qualquer modo, é necessário proceder, muitas vezes, a uma troca de impressões entre as duas instituições, quer porque o texto do tratado assim o determina, quer porque alguma delas o acha conveniente.

Iremos, por isso, analisar de seguida as relações entre os dois órgãos.

2.5.3. As relações Conselho/Alta Autoridade

2.5.3.1. A existência de um diálogo permanente.

O legislador comunitário pretendeu instituir um diálogo permanente entre ambas as instituições sobre os assuntos importantes para a vida da Comunidade. Tal diálogo pode assumir, como se disse acima, um carácter facultativo ou obrigatório.

O art. 26.º do tratado de Paris refere, curiosamente, a este propósito (§§ 1 e 2):

«Le Conseil exerce ses attributions dans les cas prévus et de la manière indiquée au présent traité, notamment en vue d'harmoniser l'actions de la Haute Autorité et celle des gouvernements responsables de la politique économique générale de leur pays.

A cet effet, le Conseil et la Haute Autorité procèdent à des échanges d'informations et à des consultations réciproques».

Todavia, uma das formas mais eficazes pela qual se estabelecem os contactos entre ambas as instituições é através de pedidos de parecer, formulados por uma delas à outra.

Normalmente, é a Alta Autoridade que, como se verá, solicita o parecer, as mais das vezes por imposição do próprio texto do tratado. Pode, porém, acontecer o inverso, e o Conselho solicitar à Alta Autoridade que proceda ao estudo das propostas ou medidas que ele entenda oportunas ou necessárias à realização dos objectivos comuns.

Assim o estabelece o art. 26§3 do tratado de Paris:

«Le Conseil peut demander à la Haute Autorité de procéder à l'étude de toutes propositions et mesures qu'il juge opportunes ou nécessaires à la réalisation des objectifs communs».

2.5.3.2. *A solicitação obrigatória de parecer ao Conselho, por parte da Alta Autoridade*

A Alta Autoridade deve, em certos casos, ouvir previamente o Conselho antes de adoptar determinadas medidas. Para o efeito, o tratado prevê duas modalidades de consulta: a «consultation» e o «avis».

A primeira, menos formal, visa auscultar a opinião do Conselho sobre essas medidas (cfr. nomeadamente art. 28§1 do tratado). A segunda pressupõe que este se pronuncie, por escrito, através de um «avis» adoptado segundo determinadas regras (v.g. unanimidade ou maioria).

O art. 53.º do tratado CEEA refere-se a ambas as modalidades:

«Sans prejudice des dispositions de l'article 58 et du chapitre V du titre III, la Haute Autorité peut:

a) après consultation du Comité consultatif et du Conseil, autoriser l'institution, dans les conditions qu'elle détermine, et sous son contrôle, de tous mécanismes financiers communs à plusieurs entreprises, qu'elle reconnaît nécessaires à l'exécution des missions définies à l'article 3 et compatibles avec les dispositions du présent traité, en particulier de l'article 65.º;

b) sur avis conforme du Conseil statuant à l'unanimité, instituer elle-même tous mécanismes financiers répondant aux mêmes fins.

Les mécanismes de même ordre institués ou maintenus par les Etats membres sont notifiés à la Haute Autorité qui, après consultation du Comité consultatif et du Conseil, adresse aux États intéressés les recommandations nécessaires, au cas de tels mécanismes sont en tout ou partie contraires à l'application du présent traité».

Importa, contudo, realçar que o texto do tratado de Paris fala em obter um «avis conforme» do Conselho (cfr. v.g. arts. 54, 55 n.º 2 alínea c), 56, n.º 2 alínea a), 58 n.º 1, 59 N.º 5, 66 N.º 3, 88 do tratado de Paris), pelo que se tal parecer não for obtido a Alta Autoridade se encontra impossibilitada de actuar.

Isto demonstra bem que a intervenção do Conselho, pelo menos, nestes casos, não é meramente formal e que ele pode eventualmente levar a Alta Autoridade, sob ameaça de não entrega de «parecer conforme», a modificar os seus projectos de actuação.

Compreender-se-á melhor a importância deste facto se procurarmos averiguar em que casos o legislador comunitário exige um «avis conforme». Abrangem eles, nomeadamente matéria financeira, como se viu (art. 53 do tratado CEEA), programas de investimento (art. 54 do mesmo texto), programas de pesquisa técnica e económica (art. 55 do mesmo texto), financiamento de programas para criação de novas actividades económicas susceptíveis de garantir o reemprego da mão-de-obra disponível (art. 56 do mesmo texto).

Há, porém, além destes dois casos que merecem uma atenção muito especial.

O primeiro encontra-se previsto no art. 58 do tratado de Paris. No caso de a Alta Autoridade entender que a Comunidade atravessa um período de crise manifesta, pode

recorrer à solução de instaurar um regime de quotas de produção, no caso do parecer do Conselho ser favorável a uma tal medida.

Nos termos do referido artigo:

« 1. En cas de réduction de la demande, si la Haute Autorité estime que la Communauté se trouve en présence d'une période de crise manifeste et que les moyens d'action prévus à l'article 57 ne permettent pas d'y faire face elle doit, après consultation du Comité consultatif et sur avis conforme du Conseil, instaurer un régime de quotas de production accompagné, en tant que de besoin, des mesures prévues à l'article 74.

O segundo caso, previsto no artigo 96§1 refere-se à introdução de eventuais alterações no texto do próprio tratado de Paris (§1):

«Après l'expiration de la période de transition, le gouvernement de chaque État membre et la Haute Autorité pourront proposer des amendements au présent traité. Cette proposition sera soumise au Conseil. Si celui-ci émet, à la majorité des deux tiers, un avis favorable à la réunion d'une conférence des représentants des gouvernements des États membres, celle-ci est immédiatement convoquée par le président du Conseil, en vue d'arrêter d'un commun accord les modifications à apporter aux dispositions du traité».

2.5.3.3. A substituição da Alta Autoridade pelo Conselho

O tratado de Paris prevê alguns casos em que o Conselho se pode substituir à Alta Autoridade na prática de certos actos que esta deveria ter praticado, mas não praticou.

Vejamos alguns deles.

Compete à Alta Autoridade constatar a existência de uma situação de séria escassez de algum ou do conjunto de produtos submetidos à sua jurisdição, para poder adoptar as medidas necessárias à sua eliminação. Se não o fizer, pode o Conselho fazê-lo em sua substituição, assim como pode actuar posteriormente, no caso de a Alta Autoridade manter a sua inacção.

O art. 59.º n.º 1, 5 e 6 do tratado de Paris afirma, a este propósito:

«1. Si la Haute Autorité constate, après consultation du Comité consultatif, que la Communauté se trouve en présence d'une pénurie sérieuse de certains ou de l'ensemble des produits soumis à sa juridiction, et que les moyens d'action prévus à l'article 57.º ne permettent pas d'y faire face, elle doit saisir le Conseil de cette situation et, sauf décision contraire de celui-ci statuant à l'unanimité, lui proposer les mesures nécessaires»

A défaut d'initiative de la Haute Autorité, le Conseil peut être saisi par l'un des États membres et par une décision prise à l'unanimité, reconnaître l'existence de la situation prévue ci-dessus.

.....

5. Dans la situation prévue au paragraphe 1 du présent article, l'établissement, dans l'ensemble des États membres, de restrictions aux exportations à destination des pays tiers peut être décidé par la Haute Autorité, conformément aux dispositions de l'article 57.º après consultation du Comité consultatif et sur avis conforme du Conseil, ou, à défaut d'initiative de la Haute Autorité, par le Conseil statuant à l'unanimité sur proposition d'un gouvernement.

6. La Haute Autorité peut mettre fin au régime institué en conformité du présent article après consultation du Comité consultatif et du Conseil. Elle ne peut passer outre à un avis défavorable du Conseil, si cet avis a été pris à l'unanimité.

A défaut d'initiative de la Haute Autorité, le Conseil statuant à l'unanimité peut mettre fin à ce régime».

Trata-se, porém, de circunstâncias excepcionais. Normalmente, as competências da Alta Autoridade e do Conselho não interferem.

Aliás, num outro caso previsto no tratado de Paris, respeitante à fixação de preços máximos ou mínimos de certos produtos pela Alta Autoridade, o legislador comunitário não foi tão longe. Na verdade o art. 61.º in fine do tratado CECA apenas estabelece poder o Conselho convidar a Alta Autoridade a fixar esses preços:

«A défaut d'initiative de la Haute Autorité, dans les circonstances prévus ci-dessus, le gouvernement d'un des États membres peu saisir le Conseil qui, par décision prise à l'unanimité, peut inviter la Haute Autorité à fixer de tels maxima ou minima».

2.5.3.4. *A actividade decisória do Conselho*

Na estrutura criada pelo tratado CECA, o Conselho assume normalmente, em face da Alta Autoridade um papel consultivo. Há, no entanto, casos em que o Conselho detém um poder decisório que lhe é próprio. Vejamos, nomeadamente, o disposto no art. 59.º n.º 2 do tratado de Paris:

«Le Conseil statuant à l'unanimité décide, sur proposition de la Haute Autorité, et en consultation avec elle, d'une part, des priorités d'utilisation, et, d'autre part, de la répartition des ressources de la Communauté en charbon et en acier entre les industries soumises à sa juridiction, l'exportation et les autres consommations.

En fonction des priorités d'utilisation ainsi décidées, la Haute Autorité établit après consultation des entreprises intéressés, les programmes de fabrication que les entreprises sont tenues d'exécuter.»

Outro exemplo deste poder decisório pode encontrar-se no art. 72§1 do tratado:

«Des taux minima, au-dessous desquels les États membres s'engagent à ne pas abaisser leurs droits de douane sur le charbon et l'acier à l'égard des pays tiers, et des taux maxima, au-dessus desquels ils s'engagent à ne pas les élever, peuvent être fixés par décision du Conseil, prise à l'unanimité sur proposition de la Haute Autorité, présentée à son initiative ou sur demande d'un État membre.

2.5.4. *Os actos do Conselho. Validade das suas deliberações.*

O Conselho, como se viu, elabora pareceres ou toma decisões.

A validade das suas deliberações não se encontra, porém, sujeita a uma regra de votação uniforme.

Umaz vezes exige-se a unanimidade para a adopção de um «parecer conforme» (cfr. arts. 53 alínea b), 54, 66 n.º 3 do tratado), outras vezes uma maioria de dois terços (cfr. arts. 88 e 96 do mesmo tratado), outras nada se diz (cfr. arts. 55 n.º 2 alínea c), 56 n.º 2 alínea a), 58, n.º 1 e 59 n.ºs 5 e 6).

No respeitante às decisões, exige-se igualmente que sejam tomadas por unanimidade (cfr. arts. 58 n.º 3, 59 n.ºs 1 e 2, 61 in fine, 72 do tratado), maioria qualificada (cfr. art. 6 do tratado de fusão), ou então nada se indica (cfr. art. 5 do tratado de fusão).

É fundamental, por isso, ter presente o disposto no artigo 28 do tratado, que define as regras para a validade das deliberações do Conselho:

a) consultas – «Lorsque le Conseil est consulté par la Haute Autorité, il délibère sans procéder nécessairement à un vote. Les procès-verbaux des délibérations sont transmis à la Haute Autorité.

b) parecer conforme – «Dans le cas où le présent traité requiert un avis conforme du Conseil, l'avis est réputé acquis si la proposition soumise par la Haute Autorité recueille l'accord:

– de la majorité absolue des représentants des États membres y compris les voix des représentants de deux États membres assurant chacun un huitième au moins de la valeur totale des productions de charbon et d'acier de la Communauté.

– ou, en cas de partage égal des voix et si la Haute Autorité maintient sa proposition après une seconde délibération, des représentants de trois États membres assurant chacun un huitième au moins de la valeur totale des productions de charbon et d'acier de la Communauté.

c) decisão ou parecer conforme a obter por unanimidade

Dans le cas où le présent traité requiert une décision à l'unanimité ou un avis conforme à l'unanimité, la décision ou l'avis sont acquis s'ils recueillent les voix de tous les membres du Conseil. Toutefois, pour l'application des articles 21, 32, 32 bis, 78 quinto, 75 septimo du présent traité et de l'article 16, de l'article 20 troisième alinéa, de l'article 28, cinquième alinéa, et de l'article 44 du protocole sur le statut de la Cour de Justice, les abstentions des membres présents ou représentés ne font pas obstacle à l'adaptation des délibérations du Conseil qui requièrent l'unanimité.

d) decisão a obter por maioria (1).

Les décisions du Conseil, autres que celles qui requièrent une majorité qualifiée ou l'unanimité, sont prises à la majorité des membres qui composent le Conseil; cette majorité est réputée acquise si elle comprend la majorité absolue des représentants des États membres, y compris les voix des représentants de deux États membres assurant chacun un huitième de la valeur totale des productions de charbon et d'acier de la Communauté. Toutefois, les voix des membres du Conseil sont affectées de la pondération suivant pour l'application des dispositions des articles 78, 78 ter et 78 quinto du présent traité qui requièrent la majorité qualifiée: Belgique 5, Danemark 3, Allemagne 10, France 10, Irlande 3, Italie 10, Grèce 5, Luxembourg 2, Pays-Bas 5, Royaume-Uni 10. Les délibérations sont acquises si elles ont recueilli au moins 45 voix exprimant le vote favorable d'au moins six membres.

Estes, em resumo, os traços mais característicos do Conselho Especial de Ministros criado pelo tratado de Paris.

2.6. O Tribunal das Comunidades

2.6.1. Composição

O tribunal das Comunidades é composto de nove juízes (dez com o próximo juiz grego), designados de comum acordo, por um período de seis anos, pelos Governos dos Estados membros, de entre pessoas que ofereçam as necessárias garantias de independência, reunam condições para poder exercer, nos respectivos países, as mais altas funções

(1) De acordo com a redacção dada pelo Acto de adesão da Grécia (art. 12.º).

jurisdicionais ou possuam, como juristas, reconhecida competência (arts. 32§1 e 32 ter§1 do tratado de Paris).

O Tribunal é coadjuvado por quatro advogados-gerais, cujo papel é o de apresentar publicamente, com toda a imparcialidade e independência, conclusões fundamentadas sobre todos os processos submetidos ao Tribunal (art. 32 bis §§1 e 2).

2.6.2. *Fim prosseguido com a criação do Tribunal*

Nos termos do artigo 31 do tratado de Paris, «la Cour assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité et des règlements d'exécution».

Na medida em que constitui uma ordem jurídica própria, o direito comunitário apresenta regras de interpretação e aplicação específicas. Por outro lado, o facto de ser comum a vários Estados membros pressupõe que previamente se garanta a uniformidade da sua aplicação, sob pena de se verificar desigualdade no tratamento das mesmas situações.

É essa a razão porque foi instituído o Tribunal. Cabe-lhe interpretar, e só a ele, o direito contido nos tratados e o direito derivado comunitário.

O juiz nacional, embora possa aplicar o direito comunitário, não o pode interpretar, como veremos. Em caso de dúvida terá de recorrer ao Tribunal das Comunidades para que este defina a interpretação da regra comunitária controvertida.

2.6.3. *Interpretação do direito comunitário*

Como se disse, compete primacialmente ao Tribunal das Comunidades interpretar as regras comunitárias. Vejamos que situações se poderão configurar, neste campo, ao juiz comunitário.

a) recurso a título prejudicial sobre interpretação de uma regra comunitária – juiz nacional tem dúvidas sobre o conteúdo ou o alcance de uma regra comunitária.

Deve consultar, para o efeito, o Tribunal das Comunidades, que fixará a interpretação da referida regra.

Neste caso, a sentença proferida vincula a jurisdição requerente e todas as outras que se venham a pronunciar sobre um caso semelhante. Pode, porém, acontecer que uma outra jurisdição não julgue correcta a decisão do Tribunal. Cabe-lhe por essa razão, submeter de novo o problema à sua apreciação.

b) recurso a título prejudicial sobre a validade dos actos praticados por outras instituições comunitárias – neste caso, o processo é idêntico ao anterior.

Um exemplo deste tipo de recurso encontra-se no art. 41 do tratado de Paris:

«La Cour est seule compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur la validité des délibérations de la Haute Autorité et du Conseil, dans les cas où un litige porté devant un tribunal mettrait en cause cette validité.»

c) recurso por omissão do Tribunal das Comunidades pode, porém, ir mais longe. Imagine-se o caso de uma instituição comunitária se encontrar obrigada a adoptar determinado comportamento que, no entanto, não toma. Neste caso, o Tribunal aprecia igualmente a omissão.

É o que prevê o art. 35 do tratado:

«Dans les cas où la Haute Autorité, tenue par une disposition du présent traité ou des règlements d'application de prendre une décision ou de formuler une recommandation, ne se conforme pas à cette obligation, il appartient, selon le cas, aux États, au Conseil ou aux entreprises et associations de la saisir.

Il en est de même dans les cas où la Haute Autorité, habilitée par une disposition du présent traité ou des règlements d'application à prendre une décision ou à formuler une recommandation, s'en abstient et où cette abstention constitue un détournement de pouvoir.

Si, à l'expiration d'un délai de deux mois, la Haute Autorité n'a pris aucune décision ou formulé aucune recommandation, un recours peut être formé devant la Cour dans un délai d'un mois contre la décision implicite de refus qui est réputée résulter de ce silence».

2.6.4. Fiscalização da legalidade dos actos das instituições comunitárias

O Tribunal aprecia, como se viu acima, a legalidade dos actos praticados pelas instituições comunitárias.

Em primeiro lugar, pela sua especial importância, a Alta Autoridade.

O art. 33 §§1 e 2 do tratado de Paris afirma, a este propósito:

«La Cour est compétente pour se prononcer sur les recours en annulation pour incompétence, violation des formes substantielles, violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application ou détournement de pouvoir, formés contre les décisions et recommandations de la Haute Autorité par un des États membres ou par le Conseil. Toutefois, l'examen de la Cour ne peut porter sur l'appréciation de la situation découlant des faits ou circonstances économiques au vu de laquelle sont intervenues les dites décisions ou recommandations, sauf s'il est fait grief à la Haute Autorité d'avoir commis un détournement de pouvoir ou d'avoir méconnu d'une manière patente les dispositions du traité ou toute règle de droit relative à son application.

Les interprises ou les associations visées à l'article 48 peuvent former, dans les mêmes conditions un recours contre les décisions et recommandations individuelles les concernant ou contre les décisions et recommandations générales qu'elles estiment entachées de détournement de pouvoir à leur égard».

O Tribunal aprecia, porém, igualmente a validade das deliberações da Assembleia e do Conselho, podendo anulá-las com base em incompetência e violação de formas substanciais.

Assim o estabelece o artigo 38 §§1 e 3 do tratado CECA:

«La Cour peut annuler, à la requête d'un des États membres ou de la Haute Autorité, les délibérations de l'assemblée ou du Conseil.

.....

Seuls les moyens tirés de l'incompétence ou de la violation des formes substantielles peuvent être invoqués à l'appui d'un tels recours».

2.6.5. Apreciação dos efeitos graves da actuação da Alta Autoridade

O Tribunal, curiosamente, não se pronuncia apenas sobre a validade dos actos das instituições comunitárias. Nos termos do art. 37 do tratado CECA pode caber-lhe igualmente apreciar se determinada acção ou omissão da Alta Autoridade acarretam ou não, para um dos Estados membros, problemas fundamentais e persistentes na sua economia. Em consequência, se a conclusão for afirmativa, a decisão da Alta Autoridade pode vir a ser anulada.

Eis o texto do referido artigo:

«Lorsqu'un État membre estime que, dans un cas déterminé, une action ou un défaut d'action de la Haute Autorité est de nature à provoquer dans son économie des troubles fondamentaux et persistants, il peut saisir la Haute Autorité.

Celle-ci, après consultation du Conseil reconnaît, s'il y a lieu, l'existence d'une telle situation et décide des mesures à prendre, dans les conditions prévues au présent traité pour mettre fin à cette situation tout en sauvegardant les intérêts de la Communauté.

Lorsque la Cour est saisie d'un recours fondé sur les dispositions du présent article contre cette décision ou contre la décision explicite ou implicite refusant de reconnaître l'existence de la situation ci-dessus visée, il lui appartient d'en apprécier le bien-fondé.

En cas d'annulation, la Haute Autorité est tenue de décider, dans le cadre de l'arrêt de la Cour, des mesures à prendre aux fins prévues au deuxième alinéa du présent article».

2.6.6. Competência do Tribunal das Comunidades em matéria de indemnização

O Tribunal das Comunidades é ainda competente para conceder indemnizações sempre que o prejuízo tenha resultado de uma falta dos serviços da Comunidade, ou de um seu agente, ou de um acto da Alta Autoridade posteriormente sujeito a anulaçãõ.

Vejamõs o primeiro caso, previsto no art. 40§1 do tratado:

«Sous réserve des dispositions de l'article 34, alénea 1, la Cour est compétente pour accorder, sur demande de la partie lésée, une réparation pécuniaire à la charge de la Communauté, en cas de préjudice causé dans l'exécution du présent traité par une faute de service de la Communauté.

E agora, o segundo caso mencionado, previsto no art. 40§2 do tratado:

«Elle est également compétente pour accorder une réparation à la charge de la Communauté en cas de préjudice causé par une faute personnelle d'un agent de celle-ci dans l'exercice de ses fonctions. La responsabilité personnelle des agents envers la Communauté est réglée dans les dispositions fixant leur statut ou le régime qui leur est applicable».

Por último, o caso em que a indemnizaçãõ é concedida em virtude de uma decisãõ ou recomendaçãõ da Alta Autoridade haverem sido anuladas pelo Tribunal, o qual se encontra previsto no art. 34 do tratado:

«En cas d'annulation, la Cour renvoie l'affaire devant la Haute Autorité. Celle-ci est tenue de prendre les mesures qui comportent l'exécution de la décision d'annulation.

En cas de préjudice direct et spécial subi par une entreprise ou groupe d'entreprises du fait d'une décision ou d'une recommandation reconnue par la Cour entachée d'une faute de nature à engager la responsabilité de la Communauté, la Haute Autorité est tenue de prendre, en usant de pouvoirs qui lui sont reconnus par des dispositions du présent traité, les mesures propres à assurer une équitable réparation du préjudice résultant directement de la décision ou de la recommandation annulée et d'accorder, en tant que de besoin, une juste indemnité.

Si la Haute Autorité s'abstient de prendre dans un délai raisonnable les mesures que comportent l'exécution d'une décision d'annulation, un recours en indemnité est ouvert devant la Cour».

2.6.7. Outros casos de intervençãõ do Tribunal das Comunidades

O Tribunal pode ainda ser chamado a intervir noutros casos além daqueles que acabãmos de analisar.

Vejamos alguns deles.

a) cláusula compromissória – nos termos do art. 42 do tratado. «la Cour est compétente pour statuer en vertu d'une clause compromissoire contenue dans un contrat de droit public ou de droit privé passé par la Communauté ou pour son compte.

b) disposição adicional do tratado – nos termos do art. 43§1, «la Cour est compétente pour statuer dans tout autre cas prévu par une disposition additionnelle du présent traité».

c) casos que apresentam uma conexão com o objecto do tratado – nos termos do § 2 do mesmo artigo, o tribunal «peut également statuer dans tous les cas en connexité avec l'objet du présent traité où la législation d'un État membre lui attribue compétence».

d) resolução de litígios ou diferendos entre Estados membros – o art. 89 do tratado estabelece a este propósito:

«Tout différend entre États membres au sujet de l'application du présent traité, qui n'est pas susceptible d'être réglé par une autre procédure prévue au présent traité, peut être soumis à la Cour, à la requête de l'un des États parties au différend.

La Cour est également compétente pour statuer sur tout différend entre États membres en connexité avec l'objet du présent traité, si ce différend lui est soumis en vertu d'un compromis».

2.6.8. *Eficácia das decisões do Tribunal das Comunidades*

Nos termos do art. 44 do tratado de Paris, as sentenças do Tribunal das Comunidades têm força executória no território dos Estados membros, nas condições fixadas no artigo 92, isto é, nas mesmas condições em que são executadas as decisões da Alta Autoridade.

Já atrás se referiram essas condições, pelo que aqui se dispensa a sua repetição (cfr. supra 2.3.4.5.).

Aqui se conclui o estudo sobre as instituições básicas da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Pretendeu-se com ele, dar aos juristas portugueses uma primeira percepção do funcionamento desta Comunidade e da actuação dos seus órgãos.

Com prejuízo da eventual profundidade de análise, procurou-se a simplicidade da exposição. O objectivo, no fundo, era o de transmitir a ideia de que a eventual complexidade do direito comunitário, resulta afinal do seu desconhecimento.

A PROTECÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DO CONSELHO DA EUROPA

Pinheiro Farinha

COMITÉ DE MINISTROS DO CONSELHO DA EUROPA

- I. *Os direitos do homem inspiram a filosofia do Conselho da Europa;*
- II. *Sanções para os Membros que atentem gravemente contra o espírito e filosofia do Conselho da Europa;*
- III. *O Comité de Ministros como órgão que garante o respeito pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem;*
 - a) *Julgamento no caso da não introdução do «caso» no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem;*
 - b) *Fiscalização da execução pelos seus Membros das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.*

I. O Conselho da Europa vem satisfazer à necessidade de criar uma organização agrupando os Estados europeus numa associação mais estreita com o fim de salvaguardar e de fazer progressivamente triunfar os valores espirituais e morais, que são o património comum dos seus povos e que estão na origem dos princípios da liberdade individual, da liberdade política e do primado do Direito, sobre os quais se funda qualquer verdadeira democracia. (1)

Desta liberdade é o homem contemporâneo muito cioso. Na verdade, João XXIII, perito em humanidade no dizer de Paulo VI, fez o seguinte diagnóstico do homem contemporâneo: «aspira, tendo o desejo, e sentindo o dever de viver em paz tanto dentro da sua comunidade nacional, como com o resto do mundo; sente-se atraído pelas coisas do espírito que o incitam a instruir-se; é *terrivelmente cioso da sua liberdade*; aceita de boa vontade as limitações legítimas à sua liberdade, se se lhe torna evidente resultar daí a segurança colectiva:» (2) Quando do discurso de abertura do Vaticano II, João XXIII

(1) São actualmente Membros do Conselho da Europa os seguintes Estados: Áustria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, França, República Federal da Alemanha, Grécia, Irlanda, Islândia, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Holanda, Noruega, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido.

(2) Philippe de la Chapelle, La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Catholicisme, 409.

referiu (3) estarem os homens cada vez mais convencidos da dignidade e da perfeição da pessoa humana como valores fundamentais cuja defesa merece os maiores sacrifícios.

Ficou bem expresso nos Estatutos do Conselho da Europa (4) que o seu objectivo é o de realizar uma união mais estreita entre os seus Membros, a fim de salvaguardar e de promover os ideais e os princípios que são o seu património comum e de favorecer o seu progresso económico e social (art.º 1.º) e que todos os seus Membros reconhecem o princípio do primado do Direito e o princípio em virtude do qual *qualquer pessoa* colocada sob a sua jurisdição *deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais* (art. 3.º) e só os Estados europeus considerados capazes de se conformar com tais princípios podem ser admitidos no Conselho da Europa (art. 4.º).

II. O Membro do Conselho da Europa que atente gravemente contra os princípios definidores da filosofia do Conselho – primado do direito e respeito pelos direitos do homem – pode ser suspenso do seu direito de representação e convidado pelo Comité de Ministros a retirar-se. Se o convite não for tomado em consideração, o Comité pode decidir que o Membro em causa deixou de pertencer ao Conselho a contar de uma data que o Comité fixa (art. 8.º).

Não se diga tratar-se de disposição sem aplicação prática, pois já fez sentir os seus efeitos relativamente à Grécia; em 6 de Maio de 1969, o Comité de Ministros, na sua resolução (69) 18 reafirmou a necessidade de um rápido restabelecimento da democracia naquele País, advertindo o Governo grego para que tirasse as conclusões impostas pela situação, e declarou que na próxima reunião tomaria uma decisão; em 12 de Dezembro de 1969, quando o Comité de Ministros retomou a discussão, o Ministro dos Negócios Estrangeiros grego anunciou a decisão do seu governo de se retirar do Conselho da Europa, o que evitou a sua exclusão (5). Restaurada a democracia na Grécia, este país voltou a ser Membro do Conselho da Europa em 28 de Novembro de 1974 (6).

III. O órgão competente para agir em nome do Conselho da Europa é o Comité de Ministros (7), cabendo-lhe *examinar*, por recomendação da Assembleia Consultiva ou por sua própria iniciativa, *as medidas convenientes para a realização do objectivo do Conselho da Europa* (8).

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem criou dois órgãos (9) – Comissão Europeia dos Direitos do Homem e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – especialmente incumbidos de assegurar o respeito por parte dos Estados das obrigações decorrentes da Convenção.

A Comissão, ultrapassada a fase liminar da admissibilidade, não tem poderes decisórios e, quer a solução consensual das Partes, quer o seu relatório – parecer final devem ser encaminhados ao Comité de Ministros, competente para tomar as medidas convenientes à realização dos objectivos do Conselho da Europa, nomeadamente o respeito dos direitos do homem.

Dentro de 3 meses, contados da transmissão ao Comité de Ministros do relatório da Comissão, poderá esta, o Estado de que a vítima é cidadão, o Estado que haja levado

(3) Philippe de la Chappelle, ob, cit., 410.

(4) A tradução portuguesa dos Estatutos do Conselho da Europa pode ler-se neste Boletim, n.º 1, pág. 711.

(5) In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme* XII, 133.

(6) *Annuaire*, XVII, 105.

(7) Estatuto do Conselho da Europa, art.º 15.º.

(8) Estatuto, art. 19.º.

(9) Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 19.º.

a queixa à Comissão ou o Estado demandado, introduzir o «caso» perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Se o «caso» não for levado ao Tribunal, compete ao Comité de Ministros decidir se houve ou não violação da Convenção (10).

Já foram estudados neste Boletim (11) a Comissão e o Tribunal. Ocupar-me-ei agora do Comité de Ministros:

A decisão do Comité de Ministros há-de ser tomada pela maioria de dois/terços dos representantes com direito de participação, podendo intervir o representante de qualquer dos Membros do Conselho, ainda que esse Estado não haja ratificado a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (12), tendo os próprios Estados parte no «caso» direito de voto.

Cabendo a presidência do Comité ao representante de um Estado parte no «caso», tal presidência passa durante a discussão a um outro.

Quando a maioria de dois/terços necessária para a decisão não seja obtida, o Comité de Ministros constata o facto e manda arquivar o «caso». Esta situação verificou-se no «caso Herbert Huber contra a Áustria» (13), em que a Comissão Europeia dos Direitos do Homem concluíra, por 8 votos contra 2, ter havido violação do § 1.º do art. 6.º da Convenção e o Comité de Ministros decidiu (14) «Ayant procédé au vote conformément aux dispositions de l'article 32, paragraphe 1, de la Convention, sans que la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger ait été atteinte, décide, en conséquence, qu'il n'y a pas lieu de donner d'autres suites à la présent affaire.»

O Comité de Ministros pode exercer todos os poderes de instrução do «caso» directamente, através de um comité, ou pedir quaisquer diligências à Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

Não sendo o requerente individual parte do processo a correr termos perante o Comité de Ministros, não tem direito a ser ouvido ou a apresentar quaisquer comunicações.

O Comité de Ministros pode solicitar à Comissão esclarecimentos sobre certos pontos do relatório, não participando os delegados da Comissão no processo perante o Comité de Ministros.

As decisões do Comité de Ministros obrigam as Partes.

Tendo concluído pela violação da Convenção, o Comité de Ministros deve fixar um prazo para que o Estado tome as medidas decorrentes de tal decisão. Se tais medidas não forem tomadas na ordem interna, o Comité, com a mesma maioria de dois/terços, determinará quais as consequências e publicará o relatório.

Além da decisão, ao constatar uma violação e para além das medidas necessariamente decorrentes de tal decisão, o Comité de Ministros, pela maioria de dois/terços dos votantes e maioria dos representantes com direito a intervir no Comité, pode fazer sugestões, recomendações ou dirigir pareceres ao Estado demandado, não tendo tais sugestões, pareceres e recomendações carácter vinculativo.

Quando o «caso» tiver sido levado ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a decisão é transmitida ao Comité de Ministros que velará pela sua execução (15).

(10) Convenção, art. 32.º

(11) N.º 2.

(12) A matéria foi regulamentada por Resoluções do Comité de Ministros de Janeiro de 1959, Janeiro de 1961, Abril de 1965 e Outubro de 1967.

(13) Annuaire, XVIII, 325.

(14) Resolução D. H. (75) 2, in Annuaire, XVIII, 325.

(15) Convenção, art. 54.º

É evidente que o Tribunal não pode executar as suas decisões, nem tem poder para intervir directamente na ordem jurídica do Estado condenado; compete-lhe apenas declarar o direito e conceder a reparação razoável.

Obrigatória a decisão, não a acatando o Estado interessado, impõe-se a intervenção do órgão competente do Conselho da Europa, isto é do Comité de Ministros.

Recebida a decisão (16) do Tribunal, onde se haja decidido haver violação da Convenção e se à parte lesada houver sido atribuída reparação, o Comité convida o Estado a informar das medidas e providências tomadas para cumprimento da decisão.

Com as necessárias prorrogações do prazo inicial, o Comité de Ministros só considerará ter exercido a função de velar e garantir a execução da decisão do Tribunal, quando houver recebido as necessárias informações sobre as medidas tomadas para satisfação da decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e, sendo caso disso, que a satisfação pecuniária concedida à parte lesada foi paga. Isto será constatado sob a forma de resolução.

Julgamos, neste e em anterior número do Boletim, ter dado uma ideia geral dos mecanismos destinados a garantir os direitos do homem reconhecidos na Convenção Europeia.

(16) Regras aprovadas pelo Comité de Ministros em Fevereiro de 1976.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

Pinheiro Farinha

SUMÁRIOS

6.º

CASO RELATIVO A CERTOS ASPECTOS DO REGIME LINGUÍSTICO DO ENSINO NA BÉLGICA

(Decisão de Fundo) (1)

I) A Convenção visa a protecção efectiva dos direitos fundamentais do Homem, daí que as suas regras impliquem um justo equilíbrio entre a defesa do interesse geral da Comunidade e o respeito dos Direitos fundamentais do Homem, atribuindo-se a estes um valor muito particular.

II) Devem ser considerados como um todo a Convenção e os seus Protocolos Adicionais.

III) É fora de dúvida que, não obstante a sua formulação na forma negativa, o art.º 2.º do Protocolo Adicional consagra um direito, daí a obrigação para os Estados de garantir a todos os dependentes da respectiva jurisdição, em princípio de todos os meios e graus de ensino existentes no País.

IV) Os trabalhos preparatórios e a própria letra do art.º 2.º do Protocolo (a sua formulação na forma negativa) levam à conclusão de que os Estados se não obrigaram a organizar, a expensas públicas, ou a subvencionar um ensino de forma ou grau determinado.

V) O direito à instrução não teria conteúdo se não implicasse o ensino na língua ou numa das línguas nacionais (2) e importa a produção de efeitos úteis, isto é a possibilidade de *tirar benefício* do ensino recebido, nomeadamente o reconhecimento oficial dos estudos feitos.

(1) Publicada in *Annuaire*, XI, 833.

(2) Voto de vencido do juiz T. Wold.

VI) A própria natureza do direito garantido pela primeira frase do art.º 2.º do Protocolo impõe a regulamentação pelo Estado. Esta regulamentação pode variar no tempo e no espaço em função das necessidades e possibilidades da Comunidade e dos indivíduos, mas, de forma alguma, pode contrariar a substância do direito ou ofender quaisquer outros direitos consagrados na Convenção.

VII) O art.º 2.º do Protocolo não impõe que o Estado respeite as preferências linguísticas dos pais, mas sim as suas convicções religiosas e filosóficas.

VIII) Se é certo que o art.º 8.º da Convenção não garante directamente o direito à instrução, as medidas tomadas quanto ao ensino podem violar o direito ao respeito da vida privada e familiar, nomeadamente ao impôr um afastamento arbitrário ou injustificado dos filhos em relação aos pais.

IX) O art.º 14.º da Convenção, como que integrado em cada um dos outros artigos da Convenção e seus Protocolos, proíbe a discriminação de tratamento sem justificação objectiva e razoável; não impede, porém, a distinção de tratamento que resulte de circunstâncias de facto essencialmente diferentes, quando tal distinção seja inspirada no interesse público.

X) O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem competência para conhecer do caso concreto que não para se pronunciar sobre questões meramente teóricas.

Data da decisão: 23 de Julho de 1968.

Juizes intervenientes: René Cassin, presidente, francês, A. Holmback, sueco, Verdross, austríaco, G. Maridakis, grego, E. Rodenbourg, luxemburguês, A. Ross, dinamarquês, T. Wold, norueguês, G. Balladore Pallieri, italiano, H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota, A. Favre, suíço, J. Cremona, maltês, Humphrey Waldock, britânico, G. Wiarda, holandês, A. Mast, juiz ad hoc, belga ⁽³⁾.

Decisão: Por 8 votos ⁽⁴⁾ contra 7 votos ⁽⁵⁾ que a legislação belga não estava em conformidade com as exigências do art.º 14.º da Convenção combinado com a primeira frase do art.º 2.º do 1.º Protocolo Adicional, na medida em que impedia certos alunos, com o mero fundamento da residência dos pais, de frequentar as escolas francesas das 6 comunas da periferia de Bruxelas dotadas de estatuto linguístico próprio ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ O juiz belga, H. Rolin, declarou-se impedido por ter tomado parte, como senador, na elaboração da lei em causa.

⁽⁴⁾ Dos juizes René Cassin, Balladore Pallieri, Mosler, Zekia, Favre, Cremona, Humphrey Waldock e Verdross.

⁽⁵⁾ Dos juizes Holmback, Maridakis, Rodenbourg, Ross, Wold, Wiarda e Mast.

⁽⁶⁾ Vide decisão da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, de 16 de Dezembro de 1968, in *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XI, 413.

CASO WEMHOFF V/ REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA (7)

I) Para averiguar da «razoabilidade» da prisão preventiva importa ter presente que tal detenção não pode ultrapassar um prazo razoável, isto é dentro dos limites em que, nas circunstâncias concretas, tal sacrifício pode ser imposto a uma pessoa que se presume inocente.

II) O período coberto pelo § 3.º do art.º 5.º da Convenção vai do início da detenção até ao julgamento condenatório em primeira instância (8).

III) Só face às circunstâncias concretas se pode concluir pela razoabilidade ou não do tempo de prisão preventiva, devendo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tomar em linha de conta as razões das autoridades nacionais justificativas da detenção.

IV) Se a detenção aparece justificada pelo receio de o arguido se subtrair à acção da justiça, importa a sua restituição à liberdade provisória, logo que dê garantias de comparecimento a julgamento.

Data da decisão: 27 de Junho de 1968.

Juízes intervenientes: H. Rolin, presidente, belga, E. Rodenbourg, luxemburguês, T. Wold, norueguês, H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota, A. Favre, suíço e S. Bilge, turco.

Decisão: Não houve violação da Convenção (6 votos contra 1) (9).

CASO NEUMEISTER V/ REPÚBLICA DA ÁUSTRIA (10)

I) O § 3.º do art.º 5.º da Convenção impõe a libertação provisória logo que deixe de ser razoável a manutenção da prisão preventiva.

II) O período de prisão preventiva sofrido após a queixa à Comissão Europeia dos Direitos do Homem é de ter em conta, já que se trata de situação continuada que se iniciou antes da apresentação da queixa.

III) Não se compadece com o § 3.º do art.º 5.º da Convenção a fixação do montante da caução tendo em conta exclusivamente o «quantum» do prejuízo causado, já que a mesma se destina não a ressarcir os prejuízos, mas a garantir a presença do acusado.

(7) Publicado in *Annuaire*, XI, 797.

(8) No entendimento dos juízes Favre e Wold há que atender ao tempo de prisão que vai da condenação em primeira instância até à decisão definitiva, se antes não ocorrer a libertação provisória.

(9) Do juiz Zekia.

(10) In *Annuaire*, XI, 813.

IV) Para determinar da «razoabilidade» do prazo decorrido até ao julgamento sobre a procedência da acusação – Convenção, art. 6.º, § 1.º – importa atender ao tempo decorrido desde que o arguido tomou conhecimento, ainda que na fase de inquérito ou instrução preparatória, da «suspeita» que sobre ele recaía, bem como às diligências feitas, à complexidade do processo, ao tempo necessário para um estudo consciencioso do processo pelos advogados e Magistrados, isto porque não se pode dispensar qualquer diligência necessária para uma justa decisão.

V) O princípio da igualdade das armas não é de invocar em matéria de libertação provisória, por não se tratar da procedência ou improcedência da acusação.

Data da decisão: 27 de Junho de 1968.

Juizes intervenientes: H. Rolin, belga, presidente, A. Holmback, sueco, G. Balladore Pallieri, italiano, H. Mosler, alemão, M. Zekia, cipriota, S. Bilge, turco, e H. Schima, austríaco, juiz ad hoc ⁽¹¹⁾.

Decisão: Por unanimidade que fora violado o § 3.º do art.º 5.º da Convenção.

9.º

CASO STÖGMÜLLER V/ REPÚBLICA DA ÁUSTRIA ⁽¹²⁾

I) O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem concluirá pela violação ou não do § 3.º do art.º 5.º da Convenção baseando-se, sobretudo, nos motivos indicados pelas jurisdições nacionais nas decisões sobre a restituição à liberdade provisória e nos factos não controvertidos indicados pelo recorrente.

II) É de ter em conta o prazo de detenção que continua para além da entrada da «queixa» na Comissão Europeia dos Direitos do Homem.

III) A suspeita séria da prática da infracção é condição necessária, mas não suficiente, para a prisão preventiva. Tal suspeita não basta, para além de um período razoável, à manutenção da detenção.

IV) É diferente o critério de «razoabilidade» para os fins do § 3.º do art.º 5.º da Convenção – respeitando apenas aos suspeitos em prisão preventiva, importando uma particular diligência e celeridade na condução do respectivo processo – e do § 1.º do art.º 6.º da mesma Convenção – visando todos os arguidos em ordem a evitar que estejam por demasiado tempo na incerteza da sua sorte.

Data da decisão: 10 de Novembro de 1969.

⁽¹¹⁾ No impedimento do juiz Verdross.

⁽¹²⁾ In *Annuaire*, XII, 365.

Juizes intervenientes: H. Rolin, belga, presidente, A. Holmback, sueco, Verdross, austríaco, G. Balladore Pallieri, italiano, M. Zekia, cipriota, J. Cremona, maltês, S. Bilge, turco.

Decisão: Por unanimidade, foi decidido ter havido violação do art.º 5.º, § 3.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

10.º

CASO MATZENETTER V/ REPÚBLICA DA AUSTRIA (13)

I) Deverá o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronunciar-se sobre a excepção do esgotamento dos recursos internos, embora não tenha sido levantada oportunamente na Comissão Europeia dos Direitos do Homem mas apenas apresentada pelo Governo perante o Tribunal.

II) O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem deve atender, em primeiro lugar, aos motivos das decisões nacionais e aos factos incontroversos indicados pelo requerente para se pronunciar sobre a «razoabilidade» da duração da prisão preventiva.

III) A gravidade da pena aplicável não é justificativa, só por si, para se concluir pelo risco de fuga do acusado.

IV) Para curar do perigo de repetição de infracções são elementos a atender a gravidade e as consequências do crime imputado ao suspeito.

V) Os atrasos e demoras na condução do processo podem constituir violação do § 3.º do art.º 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sem que ofendam o § 1.º do seu art.º 6.º, já que as duas disposições se não identificam.

VI) A boa administração da justiça não pode ser prejudicada pela particular diligência na condução do processo imposta pela situação de detenção do arguido.

VII) O «processo equitativo» postula a igualdade das armas. Este principio não é de invocar nos processos e julgamentos sobre a concessão de liberdade provisória.

Data da decisão: 10 de Novembro de 1969

Juizes intervenientes: H. Rolin, presidente, belga, A. Holmback, sueco, A. Verdross, austríaco, G. Balladore Pallieri, italiano, M. Zekia, cipriota, J. Cremona, maltês, S. Bilge, turco.

Decisão: Não houve por parte da República da Áustria violação da Convenção (Por unanimidade, foi entendido que não se verificava violação nem do § 4.º do art.º 5.º, nem do § 1.º do art.º 6.º; por cinco contra dois votos (14) não ter havido violação do § 3.º do art.º 5.º).

(13) In *Annuaire*, XII, 407.

(14) Dos juizes Zekia e Cremona.

TEXTO DA DECISÃO PROFERIDA NO

CASO SUNDAY TIMES (ART.º 50)

I. O Estado tem obrigação de acatar a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, independentemente do número de juizes que fizeram vencimento. II Para os efeitos do art.º 50.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, «parte lesada» é a «vítima» tal como a define o art.º 25.º. III. Ao usar da competência do art.º 50.º, não tem o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de averiguar da existência de danos ou prejuízos não indicados pela parte lesada, já que não está em causa a ordem pública europeia. IV. São atendíveis as despesas feitas com as deslocações às audiências na Comissão Europeia dos Direitos do Homem e Tribunal, mas não as que resultam da deslocação para assistir à leitura da decisão do Tribunal. V. O reembolso das despesas, ao abrigo do art.º 50.º da Convenção, postula que se trate de despesas reais, necessárias e razoáveis no seu montante. VI. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não está obrigado pelas tarifas e critérios nacionais das despesas judiciais reclamadas ao abrigo do art.º 50.º da Convenção.

En l'affaire *Sunday Times*,

La Cour européenne des Droits de l'Homme, statuant en séance plénière par application de l'article 48 de son règlement et composée des juges dont le nom suit:

MM. G. Balladore Pallieri, *président*,

G. Wiarda,

H. Mosler,

M. Zekia,

J. Cremona,

W. Ganshof van der Meersch,

Sir Gerald Fitzmaurice,

Mme D. Bindschedler-Robert,

MM. D. Evrigenis,

P.-H. Teitgen,

G. Lagergren,

L. Liesch,

F. Gölcüklü,

F. Matscher,

J. Pinheiro Farinha,

E. Garcia de Enterría,

ainsi que de MM M.-A. Eissen, *greffier*, et H. Petzold, *greffier adjoint*,

Après avoir délibéré en chambre du conseil les 3 et 4 juin, puis les 29 et 30 septembre 1980,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date, sur l'application de l'article 50 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales («la Convention») en l'espèce:

PROCEDURE ET FAITS

1 – L'affaire *Sunday Times* a été déférée à la Cour par la Commission Européenne des Droits de l'Homme («la Commission») en juillet 1977. A son origine se trouve une requête introduite devant la Commission en 1974; dirigée contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, elle émanait de *Times Newspapers Limited*, éditeur de l'hebdomadaire britannique *The Sunday Times*, de M. Harold Evans, rédacteur en chef de celui-ci, et du *Sunday Times* en tant que groupe de journalistes composé de M. Evans lui-même, M. Bruce Page, M. Phillip Knightley et Mme Elaine Potter.

Seule rest à trancher la question de l'application de l'article 50 en l'espèce. Quant aux faits de la cause, la Cour se borne donc ici à fournir les indications nécessaires; elle renvoie pour le surplus aux paragraphes 8 à 37 de son arrêt du 26 avril 1979 (série A n° 30, pp. 8-27). (1)

2 – Ce dernier a constaté, entre autres, qu'une interdiction de publier prononcée contre *Times Newspapers Limited* sur la base du droit anglais du *contempt of court* avait enfreint l'article 10, mais non l'article 14 (points 1 et 2 du dispositif et paragraphes 42-73 des motifs, *ibidem*, pp. 45 et 28-43).

Pendant la procédure relative au fond, les requérants, sans chiffrer leurs prétentions, avaient prié la Cour de décider, en vertu de l'article 50, que le gouvernement du Royaume-Uni («le Gouvernement») devait leur verser l'équivalent de leurs frais et dépens dans les procédures suivies en Angleterre pour *contempt*, puis devant la Commission et la Cour. Celle-ci a réservé en entier la question de l'application de l'article 50. Elle a invité les comparants à lui donner connaissance, auquel Gouvernement et requérants pourraient aboutir (point 4 du dispositif et paragraphes 76-78 des motifs, *ibidem*, pp. 44-45).

3 – Par des lettres des 18 et 31 juillet 1979, l'agent adjoint du Gouvernement et le secrétaire adjoint de la Commission ont avisé le greffier qu'il n'y avait pas eu d'arrangement.

4 – Conformément à des ordonnances du président (3 août, 11 octobre et 17 décembre 1979) ainsi qu'à une décision de la Cour (27 février 1980), le greffe a reçu

- le 10 octobre 1979, des observations des requérants, communiquées par les délégués de la Commission;
- le 14 décembre 1979, un mémoire du Gouvernement;
- le 21 février 1980, des observations des délégués, avec celles des requérants sur le mémoire du Gouvernement;
- le 18 avril 1980, un mémoire complémentaire de ce dernier.

5 – Après avoir consulté l'agent adjoint du Gouvernement et les délégués de la Commission par l'intermédiaire du greffier, la Cour a estimé de 29 avril 1980 qu'il n'y avait pas lieu à audiences.

Le 30 mai 1980, le secrétaire de la Commission a communiqué au greffe, sur les instructions des délégués, des commentaires que les requérants lui avaient adressés de leur

propre initiative au sujet du mémoire complémentaire du Gouvernement. La Cour a résolu, le 3 juin, de ne pas les prendre en considération et, en conséquence, de ne pas les notifier au Gouvernement, par le motif que l'affaire se trouvait déjà en état.

6 – Les demandes des requérants peuvent se résumer ainsi:

- a) au titre du litige devant les juridictions anglaises
(«frais exposés en Angleterre»): 15.809 £ 36;
- b) au titre des instances devant la Commission et la Cour
(«frais exposés à Strasbourg»):
 - 24.760 £ 53 jusqu'au prononcé de l'arrêt du 26 avril 1979;
 - un montant supplémentaire pour la procédure relative à l'article 50;
- c) un intérêt de 10% par an sur les sommes allouées.

A leurs observations du 10 octobre 1979, les requérants ont joint un relevé détaillé des dépenses chiffrées supportées depuis octobre 1972. Pour plus de commodité, les précisions voulues figurent dans les motifs «En droit» du présent arrêt.

7 – Les frais du procès en Angleterre avaient donné lieu à une correspondance échangée «sous toutes réserves» (*without prejudice*). Le 8 juin 1973, le conseiller juridique de *Times Newspapers Limited* avait écrit au *Treasury Solicitor* en ces termes:

«(...) je vous écris dès maintenant pour savoir si la question des frais ne pourrait se résoudre à l'amiable, ce qui éviterait toute contestation quand les audiences reprendront pour le prononcé de l'arrêt.

Nous nous attendons – cela ne vous étonnera sans doute pas – à voir la Chambre des Lords trancher en faveur de l'*Attorney-General* (...).

En temps normal, il serait difficile de combattre la thèse selon laquelle les frais suivent le principal (*costs should follow the event*), mais j'ose avancer qu'un certain nombre d'éléments justifieraient en l'espèce une dérogation à la règle habituelle (...).»

Venait alors une liste de circonstances entourant le procès en Angleterre, avec l'affirmation que le *Sunday Times* avait témoigné «de beaucoup de modération et d'un grand sens des responsabilités», «subordonnant maintes fois son intérêt privé à l'intérêt général».

La lettre s'achevait ainsi:

«(...) pour les motifs (...) indiqués plus haut, nous suggérons un arrangement aux termes duquel, si la Chambre des Lords donnait gain de cause à l'*Attorney-General*, une ordonnance laisserait à la charge de chacune des parties les frais assumés par elle devant ladite Chambre comme devant les juridictions inférieures.»

Le *Deputy Treasury Solicitor* avait répondu le 15 juin 1973:

«J'ai reçu les instructions de l'*Attorney-General* au sujet de votre lettre du 8 juin. D'après lui, quel que soit le résultat du recours à la Chambre des Lords chacune des parties devrait supporter ses propres frais pour l'ensemble des instances.»

8 – Le 25 juillet 1973, une semaine après avoir statué sur le fond dans le sens souhaité par l'*Attorney-General*, la Chambre des Lords ordonna « que, d'un commun accord (*by consent*), chacune des parties [serait] tenue à ses propres frais » devant elle et les juridictions inférieures. L'avocat de l'*Attorney-General* avait souligné que normalement ce dernier aurait demandé la condamnation de son adversaire aux dépens, mais qu'en l'occurrence les parties étaient convenues de payer chacune leurs propres frais; on n'avait pas répliqué du côté de *Times Newspapers Limited*.

9 – En droit anglais, un plaideur supporte ses propres frais sauf décision contraire du tribunal. Pareille décision relève de l'appréciation de ce dernier, mais en règle générale et à défaut de facteurs spéciaux «les frais suivent le principal»: la partie qui succombe se voit ordonner de payer à son adversaire les frais engagés par lui, mais le tribunal fixe le montant recouvrable qui atteint très rarement le niveau de la dépense globale. Les juridictions ont compétence pour condamner aux frais la partie gagnante, mais elles ne l'exercent que dans les hypothèses les plus exceptionnelles (*Knight v. Clifton, All England Law Reports, 1971, vol. 2, p. 378*).

10 – Une ordonnance rendue par un tribunal anglais sur la base d'un accord (*order by consent*) ne constitue pas un contrat, mais une preuve suffisante de celui sur lequel elle repose. Comme lui, elle ne doit pas nécessairement s'interpréter à la lettre mais à la lumière de tout élément recevable concernant les circonstances dont elle s'entoure, notamment la nature du différend résolu par elle (le juge Plowman et, en appel, Lord Justice Donovan dans *General Accident Fire and Life Assurance Corporation v. Inland Revenue Commissioners, All England Law Reports, 1963, vol. 1, p. 627, et vol. 3, p. 261*).

CONCLUSIONS PRESENTÉES A LA COUR

11 – Le Gouvernement invite la Cour

- «1. à dire que dans les circonstances de la cause la satisfaction équitable n'exige pas de condamner le Royaume-Uni à rembourser des frais ou dépens exposés par les requérants devant les juridictions nationales, la Commission ou la Cour; en ordre subsidiaire,
2. a) à dire qu'aucun élément des frais exposés par les requérants devant les juridictions anglaises n'appelle un remboursement au titre de l'article, 50, car
 - (i) pareil remboursement irait à l'encontre de l'accord exprès qu'à leur demande expresse et à bénéfice exclusif les requérants ont passé avec l'*Attorney-General* d'Angleterre;
 - (ii) en tout cas il ne s'agit pas de frais nécessairement exposés par les requérants pour établir une infraction à la Convention;
- b) à dire que seuls sont recouvrables les frais nécessairement exposés par les requérants pour établir l'infraction à l'article 10 de la Convention et en particulier à refuser le remboursement des frais consacrés à présenter des thèses que la Commission et la Cour ont rejetées;
3. à dire que le remboursement n'excédera en aucun cas un chiffre calculé selon les taux en vigueur dans le cadre du système d'assistance gratuite fonctionnant auprès de la Commission.»

Quant à eux, les délégués de la Commission « estiment qu'en l'espèce la constatation d'une violation ne constitue pas en soi une 'satisfaction équitable' et que les requérants devraient se voir allouer une satisfaction pécuniaire pour tout dommage moral subi par eux et pour les frais judiciaires nécessaires exposés par eux ».

EN DROIT

I. Aspects généraux

12 – L'article 50 de la Convention se lit ainsi:

« Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie Contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la présente Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable. »

13 – Son applicabilité en l'espèce n'a pas prêté à controverse devant la Cour.

De fait, tous les requérants ont manifestement la qualité de « partie lésée », termes synonymes ú mot « victime » au sens de l'article 25: il s'agit de personnes directement concernées par la décision que l'arrêt du 26 avril 1979 a déclarée contraire à des obligations découlant de la Convention (arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 10 mars 1972, série A n.º 14, p. 11, § 23).

On n'a pas davantage allégué que le droit anglais permette d'effacer complètement les conséquences de ladite décision. Au demeurant, les délégués de la Commission l'ont souligné, la nature intrinsèque de la violation – une atteinte à la liberté d'expression – empêche une réparation intégrale (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt König du 10 mars 1980, série A n.º 36, p. 14, § 15).

14 – D'après les délégués, la question de dommages matériels n'entre plus en ligne de compte. En revanche, le tort moral causé aux requérants appellerait en principe une compensation pécuniaire; le Gouvernement le conteste.

Sans doute les intéressés ont-ils parfois mentionné dans leurs mémoires un préjudice matériel et moral prétendument subi. Cependant, non seulement la demande introduite par eux au titre de l'article 50 se limitait, sous sa forme (paragraphe 78 de l'arrêt du 26 avril 1979), mais dans leurs observations du 10 octobre 1979 ils confirment qu'ils se bornent à cela.

Dans le domaine de l'article 50, la Cour n'examine normalement que les réclamations dont on la saisit (voir, par exemple, l'arrêt Deweer du 27 février 1980, série A n.º 35, pp. 31-32, §§ 59-60); l'ordre public ne se trouvant pas en jeu, elle ne recherche pas d'office si le requérant a souffert d'autres dommages. En l'espèce, sa tâche consiste donc uniquement à statuer sur les prétentions relatives aux frais et dépens.

15 – Selon les requérants, il n'y a pas de raison de s'écarter de la règle anglaise habituelle selon laquelle « les frais suivent le principal » (*costs follow the event*, paragraphe 9 ci-dessus).

La Cour précise, avec les délégués, qu'elle n'applique pas une norme juridique nationale quand elle accueille, en vertu de l'article 50, une demande en remboursement de frais. Ainsi que le relève le Gouvernement, la partie lésée n'a pas automatiquement droit à les recouvrer: la Cour n'accorde une « satisfaction équitable » que « s'il y a lieu »; elle jouit en la matière d'un pouvoir d'appréciation dont elle use en fonction de ce qu'elle estime équitable.

16 – En ordre principal, le Gouvernement soutient qu'en l'occurrence l'article 50 ne commande pas de condamner le Royaume-Uni au paiement de frais exposés en Angleterre ou à Strasbourg. Il invoque la jurisprudence de la Cour, d'après laquelle la constatation d'une violation peut constituer par elle-même une « satisfaction équitable » (arrêt Golder du 21 février 1975, série A n.º 18, pp. 22-23, § 46; arrêt Engel et autres du 23 novembre 1976, série A n.º 22, p. 69, § 11; arrêt Marckx du 13 juin 1979, série A n.º 31, p. 29, § 68).

La Cour estime approprié de distinguer ici, comme dans l'affaire Neumeister (arrêt du 7 mai 1974, série A n.º 17, pp. 20-21, § 43), entre le préjudice entraîné par un manquement aux exigences de la Convention et les frais nécessaires de l'intéressé. Les décisions mentionnées par le Gouvernement portaient toutes sur le premier problème, tandis que la Cour a en général réservé une suite favorable aux prétentions concernant le second (arrêts Neumeister, Deweer et König, précités). En effet, on a peine à imaginer qu'un constat de violation puisse fournir en soi une satisfaction équitable quant aux frais.

A l'appui de son opinion, le Gouvernement énumère une série de « caractéristiques » de la cause. L'une d'entre elles – l'arrangement qu'auraient conclu les parties (paragraphe 7 ci-dessus) – n'a trait qu'aux frais supportés en Angleterre, une autre – l'existence de dépenses imputables à des thèses défendues en vain – qu'à ceux exposés à Strasbourg. La Cour les examine aux paragraphes 19-22 et 27-28 ci-dessous; elle se borne pour l'instant à étudier les arguments restants.

Tout d'abord, la procédure suivie en Angleterre résulterait d'une « initiative conjointe »; les requérants se seraient « félicités » du recours au juge. Si l'on entend par là qu'ils ont sciemment assumé le risque des frais inhérents à un différend à l'issue aléatoire, la Cour souligne qu'il en va de même de beaucoup de litiges; or dans le système juridique de nombre d'Etats contractants cela n'empêche pas la partie gagnante d'obtenir de rentrer dans ses débours. En outre, la mesure dans laquelle on peut regarder les requérants comme des plaideurs volontaires est sujette à caution. A moins de renoncer à voir paraître l'article incriminé, ce qui leur eût manifestement répugné, une seule solution s'offrait à eux, ainsi qu'ils l'ont noté, en dehors de ladite procédure: le publier en se rendant passibles des

lourdes peines qui frappent le *contempt of court*. De surcroît, cet élément n'a pas d'incidence sur les dépenses assumées à Strasbourg.

Le Gouvernement insiste en second lieu sur ce que l'injonction prescrite par la Chambre des Lords était limitée dans son étendue comme dans sa durée et a d'ailleurs été levée le 23 juin 1976. Il n'en demeure pas moins que pendant près de trois ans les requérants ont subi une privation partielle de leur liberté d'expression dans des conditions incompatibles avec l'article 10.

Enfin, le Gouvernement tire argument de sa promesse de promouvoir une réforme législative du droit du *contempt of court* ainsi que de la faible majorité à laquelle la Commission (2) puis la Cour (3) ont abouti à leurs conclusions. On ne saurait pourtant considérer ces données comme pertinentes pour l'examen des présentes demandes: les Etats contractants intéressés ont de toute manière l'obligation d'adapter leur droit interne aux exigences de la Convention et nulle conséquence juridique ne s'attache à l'ampleur de la majorité à laquelle la Commission et Cour adoptent leurs décisions en vertu des textes qui les régissent (articles 34 et 51 § 2 de la Convention, article 20 § 1 du règlement de la Cour).

N'apercevant pas de circonstances de nature à justifier une dérogation à sa pratique habituelle, la Cour rejette la thèse principale du Gouvernement.

II. Les frais exposés en Angleterre

17 – En ordre subsidiaire, le Gouvernement fait valoir que les frais exposés en Angleterre ne sauraient prêter à remboursement:

- ils n'auraient pas servi à combattre ou prouver une infraction à la Convention, car il n'y en aurait eu aucune jusqu'à la décision de la Chambre des Lords du 18 juillet 1973;
- pareil remboursement irait à l'encontre de l'accord exprès qu'à leur demande expresse et à leur bénéfice exclusif les requérants auraient passé avec l'*Attorney-General* et auquel on aurait tort de les autoriser à se soustraire.

18 – Quant au premier point, la Cour se borne à noter que les intéressés ont assumé lesdits frais pour revendiquer leur liberté d'expression, droit consacré par la Convention. En outre, les procédures suivies en Angleterre constituaient dans leur ensemble une condition préalable de la saisine de la Commission (article 26; arrêt De Wilde, Ooms et Versyp du 18 juin 1971, série A n.º 12, p. 29, § 50, et arrêt Airey du 9 octobre 1979, série A n.º 32, pp. 10-11, § 18).

(1) In *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, XXII, 403.

(2) A Comissão Europeia dos Direitos do Homem concluiu por 8 votos contra 5 que as restrições impostas ao direito de liberdade de expressão haviam violado o art. 10.º da Convenção.

(3) O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu por 11 votos (dos juizes Balladore Pallieri, Mosler, Zekia, O'Donoghue, Pedersen, Evrigenis, Teitgen, Lagergren, Golcuklu, Pinheiro Farinha e Garcia de Enterría) contra 9 (dos juizes Wiarda, Cremona, Thor Vilhjalmsson, Ryssdal, Ganshof van der Meersch, Gerald Fitzmaurice, Bindtschedler-Robert, Liesch e Matscher) que se verificava a violação do art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

19 – Sur le second point, le Gouvernement soutient que les frais du procès en Angleterre ont donné lieu à un accord à l'effet double: relevée de l'obligation de couvrir ceux de l'*Attorney-General*, *Times Newspapers Limited* aurait aussi accepté de supporter les siens propres sans chercher à lui en réclamer une fraction quelconque. Cela ressortirait des lettres échangées entre les parties et de la procédure ultérieure devant la Chambre des Lords.

Les requérants ne contestent pas l'existence d'un accord, mais à les en croire

- il concernait uniquement les frais de l'*Attorney-General* et en rien les leurs: ils n'avaient pas la moindre raison de « consentir » à les prendre en charge puisqu'ils le devaient de toute manière en qualité de partie perdante;
- sa seule conséquence a consisté à réduire le mont de leurs prétentions au titre de l'article 50: s'ils n'avaient pas sollicité une concession et limité de la sorte leurs débours, ils auraient payé de surcroît les dépens de l'*Attorney-General* et demanderaient à présent une indemnité de ce chef;
- au demeurant, ils n'ont jamais renoncé à rechercher devant les organes de la Convention le recouvrement des frais exposés par eux en Angleterre.

Les délégués de la Commission estiment l'accord « pertinent » pour la décision de la Cour sur le point de savoir si et dans quelle mesure le coût des instances internes entre en ligne de compte.

20 – Ainsi que le soulignent les délégués, les lettres en question différaient par leur libellé (paragraphe 7 ci-dessus). *Times Newspapers Limited* demandait si, au cas où sa crainte d'une décision défavorable de la Chambre des Lords se révélerait fondée, l'*Attorney-General* serait prêt à s'écarter, en guise de concession, de la règle anglaise ordinaire lui donnant droit au remboursement de ses dépenses (paragraphe 9 ci-dessus). L'*Attorney-General* fit répondre qu'à ses yeux chacune des parties devrait supporter ses propres frais « quel que [fût] le résultat ».

Si cet échange de lettres ne suffit pas en soi à prouver la formation d'un accord de caractère obligatoire, l'attitude ultérieure des parties montre qu'elles considéraient pareil accord comme réalisé. Cela ressort de l'ordonnance de la Chambre des Lords prévoyant « que, d'un *commun accord*, chacune des parties [serait] tenue à ses propres frais »; ladite ordonnance se fondait sur une déclaration de l'avocat de l'*Attorney-General*, selon laquelle « les parties [étaient] *convenues* de payer chacune leurs propres frais » (paragraphe 8 ci-dessus).

Dans leurs observations destinées à la Cour, les requérants n'ont pas non plus nié qu'un accord avait bien été conclu en la matière. La divergence de vues n'a trait qu'à sa portée: à en croire les requérants il concernait les seuls frais de l'*Attorney-General*; d'après le Gouvernement il valait également pour ceux de *Times Newspapers Limited* et s'appliquait « quel que [fût] le résultat ».

2 – La Cour estime cette dernière thèse la plus plausible.

L'*Attorney-General* n'a accepté la proposition initiale de *Times Newspapers Limited* – «un arrangement aux termes duquel, si la Chambre des Lords donnait gain de cause à l'*Attorney-General*, une ordonnance laisserait à la charge de chacune des parties les frais assumés par elle» – que sous condition de réciprocité:

l'accord jouerait «quel que [fût] le résultat du recours à la Chambre des Lords».

Il n'apparaît pas, et semble improbable, qu'il ait changé sa position par la suite. Or les deux parties reconnaissent cependant l'existence d'un accord; cela conduit à penser qu'après l'échange de lettres la *Times Newspapers Limited* partait elle aussi de l'idée que chaque partie supporterait ses propres frais indépendamment de l'issue. La chose est d'autant plus vraisemblable que la société requérante, comme l'indique la lettre de son conseiller juridique au *Treasury Solicitor*, s'attendait à voir la Chambre des Lords trancher en faveur de l'*Attorney-General*; elle ne saurait donc avoir éprouvé de grandes difficultés à se ranger à l'avis de ce dernier.

2 – Même si à l'époque, comme le soutiennent les requérants, les parties ne songeaient pas à une procédure devant les organes de la Convention, la Cour estime qu'en raison de l'accord susmentionné, conclu librement et appliqué par l'ordonnance de la Chambre des Lords, il n'y a pas lieu d'englober les frais exposés en Angleterre dans une «satisfaction» au titre de l'article 50: il s'agit d'un problème que le paiement de ses propres dépenses par chaque partie a résolu une fois pour toutes.

III. Les frais exposés à Strasbourg

23 – Selon la jurisprudence de la Cour, l'allocation de frais et dépens au titre de l'article 50 présuppose que se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et, de plus, le caractère raisonnable de leur taux (voir notamment l'arrêt *Neumeister* précité, pp. 20-21, § 43, et l'arrêt *König* précité, pp. 18-19, §§ 24-26).

1. Réalité des frais

24 – Les requérants n'ont pas bénéficié de l'assistance judiciaire gratuite devant la Commission ni auprès de ses délégués (comp. l'arrêt *Luedicke, Belkacem et Koç* du 10 mars 1980, série A n.º 36, p. 8, § 15, et l'arrêt *Artico* du 13 mai 1980, série A n.º 37, p. 19, § 40). Plus généralement, ni le Gouvernement ni la Commission n'ont contesté, à une exception près, la matérialité des frais supportés à Strasbourg; faute d'indices en sens contraire, la Cour n'éprouve pas le besoin de se procurer des pièces justificatives pour le surplus.

25 – L'exception concerne une somme de 7.500 £ relative au travail accompli de 1974 à 1979 par M. Whitaker, en qualité d'agent des requérants et de chef du contentieux de *Times Newspapers Limited*, pour arrêter le texte de mémoires, se préparer puis assister aux débats devant la Commission et donner des instructions à des avocats en vue des audiences devant la Cour. Les délégués de la Commission se déclarent «très sceptiques» au sujet de ce montant; ils s'interrogent sur sa réalité car lesdites occupations leur paraissent figurer parmi les fonctions normales du chef du contentieux d'une société et couvertes par ses

émolument usuel. Le Gouvernement admet qu'il se pose ici une question de principe, mais signale un fait, sans le reconnaître comme nécessairement pertinent: dans la pratique anglaise, les frais recouvrables par la partie gagnante englobent au moins une fraction de ceux qui se rapportent aux prestations d'un *solicitor* salarié.

En l'absence de tout élément, la Cour présume que le traitement habituel de M. Whitaker comprenait bien les activités mentionnées. Pourtant, si un employé, en consacrant son temps à un procès déterminé, s'acquitte d'un genre de tâche qui incomberait autrement à des juristes indépendants, il est en général raisonnable de considérer comme une dépense de son employeur la partie de ses appointements qui en représente la rétribution normale. Bien que la pratique anglaise ne soit pas concluante dans le contexte autonome de l'article 50 (paragraphe 15 ci-dessus), il y a lieu de noter qu'elle paraît se fonder sur de telles considérations. Or ni le Gouvernement ni la Commission ne contestent que M. Whitaker a rendu des services pour lesquels la *Time Newspapers Limited* aurait dû sans cela recourir à des juristes indépendants payés par elle. La Cour estime donc pouvoir tenir les 7.500 £ pour réellement exposées.

2. Nécessité des frais

26 – Sur la nécessité de certains des frais assumés à Strasbourg, Gouvernement et Commission formulent des observations que la Cour va examiner à tour de rôle.

a) Frais imputables à des thèses soutenues en vain

27 – D'après le Gouvernement, il faut refuser aux requérants le remboursement des sommes utilisées par eux à développer en détail des arguments que Commission et Cour ont rejetés: par hypothèse, il ne s'agissait pas de dépenses nécessaires pour établir une violation de la Convention. Il en serait ainsi, en particulier, de leurs allégations selon lesquelles ils subissaient des restrictions continues enfreignant l'article 10, l'atteinte à leur liberté d'expression n'était pas «prévue par la loi» au sens de ce texte et il y avait eu discrimination contraire à l'article 14 combiné avec lui (arrêt de la Cour du 26 avril 1979, p. 28, § 42, p. 30, § 46, et pp. 42-43, § 69).

Les requérants répondent qu'ils avaient à plaider leur cause de leur mieux et qu'il est erroné de se livrer à une appréciation rétrospective.

28 – La Cour ne peut souscrire à l'opinion du Gouvernement, quand bien même il existerait une manière satisfaisante de surmonter les problèmes de calcul qu'entraînerait son adoption. Dans son arrêt Neumeister précité (pp. 19-20, § 42, et p. 4, § 2), elle n'a pas distingué selon que les frais se rapportaient aux griefs invoqués avec succès au titre de l'article 5 § 3 ou à ceux tirés en vain des articles 5 § 4 et 6 § 1. S'il correspond à l'intérêt d'une saine et prompte administration de la justice de ne pas accabler les organes de la Convention de moyens étrangers à la cause, on ne saurait qualifier de la sorte les arguments dont il s'agit ici. Ils avaient tous trait à la situation qui résultait, pour les requérants, de l'injonction ordonnée par la Chambre des Lords et l'article 10 se trouvait au coeur de chacun d'eux. En outre, un juriste a le devoir de présenter la défense de son client avec autant d'ampleur et de talent qu'il en est capable; or ne saurait jamais prédire à coup sûr

quel poids un tribunal attachera à tel moyen, sauf si ce dernier est manifestement oiseux ou sans valeur.

b) *Honoraires versés à trois avocats pour services rendus en 1978-1979:*
12.000 £

29 – Le Gouvernement soutient que les frais découlant de la constitution de trois avocats n'étaient pas nécessaires, tandis que les délégués admettent sans peine le contraire.

30 – Si les requérants n'étaient point partie en cause devant la Cour et si le rôle de leurs conseils se bornait à assister les trois délégués de la Commission, on doit néanmoins se rappeler que celle-ci ne représente pas les requérants; elle a pour fonction principale « d'aider » la Cour « en vertu de sa mission d'intérêt général » (arrêt Lawless du 14 novembre 1960, série A n.º 1, pp. 11 et 16). Associer de la sorte les requérants à la procédure revêt une utilité évidente. Cependant, comme M. Whitaker assistait déjà les délégués et que deux des requérants – MM. Harold Evans et Knightley – se trouvaient à l'audience, la Cour estime que la présence de plus d'un avocat, à savoir M. Lester en sa qualité de conseil principal, ne s'imposait pas. Les services en question comprenaient toutefois, outre la comparution devant la Cour, la préparation dans un délai assez bref d'un copieux mémoire exigeant des recherches fort minutieuses. Sans se prononcer sur le nombre exact d'avocats qu'il fallait à cette fin, la Cour ne pense pas qu'un seul aurait suffi. Eu égard à ces facteurs et aux circonstances de l'espèce, elle retient sous cette rubrique un montant de 10.000 £.

c) *Frais de voyage et d'hôtel*

(i) *Décembre 1975 (procédure devant la Commission): 604 £ 85*

31 – D'après le Gouvernement ni M. James Evans, en sa qualité de conseiller des requérants, ni MM. Page et Knightley, deux des trois journalistes requérants, n'avaient besoin de suivre les débats de la Commission. La Cour ne discerne pas de motif de s'écarter de l'opinion, contraire, que cette dernière a exprimée sur un point relevant essentiellement de sa propre compétence. Elle accepte dès lors comme nécessaire la totalité de ce poste, relatif aux frais entraînés par la présence de ces trois personnes et de M. Whitaker.

(ii) *Avril 1978 (audiences de la Cour) : 1.319 £ 60*

32 – Le Gouvernement combat la demande en ce qui concerne, d'abord, la fraction des dépenses attribuable à venue de trois avocats et, deuxièmement, la nécessité de celle de MM. Knightley, Harold Evans (rédacteur en chef du *Sunday Times*) et James Evans, en tant que *solicitor* des requérants. D'après les délégués, sur le second point la décision dépend de ce que la Cour entend par nécessité.

33 – Ayant déjà traité la question des avocats (paragraphe 30 ci-dessus), la Cour laisse de côté les 377 £ imputables au déplacement des deux *junior counsel* qui accompagnaient M. Lester. Par des motifs analogues, et puisque M. Whitaker était là en sus de ce dernier, elle n'alloue pas davantage les 175 £ 40 réclamées au sujet de M. James Evans.

En revanche, elle juge que la présence de MM. Knightley et Harold Evans comme requérants offrait un intérêt; elle ne voit pas pourquoi elle ne se conformerait pas à la solution adoptée dans l'arrêt König précité (p. 19, § 26).

Au total, elle reconnaît comme nécessaires sous cette rubrique les frais découlant du voyage et du séjour de MM. Lester, Knightley, Harold Evans et Whitaker, soit 767 £ 20.

(iii) *Avril 1979 (prononcé de l'arrêt de la Cour, du 26 avril) : 705 £*

34 – Le Gouvernement met en doute la nécessité de la venue à cette occasion M. Harold Evans, M. Knightley et Mme Potter. Les délégués se montrent aussi « très sceptiques » à ce sujet.

35 – La Cour marque son accord. Si le désir de ces trois requérants d'assister au prononcé de l'arrêt se comprend sans peine, on ne saurait dire, aux fins de l'article 50, que leur présence fût nécessaire, eu égard notamment à la circonstance que M. Whitaker se trouvait également dans la salle d'audience. Partant, la Cour ne retient sous ce chapitre que les dépenses résultant du déplacement de ce dernier, soit 176 £ 25.

d) *Débours*

(i) *Avis sur le droit du contempt dans huit pays : 2.000 £*

36 – D'après le Gouvernement ces frais ne s'imposaient pas; pour les délégués, la réponse dépend de ce que la Cour entend par nécessité: d'ordinaire, précisent-ils, la Commission ne recueille pas de tels avis auprès d'une partie, mais ceux-ci ont pu se révéler nécessaires à la préparation de la défense des requérants.

37 – Ces derniers soulignent que la question du caractère unique du droit anglais du *contempt of court* avait surgi devant la Commission. La Cour n'est pourtant pas convaincue qu'il s'agissait d'une dépense nécessaire à la solution des problèmes en litige; elle l'écarte donc.

(ii) *Exemplaires du livre «Thalidomide : My Fight» : £ 60*

38 – Pour les délégués, la prise en compte de ce débours dépend de ce que la Cour entend par nécessité. Dans son mémoire complémentaire, le Gouvernement préconise une réponse négative.

39 – Les requérants ont fourni l'ouvrage à la Cour de leur propre chef, peu avant les audiences des 24 et 25 avril 1978. Il lui a procuré des renseignements sur le contexte de la cause, mais elle n'estime pas qu'il était nécessaire à la présentation de leurs thèses; elle rejette dès lors cette demande.

e) *Autres dépenses*

40 – La Cour n'aperçoit aucun motif de douter de la nécessité, non contestée par le Gouvernement et la Commission, des autres dépenses qui figurent dans le relevé des frais assumés à Strasbourg: 7.500 £ pour le travail accompli par M. Whitaker (paragraphe 25 ci-dessus) et les débours entraînés par la traduction (26 £ 84), la frappe (231 £ 62), l'envoi par avion et le port de documents (50 £ 02 et 20 £) ainsi que les appels téléphoniques (250 £), soit 8.078 £ 48 au total.

3. *Caractère raisonnable du montant des frais*

41 – Reste à rechercher si les dépenses dont la Cour a reconnu la réalité et la nécessité se situent à un niveau raisonnable.

Les délégués déclarent ne pas vouloir examiner les montants en soi. A titre d'observation générale, le Gouvernement affirme que les sommes demandées, en particulier pour les honoraires d'avocat, dépassent celles qui seraient normalement remboursables d'après la méthode anglaise d'évaluation des frais (paragraphe 9 ci-dessus). La Cour ne croit pas devoir approfondir la question puisque les tarifs ou critères nationaux ne la lient pas en matière de frais judiciaires réclamés sur le terrain de l'article 50 (arrêt König précité, pp. 18-19, §§ 22-23 et 25). Quant aux montants eux-mêmes, aucun d'eux ne lui paraît disproportionné.

42 – Par voie d'ultime conclusion subsidiaire, le Gouvernement invite la Cour à décider que le remboursement n'excédera en aucun cas un chiffre calculé selon les taux en vigueur dans le cadre du système d'assistance judiciaire gratuite fonctionnant auprès de la Commission. Il insiste notamment sur le fait que le barème de celle-ci constitue la seule aune disponible et sur les anomalies que créerait sa non-application. Les délégués réitèrent les doutes qu'ils ont déjà exprimés au sujet d'un argument analogue invoqué par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne dans l'affaire König.

Dans cette dernière, la Cour n'a discerné aucun motif de refuser un remboursement complet des frais assumés pour autant qu'ils se révélaient raisonnables (voir l'arrêt König précité, p. 19, § 24). Elle ne croit pas devoir adopter en l'espèce une solution différente et, partant, ne souscrit pas à la thèse du Gouvernement.

4. *Frais de la procédure relative à l'article 50*

43 – Dans leurs observations déposées le 21 février 1980, les requérants déclarent «raisonnable d'ajouter, à ce jour, la somme de 3.000 £ » pour la procédure relative à l'article 50. Ni le Gouvernement ni la Commission n'avancent qu'il ne s'agissait pas d'une dépense réelle et nécessaire.

Quoique les requérants se fournissent aucun détail, ces frais semblent se rapporter au travail accompli par M. Whitaker et peuvent donc passer pour réels eu égard au paragraphe 25 ci-dessus. Le chiffre indiqué s'accompagne des mots « à ce jour », mais il n'existe aucune preuve de dépenses postérieures à février 1980, hormis celles qui se rattachent à la préparation d'un document dont la Cour a résolu de ne pas tenir compte (paragraphe 5

ci-dessus). Il n'y a pas lieu d'examiner davantage la question: certains frais s'imposaient manifestement pour la procédure relative à l'article 50 et un montant de 3.000 £ ne se révèle pas déraisonnable.

5. Intérêts

44 – Ni le Gouvernement ni les délégués ne consacrent de commentaires particuliers à la demande des requérants d' «un intérêt de 10% par an à partir des arrêts en cause (26 avril 1979 et prononcé de l'arrêt sur l'application de l'article 50) et jusqu'au versement».

Seul le présent arrêt se trouve «en cause» à cette fin puisque celui du 26 avril 1979 n'allouait aucune indemnité. On peut en outre présumer que le Royaume-Uni exécutera dans les meilleurs délais l'obligation lui incombant aux termes de l'article 53 de la Convention. La Cour ne juge donc pas nécessaire d'accueillir la demande.

45 – Les sommes retenues par la Cour aux paragraphes 30, 31, 33, 35, 40 et 43 ci-dessus atteignent 22.626 £ 78 ao total.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1 – *Dit*, par treize voix contre trois, que le Royaume-Uni doit verser aux requérants, pour leurs frais et dépens dans la procédure suivie devant la Commission et la Cour, un montant de vingt-deux mille six cent vingt-six livres sterling soixante-dix-huit pence (22.626 £ 78);

2 – *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Rendu en français et en anglais, le texte anglais faisant foi, au Palais des Droits de l'Homme à Strasbourg, le six novembre mil neuf cent quatre-vingts.

Pour le Président

Gérard Wiarda
Vice-Président

Marc-André Eissen
Greffier

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 51 § 2 de la Convention et 50 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées de Sir Gerald Fitzmaurice, M. Liesch et M. Pinheiro Farinha.

G. W.

OPINION DISSIDENT DE SIR GERALD FITZMAURICE, JUGE

(Traduction)

L'article 50 de la Convention européenne des Droits de l'Homme donne à la Cour toute latitude pour déterminer la «satisfaction équitable» à accorder à la partie lésée par suite d'une violation de la Convention, dans les cas où le droit interne de l'Etat en cause ne permet pas une réparation adéquate. La Cour est libre de s'écarter de la pratique anglaise normale selon laquelle les frais suivent le principal.

Eu égard à la nature du présent litige, au caractère difficile et fort complexe des questions en jeu, et aussi à la faible majorité à laquelle la Cour a jugé les requérants (*Times Newspapers Ltd.*) victimes d'une infraction à la Convention, j'estime que cette conclusion constituait en soi une satisfaction amplement suffisante en l'espèce et qu'il n'y a pas lieu d'allouer aux requérants une somme pour frais assumés tant en Angleterre qu'à Strasbourg. C'est sur cette base que j'ai voté en faveur du rejet par la Cour (pour d'autres motifs) de la demande relative aux dépenses supportées en Angleterre, et contre le remboursement (sous divers titres) de celles exposées à Strasbourg.

De toute manière, j'aurais voté contre l'octroi de 7.500 £ pour le travail fourni par M. Whitaker. La Cour n'est pas liée par la pratique anglaise en la matière et, à mon sens, si le traitement d'un *solicitor* salarié travaillant à plein temps englobe une tâche particulière dont l'accomplissement relève de ses fonctions habituelles, la Cour ne devrait pas reconnaître aux employeurs le droit de recouvrer les sommes qu'il leur aurait fallu payer s'ils avaient confié la tâche en question à un spécialiste de l'extérieur. Dans ces conditions, ce montant de 7.500 £ me paraît correspondre à une dépense que les requérants n'ont pas supportée (puisque de toute façon ils auraient versé à M. Whitaker le même salaire); à mes yeux, son attribution est entièrement gratuite et injustifiée.

OPINION DISSIDENT DE M. LE JUGE LIESCH

Je me rallie à l'opinion séparée de Sir Gerald Fitzmaurice, juge

OPINION DISSIDENT DE M. LE JUGE PINHEIRO FARINHA

Je ne puis me rallier à l'opinion de la majorité exprimée au paragraphe 25 de l'arrêt.

En effet, M. Whitaker était le chef du contentieux de *Times Newspapers Limited* et son salaire – fixe – couvrait l'ensemble de son travail. Comme rien ne prouve qu'il ait reçu 7.500 £ en sus de sa rémunération normale, je n'admets pas la réalité des frais en ce qui concerne cette somme. En conséquence, je fixerais le montant à verser aux requérants à 15.126 £ 78.

LÉXICO DE TERMOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

ORDONNANCE PÉNALE
(Dir. Pen.)

Decisão proferida em França pelo Juiz de polícia através dum processo simpático também conhecido por «procédure de l'ordonnance pénale». Este processo é aplicável a todas as contrações, incluindo as da 5.^a classe, mesmo quando cometidas por reincidentes. Este processo simplificado inspirou-se no processo alemão do «*Strafbefehl*» e foi regulamentado pelos novos artigos 524 e 528-2 do Código de processo penal francês. O artigo 524 do Código de processo penal apenas exclui do domínio do processo simplificado as contrações de 5.^a classe imputáveis a menores, as contrações à regulamentação do direito do trabalho e aquelas nas quais a vítima fez citar o infractor perante o Tribunal de polícia anteriormente à decisão do juiz. A decisão restringe-se à aplicação de uma multa, excluindo a prisão ou a pena acessória (por exemplo, suspensão da licença de condução e confiscação).

O processo simplificado de cobrança de multas é conhecido em vários países europeus, sob outros nomes (décret pénal, transaction, amende forfaitaire, mandat de soumission, etc.). Na «Convenção Europeia sobre o Valor Internacional das Sentenças Criminais», assinada na Haia em 28 de Maio de 1970, sob a designação de «ordonnances pénales», constante da lista do seu anexo III, figuram decisões da mesma natureza aplicáveis segundo regras de processo simplificado, na Áustria, Dinamarca, França, República Federal da Alemanha, Itália, Luxemburgo, Noruega, Suécia, Suíça e Turquia.

Em França, o processo simplificado é simultaneamente facultativo, escrito e não-contraditório. Facultativo, quer para o Ministério Público, que pode livremente escolher entre ele e o processo ordinário, quer para o Juiz de polícia que, em face dos autos, pode pronunciar a multa ou, pelo contrário, reenviá-los ao Ministério Público com vista à instauração de um processo normal se considerar útil um debate contraditório ou se encarar a hipótese de aplicação de outras penas diferentes da multa. Sem debate prévio e unicamente com base no exame dos documentos recebidos, o juiz estatui, através duma «ordonnance pénale», quer decidindo-se pela não-aplicação da sanção (por exemplo, quando os factos não relevam de qualquer qualificação penal), quer por uma condenação em multa livremente fixada entre o máximo e o mínimo da lei, ou mesmo inferior a este mínimo, ocorrendo circunstâncias atenuantes. A «ordonnance» mencionará o estado civil do infractor, a qualificação legal, a data e o lugar do facto praticado, os textos legais aplicáveis, o montante da multa, as custas do processo e a duração da «contrainte par corps». O juiz não é obrigado a motivar a decisão. Esta não é notificada pelo oficial de diligências, mas sim por carta registada com aviso de recepção, a seguir à expiração do prazo de 10 dias concedido ao Ministério Público para eventualmente se opor à decisão.

Para evitar o automatismo da «ordonnance pénale», o direito francês prevê certos meios: 1) Além da livre escolha entre o processo simplificado e a citação para comparecimento em audiência ordinária, o Ministério Público tem o direito de deduzir oposição à «ordonnance pénale» proferida pelo juiz, nos 10 dias seguintes à sua pronúncia. 2) Recebida a notificação da «ordonnance», o infractor pode escolher entre 3 atitudes: pagar a multa, caso em que a acção pública se extingue e a «ordonnance» adquire força de caso julgado; deduzir oposição dentro de 30 dias a contar da notificação, o que tem por efeito produzir o debate contraditório segundo o processo ordinário em audiência do tribunal de polícia; se o infractor oponente se não apresentar, o juiz proferirá decisão à revelia insusceptível de oposição. 3) Não pagar a multa nem deduzir oposição; neste caso a

inacção do infractor vale como aceitação da «ordonnance pénale» e esta, passado o prazo de opposição, é exequível sem que qualquer outra via de recurso possa, daí em diante, ser utilizada para rever a decisão.

ORDNUNGSWIDRIGKEIT
(Dir. Pen.)

Comportamento ilícito assim designado na República Federal da Alemanha, que é reprimido através dum processo simplificado por uma autoridade administrativa cujas decisões podem ser apreciadas, em via de recurso, por uma autoridade judiciária. Em França traduz-se por «violation de réglemets d'ordre» e em Portugal por «ilícito de mera ordenação social».

Após 1952, a legislação da República Federal da Alemanha passou a distinguir entre «infracção» («Straftaten») e «violação das prescrições de ordem». As infracções são punidas com sanções que podem ser privações da liberdade, enquanto as violações das prescrições de ordem são unicamente passíveis duma sanção pecuniária («Geldbüßen») e não envolvem uma censura moral para o autor, como não lhe conferem o carácter de «delinquente». As «infracções» e as violações dos «Réglements d'ordre» têm, no entanto, de comum o facto de um determinado comportamento, qualificado de ilícito, ser punido pelo Estado no interesse da defesa da lei. Estes dois tipos de factos puníveis caem na alçada do direito penal tradicional: a partir de 1952 só são considerados violações dos «réglements d'ordre» os factos que anteriormente eram reprimidos como contravenções ou «infracções» de pequena gravidade. As «infracções» e as violações dos «réglements d'ordre» são de diferente natureza, considerando que não seria razoável reprimir um comportamento que não é moralmente repreensível mas cuja repressão se impõe no interesse da ordem pública.

Da distinção entre «infracção» e violação dos «réglements d'ordre» decorre que a primeira se refere a um comportamento moralmente repreensível, o que reforça o efeito das decisões criminais. Esta distinção tem ainda a vantagem de permitir a aplicação das sanções correspondentes às violações dos «réglements d'ordre» por uma autoridade administrativa mediante um processo simplificado e acelerado. Daí que as autoridades judiciárias tenham beneficiado por deixarem de se ocupar de um grande número de casos de diminuta importância. Todavia, a pessoa a quem é imputada uma violação dum «réglement d'ordre» não é obrigada a aceitar a decisão proferida pela autoridade administrativa, uma vez que pode requerer a apreciação do assunto por uma autoridade judiciária.

**BIBLIOGRAFIA
SINALÉTICA**

341.178(4)CEE
75

ARTZINGER, Helmut

Rapport fait au nom de la commission économique et monétaire sur le troisième rapport de la Commission des Communautés Européennes sur la politique de concurrence (doc. 118-74) / Helmut Artzinger. – [s.l.: s.n.], 1974-1975. – 22 p.; 31 cm. – (Documents de Séance; Document 290/74)

1-CEE 2-Concorrência

B.P.G.R. 11071-14025

341.178(4)CEE
84

AYBERK, Ural

Le mécanisme de la prise des décisions communautaires en matière de relations internationales/ par Ural Ayberk; avant-propos de Daniel Vignes; préf. Dusan Sidjanski. – Bruxelles: Émile Bruylant, 1978. – 580, [1] p.; 24 cm. – (Organisation Internationale et Relations Internationales; 9)

1 – Relações económicas internacionais 2 – Acordos comerciais 3 – CEE

B.P.G.R. 18251

341.178(4)CEE
89

BELLAMY, C.W., e outro
Common Market, law of competition / C.W. Bellamy, Graham D. Child. – 2.nd ed. – London: Sweet & Maxwell, 1978. – XXVII, 492, p.; 22 cm.

1 – CEE 2 – Direito comunitário.

B.P.G.R. 18333

341.178(4)CEE
88

BROWN, L. Neville, e outro

The court of justice of the european communities / L. Neville Brown, Francis G. Jacobs. – London: Sweet & Maxwell, 1977. – XXIV, 254 p.; 19 cm. – (Modern Legal Studies)

1 – CJCE 2 – Direito comunitário

B.P.G.R. 18335

341.187(4)CEE
79

BURBAN, Jean-Louis

Le parlement européen et son élection / Jean-Louis Burban; préf. Jean-Pierre Cot. – Bruxelles: Bruylant, 1979. – X, 208, [2] p.; 23 cm.

1 – Parlamento Europeu

B.P.G.R. 18225

341.178(4)CEE
77

CEE

Proposition de la Commission des Communautés européennes au Conseil relative à une directive concernant l'harmonisation des systèmes d'impôt des sociétés et des régimes de retenue à la source sur les dividendes. – [s.l.]: Parlement Européen, 1975. – p. varia; 30 cm. – (Documents de Séance; Document 228/75)

1 – Imposto de sociedades 2 – Contribuições e impostos 3 – CEE 4 – Retenção de dividendos

B.P.G.R. 12566-16620

341.178(4)CEE
85

CEE

Traités instituant les Communautés européennes: traités portant révision de ces traités: actes relatifs à l'adhésion. – Luxembourg: Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1978. – 1315, [5] p.; 18 cm.

1 – CEE 2 – CECA 3 – CEEA 4 – Tratado internacional

B.P.G.R. 18282

341.178(4)CEE
78

CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES AFFAIRES

L'entreprise personnelle: étude / du Centre de Recherche sur le Droit des Affaires; sous la direction de Alain Sayag, Camille Jauffret- Spinosi. – Paris: Librairies Techniques, impr. 1978. – . – v.; 24 cm. – (Le Droit des Affaires) 1.° v.: Expériences européennes. – 1978. – XVI, 378, [1] p.

B.P.G.R. 18231

341.178(4)CEE – 2 –
78

CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES AFFAIRES

L'entreprise personnelle: étude /...

1 – Direito comparado 2 – Empresa 3 – CEE 4 – Pequena empresa 5 – Média empresa

B.P.G.R. 18231

341.178(4)CEE
81

CEREXHE, Etienne

Le droit européen: les institutions / Etienne Cerexhe. – Leuven: Nauwelaerts, [1979]. – 362 p.; 24 cm.

1 – Integração europeia 2 – CEE 3 – Direito comunitário 4 – CJCC 5 – CECA

B.P.G.R. 18249

341.178(4)CEE
87

KAPTEYN, P.J.G., e outro

Introduction to the law of the european communities after the accession of new member states / by P.J.G. Kapteyn, P. Verloren Van Themaat; foreword by J.D.B. Mitchell. – London: Sweet & Maxwell, 1973. – XI, 433 p.; 25 cm.

1 – CEE 2 – Administração da justiça 3 – Relações externas 4 – Direito comunitário

B.P.G.R. 18334

341.178(4)CEE
82

LYON-CAEN, Gérard

Droit social international et européen / Gérard Lyon-Caen. – 4^{me} ed. – Paris: Dalloz, 1976. – 403, [12] p.; 18 cm. – (Précis Dalloz: Droit)

1 – Direito social internacional 2 – Direito social 3 – CEE

B.P.G.R. 18243

341.178(4)CEE
80

PLAISANT, R., e outros

Droit européen de la concurrence / R. Plaisant, R. Franceschelli, J. Lassier. – 2^{ème} ed. – Paris: J. Delmas et C^o, impr. 1978. – 491 p.; 24 cm. – (Documents Actuels). III – LASSIER, J., Co-aut.

1 – Concorrência 2 – CECA 3 – Empresa pública 4 – CEE

B.P.G.R. 18257

341.178(4)CEE
74

ROBINSON, John

La participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise: entre les pratiques nationales et le modèle européen / John Robinson. – Belgique: Europolitique, 1975. – 7 p.; 30 cm.

1 – Cogestão 2 – CEE

B.P.G.R. 12582-16636

341.178(4)CEE
86

Texte des conventions PCT, CBE, CBC et de 1963. – Bruxelles: Larcier, 1978.– p. 995-1020; 24 cm. Extrait du Bulletin Législatif Belge

1 – Patentes de invenção 2 – CEE 3 – Convenções e acordos.

B.P.G.R. 18297

341.178(4)CEE
83

VERRUCOLI, Piero, ed. lit.

La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario / a cura di Piero Verrucoli; con la collaborazione di Vittorio Afferni [... e outros]. – Milano: Giuffrè, 1977. – VII, 432 p.; 25 cm.

1 – CEE 2 – Empresa 3 – CECA

B.P.G.R. 18223

341.178(4)CEE

75

ARTZINGER, Helmut

Rapport fait au nom de la commission économique et monétaire sur le troisième rapport de la Commission des Communautés Européennes sur la politique de concurrence (doc. 118-74) / Helmut Artzinger. – [s.l.: s.n.], 1974-1975. – 22 p.; 31 cm. – (Documents de Séance; Document 290/74)

1-CEE 2-Concorrência

B.P.G.R. 11071-14025

341.178(4)CEE

84

AYBERK, Ural

Le mécanisme de la prise des décisions communautaires en matière de relations internationales/ par Ural Ayberk; avant-propos de Daniel Vignes; préf. Dusan Sidjanski. – Bruxelles: Émile Bruylant, 1978. – 580, [i] p.; 24 cm. – (Organisation Internationale et Relations Internationales; 9)

1 – Relações económicas internacionais 2 – Acordos comerciais 3 – CEE

B.P.G.R. 18251

341.178(4)CEE

80

BELLAMY, C.W., e outro

Common Market, law of competition / C.W. Bellamy, Graham D. Child. – 2.nd ed. – London: Sweet & Maxwell, 1978. – XXVII, 492, p.; 22 cm.

1 – CEE 2 – Direito comunitário.

B.P.G.R. 18333

341.178(4)CEE

88

BROWN, L. Neville, e outro

The court of justice of the european communities / L. Neville Brown, Francis G. Jacobs. – London: Sweet & Maxwell, 1977. – XXIV, 254 p.; 19 cm. – (Modern Legal Studies)

1 – CJCE 2 – Direito comunitário

B.P.G.R. 18335

341.187(4)CEE
79

BURBAN, Jean-Louis

Le parlement européen et son élection / Jean-Louis Burban; préf. Jean-Pierre Cot. – Bruxelles: Bruylant, 1979. – X, 208, [2] p.; 23 cm.

1 – Parlamento Europeu

B.P.G.R. 18225

341.178(4)CEE
77

CEE

Proposition de la Commission des Communautés européennes au Conseil relative à une directive concernant l'harmonisation des systèmes d'impôt des sociétés et des régimes de retenue à la source sur les dividendes. – [s.l.]: Parlement Européen, 1975. – p. varia; 30 cm. – (Documents de Séance; Document 228/75)

1 – Imposto de sociedades 2 – Contribuições e impostos 3 – CEE 4 – Retenção de dividendos

B.P.G.R. 12566-16620

341.178(4)CEE
85

CEE

Traités instituant les Communautés européennes: traités portant révision de ces traités: actes relatifs à l'adhésion. – Luxembourg: Office des Publications Officielles des Communautés Européennes, 1978. – 1315, [5] p.; 18 cm.

1 – CEE 2 – CECA 3 – CEEA 4 – Tratado internacional

B.P.G.R. 18282

341.178(4)CEE
78

CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES AFFAIRES

L'entreprise personnelle: étude / du Centre de Recherche sur le Droit des Affaires; sous la direction de Alain Sayag, Camille Jauffret-Spinosi. – Paris: Librairies Techniques, impr. 1978. – . – v.; 24 cm. – (Le Droit des Affaires) 1.° v.: Expériences européennes. – 1978. – XVI, 378, [1] p.

B.P.G.R. 18231

341.178(4)CEE - 2 -
78

CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES AFFAIRES

L'entreprise personnelle: étude /...

1 - Direito comparado 2 - Empresa 3 - CEE 4 - Pequena empresa 5 - Média empresa

B.P.G.R. 18231

341.178(4)CEE
81

CEREXHE, Etienne

Le droit européen: les institutions / Etienne Cerexhe. - Leuven: Nauwelaerts, [1979]. - 362 p.; 24 cm.

1 - Integração europeia 2 - CEE 3 - Direito comunitário 4 - CJCC 5 - CECA

B.P.G.R. 18249

341.178(4)CEE
87

KAPTEYN, P.J.G., e outro

Introduction to the law of the european communities after the accession of new member states / by P.J.G. Kapteyn, P. Verloren Van Themaat; foreword by J.D.B. Mitchell. - London: Sweet & Maxwell, 1973. - XI, 433 p.; 25 cm.

1 - CEE 2 - Administração da justiça 3 - Relações externas 4 - Direito comunitário

B.P.G.R. 18334

341.178(4)CEE
82

LYON-CAEN, Gérard

Droit social international et européen / Gérard Lyon-Caen. - 4^{eme} ed. - Paris: Dalloz, 1976. - 403, [12] p.; 18 cm. - (Précis Dalloz: Droit)

1 - Direito social internacional 2 - Direito social 3 - CEE

B.P.G.R. 18243

341.178(4)CEE
80

PLAISANT, R., e outros

Droit européen de la concurrence / R. Plaisant, R. Franceschelli, J. Lassier. – 2^{ème} ed. – Paris: J. Delmas et C^e, impr. 1978. – 491 p.; 24 cm. – (Documents Actuels). III – LASSIER, J., Co-aut.

1 – Concorrência 2 – CECA 3 – Empresa pública 4 – CEE

B.P.G.R. 18257

341.178(4)CEE
74

ROBINSON, John

La participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise: entre les pratiques nationales et le modèle européen / John Robinson. – Belgique: Europolitique, 1975. – 7 p.; 30 cm.

1 – Cogestão 2 – CEE

B.P.G.R. 12582-16636

341.178(4)CEE
86

Texte des conventions PCT, CBE, CBC et de 1963. – Bruxelles: Larcier, 1978. – p. 995-1020; 24 cm. Extrait du Bulletin Législatif Belge

1 – Patentes de invenção 2 – CEE 3 – Convenções e acordos.

B.P.G.R. 18297

341.178(4)CEE
83

VERRUCOLI, Piero, ed. lit.

La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario / a cura di Piero Verrucoli; con la collaborazione di Vittorio Afferni [... e outros]. – Milano: Giuffrè, 1977. – VII, 432 p.; 25 cm.

1 – CEE 2 – Empresa 3 – CECA

B.P.G.R. 18223

ÍNDICE

ÍNDICE

Direito Comunitário

- Adaptação do direito português à segunda directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades
- Raúl Ventura 5
- Segunda Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia .. 153
- As instituições da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
- José Manuel Santos Pais 171

Conselho da Europa

- Protecção dos Direitos Humanos no âmbito do Conselho da Europa:
 - O Comité de Ministros do Conselho da Europa – Pinheiro Farinha 197

- A aplicação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem
 - Sumários de decisões proferidas nos casos: 201

- Relativo a certos aspectos do regime linguístico do ensino na Bélgica (Decisão de fundo)
- Wemhoff/Rep. Federal da Alemanha
- Neumeister/Áustria
- Stögmuller/Áustria
- Matznetter/Áustria

- Texto das decisões proferidas nos casos:
 - Sunday Times/Reino Unido (art. 50) 206

- Léxico de Termos Jurídicos Estrangeiros 221

- Bibliografia Sinalética 227

Composto e impresso em offset
na
SANTELMO
Coop. Artes Gráficas, S.C.A.R.L.
Lisboa
1981