

© António Vitorino,
Eleanor Sharpston,
Emâni Rodrigues Lopes,
Miguel Poitares Maduro,
Rui Manuel Moura Ramos,
Rui Pinto Duarte
José Luís da Cruz Vilça,
Eduardo Paz Ferreira
Maria Helena Brito
Nuno Piçarra,
Maria Luísa Duarte
Damian Chalmers,
Jacqueline Soulier Oliveira e Sá

Direitos reservados
por Âncora Editora
e Universidade Nova de Lisboa

Capa: B2 Atelier Design

Edição n.º 1023
1.ª edição: Março de 2008
Depósito legal n.º 273 817/08

Impressão e acabamento
Tipografia Guerra

ISBN 978 972 780 209 8

50^{anos} Tratado ROMA

1957-2007

Coordenação
Marta Tavares de Almeida
Nuno Piçarra

FACULDADE DE
LETRAS
UNIVERSIDADE
NOVA DE LISBOA

Âncora
editora

A RELEVÂNCIA DO DIREITO COMUNITÁRIO NO DIREITO DAS SOCIEDADES

RUI PINTO DUARTE*

SUMÁRIO: 1. Notas prévias. 2. As bases da intervenção comunitária em matéria de sociedades no Tratado de Roma. 3. O arranque da intervenção comunitária em matéria de sociedades. 4. Pluralidade das fontes do direito comunitário em matéria de sociedades. 5. Panorama das directivas de coordenação. 5.1. Elenco e terminologia. 5.2. Tipos societários abrangidos. 5.3. Matérias tratadas. 6. Os projectos de directivas que ficaram pelo caminho. 6.1. A proposta de 5.ª Directiva. 6.2. O projecto de 9.ª Directiva. 7. Panorama dos regulamentos. 7.1. O AEIE. 7.2. A sociedade europeia. 7.2.1. Os antecedentes do Regulamento (CE) n.º 2157/2001. 7.2.2. Características principais da SE. 7.2.3. Processos de formação da SE. 7.2.4. Estrutura orgânica da SE. 7.2.5. Margem de legiferação dos Estados-membros. 7.2.6. O «envolvimento dos trabalhadores». 7.3. A sociedade cooperativa europeia. 7.3.1. Os antecedentes do Regulamento (CE) n.º 1435/2003. 7.3.2. Natureza cooperativa da SCE. 7.3.3. Processos de formação da SCE. 7.3.4. Estrutura orgânica, margem de legiferação dos Estados-membros e «envolvimento dos trabalhadores». 7.3.5. Natureza societária da SCE. 8. O papel da jurisprudência comunitária no direito das sociedades. 9. A «comunitarização» do direito português. 10. Balanço e perspectivas de evolução.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

1. Notas prévias

Este texto aborda a relevância do direito comunitário no direito das sociedades apenas no que respeita ao direito privado. Ficam, assim, de fora do seu campo de atenção as regras comunitárias que respeitam às sociedades noutros planos, designadamente no fiscal – cuja relevância é, consabidamente, também muito elevada.

Mesmo dentro do direito privado, restringimos a nossa atenção, pois deixamos de lado a área dos valores mobiliários (excepto para fazer referência à directiva sobre ofertas públicas de aquisição) e no que respeita às áreas laboral e da contabilidade limitamo-nos a breves notas incidentais.

Por outro lado, há ainda a esclarecer que este texto se pretende situar essencialmente no plano do direito comunitário, sem aprofundar o seu entrelaçamento com os direitos dos Estados-membros. Aqui e ali, no entanto, por razões que não vale a pena explicitar, faremos referências ao direito português.

2. As bases da intervenção comunitária em matéria de sociedades no Tratado de Roma

Recordemos os preceitos com relevância clara para o direito das sociedades, no plano que nos ocupa, que o Tratado de Roma contém, na sua versão primitiva¹:

ARTIGO 2.º

A Comunidade tem como missão promover, pelo estabelecimento de um mercado comum e pela aproximação progressiva das políticas económicas dos Estados-membros, um desenvolvimento harmonioso das actividades económicas no

¹ Utilizamos a versão oficial portuguesa à data da adesão de Portugal às Comunidades Europeias.

seio da Comunidade, uma expansão económica contínua e equilibrada, um maior grau de estabilidade, um aumento acentuado do nível de vida e relações mais estreitas entre os Estados que a integram².

ARTIGO 3.º

Para alcançar os fins enunciados no artigo anterior, a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado;

(...)

h) A aproximação das legislações nacionais na medida em que tal seja necessário ao bom funcionamento do mercado comum³;

(...)

ARTIGO 52.º

No âmbito das disposições seguintes, suprimir-se-ão gradualmente, durante o período de transição, as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro. Esta supressão progressiva abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-membro estabelecidos no território de outro Estado-membro.

² Na versão actual do Tratado de Roma, o mesmo artigo dispõe: «A Comunidade tem como missão, através da criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária e da aplicação das políticas ou acções comuns a que se referem os artigos 3.º e 4.º, promover, em toda a Comunidade, o desenvolvimento harmonioso, equilibrado e sustentável das actividades económicas, de elevado nível de emprego e de protecção social, a igualdade entre homens e mulheres, um crescimento sustentável e não inflacionista, um alto grau de competitividade e de convergência dos comportamentos das economias, um elevado nível de protecção e de melhoria da qualidade do ambiente, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social e a solidariedade entre os Estados-membros».

³ Na versão actual do Tratado de Roma, o mesmo artigo dispõe: «1. Para alcançar os fins enunciados no artigo 2.º, a acção da Comunidade implica, nos termos do disposto e segundo o calendário previsto no presente Tratado; (...) h) A aproximação das legislações dos Estados-membros na medida do necessário para o funcionamento do mercado comum».

A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais⁴.

ARTIGO 54.º

1. Antes do final da 1.ª fase, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, e após consulta do Comité Económico e Social e da Assembleia, aprovará um programa geral destinado a suprimir as restrições à liberdade de estabelecimento existentes na Comunidade. A Comissão submeterá essa proposta ao Conselho durante os 2 primeiros anos da 1.ª fase.

O programa fixará, para cada tipo de actividade, as condições gerais da realização da liberdade de estabelecimento e, designadamente, as respectivas fases.

2. Para executar o programa geral, ou, na falta deste, para levar a cabo uma fase da realização da liberdade de estabelecimento numa determinada actividade, o Conselho, sob proposta da Comissão, e após consulta do Comité Económico e Social e da Assembleia, adoptará directivas, deliberando por unanimidade até ao final da 1.ª fase e, daí em diante, por maioria qualificada.

⁴ O artigo equivalente na versão actual do Tratado é o 43.º, que dispõe: «No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro. Esta proibição abrange igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-membro estabelecidos no território de outro Estado-membro. A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º, nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sob reserva do disposto no capítulo relativo aos capitais.»

3. O Conselho e a Comissão exercerão as funções que lhes são confiadas nos termos das disposições anteriores, designadamente:

(...)

c) Eliminando os procedimentos e práticas administrativas decorrentes quer da legislação nacional quer de acordos anteriormente concluídos entre os Estados-membros cuja manutenção constitua obstáculo à liberdade de estabelecimento;

(...)

f) Aplicando a supressão gradual das restrições à liberdade de estabelecimento em todos os ramos de actividade considerados, por um lado, quanto às condições de constituição de agências, sucursais ou filiais no território de um Estado-membro e, por outro, quanto às condições que regulam a admissão de pessoal do estabelecimento principal nos órgãos de gestão ou de fiscalização daquelas;

g) Coordenando as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º, na medida em que tal seja necessário, e a fim de tornar equivalentes essas garantias;

(...)⁵

⁵ O artigo equivalente na versão actual do Tratado é o 44.º, que dispõe:

1. Para realizar a liberdade de estabelecimento numa determinada actividade, o Conselho, deliberando nos termos do artigo 251.º, e após consulta ao Comité Económico e Social, adopta directivas.

2. O Conselho e a Comissão exercem as funções que lhes são confiadas nos termos das disposições anteriores, designadamente

(...)

c) Eliminando os procedimentos e práticas administrativas decorrentes quer da legislação nacional quer dos acordos anteriormente celebrados entre os Estados-membros, cuja manutenção constitua obstáculo à liberdade de estabelecimento;

(...)

f) Aplicando a supressão gradual das restrições à liberdade de estabelecimento em todos os ramos de actividade considerados, por um lado, quanto às condições de constituição de agências, sucursais ou filiais no território de um Estado-membro e, por outro, quanto às condições que regulam a admissão de pessoal do estabelecimento principal nos órgãos de gestão ou de fiscalização daquelas;

ARTIGO 58.^o

As sociedades constituídas em conformidade com a legislação de um Estado-membro e que tenham a sua sede social, administrativa central ou estabelecimento principal na Comunidade são, para efeitos do disposto no presente capítulo, equiparadas às pessoas singulares, nacionais dos Estados-membros.

Por «sociedades» entendem-se as sociedades de direito civil ou comercial, incluindo as sociedades cooperativas, e as outras pessoas colectivas de direito público ou privado, com excepção das que não prossigam fins lucrativos⁶.

Parece indiscutível o entendimento de que os preceitos citados permitiam e impunham iniciativas comunitárias no direito das sociedades, quer com vista a facilitar a liberdade de estabelecimento das empresas, quer com vista a garantir a segurança jurídica das operações intracomunitárias⁷.

Por outro lado, parece também consensual que, quer na sua versão primitiva, quer na sua versão actual, os mesmos preceitos não autorizavam a substituição integral dos direitos dos Estados-membros, mas apenas a sua aproximação⁸.

g) Coordenando as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.^o, na medida em que tal seja necessário, e a fim de tornar equivalentes essas garantias (...).

⁶ O artigo equivalente na versão actual do Tratado é o 48.^o, que mantém a redacção do primitivo artigo 58.^o.

⁷ V. a COM (2003) 284 referida no n.º 10 deste texto.

⁸ Lembre-se o teor da alínea h) do artigo 3.^o do Tratado de Roma [actual alínea h) do n.º 1 do artigo 3.^o].

3. O arranque da intervenção comunitária em matéria de sociedades

Ainda sob o signo da rememoração, é de dizer que, em 18 de Novembro de 1961, o Conselho da CEE, com vista a dar cumprimento ao previsto no n.º 1 do artigo 54.^o, aprovou um Programa Geral para a Supressão das Restrições à Liberdade de Estabelecimento na Comunidade Económica Europeia⁹. O título VI desse documento tinha por objecto a coordenação das garantias exigidas nos Estados-membros às sociedades, nele se afirmando que a mesma «fica prevista para antes do termo do segundo ano da fase segunda do período de transição» – ou seja, para antes do fim de 1963.

No entanto, só em 1968 foi adoptada a primeira directiva «tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-membros às sociedades (...), a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade»¹⁰, e só em 1977 foi adoptada a segunda directiva dirigida ao mesmo objectivo¹¹.

Desde 1977 até ao presente, houve muitas mais intervenções do legislador comunitário em matéria de sociedades – que não narraremos cronologicamente, pois julgamos mais útil, para os nossos fins, tentar dar uma visão integrada dessa produção legislativa, como faremos nos números seguintes.

Antes disso, notaremos ainda que os textos das várias directivas que foram sendo adoptadas não se mantiveram invariáveis, antes foram sendo objecto de múltiplas alterações – umas propiciadas pela adesão de novos membros à Comunidade¹² e outras movidas pela

⁹ V. o *Jornal Oficial* de 15.1.62.

¹⁰ Directiva 68/151/CEE, melhor identificada *infra*.

¹¹ Directiva 77/91/CEE, melhor identificada *infra*.

¹² V., por último, a directiva 2006/99/CE do Conselho, de 20 de Novembro de 2006, «que adopta determinadas directivas no domínio das sociedades, em virtude da adesão da Bulgária e da Roménia».

vontade de melhorar as regras existentes, nomeadamente tendo em conta a evolução social registada. Como a lista das alterações é longa e ocuparia aqui espaço desproporcionado¹³, ilustramo-la com apenas dois exemplos.

Um é relativo à adaptação das regras à evolução tecnológica: a já mencionada 1.ª Directiva de coordenação em matéria de sociedades, de 1968, prevê, desde a sua origem, no artigo 4.º, que a correspondência e as notas de encomenda das sociedades contenham certas informações¹⁴; essa directiva foi modificada em 2003¹⁵; entre as alterações introduzidas está a que obriga os Estados-membros a estabelecerem que os sítios da *internet* das sociedades contenham também as mesmas informações¹⁶.

Outro exemplo respeita à necessidade de rever as soluções em função da experiência: a também já mencionada 2.ª Directiva de coordenação em matéria de sociedades, de 1977, foi modificada em 2006¹⁷;

¹³ O Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias mantém no seu sítio da *internet* versões consolidadas das directivas, por meio das quais é fácil tomar conhecimento das alterações em causa. No que respeita a publicações em papel portuguesas, as mais actualizadas são M. Jorge C. Castela (org.), *Direito Europeu das Sociedades*, Porto, Vida Económica, 2005, e António Menezes Cordeiro, *Direito Europeu das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2005; mas, pelo papel que desempenharam, há que referir duas compilações anteriores: a publicada pelo Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça, como n.ºs 2 e 3 da Coleção Divulgação do Direito Comunitário, sob o título *Direito Comunitário das Sociedades* (Lisboa, 1990) e a organizada por Alexandre Soveral Martins sob o título *Colecção de Directivas Comunitárias sobre Direito das Sociedades* (Coimbra, Fora do Texto, 1999). Quanto a obras afins noutras línguas, são bons exemplos, apesar de algo desactualizadas, Marcus Lutter, *Europäisches Unternehmensrecht*, 4.ª edição, Berlin e Nova Iorque, Walter de Gruyter, 1996, e Günter Christian Schwarz, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2000.

¹⁴ É o que está transposto para o nosso direito no artigo 171.º do Código das Sociedades Comerciais.

¹⁵ Pela directiva 2003/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Julho de 2003, publicada no *Jornal Oficial* de 4.9.03.

¹⁶ A alteração em causa foi transposta para o direito português mediante alteração do artigo 171.º do Código das Sociedades Comerciais levada a cabo pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

¹⁷ Pela directiva 2006/68/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Setembro de 2006, publicada no *Jornal Oficial* de 25.9.06.

várias das alterações introduzidas têm o sentido de os Estados-membros poderem adoptar soluções menos exigentes quanto ao controlo da realização do capital social e da sua «conservação» (designadamente no tocante às entradas em valores mobiliários ou instrumentos do mercado financeiro), à aquisição de acções próprias e à chamada «assistência financeira»¹⁸. Não parece haver dúvida de que essas alterações foram motivadas pelo entendimento de que as regras da versão primitiva 2.ª Directiva se têm mostrado demasiado rígidas.

4. Pluralidade das fontes do direito comunitário em matéria de sociedades

Na anunciada tentativa de dar uma visão integrada do direito comunitário em matéria de sociedades, as nossas primeiras observações destinam-se a sublinhar a pluralidade das fontes relevantes.

Como já lembrámos, havia na versão primitiva do Tratado de Roma, como continua a haver na versão actual, vários preceitos relevantes para o regime das sociedades. Entre eles merece destaque o actual artigo 44.º n.º 2, alínea g) [primitivo artigo 54.º, n.º 3, alínea g)], do qual decorre o poder-dever do Conselho e da Comissão de coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-membros às sociedades, com vista a tornar essas garantias equivalentes.

Quanto ao direito derivado, há que dizer, desde já, que o mesmo não se compõe apenas de directivas, mas também de regulamentos¹⁹.

¹⁸ Esta directiva ainda não foi transposta para o direito português (o prazo de transposição só termina em 15.4.08).

¹⁹ Havendo ainda a mencionar a existência de várias recomendações e decisões. Para uma lista completa dos textos comunitários em vigor sobre o tema (abrangendo não só o direito privado, mas também o direito fiscal), v. o n.º 17.10 do Repertório da Legislação Comunitária constante de <http://eur-lex.europa.eu>.

Acresce a jurisprudência comunitária, que à semelhança do que sucede em muitas outras áreas, tem contribuído para moldar o direito comunitário no campo das sociedades.

No entanto, parece claro que a principal forma de intervenção do direito comunitário em matéria de sociedades têm sido as chamadas directivas de coordenação, adoptadas em cumprimento da já várias vezes referida alínea g) do n.º 2 do artigo 44.º [primitivo artigo 54.º, n.º 3, alínea g)]. Com efeito, embora desde os primórdios da CEE tenham surgido projectos da intervenção na matéria por meio de regulamentos – nomeadamente de um regulamento que criasse uma forma societária comum –, a verdade é que até 1985 a produção das regras comunitárias foi feita apenas por meio de directivas e ainda hoje a relevância das mesmas suplantou em muito a dos regulamentos²⁰.

Atendendo à diversidade de efeitos das directivas e dos regulamentos, parece-nos conveniente tratar separadamente cada uma das vertentes do direito derivado.

5. Panorama das directivas de coordenação

5.1. *Elenco e terminologia*

A expressão «directivas de coordenação» provém de as primeiras directivas em matéria de sociedades terem sido adoptadas sob a expressão invocação da então alínea g) do n.º 3 do artigo 54.º do Tratado de Roma, que se refere à *coordenação* das garantias exigidas nos Estados-membros às sociedades.

Sob esse nome, a doutrina tem em vista um conjunto de directivas nem sempre coincidente quanto aos seus elementos. Neste texto, consideramos que integram tal conjunto as directivas normalmente entendidas como determinantes para o regime das sociedades, inde-

pendentemente de terem sido aprovadas sob a égide do referido preceito do Tratado, e deixamos de lado as que têm funções meramente complementares.

Há, porém, que ir mais além nas prevenções terminológicas. Nas denominações de quase todas as directivas de coordenação aparecem números ordinais que designam a ordem pela qual foram preparadas²¹. Mais concretamente, há directivas designadas por 1.ª, 2.ª, 3.ª, 4.ª, 6.ª, 7.ª, 8.ª²², 11.ª e 12.ª. Não há directivas designadas por 5.ª e 9.ª, pois os respectivos projectos nunca chegaram a merecer aprovação. Também não há directivas oficialmente designadas por 10.ª e 13.ª, apesar de os projectos que nasceram com tais designações terem sido aprovados, já que nas designações finais dessas directivas não foram incluídos os números ordinais em causa.

No entanto, nos parágrafos que se seguem, incluímos as directivas que foram preparadas como 10.ª e 13.ª no elenco das directivas de coordenação e designamo-las, algumas vezes, por tais números.

5.2. *Tipos societários abrangidos*

Entrando na substância, há a dizer, antes de mais, que as directivas de coordenação não abrangem todos os tipos de sociedades, mas apenas alguns. Mais concretamente, algumas abrangem as sociedades por acções e aquele tipo a que nós, portugueses, chamamos «sociedades por quotas», outras só as sociedades por acções e uma delas apenas as sociedades por quotas. Assim:

- as 1.ª, 4.ª, 7.ª, 8.ª, 10.ª e 11.ª Directivas abrangem as sociedades por acções e as sociedades por quotas;
- as 2.ª, 3.ª, 6.ª e 13.ª Directivas abrangem apenas as sociedades por acções;
- a 12.ª Directiva abrange apenas as sociedades por quotas.

²¹ E não a ordem da sua publicação, uma vez que a 4.ª foi publicada antes da 3.ª.

²² Neste caso, houve (ou está a deixar de haver...), como se verá adiante.

Vale ainda a pena explicitar que ao falarmos em sociedades por acções estamos a querer compreender numa só expressão as sociedades anónimas e as sociedades em comandita por acções, pois as directivas relevantes referem ambos os tipos.

No que respeita à comparação com os tipos abrangidos no tocante aos outros Estados-membros, é dizer que:

- quanto à Alemanha, à França, à Itália e à Espanha, os tipos abrangidos são (quase) totalmente idênticos (no respeitante à França, a *société par actions simplifiée* - criada em 1994 - aparece autonomizada);
- no respeitante ao Reino Unido: nos casos em que as directivas abrangem as nossas sociedades por acções e por quotas, tanto é usada a categoria geral *companies incorporated with limited liability* (caso da 1.^a Directiva) como são especificadas as categorias das *public companies limited by shares* or *by guarantee* e das *private companies limited by shares* or *by guarantee* (caso da 4.^a Directiva); as categorias mencionadas nos casos em que as directivas abrangem apenas as nossas sociedades por acções são as das *public companies limited by shares* and *having a share capital*; a categoria mencionada no caso da 12.^a directiva é a das *private companies limited by shares* or *by guarantee*.

5.3. Matérias tratadas

Os nomes oficiais das directivas são os seguintes:

- 1.^a: tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade²³;

- 2.^a: tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-membros às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade²⁴;

- 3.^a: fundada na alínea g) do n.º 3 do artigo 54.º do Tratado e relativa à fusão das sociedades anónimas²⁵;

- 4.^a: baseada no artigo 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado, e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades²⁶;

- 6.^a: fundada no n.º 3, alínea g), do artigo 54.º do Tratado, relativa às cisões de sociedades anónimas²⁷;

- 7.^a: baseada no n.º 3, alínea g), do artigo 54.º do Tratado e relativa às contas consolidadas²⁸;

- 8.^a: fundada no n.º 3, alínea g), do artigo 54.º do Tratado CEE, relativa à aprovação das pessoas encarregadas da fiscalização legal dos documentos contabilísticos²⁹;

- 10.^a: relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada³⁰;

²⁴ Directiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, publicada no *Jornal Oficial* de 31.1.77.

²⁵ Directiva 78/855/CEE do Conselho, de 9 de Outubro de 1978, publicada no *Jornal Oficial* de 20.10.78.

²⁶ Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, publicada no *Jornal Oficial* de 14.8.78.

²⁷ Directiva 82/901/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1982, publicada no *Jornal Oficial* de 31.12.82.

²⁸ Directiva 83/349/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1983, publicada no *Jornal Oficial* de 18.7.83.

²⁹ Directiva 84/253/CEE do Conselho, de 10 de Abril de 1982, publicada no *Jornal Oficial* de 12.5.84.

³⁰ Directiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, publicada no *Jornal Oficial* de 25.11.05.

²³ Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de Março de 1968, publicada no *Jornal Oficial* de 14.3.68.

- 11.^a: relativa à publicidade das sucursais criadas num Estado-membro por certas formas de sociedades reguladas pelo direito de outro Estado-membro³¹;
- 12.^a: relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio³²;
- 13.^a: relativa às ofertas públicas de aquisição³³.

Relativamente à 8.^a Directiva, há que esclarecer que ela foi revogada (substituída) pela Directiva 2006/43/CE, de 17 de Maio de 2006³⁴. Como, porém, o prazo de transposição desta só termina em 28 de Junho de 2008, continuamos a considerar aquela no elenco.

Os nomes oficiais, compreensivelmente, nalguns casos, não elucidam muito acerca do objecto das directivas. Por isso, vale a pena tentar esboçar um elenco mais analítico dos principais temas tratados nelas. Ei-lo:

- o acto institutivo (artigos 10.º a 12.º da 1.^a Directiva, artigos 2.º e 3.º da 2.^a Directiva e artigo 2.º da 12.^a Directiva);
- outros aspectos da publicidade (artigos 4.º a 6.º da 1.^a Directiva);
- a vinculação, incluindo a relevância para a mesma do objecto social e da distribuição (legal e estatutária) de competências entre órgãos (artigos 7.º a 9.º da 1.^a Directiva);
- as consequências da redução da quantidade de sócios abaixo do mínimo legal, nas sociedades por acções (artigo 5.º da 2.^a Directiva);

- o valor mínimo do capital social das sociedades por acções (artigo 6.º da 2.^a Directiva);
- o valor mínimo de realização do capital social das sociedades por acções no momento da constituição da sociedade (artigos 9.º e 26.º da 2.^a Directiva);
- o controlo da realização do capital social por entradas que não consistam em dinheiro, nas sociedades por acções (artigos 10.º, 11.º, 14.º e 27.º da 2.^a Directiva);
- a distribuição de bens aos sócios, nas sociedades por acções (artigos 15.º e 16.º da 2.^a Directiva);
- as consequências de o capital próprio se tornar gravemente inferior ao capital social, nas sociedades por acções (artigo 17.º da 2.^a Directiva);
- os limites às acções próprias (artigos 18.º a 24.º-A da 2.^a Directiva);
- o aumento do capital social, nas sociedades por acções (artigos 25.º a 29.º e 40.º da 2.^a Directiva);
- a redução do capital social, nas sociedades por acções (artigos 30.º a 34.º, 36.º a 38.º e 40.º da 2.^a Directiva);
- a amortização de acções sem redução do capital social (artigos 35.º e 40.º da 2.^a Directiva);
- as acções remíveis (artigo 39.º da 2.^a Directiva);
- o registo e outros aspectos das sucursais, quer de sociedades de um Estado-membro, quer de sociedades de países terceiros (11.^a Directiva);
- a fusão de sociedade por acções existentes num mesmo Estado-membro (3.^a Directiva);
- a fusão transfronteiriça de sociedades (10.^a Directiva);
- a cisão de sociedades por acções existentes num mesmo Estado-membro (6.^a Directiva);
- a elaboração das contas das sociedades, quer individuais, quer consolidadas (4.^a e 7.^a Directivas);
- a «revisão legal» das contas das sociedades, incluindo o exercício da profissão de revisor oficial de contas (8.^a Directiva, substituída pela Directiva 2006/43/CE);

³¹ Directiva 89/666/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, publicada no *Jornal Oficial* de 30.12.89.

³² Directiva 89/667/CEE do Conselho, de 21 de Outubro de 1989, publicada no *Jornal Oficial* de 30.12.89.

³³ Directiva 2004/25/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, publicada no *Jornal Oficial* de 30.4.04.

³⁴ Publicada no *Jornal Oficial* de 9.6.06.

– as ofertas públicas da aquisição (Directiva 2004/25/CE – que, durante, a sua gestação foi apelidada de 13.ª Directiva).

6. Os projectos de directivas que ficaram pelo caminho

Como já dissemos, os projectos de 5.ª e 9.ª Directivas nunca chegaram a ser aprovados. Merecem, porém, ser referidos, pois, de um modo ou de outro, influenciaram a evolução do direito comunitário sobre sociedades, bem como os direitos de alguns Estados-membros, nomeadamente o português.

6.1. A proposta de 5.ª Directiva

A 5.ª Directiva deveria versar a estrutura orgânica das sociedades anónimas. A Comissão chegou a apresentar três propostas: a primeira em 9.10.72³⁵, a segunda em 19.8.83³⁶ e a terceira em 20.12.90³⁷.

O texto da mais divulgada e discutida de tais versões (a «proposta modificada» de 19.8.83), previa que os Estados-membros, no respeitante aos órgãos de administração e fiscalização, pudessem escolher entre o chamado sistema dualista e o chamado sistema monista³⁸.

O sistema dualista compunha-se de um órgão de direcção e de um órgão de supervisão, sendo os membros daquele designados por este. A competência para a designação dos membros do órgão de supervisão era atribuída, em princípio, à assembleia geral, mas nas sociedades de grande dimensão (definidas em função da quantidade de trabalhadores – cabendo aos Estados-membros fixar os contornos

da categoria, que, no entanto, teria de incluir todas as sociedades com mais de 1.000 trabalhadores) haveria lugar, em princípio, à participação dos trabalhadores na designação de parte (entre um terço e metade) desses membros. Aos Estados-membros era, no entanto, atribuída a possibilidade de, em alternativa a essa participação dos trabalhadores na designação dos membros do órgão de supervisão, organizarem a participação dos trabalhadores nas funções em causa por meio de um órgão próprio.

O sistema monista compunha-se de um só órgão de administração, com membros executivos e não-executivos – devendo estes ser mais do que aqueles. Nas sociedades de grande dimensão haveria lugar, em princípio, à participação dos trabalhadores na designação de parte (entre um terço e metade) dos membros não-executivos, tendo os Estados-membros a possibilidade de estabelecerem um modo alternativo de participação dos trabalhadores nas funções em causa, segundo regras semelhantes às aplicáveis ao sistema dualista.

Para além disso, a proposta de 5.ª Directiva continha preceitos sobre a convocação e o funcionamento da assembleia geral (incluindo sobre a invalidade das suas deliberações) e sobre a responsabilidade civil dos membros dos órgãos de direcção e de supervisão.

Na origem do insucesso da proposta terão estado os preceitos sobre a participação dos trabalhadores nas funções da administração e fiscalização. Os mesmos terão contado com a oposição firme do Reino Unido³⁹.

Apesar desse insucesso, a proposta de 5.ª Directiva teve grande importância, que podemos exemplificar com a influência que exerceu nas reformas levadas a cabo em vários Estados-membros (incluindo no Código das Sociedades Comerciais português) e na inspiração que deu a grande parte do regime da *societas europea* aprovado em 2001⁴⁰.

³⁵ Publicada no *Jornal Oficial* de 13.12.72.

³⁶ Publicada no *Jornal Oficial* de 9.9.83.

³⁷ Publicada no *Jornal Oficial* de 11.1.91.

³⁸ Na primeira versão, a proposta impunha que, para além da assembleia geral, existisse sempre um órgão de direcção (encarregado da gestão e da representação da sociedade) e um órgão de supervisão (encarregado do controle do órgão de direcção).

³⁹ V., por exemplo, o que escreve Ben Pétet na entrada *United Kingdom* da IEL – *Corporations and Partnerships*, da Kluwer, p. 61.

⁴⁰ V. *infra*, n.º 7.2.

6.2. O projecto de 9.^a Directiva

Quanto à 9.^a Directiva, não passou de projecto, jamais publicado pela Comissão⁴¹. Tal como a 5.^a Directiva, abrangia apenas as sociedades anónimas. Versava a matéria dos grupos de sociedades. Conheceu uma primeira versão em 1974/1975 e uma segunda em 1984, ambas inspiradas no direito alemão. A inexistência, à época, de regras nacionais sobre os grupos de sociedades (salvo na Alemanha) determinou que a iniciativa suscitasse poucos apoios e muitas críticas. A Comissão decidiu não apresentar uma proposta oficial e veio mesmo a expressar o entendimento de não haver necessidade de «reactivar» esse projecto⁴². No entanto, o Código das Sociedades Comerciais (adiante «CSC»), ao regular aquilo que designa «sociedades coligadas», reflectiu o projecto em causa⁴³. Isso bastaria para aqui lhe ser feita referência.

7. Panorama dos regulamentos

Vamos ter em conta três regulamentos comunitários em matéria de sociedades, entendidas estas em sentido lato. São eles:

- o Regulamento (CEE) n.º 2137/85 do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativo ao Agrupamento Europeu de Interesse Económico (AEIE)⁴⁴;
- o Regulamento (CE) n.º 2157/2001 do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo à sociedade europeia (SE)⁴⁵;

⁴¹ V. uma versão portuguesa do mesmo em António Menezes Cordeiro, *Direito Europeu das Sociedades*, cit., pp. 751 e ss.

⁴² V. a COM (2003) 284, referida *infra*, no n.º 9.

⁴³ Apesar do ceticismo que Raúl Ventura exprimiou no seu estudo *Grupos de Sociedades – uma Introdução Comparativa a Propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da CEE* (in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 41, n.º I e II, 1981, estando as palavras de reserva dispersas por várias páginas, a começar pela p. 27 do primeiro dos números referidos).

⁴⁴ Publicado no *Jornal Oficial* de 31.7.85.

⁴⁵ Publicado no *Jornal Oficial* de 10.11.01.

- o Regulamento (CE) n.º 1435/2003 do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativo à sociedade cooperativa europeia (SCE)⁴⁶.

Há, porém, que prevenir que, para além destes três regulamentos, existem vários que incidem sobre contabilidade⁴⁷. Vamos deixá-los de lado.

Os três regulamentos que consideramos têm em comum instituírem tipos comunitários de pessoas colectivas⁴⁸ cuja constituição e subsistência dependem de que os seus membros não «estejam ligados» a apenas um dos Estados-membros.

Além disso, os três regulamentos têm ainda em comum não serem «auto-suficientes», no sentido em que remetem a regulação de vários aspectos das figuras a que se referem para os direitos nacionais.

No que respeita aos regulamentos sobre a SE e a SCE, essa falta de «auto-suficiência» e o entrelaçamento com os direitos nacionais exprime-se também em ambos os regimes se declararem indissociáveis dos conteúdos das directivas que os complementam no respeitante ao «envolvimento dos trabalhadores»: a Directiva 2001/86/CE

⁴⁶ Publicado no *Jornal Oficial* de 18.8.03 (e rectificado, diga-se, a título de curiosidade, três anos e meio depois, no *Jornal Oficial* de 17.2.07).

⁴⁷ É o caso do Regulamento (CE) n.º 1606/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativo à aplicação das normas internacionais de contabilidade (publicado no *Jornal Oficial* de 11.9.02), e do Regulamento (CE) n.º 1725/2003, da Comissão, que adopta certas normas internacionais de contabilidade, nos termos do anterior (publicado no *Jornal Oficial* de 13.10.03) – bem como dos vários regulamentos que introduziram alterações ao Regulamento n.º 1725/2003.

⁴⁸ Relativamente ao AEIE, o artigo 1.º, n.º 3, do Regulamento respectivo diz que cabe aos Estados-membros determinar se os agrupamentos inscritos nos seus registos têm personalidade jurídica – pelo que não é forçoso que os AEIE sejam pessoas colectivas. No entanto, o n.º 2 do mesmo artigo determina que, em qualquer caso, o AEIE «tem capacidade, em seu próprio nome, para ser titular de direitos e obrigações de qualquer natureza, para celebrar contratos ou praticar outros actos jurídicos e estar em juízo». Os AEIE regidos pelo direito português têm personalidade jurídica, por força do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de Maio.

do Conselho, de 8 de Outubro de 2001⁴⁹, no que toca à SE, e a Directiva 2003/72/CE do Conselho, de 22 de Julho de 2003⁵⁰, no que toca à SCE.

Por último, nestas observações sobre aspectos comuns dos três regulamentos em causa, refira-se que os mesmos foram aprovados sob invocação do artigo 308.º do Tratado de Roma (no caso do relativo ao AEIE, do então artigo 235.º) – e não ao abrigo de qualquer dos preceitos do Tratado que atribui competências específicas ao Conselho.

Tentemos olhar para o essencial de cada uma das figuras em causa.

7.1. O AEIE

O AEIE é parente próximo do *groupement d'intérêt économique* (GIE) francês e do nosso agrupamento complementar de empresas (ACE)⁵¹. Isso resulta com clareza do artigo 3.º, n.º 1⁵²: «o objectivo do agrupamento é facilitar ou desenvolver a actividade económica dos seus membros, melhorar e aumentar os resultados desta actividade; não é seu objectivo realizar lucros para si próprio. A sua actividade deve estar ligada à actividade económica dos seus membros e apenas pode constituir um complemento a esta última».

Quanto à restrição da possibilidade de participação em AEIE em função da actividade exercida pelo potencial participante, ela é explicitada pelo artigo 4.º, n.º 1, que determina que só podem ser

membros do AEIE as sociedades, outras entidades de direito público ou privado e «pessoas singulares que exerçam uma actividade industrial, comercial, artesanal, agrícola, que exerçam uma profissão liberal ou que prestem outros serviços na Comunidade».

A necessidade de «ligação» a mais do que um Estado-membro resulta do artigo 4.º, n.º 2, que estabelece:

Um agrupamento deve ser composto, no mínimo:

- a) por duas sociedades ou outras entidades jurídicas, na aceção do n.º 1, que tenham a sua administração central em Estados-membros diferentes;
- b) por duas pessoas singulares, na aceção do n.º 1, que exerçam a sua actividade principal em Estados-membros diferentes;
- c) na aceção do n.º 1, por uma sociedade ou outra entidade jurídica e uma pessoa singular, tendo a primeira a sua administração central num Estado-membro e exercendo a segunda a sua actividade principal num Estado-membro diferente.

Entre os traços mais importantes do seu regime contam-se os seguintes:

- a sede do AEIE deve situar-se na Comunidade (artigo 12.º);
- o contrato de agrupamento e o próprio «funcionamento interno» do agrupamento é regulado não só pelas regras comunitárias, mas também pela lei do Estado da sede do agrupamento (artigo 2.º);
- o agrupamento está sujeito a registo no Estado da sua sede (artigo 6.º);
- cabe aos Estados-membros designar os serviços competentes para o registo dos AEIE (artigo 39.º);
- os membros do agrupamento respondem ilimitada e solidariamente pelas dívidas do mesmo, sem prejuízo de essa responsabilidade só ser efectiva após interposição do agrupamento (artigo 24.º);
- a generalidade das alterações ao contrato institutivo do AEIE depende do consentimento unânime dos membros (artigos 17.º, n.º 2, e 26, n.º 1);

⁴⁹ Publicada no *Jornal Oficial* de 10.11.01.

⁵⁰ Publicada no *Jornal Oficial* de 18.8.03.

⁵¹ Sobre o GIE e o ACE, v. José António Pinto Ribeiro e Rui Pinto Duarte, *Dos Agrupamentos Complementares de Empresas*, Lisboa, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal (118), 1980. Sobre o AEIE, v. Maria do Céu Athayde de Tavares, *O Agrupamento Europeu de Interesse Económico*, in *Revista da Banca*, n.º 8, Outubro/Dezembro, 1988, bem como a nota justificativa do ante-projecto do Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de Maio, que referimos na nota 53, *infra*.

⁵² Os preceitos citados neste sub-número sem indicação do diploma a que pertencem são do Regulamento n.º 2137/85.

- a cessação de participações depende do consentimento unânime dos outros membros (artigo 22.º, n.º 1);
- salvo disposição contratual em contrário, cada membro dispõe de um voto (artigo 17.º, n.º 1);
- o contrato de agrupamento pode atribuir mais do que um voto a um ou vários membros, mas nenhum membro pode ter mais de 50% dos votos (artigo 17.º, n.º 1);
- o AEIE tem um ou mais gerentes, a quem cabe a gestão e a representação do agrupamento (artigos. 16.º, n.º 1, 19.º e 20.º).

Quanto às matérias em que o Regulamento n.º 2137/85 remete para os direitos nacionais, sublinhem-se:

- os aspectos do regime contratual não contemplados no Regulamento (artigo 2.º);
- os aspectos do funcionamento interno do agrupamento não contemplados no Regulamento (artigo 2.º);
- a eventual limitação da quantidade de membros (artigo 4.º, n.º 3);
- as eventuais limitações à participação de certas categorias de pessoas (artigo 4.º, n.º 4);
- o registo do agrupamento (artigo 39.º);
- eventuais limitações à transferência de sede para outro país (artigo 14.º, n.º 4);
- eventuais limitações à elegibilidade como gerente (artigo 19, n.º 1);
- possibilidade de designação como gerentes de pessoas colectivas (artigo 19.º, n.º 2);
- as particularidades do regime de responsabilidade dos membros do agrupamento pelas dívidas deste (artigo 24.º, n.º 1);
- a insolvência e a cessação de pagamentos (artigo 36.º);
- a perda de qualidade de membro em consequência da dissolução, liquidação, insolvência ou cessação de pagamentos (artigo 28.º, n.º 1);
- a dissolução judicial com fundamento em actuação contra o interesse público (artigo 32.º, n.º 3).

Em complemento e execução do Regulamento n.º 2137/85, o legislador português publicou o Decreto-Lei n.º 148/90, de 9 de Maio⁵³, relativo a questões de direito privado, e o Decreto-Lei n.º 1/91, de 5 de Janeiro⁵⁴, relativo a questões criminais e contraordenacionais.

7.2. A sociedades europaea

7.2.1. Os antecedentes do Regulamento (CE) n.º 2157/2001

A aprovação do Regulamento (CE) n.º 2157/2001, que instituiu a SE, correspondeu ao culminar de um processo que, no plano comunitário, se arrastou quase quarenta anos⁵⁵. Na verdade, a primeira

⁵³ O ante-projecto deste diploma, bem como a sua nota justificativa (ambos da autoria de Luis Brito Correia) foram publicados no n.º 1 da Coleção Divulgação do Direito Comunitário (publicado pelo Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça), intitulado *Agrupamento Europeu de Interesse Económico* (Lisboa, 1989).

⁵⁴ Precedido pela Lei n.º 45/90, de 11 de Agosto, que autorizou o Governo a legislar sobre a matéria.

⁵⁵ Sobre o processo em causa, v. principalmente os documentos referidos no preâmbulo e nos considerandos do Regulamento n.º 2157/2001. Em publicações estrangeiras, v., por exemplo, Christoph Teichmann, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, Berlin, De Gruyter, 2006, pp. 234 e ss., Erik Werlauff, *The SE as a Legal Form for Financial Companies*, in Steef M. Bartman (edited by), *European Company Law in Accelerated Progress*, Kluwer, 2006, pp. 159 e ss., Carla Tavares da Costa e Alexandra de Meester Billeiro, *The European Company Statute*, Kluwer, 2003, pp. 1 e ss., e Berthold Goldman, Antoine Lyon-Caen e Louis Vogel, *Droit Commercial Européen*, 5.ª edição, Paris, Dalloz, 1994, pp. 186 e ss.; em publicações portuguesas, v. Aires Correia, *O Direito das Sociedades na Comunidade Económica Europeia*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 190 (Novembro de 1969), pp. 120 e ss., Humberto F. Xavier, *Le Statut du Commissaire aux Comptes dans la Société Anonyme Européenne*, in Documentação e Direito Comparado, n.º 8, 1981, pp. 103 e ss., Rui Falcão de Campos, *A Sociedade Anónima Europeia: Projectos e Perspectivas*, in Revista de Direito e de Estudos Sociais, Janeiro-Junho 1989, ano XXXI, n.ºs 1/2, pp. 255 e ss., Fausto de Quadros, *Direito Europeu das Sociedades*, in *Estruturas Jurídicas da Empresa* (obra colectiva), Lisboa, AAFDL, s/d - (1989?), pp. 175 e ss., Isabel Meireles, *Os Novos Institutos Societários de Direito Comunitário*, Porto, Elcra Editora, 1992, p. 96, e António Menezes Cordeiro, *Direito Europeu das Sociedades*, cit., pp. 905 e ss. Sobre outros aspectos do regime da SE, na nossa literatura, v. ainda João Aveiro Pereira, *Societas Europaea: o Estatuto Possível*, in O Direito, ano 136, IV, 2004, Fernando Manuel Lavado Tainhas, *A Cisão na Societas Europaea*, in O Direito, ano 138, II, 2006, e, de nossa autoria, *A Sociedade (Anónima) Europeia - Uma Apresentação*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 6 Abril/Junho 2004.

formalização, a tal nível⁵⁶, da ideia de criação de um tipo comunitário de sociedade ocorreu em 1965, ano em que a França apresentou uma proposta nesse sentido aos outros membros da CEE. Os primeiros anteprojectos foram elaborados logo nos dois anos seguintes e a primeira proposta de regulamento em 1970. Seguiram-se-lhe várias outras propostas, quer de regulamento, quer de directiva – que só em 2001 mereceram aprovação.

7.2.2. Características principais da SE

As características principais da SE são:

- a sua natureza de sociedade (artigos 1.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 2157/2001⁵⁷);
- o requisito de os seus fundadores estarem, imediata ou mediata-mente, ligados a mais de um Estado-membro (artigo 2.º)⁵⁸;
- a limitação da responsabilidade de cada accionista à realização do capital por ele subscrito (artigo 1.º, n.º 3);
- a divisão do seu capital em acções (artigo 1.º, n.º 2);
- o dever de localização da sua sede estatutária num dos Estados-membros (artigos 7.º e 8.º);
- a sua sujeição a registo no Estado-membro da localização da sede estatutária (artigo 12.º);
- o dever de adopção de uma firma que integre, ao início ou no final, a sigla SE (artigo 11.º);
- o «envolvimento dos trabalhadores, nos termos da Directiva 2001/86/CE, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001»⁵⁹;
- o tratamento como uma sociedade anónima constituída segundo o direito do Estado-membro no qual a SE tenha a sua

⁵⁶ Para antecedentes prévios à CEE, v. António Menezes Cordeiro, *Direito Europeu das Sociedades*, cit., pp. 906 e 907.

⁵⁷ Os preceitos doravante citados neste sub-número (7.2) sem indicação do diploma a que pertencem são do Regulamento agora referido.

⁵⁸ O sub-número seguinte pormenoriza esta característica.

⁵⁹ O sub-número 7.2.6. aborda este aspecto.

sede estatutária, sem prejuízo das demais regras do Regulamento (para além do pronunciamento geral do artigo 10.º, v., entre outros, os artigos 15.º, n.º 1, 61.º e 63.º).

As terceira, quarta e última das características apontadas permitem dizer que a SE pertence à «família» das sociedades anónimas. As restantes características permitem especializá-la dentro dessa família.

7.2.3. Processos de formação da SE

O Regulamento refere os seguintes cinco processos de formação de uma SE:

- fusão de duas ou mais sociedades anónimas comuns⁶⁰ com sedes estatutárias e efectivas na Comunidade que não estejam submetidas ao direito de um só Estado-membro;
- constituição de uma *holding* por duas ou mais sociedades de responsabilidade limitada⁶¹ com sedes estatutárias e efectivas na Comunidade que não estejam submetidas ao direito de um só Estado-membro ou que, estando-o, tenham (há, pelo menos, dois anos) uma filial ou uma sucursal num outro Estado-membro;
- constituição de uma subsidiária por duas ou mais entidades das abrangidas pelo artigo 48.º do Tratado de Roma, com sedes estatutárias e efectivas na Comunidade, que não estejam submetidas ao direito de um só Estado-membro ou, que, estando-o, tenham (há, pelo menos, dois anos) uma filial ou uma sucursal num outro Estado-membro;

⁶⁰ Para enfatizar que a referência é às sociedades anónimas constituídas ao abrigo dos Direitos nacionais, adjectivamos a expressão «sociedades anónimas» com a palavra «comuns».

⁶¹ O elenco dos membros da categoria em causa é a lista que constitui o anexo II do Regulamento. Essa lista compreende as sociedades do tipo societário designado em Portugal por «sociedade anónima» e as do tipo societário designado em Portugal por «sociedades por quotas», ou seja, coincide, no essencial, com o elenco dos tipos societários abrangidos pela 1.ª directiva comunitária em matéria de sociedades.

- transformação de uma sociedade anónima comum submetida ao direito de um Estado-membro que tenha (há, pelo menos, dois anos) uma filial submetida ao direito de outro Estado-membro (artigo 2.º, n.º 4);
- constituição por uma SE (artigo 3.º, n.º 2).

Além disso, o Regulamento autoriza os Estados-membros a preverem que uma sociedade sem sede efectiva na Comunidade possa participar na constituição de uma SE desde que essa sociedade esteja submetida ao direito dum Estado-membro, tenha sede estatutária nesse Estado-membro e possua uma conexão efectiva e continuada com a economia de um Estado-membro (artigo 2.º, n.º 5).

Os vários processos de formação da SE têm, pois, em comum, por um lado, a exigência de os seus fundadores estarem, imediata ou imediatamente, ligados a mais de um Estado-membro e, por outro, a exigência de esses fundadores serem sociedades de responsabilidade limitada.

7.2.4. Estrutura orgânica da SE

O Regulamento (artigos 38.º e ss.) permite a escolha entre uma estrutura monista (*one-tier system*) e uma estrutura dualista (*two-tier system*). Na estrutura monista, para além da assembleia geral, há só mais um órgão, dito «de administração»⁶². Na estrutura dualista, para além da assembleia geral, há mais dois órgãos: um de gestão e um de supervisão⁶³.

O título do Regulamento (CE) n.º 2157/2001 que trata da estrutura da SE (o III), para além de um preceito introdutório, divide-se em 4 secções, com os seguintes nomes: «sistema dualista», «sistema monista», «regras comuns aos sistemas monista e dualista» e «assembleia geral». É de realçar o seguinte:

- apesar da diferença de nomes, quer o chamado órgão de direcção (da estrutura dualista) quer o chamado órgão de

administração (da estrutura monista) têm em comum serem os órgãos de gestão da SE (artigos 39.º, n.º 1, e 43.º, n.º 1 – em ambos os casos no primeiro período);

- na secção «regras comuns aos sistemas monista e dualista» o Regulamento apenas trata matérias relativas aos órgãos de gestão e supervisão – e já não matérias relativas à assembleia geral;
- há algumas regras que aparecem nas secções específicas sobre o «sistema dualista» e o «sistema monista» que, na verdade, são comuns aos dois; é o caso das regras sobre possibilidade de delegação da gestão corrente, sobre o número de membros do órgão de gestão e sobre a presidência dos órgãos.

7.2.5. Margem de legiferação dos Estados-membros

O Regulamento n.º 2157/2001 não pretende ser auto-suficiente. Pelo contrário, prevê expressamente que as SE sejam reguladas, também, pelos direitos dos Estados-membros e pelos respectivos estatutos.

No que respeita aos direitos dos Estados-membros, o Regulamento prevê a aplicação às SE quer de disposições legislativas adoptadas especificamente para as SE quer de disposições legislativas aplicáveis às sociedades anónimas comuns⁶⁴. É de dizer, porém, que há casos em que não é inteiramente claro se o Regulamento se está a referir a uma hipótese ou a outra. Sirva de

e *Aufsichtsrat*. A utilização da expressão portuguesa «órgão de fiscalização» não é feliz por poder levar (como já tem levado, até noutras leis...) à confusão entre o perfil do órgão em causa e o do conselho fiscal da tradição portuguesa. Comprovando isso, realce-se que é competência «natural» do *supervisory organ/Aufsichtsrat* designar os membros do órgão de gestão (o artigo 39.º, n.º 2, do Regulamento determina que os membros do órgão de direcção são nomeados e destituídos pelo órgão de supervisão, permitindo, porém, aos Estados-membros estabelecerem ou permitirem que os estatutos estabeleçam que os membros do órgão de direcção sejam nomeados e destituídos pela assembleia geral, nas mesmas condições que os das sociedades anónimas com sede estatutária no seu território) e que tal competência é completamente estranha ao conselho fiscal. Por outras palavras: o *supervisory organ/Aufsichtsrat* deve ser aproximado do conselho geral e de supervisão da lei portuguesa – e não do conselho fiscal.

⁶⁴ Algo de semelhante se passa com a directiva sobre «o envolvimento dos trabalhadores», como se verá no sub-número seguinte.

⁶² Na versão inglesa, *administrative organ*, na versão alemã *Verwaltungsorgan*.

⁶³ A versão portuguesa usa «órgão de direcção» e «órgão de fiscalização». A versão inglesa usa *management organ* e *supervisory organ*, a versão alemã *Leitungsorgan*.

exemplo o artigo 21.º, em que a referência «sob reserva de exigências suplementares impostas pelo Estado-membro de que depende a sociedade em questão» levanta uma tal dúvida, ou seja, a de saber se as exigências em causa são relativas às sociedades anónimas comuns ou se não-de resultar de regras específicas adoptadas pelo Estado-membro para as SE⁶⁵.

Cumprindo a sua obrigação de complementar o Regulamento n.º 2157/2001, o legislador português publicou o Decreto-Lei n.º 2/2005, de 4 de Janeiro⁶⁶, destinado a aplicar-se às SE com sede em Portugal e à constituição de SE em que participem sociedades reguladas pelo direito português.

7.2.6. «O envolvimento dos trabalhadores»

O artigo 1.º, n.º 4, do Regulamento estabelece que «o envolvimento dos trabalhadores na SE é regulado pela Directiva 2001/86/CE»⁶⁷ e o considerando 19 do Regulamento diz que as regras da Directiva «constituem (...) um complemento indissociável do presente regulamento e devem poder ser aplicadas concomitantemente». O prazo de transposição da Directiva terminou na data da entrada em vigor do Regulamento⁶⁸, mas o legislador português só o efectuou pelo Decreto-Lei n.º 215/2005, de 13 de Dezembro.

Há que explicitar o que o Regulamento e a Directiva entendem por «envolvimento dos trabalhadores». A Directiva oferece uma definição de tal conceito, dizendo que ele significa «qualquer mecanismo, incluindo a informação, a consulta e a participação, através do qual os representantes dos trabalhadores possam influir nas decisões a tomar no âmbito da sociedade» (artigo 2.º). Concretizando essa definição, a Directiva define (no mesmo artigo) também «informação», «consulta» e «participação». Na medida em que parecem

corresponder ao que seria de esperar, parece escusado transcrever aqui as definições dos primeiros dois de tais termos – embora valha a pena explicitar que os poderes dos trabalhadores em matéria de informação e consulta são exercidos por meio de um sistema representativo, seja orgânico⁶⁹ ou não. No respeitante à «participação», vale a pena referir que a Directiva o define como a influência nas actividades da sociedade do órgão de representação dos trabalhadores ou dos representantes dos trabalhadores por meio:

- a) ou do direito de designar alguns dos membros do órgão de supervisão ou do órgão de administração;
- b) ou do direito de recomendar ou de rejeitar a designação de alguns dos membros de tais órgãos⁷⁰.

O «envolvimento dos trabalhadores» consiste, pois, na existência em cada SE de representantes dos trabalhadores (com um grau de estruturação variável), cujas funções são informar e consultar os trabalhadores, bem como exercer os direitos de participação que lhes sejam reconhecidos (enquanto a informação e a consulta são direitos omnipresentes, a participação não é).

O órgão de representação constitui-se por uma de duas vias (artigo 1.º, n.º 2):

- ou em resultado de um acordo entre os órgãos competentes das sociedades participantes no processo de constituição da SE e um grupo especial de negociação representativo dos trabalhadores abrangidos;
- ou em cumprimento de legislação nacional específica, adoptada com respeito do estabelecido no Anexo da Directiva⁷¹.

⁶⁸ Um dos argumentos usados no considerando 22 do Regulamento para justificar a sua longa *vacatio* foi o de «permitir a todos os Estados-membros a transposição para o direito nacional das disposições da Directiva 2001/86/CE».

⁶⁹ Órgão esse que o Decreto-Lei n.º 215/2005, de 13 de Dezembro, regula sob o nome «conselho de trabalhadores» – v., por exemplo os respectivos artigos 2.º, 4.º e 21.º e ss.

⁷⁰ Cfr. o que estabelece o artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 215/2005, de 13 de Dezembro.

⁷¹ Cfr. os artigos 20.º e ss. do Decreto-Lei n.º 215/2005, de 13 de Dezembro.

⁶⁵ Apesar da dúvida, interpreto o preceito como visando conceder margem de legitimação aos Estados-membros em matéria de SE.

⁶⁶ Entretanto, alterado pelo artigo 36.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

⁶⁷ As referências neste sub-número a «Directiva» sem outra indicação têm em vista tal directiva.

Pode, porém, não haver lugar a um órgão de representação se o grupo especial de negociação representativo dos trabalhadores envolvidos decidir optar pela aplicação das regras comuns em matéria de informação e consulta de trabalhadores que estejam em vigor nos Estados-membros relevantes (artigo 3.º, n.º 6)⁷².

A constituição e o funcionamento dos grupos especiais de negociação representativos dos trabalhadores são regulados, minuciosamente, no artigo 3.º.

O conteúdo do acordo entre os órgãos competentes das sociedades participantes e o grupo especial de negociação é regulado no artigo 4.º – sendo deixada larga autonomia às partes.

O procedimento de negociação é regulado pela legislação do Estado-membro em que se situe a sede estatutária⁷³ da SE (artigo 6.º).

Por último, há que sublinhar que as regras sobre o «envolvimento dos trabalhadores» na SE (e na SCE) não estão isoladas na ordem jurídica comunitária, antes são a projecção na figura em causa de regras mais gerais sobre a informação, a consulta e a participação dos trabalhadores na orientação das empresas, que têm base no próprio Tratado de Roma [mormente, no artigo 137.º, n.º 1, alíneas e) e f)]⁷⁴.

7.3. A sociedade cooperativa europeia

7.3.1. Os antecedentes do Regulamento (CE) n.º 1435/2003

A ideia da criação de um tipo comunitário de cooperativa é quase tão antiga quanto a de criação de um tipo comunitário de

sociedade⁷⁵. A partir de certa altura, os projectos que visavam concretizar tal ideia passaram a ser paralelos aos relativos à SE e a sociedade cooperativa europeia (SCE) acabou por nascer como uma adaptação da SE às especificidades das cooperativas.

7.3.2. Natureza cooperativa da SCE

A natureza cooperativa da SCE exprime-se nos seguintes aspectos do seu regime:

- o número de membros e o capital da SCE são variáveis (artigo 1.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1435/2003⁷⁶);
- a SCE tem por fim principal «a satisfação das necessidades e/ou o desenvolvimento das actividades económicas e/ou sociais dos seus membros...» (artigo 1.º, n.º 3);
- a aquisição da qualidade de membro está sujeita à aprovação pelo órgão de direcção ou de administração (artigo 14.º, n.º 1);
- cada membro da SCE tem, em princípio, direito a um voto, independentemente da quantidade de acções de que seja titular, embora, em certos casos, e com limites, os estatutos possam alterar essa regra (artigo 59.º).

Para além disso, é de realçar que o preâmbulo do Regulamento (mormente nos seus n.ºs 7 a 10) enuncia os princípios a que a SCE deve obedecer – enunciado esse que tem necessariamente algum valor jurídico.

⁷² Cfr. os artigos 16.º e 20.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 215/2005, de 13 de Dezembro.

⁷³ À semelhança do que sucede com o Regulamento, a versão portuguesa da Directiva usa «sede» e a versão inglesa *registered office*.

⁷⁴ Para panoramas das regras comunitárias na matéria, v. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho, Parte I, Dogmática Geral*, Coimbra, Almedina, 2005, pp.167 e ss., em especial pp. 185 e 186, e Bernardo Xavier, *Procedimentos Laborais na Empresa e Direito Comunitário, in Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles 90 Anos (obra colectiva)*, Coimbra, Almedina, em especial pp. 179 e ss.

⁷⁵ V., na nossa literatura, António Menezes Cordeiro, *Direito Europeu das Sociedades*, cit., pp. 1043 e ss., Raul Guichard, *O Regime da Sociedade Cooperativa Europeia (SCE). Alguns Aspectos*, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 7, 2006, pp. 207 e ss., e Dora Resende Alves, *A Estrutura Orgânica da Cooperativa Europeia*, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 7, 2006, pp. 267 e 268.

⁷⁶ Os preceitos referidos neste sub-número sem indicação do diploma a que pertencem são do Regulamento agora citado.

7.3.3. Processos de formação da SCE

O Regulamento (no artigo 2.º) refere os seguintes cinco processos de formação de uma SCE:

- por cinco pessoas, no mínimo, que residam em pelo menos dois Estados-membros;
- por um mínimo de cinco pessoas singulares e sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º do Tratado, e outras entidades jurídicas de direito público ou privado, constituídas nos termos da legislação de um Estado-membro, que tenham residência ou que se rejam pelo direito de pelo menos dois Estados-membros diferentes;
- por sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48.º do Tratado, e outras entidades jurídicas de direito público ou privado, constituídas nos termos da legislação de um Estado-membro e reguladas pelo direito de pelo menos dois Estados-membros diferentes;
- por fusão de cooperativas constituídas nos termos da legislação de um Estado-membro e que tenham a sua sede e a sua administração central na Comunidade, se pelo menos duas delas foram reguladas pelo direito de Estados-membros diferentes;
- por transformação de uma cooperativa, constituída segundo o direito de um Estado-membro e que tenha a sua sede e a sua administração central na Comunidade, desde que tenha há pelo menos dois anos um estabelecimento ou filial regulados pelo direito de outro Estado-membro.

Além disso, o Regulamento autoriza os Estados-membros a preverem que uma entidade jurídica sem sede efectiva na Comunidade possa participar na constituição de uma SCE, desde que essa entidade esteja submetida ao direito de um Estado-membro, tenha sede estatutária nesse Estado-membro e tenha uma conexão efectiva e continuada com a economia de um Estado-membro (artigo 2.º, n.º 21).

Os vários processos de formação da SCE, à semelhança do que se passa com a SE e com o AEIE, têm pois, em comum, a exigência de os seus fundadores estarem, imediata ou mediatamente, ligados a mais de um Estado-membro.

7.3.4. Estrutura orgânica, margem de legiferação dos Estados-membros e «envolvimento dos trabalhadores»

No que respeita a estes três aspectos, o regime da SCE aproxima-se muito do da SE – o que torna supérfluo que, na economia deste texto, os abordemos.

Vale a pena frisar que a Directiva 2003/72/CE ainda não foi transposta para o direito português, apesar de o prazo de transposição ter terminado em 18 de Agosto de 2006 (artigo 16 da directiva em causa).

7.3.5. Natureza societária da SCE

Como é sabido, a regulação das cooperativas não é uniforme nos vários Estados-membros⁷⁷. Nalguns países⁷⁸, discute-se se a cooperativa é uma espécie de sociedade ou uma figura diversa⁷⁹. Esta dis-

⁷⁷ Para um breve panorama do que se passa nos vários Estados-membros, acompanha-do de uma perspectiva sobre o papel que a SCE pode vir a desempenhar, v. Ruud Galle, *The Societas Cooperativa Europea (SCE) and National Cooperatives in Comparative Perspective*, in *European Company Law*, vol. 3, n.º 6, Dezembro 2006, pp. 255 e ss.

⁷⁸ Não na Alemanha, pois o conceito amplo de *Gesellschaft* (que engloba todos os acordos plurilaterais para o desenvolvimento de um fim comum) é suficientemente abrangente para não permitir discussão razoável sobre a compreensão nele do conceito de *Genossenschaft* (sobre o conceito de *Gesellschaft*, v., por exemplo, Herbert Wiedemann, *Genossenschaftsrecht*, vol. I, *Grundlagen*, Munique, C. H. Beck, 1980, pp. 3 a 5, Peter Ulmer, no *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4.ª edição, vol. 5, C. H. Beck, p. 5 (nota ao § 705), Karsten Schmidt, *Genossenschaftsrecht*, 4.ª edição, Colónia et alii, Carl Heymanns, 2002, pp. 3 e 4, e Götz Hueck e Christine Windblicher, *Genossenschaftsrecht*, 20.ª edição, Munique, C. H. Beck, 2003, p. 1; sobre as características e a natureza da *Genossenschaft*, v., por exemplo, para além das obras acabadas de referir, Egon Metz e Hans-Jürgen Schaffland, *Genossenschaftsgesetz*, 2.ª edição, Berlin e Nova Iorque, Walter De Gruyter, 1999, pp. 2 e ss.).

⁷⁹ Entre nós, na vigência dos Códigos Cooperativos, opinam no sentido da qualificação da cooperativa como sociedade: Pinto Furtado, *Curso*, pp. 152 a 158, Miguel J. A. Pupo Correia, *Direito Comercial*, 9.ª edição, Lisboa, Ediforum, 2005, p. 140, António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades I*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 352, e *Manual do Direito das Sociedades II*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 7 (no n.º 1, *Razões de Ordem*), Deolinda Maria Aparício Moreira, *A Natureza Jurídica da Cooperativa. Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 2002* (Garcia Marques) p. 172. Pronunciavam-se em sentido oposto: Luís Brito Correia, *Direito Comercial*, 2.º vol., Lisboa, AAFDL, 1987/1989, p. 66, V. G. Lobo Xavier,

cussão pode estender-se à SCE – sendo as clivagens doutrinárias talvez agravadas pelas diferenças entre as várias versões linguísticas do Regulamento.

Com efeito, algumas dessas versões o nome da SCE inclui a qualificação como sociedade (é o caso da portuguesa, da espanhola, da francesa e da italiana) e noutras não (em inglês a figura chama-se *European Cooperative Society* e em alemão, singelamente, *Europäischen Genossenschaft*). Para além disso, nalgumas das versões (casos da portuguesa, da francesa, da italiana e da alemã⁸⁰), o n.º 2 do

Sociedades Comerciais, Coimbra, 1987 (policopiado), pp. 35 e ss., Manuel de Sá e Sousa Castelo Branco, *Algumas Notas sobre as Cooperativas e o Lucro*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XXXI, n.ºs 1/2, Janeiro-Junho, 1989, p. 324, Manuel António Pita, *Direito aos Lucros*, Coimbra Almedina, 1989, pp. 43 a 45 (implicitamente), Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Da Empresarialidade*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 183 e 184, e *Curso de Direito Comercial*, vol. II, *Das Sociedades*, 2.ª edição, Coimbra, 2007, pp. 28 e 29, Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, vol. I, p. 479, e Rui Namorado, *Introdução ao Direito Cooperativo*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 308 e ss. Sobre a questão nos direitos francêses, espanhol e italiano, v., por exemplo: no primeiro, Philippe Merle, *Droit Commercial Sociétés Commerciales*, 4.ª edição, Paris, Dalloz, 1994, pp. 11 e 44, Michel Germain, *Les Sociétés Commerciales*, 18.ª edição, Paris, L.G.D.J., 2002 (tomo 1 do vol. 2 do *Traité de Droit Commercial* de G. Ripert e R. Roblot), pág. 723, Maurice Cozian et alii, *Droit des Sociétés*, 18.ª edição, Litec, 2003, págs. 12 e 13, e Paul Didier, *Droit Commercial*, tomo 2, *L'Entreprise en Société les Groupes de Sociétés*, 3.ª edição, PUF, 1999, pp. 19 e 20; no segundo, Francisco Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho Mercantil*, 19.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 627 e ss., Mercedes Viergez, in Aurelio Menéndez (director) et alii, *Lecciones de Derecho Mercantil*, 4.ª edição, Thomson/Civitas, p. 509, Guilermo J. Jiménez Sánchez (coordinador) et alii, *Lecciones de Derecho Mercantil*, pp. 276 e ss., Manuel Broseta Pont e Fernando Martínez Sanz, *Manual de Derecho Mercantil*, 11.ª ed., vol. I, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 603 e ss., e Roberto Couto Calviño, *Pequeno Estudio Comparativo sobre o Concepto, Constitución e Rexistro das Cooperativas em Galicia e Portugal*, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 7, 2006, pp. 45 e ss.; no terceiro, G. F. Campobasso, *Diritto Commerciale 2, Diritto delle Società*, Turim, UTET, 2006, pp. 578 e ss., Francesco Galgano, *Diritto Commerciale Le Società*, 16.ª edição, Bolonha, Zanichelli, 2006, pp. 475 e ss., Andrea Paciello, in N. Abriani et alii, *Diritto delle Società*, Milão, Giuffrè, 2006, pp. 455 e ss., e Gaetano Presti e Matteo Rescigno, *Corso di Diritto Commerciale*, vol. II, *Società*, 2.ª edição, Bolonha, Zanichelli, 2006, pp. 254 e ss.

⁸⁰ Estamos a simplificar, pois, como resulta do que escrevemos na nota 78, o conceito de *Genosschaft* não é igual aos que, sob designações derivadas da palavra latina *societas*, são usados na França, em Itália, em Espanha e no nosso País.

artigo 1.º contém uma qualificação da SCE como sociedade e noutras (casos da espanhola e da inglesa) não.

Não nos parece, porém, que esses elementos sejam decisivos para a qualificação da SCE como sociedade, até por as divergências terminológicas provirem do próprio Tratado CE⁸¹. Decisivo é o próprio conteúdo de sociedade - mais ou menos amplo - que se adopte.

8. O papel da jurisprudência comunitária no direito das sociedades

Tal como em muitos outros campos, no das sociedades, a jurisprudência comunitária tem papel de relevo⁸². No entanto, essa relevância é menos acentuada do que noutras áreas⁸³.

As decisões do Tribunal de Justiça mais frequentemente referidas consistem em aplicações das regras do Tratado sobre o direito de estabelecimento. Nos últimos anos⁸⁴ mereceram especial atenção da doutrina os acórdãos *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art Ltd*. Não é possível, no quadro deste texto, entrar na exposição do conteúdo e alcance dessas decisões, pelo que nos limitamos a remeter para os autores portugueses que as comentaram⁸⁵.

⁸¹ As versões portuguesa, espanhola, francesa do artigo 48.º do Tratado de Roma utilizam respectivamente as expressões «sociedades cooperativas», *sociedades cooperativas*, *sociétés coopératives* e *societă cooperative*. As versões inglesa e alemã utilizam as expressões *cooperative societies* e *Genossenschaften*.

⁸² V., por exemplo, Christoph Teichmann, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 79 e ss., pp. 210 e ss. e pp. 402 e ss..

⁸³ Cfr. Menezes Cordeiro, *Direito Europeu das Sociedades*, cit., pp. 73 e 74.

⁸⁴ Para informação sobre decisões anteriores, v. o n.º 16 da coleção Divulgação do Direito Comunitário (publicado pelo Gabinete de Direito Europeu do Ministério da Justiça), intitulado *O Direito Comunitário das Sociedades na Jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias* (Lisboa, 1994).

⁸⁵ É o caso de Maria Ângela Coelho Bento Soares (nos textos *O Acórdão Inspire Art Ltd.: Novo Incentivo Jurisprudencial à Mobilidade das Sociedades na União Europeia*, in *Revista Temática de Integração*, n.º 17, 2004, *A Liberdade de Estabelecimento das Sociedades na União*

9. A «comunitarização» do direito português

A adaptação do direito português ao direito comunitário começou a ser preparada muito antes da entrada em vigor do Tratado de Adesão de Portugal às Comunidades. Uma das orientações que nortearam a elaboração do CSC foi a da transposição das «directivas de coordenação» estão vigentes, como resulta claramente do preâmbulo do diploma que o aprovou⁸⁶ e de vários dos seus trabalhos preparatórios⁸⁷.

Europa, Revista Temas de Integração, n.ºs 15 e 16, 2003, e *A Transferência Internacional da Sede Social no Âmbito Comunitário*, in *Temas Societários*, IDET/Almedina, Coimbra, 2006), Dário Moura Vicente (no texto *Liberdade de Estabelecimento, Lei Pessoal e Reconhecimento das Sociedades Comerciais*, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005) e Alexandre Mota Pinto (no texto *Aparentamentos sobre a Liberdade de Estabelecimento das Sociedades*, in *Temas de Integração*, n.ºs 17 e 18, 1.º semestre 2004 e 2.º semestre 2004).

⁸⁶ Do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, que aprovou o CSC constam as seguintes considerações: «A necessidade urgente de adaptar a legislação portuguesa às directivas da CEE, a que Portugal aceitará ficar vinculado, tornou inadiável a publicação do Código» e «...o Código não só executa as directivas comunitárias em vigor, quando imperativas, e escolhe as soluções consideradas mais convenientes, quando há lugar para isso, como alarga algumas regras comunitárias, estabelecidas para certos tipos de sociedades, a outros tipos ou mesmo a todas as sociedades comerciais, e atende, na medida do possível, aos trabalhos preparatórios de novas directivas...». Do preâmbulo do projecto que esteve na base do CSC constava já o seguinte: «Houve, por outro lado, que tornar em consideração as Directivas da CEE sobre sociedades comerciais, empenhados como estamos no processo de adesão» (v. Boletim do Ministério da Justiça, n.º 327, Junho 1983, p. 45).

⁸⁷ Como é o caso dos seguintes textos de Raúl Ventura: *Adaptação do Direito Português à Directiva 68/151/CEE do Conselho da Comunidade Económica Europeia para a Coordenação das Garantias Exigidas às Sociedades*, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 2, 1980; *Adaptação do Direito Português à Segunda Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre o Direito das Sociedades*, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 3, 1980; *Adaptação do Direito Português à Terceira Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia relativa às Fusões das Sociedades*, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 4, 1980; *Adaptação do Direito Português à Sexta Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia relativa às Císes das Sociedades por Acções*, in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 10, 1982.

É, porém, de frisar que o processo de «comunitarização» do direito das sociedades português se iniciou ainda antes do pedido de adesão de Portugal à CEE, não só no plano doutrinário⁸⁸ como no plano legislativo⁸⁹.

Genericamente falando, de 1986 até hoje, o legislador nacional tem promovido adequadamente as medidas necessárias à conformação do nosso direito com o direito comunitário. Não cabe na economia deste texto discutir pormenores da transposição⁹⁰.

No entanto, merecem referência dois casos: o do artigo 17.º da 2.ª Directiva e o da 12.ª Directiva (sobre sociedades por quotas unipessoais).

Quanto ao primeiro, ele é conhecido como «o problema do artigo 35.º do CSC»⁹¹, pois foi em tal preceito que se transpôs a norma

⁸⁸ Neste plano, lembre-se, para além do que já citou, o texto de Luís Brito Correia, *A Comunidade Económica Europeia e a Harmonização das Legislações sobre Sociedades*, in Boletim do Ministério da Justiça n.º 182, Janeiro 1969.

⁸⁹ Como exemplo de «comunitarização legislativa» precoce, cite-se o Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de Novembro, sobre fusão e cisão de sociedades, que foi claramente influenciado pelos trabalhos então em curso na CEE acerca dessas matérias (para o conhecimento das raízes deste diploma, v. os textos de Raúl Ventura intitulados *Fusão e Cisão de Sociedades* e *Cisão de Sociedades* publicados nos vols. XXIV e XXV, de 1972 e 1973, da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – sendo de sublinhar que o n.º 6 do segundo fazia o ponto da situação do direito comunitário na matéria).

⁹⁰ Para além dos já citados e dos que ainda se citarão, há que mencionar, como elementos relevantes para essa discussão, António Menezes Cordeiro, *A 13.ª Directriz do Direito das Sociedades (Ofertas Públicas de Aquisição)*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 64, I/II, 2004, pp. 97 e ss., e Orlando Vogler Guiné, *A Transposição da Directiva 2004/25/CE e a Limitação dos Poderes do Órgão de Administração da Sociedade Visada*, in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 22, Dezembro 2005, pp. 21 e ss.

⁹¹ Sobre o qual se escreveram muitas páginas, entre as quais: Nuno Barbosa, *Morreu da Cura: A Aplicação do artigo 35.º CSC à SAD*, in Desporto & Direito, ano II, n.º 4, Setembro-Dezembro 2004, e *Reviravolta no Artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais*, in Desporto & Direito, ano II, n.º 6, Maio-Agosto 2005, António Menezes Cordeiro, *A Perda de Metade do Capital Social e a Reforma de 2005: um Repto ao Legislador* in Revista da Ordem dos Advogados, ano 65, I, Junho 2005, e *Da Perda de Metade do Capital Social das Sociedades Comerciais*, in Revista da

comunitária em causa, que prevê que no caso de uma sociedade sofrer uma perda grave do capital subscrito (deixando a concretização deste conceito aos Estados-membros, com a restrição de não poderem fixar em mais de metade o valor da perda considerada grave), há que convocar uma reunião da assembleia geral para discutir se a sociedade deve ser dissolvida ou se deve ser adoptada qualquer outra medida. Para tanto, o legislador do CSC estabeleceu que:

- os membros da administração que, pelas contas do exercício, verificassem «estar perdida metade do capital social» deveriam propor que a sociedade fosse dissolvida ou o capital social reduzido, a não ser que os sócios se obrigassem a efectuar, e efectuassem, entradas que mantivessem em, pelo menos, dois terços «a cobertura do capital»;
- a proposta em causa deveria ser apresentada na própria reunião da assembleia geral que apreciasse as contas relevantes ou em reunião da mesma convocada para os sessenta dias seguintes àquela;
- a falta de apresentação da proposta ou da tomada de deliberação atribuiria a qualquer sócio ou credor o direito de requerer ao tribunal a dissolução da sociedade (podendo a mesma ser evitada pela realização das entradas destinadas a repor a «cobertura do capital» no nível mínimo referido até ao trânsito em julgado da sentença).

Certamente por entender que o regime em causa era «perigoso» para muitas sociedades, no artigo 2.º, n.º 2, do decreto preambular

Ordem dos Advogados, ano 56, I, Janeiro 1996, Paulo de Tarso Domingues, *A Perda Grave do Capital Social (a Propósito da Recente Entrada em Vigor do Artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais)*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, FDU/FEUP, Coimbra Editora, 2003, Serena Cabrita Neto, Victor Amaro e Tiago Sousa, *O artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais - A Perda de Metade do Capital Social*, in *Fiscalidade*, n.º 9, Janeiro 2002, e Alexandre Mota Pinto, *O Artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais na Versão mais Recente*, in *Temas Societários*, IDET/Almedina, Coimbra, 2006.

do diploma que aprovou o CSC⁹², o legislador determinou que «a data da entrada em vigor do artigo 35.º será fixada em diploma legal».

Os anos foram passando sem que o preceito fosse posto em vigor. Finalmente, em 2001, pelo Decreto-Lei n.º 237/2001, de 30 de Agosto⁹³, que se destinou sobretudo a dessolvenizar a forma de alguns actos societários, foi determinado que o mesmo começasse a produzir os seus efeitos.

Em termos práticos, isso significava que as medidas nele previstas teriam de ser tomadas no momento da aprovação das contas do exercício de 2001, ou seja, nos primeiros meses de 2002.

No final de 2001 e no início de 2002, rebentaram protestos nos meios empresariais, que tiveram eco no poder político, o qual, pelo Decreto-Lei n.º 162/2002, de 11 de Julho⁹⁴, veio, com críticas ao Decreto-Lei n.º 237/2001, de 30 de Agosto⁹⁵, por um lado, alargar o leque de medidas ao dispor dos sócios para cobrir a «perda de capital»⁹⁶ e, por outro, remeter a entrada em vigor do diploma para o momento da aprovação das contas do exercício de 2003. Como a sanção para a não adopção das medidas destinadas a repor a «cobertura do capital» era a dissolução da sociedade por efeito da aprovação das contas do exercício seguinte ao do primeiro em que se verificasse «a perda de metade do capital social», em termos práticos, a nova solução só produzia efeitos por ocasião da aprovação das contas de 2004, ou seja, em 2005.

⁹² O Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro.

⁹³ Da autoria do XIV Governo Constitucional, de que era Primeiro-Ministro António Guterres.

⁹⁴ Da autoria do XV Governo Constitucional, de que era Primeiro-Ministro Durão Barroso.

⁹⁵ V. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 162/2002, de 11 de Julho.

⁹⁶ Além das antes disponíveis, passou a ser também admitida «a adopção de (quaisquer outras, entenda-se) medidas concretas tendentes a manter pelo menos em dois terços a cobertura do capital social».

Ao aproximar-se esse momento, surgiram novos protestos nos meios empresariais – o que determinou nova intervenção legislativa, desta vez, pelo Decreto-Lei n.º 19/2005, de 18 de Janeiro⁹⁷.

A redacção então dada ao artigo 35.º do CSC – que é a que vigora actualmente⁹⁸ – leva a que, embora seja obrigatório levar a assembleia geral a reunir para discutir a «perda de capital social», é viável que nela nada se delibere sobre o assunto... Literalmente, essa solução não contraria o artigo 17.º da 2.ª Directiva, mas não deixa de ser curioso que ela é menos exigente do que a que vigorava antes do CSC, para as sociedades anónimas e por quotas⁹⁹.

Quanto ao segundo caso da «transposição problemática», está relacionado com Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL) – figura que o legislador português, pelo Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto¹⁰⁰, criou poucos dias antes da publicação do diploma que aprovou o CSC, com vista a possibilitar a limitação da responsabilidade dos comerciantes em nome individual. Como no preâmbulo de tal diploma bem se evidenciou, a figura em causa era uma via alternativa à da admissão de sociedades de responsabilidade limitada originariamente unipessoais – caminho este que tinha sido o escolhido pelos legisladores alemão (em 1980)

e francês (em 1986) e que à época se sabia já que, muito provavelmente, iria também ser o escolhido pelo legislador comunitário.

A 12.ª Directiva veio efectivamente impor aos Estados-membros a solução acolhida na França e na Alemanha, mas, tendo precisamente em conta a situação portuguesa, inseriu um preceito (o artigo 7.º), estabelecendo que «um Estado-membro pode decidir não permitir a existência de sociedades unipessoais no caso de a sua legislação prever a possibilidade de o empresário individual constituir uma empresa de responsabilidade limitada com um património afecto a uma determinada actividade desde que, no que se refere a essas empresas, se prevejam garantias equivalentes às impostas pela presente directiva bem como pelas outras disposições comunitárias aplicáveis às sociedades referidas no artigo 1.º».

Isso levou a que o legislador nacional adiasse até 1996 a admissão das sociedades por quotas unipessoais¹⁰¹, nos termos previstos na 12.ª Directiva. O EIRL nunca teve grande êxito, ao passo que as sociedades por quotas unipessoais se contam por muitos milhares. Isso demonstra que o legislador português errou ao afastar-se do padrão comunitário, seguindo, na matéria, a política do «orgulhosamente sós»¹⁰².

⁹⁷ Da autoria do XVI Governo Constitucional, de que era Primeiro-Ministro, Santana Lopes.

⁹⁸ Com um pequeno «retoque» terminológico no n.º 1, dado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, para adaptar a referência aí feita aos membros dos órgãos de administração à nova nomenclatura de tais órgãos introduzida por esse diploma, no que às sociedades anónimas respeita.

⁹⁹ O § 3.º do artigo 120.º do Código Comercial estabelecia, então, que «os credores de uma sociedade anónima podem requerer a sua dissolução, provando que, posteriormente à época dos seus contratos, metade do capital social está perdido, mas a sociedade pode opor-se à dissolução, sempre que dê as necessárias garantias de pagamento aos seus credores». Esse preceito não apenas constava da versão primitiva do Código Comercial (embora até ao Decreto-Lei n.º 363/77, de 2 de Setembro, constituísse o § 4.º – e não o § 3.º – do artigo 120.º), como provinha mesmo da primeira lei portuguesa sobre sociedades anónimas (a lei de 22 de Junho de 1867, na qual constituía o artigo 41.º). A aplicação da norma em causa às sociedades por quotas resultava do artigo 42.º da respectiva lei (de 11 de Abril de 1901).

¹⁰⁰ Entretanto, alterado pelos Decretos-Leis n.º 343/98, de 6 de Novembro, n.º 36/2000, de 14 de Março, e n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

¹⁰¹ Que foi feita pelo Decreto-Lei n.º 257/96, de 31 de Dezembro, na parte em que aditou ao título III do CSC o seu capítulo X.

¹⁰² Para um balanço da experiência do EIRL e uma previsão pessimista sobre o seu futuro, v. José Engrácia Antunes, *O Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada: Crónica de uma Morte Anunciada*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano III, 2006. Na literatura anterior, v. Maria Ângela Coelho, *A Limitação da Responsabilidade do Comerciante em Nome Individual*, in Revista de Direito e Economia, anos VI/VII, 1980/1981, e (com os apelidos Bento Soares) *A Limitação de Responsabilidade do Comerciante Individual: o EIRL e a Sociedade por Quotas Unipessoal em Confronto*, in Colóquio «Os Quinze Anos de Vigência do Código das Sociedades Comerciais» (obra colectiva), Fundação Bissaya Barreto, Instituto Superior Bissaya Barreto, Coimbra, 2003, António Pereira de Almeida, *A Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial (obra colectiva)*, Coimbra, Livraria Almedina, 1988, José de Oliveira Ascensão, *O Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada ou o Falido Rico*, in *Estruturas Jurídicas da Empresa (obra colectiva)*, Lisboa, AAFDL, s/d (1989?) e *Estabelecimento Comercial e Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada*, in

10. Balanço e perspectivas de evolução

Em 21 de Maio de 2003, a Comissão aprovou a sua comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu intitulada «Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia – uma estratégia para o futuro», a COM (2003) 284, adiante assim designada.

A COM (2003) 284 continha um balanço do direito das sociedades e desenhava o programa de acções na matéria no curto prazo (2003-2005), no médio prazo (2006-2008) e a longo prazo (a partir de 2009).

No que diz respeito ao balanço, a COM (2003) 284 afirmava que várias iniciativas comunitárias no domínio do direito das sociedades tinham alcançado *resultados significativos*, com *impacto importante* sobre o direito das sociedades nos direitos dos Estados-membros. Esses juízos parecem indimentáveis e até timoratos.

No entanto, o conjunto de temas objecto das directivas de coordenação é suficientemente vasto para se poder dizer que quase não há campo do direito das sociedades – no que respeita aos tipos sobre que o legislador comunitário interveio – que esteja imune à «comunitarização»¹⁰³. cremos que a lista de temas tratados nas directivas que apresentamos o demonstra inequivocamente¹⁰⁴. O mesmo é dizer que há muito que, nos Estados-membros da Comunidade Europeia,

o direito das sociedades não é puramente nacional¹⁰⁵. Para que a influência das directivas em causa se torne ainda mais intensa e notória, falta «apenas» reorganizá-las de modo a formarem um sistema visível – passo esse que, provavelmente, será difícil de dar...

Os efeitos práticos dos regulamentos considerados são menores, não apenas por, em dois dos três casos, serem recentes, mas sobretudo porque, em termos sociais, eles não são vinculativos. Queremos com isto significar que nenhum interessado em atingir os fins alcançáveis por meio do AEIE, da SE ou da SCE está obrigado a usar tais figuras, pois pode conseguir o mesmo com recurso a figuras dos direitos nacionais, experimentadas, evitando os riscos inerentes às novidades. No «mercado dos instrumentos jurídicos» aptos a formalizar iniciativas empresariais transfronteiriças dentro da Comunidade, o AEIE, a SE e a SCE estão em concorrência com os instrumentos disponibilizados pelos direitos dos Estados-membros e só poderão ganhar posições se forem mais atraentes do que estes¹⁰⁶. Dai, de resto, que tenhamos expressado dúvidas sobre o êxito da SE e que lhe tenhamos atribuído importância sobretudo como modelo inspirador de (ainda maiores) convergências entre os direitos dos Estados-membros¹⁰⁷.

Quanto às perspectivas, a Comissão traçava-as em função de dois objectivos políticos essenciais: por um lado, o reforço dos direitos dos accionistas e da protecção de terceiros e, por outro, o fomento da eficiência e da competitividade das empresas¹⁰⁸.

Novas Perspectivas do Direito Comercial (obra colectiva), Coimbra, Livraria Almedina, 1988 (também publicado na Revista da Ordem dos Advogados, ano 47, I, Abril 1987), Albino Matos, *Constituição do EURL e Liberação do Capital*, in Revista do Notariado, ano X, n.º 37, 1990/1 (Janeiro-Abril).

¹⁰³ Para a defesa de uma posição quase oposta, v. Luca Enriques, *EC Company Law Directives and Regulations: How Trivial Are They*, in John Armour e Joseph A. McCahery (edited by), *After Enron*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006, pp. 641 e ss., e *Company Law Harmonization Reconsidered: What Role for the EC?*, in Steef M. Bartman (edited by), *European Company Law in Accelerated Progress*, Kluwer, 2006, pp. 59 e ss.

¹⁰⁴ Marcus Lutter enuncia como não «europizadas» as seguintes áreas do direito das sociedades por acções: órgãos e suas competências, liquidação, transformação e grupos de sociedades (*Verbundene Unternehmen und Konzerne*) - v. *Europäisches Unternehmensrecht*, cit., pp. 58 e ss.

¹⁰⁵ Como escreve Marcus Lutter na obra citada na nota anterior (p. 97).

¹⁰⁶ Há, pois, aqui um caso *sui generis* da concorrência entre ordenamentos jurídicos, tendo em vista as diferenças de natureza entre o direito comunitário e os direitos dos Estados-membros (sobre a concorrência entre ordenamentos jurídicos no campo das sociedades, v., entre vários, por recente, Christoph Teichmann, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 330 e ss).

¹⁰⁷ No prefácio que escrevemos para a obra de M. Jorge C. Castela, *Direito Europeu das Sociedades*, atrás citada.

¹⁰⁸ Para um comentário das perspectivas traçadas, V. João Soares da Silva, *O Action Plan da Comissão Europeia e o Contexto da Corporate Governance no Início do século XXI*, in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 18, Agosto 2004, pp. 72 e ss.

Para a prossecução desses objectivos, a Comissão apontava como necessário intervir, sobretudo, em questões relativas ao governo das sociedades, ao capital (modificando a 2.^a directiva), aos grupos de sociedades¹⁰⁹, à reestruturação e à mobilidade das sociedades, à divulgação da informação para o exterior das sociedades e a uma nova forma jurídica comunitária dirigida às pequenas e médias empresas, que a versão portuguesa da comunicação designava por «Sociedade Europeia Fechada» e a versão inglesa *European Private Company*.

Quanto às formas de intervenção, a Comissão contemplava quer directivas, quer recomendações.

Algumas das iniciativas previstas foram já concretizadas e outras estão em marcha. Quem queira perceber o que se tem passado recentemente nesta área e o que se vai passar nos próximos tempos tem necessariamente de reflectir sobre a COM (2003) 284.

Não é possível, no contexto destas páginas, apreciar, ou sequer enunciar, as iniciativas previstas. Queremos, porém, destacar duas. A primeira, e mais importante, não só por nos parecer especialmente relevante no panorama comunitário, mas também por dar atenção a interesses que o legislador português tem descurado: a já referida «Sociedade Europeia Fechada». Ela mostra a consciência de que é necessário oferecer às empresas (que não estão abertas ao investimento do público) uma forma jurídica «leve» e moldável. Tendo em conta que as intervenções do legislador comunitário – tal como as do português – se têm caracterizado, muitas vezes, pelo espírito oposto, com efeitos perniciosos, é com muita esperança que agudamos a divulgação do projecto respectivo¹¹⁰.

¹⁰⁹ Embora, como já escrevemos, sem «reactivar» o projecto da 9.^a directiva.

¹¹⁰ Que certamente ganhará em inspirar-se nos projectos de regulamento de *European Private Company* (ou *Societas Privata Europaea*) apresentados pelo CREDA (disponível em www.etudes.cciip.fr/dossiers/spe/gb) e por Christoph Teichmann (publicado in *European Company Law*, vol. 3, n.º 6, Dezembro 2006, pp. 279 e ss.).

A segunda é a do projecto da por vezes chamada 14.^a directiva, sobre transferência internacional da sede das sociedades. Apesar dos seus longos antecedentes e do consenso sobre o seu propósito fundamental, parece haver ainda alguma incerteza sobre o teor fiscal¹¹¹.

A concluir, queremos defender, retomando uma ideia já atrás deixada, que a «comunitarização» do direito das sociedades só sofrerá um salto qualitativo claro quando for possível reorganizá-la, «consolidando-a». Se a intervenção do legislador comunitário nesta área – como na generalidade dos demais – não se pôde e não se quis fazer de um golpe, nem segundo um plano de conjunto¹¹², cremos que ela só logrará os objectivos que visa quando for reordenada segundo um tal plano.

¹¹¹ Sobre esse projecto, v. Nuno Cunha Rodrigues, *A Propósito da Proposta de 14.^a Directiva das Sociedades Comerciais: A Transferência Internacional da Sede*, in *Fiscalidade*, n.º 22, Abril-Junho de 2005 e Maria Ângela Coelho Soares, *A Transferência Internacional da Sede Social no Âmbito Comunitário*, cit., *maxime* pp. 73 e ss.

¹¹² Fazemos ecoar aqui uma passagem célebre (e presciente) da Declaração Schuman («L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes...»).