

De referir igualmente que ao nível da União Europeia, através do Regulamento (CE) n.º 1896/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, já foi também criado um procedimento europeu de injunção.

Este regulamento, na linha dos procedimentos de injunção internos dos vários países da União, teve por objectivo «simplificar, acelerar e reduzir os custos dos processos judiciais em casos transfronteiriços de créditos pecuniários não contestados, e permitir a livre circulação das injunções de pagamento europeias em todos os Estados-Membros, através do estabelecimento de normas mínimas cuja observância torne desnecessário qualquer procedimento intermédio no Estado-Membro de execução anterior ao reconhecimento e à execução».

... e sombras

São indiscutíveis as vantagens do procedimento de injunção no quadro da cobrança de dívidas emergentes de contratos em que o credor não dispõe, à partida, de título executivo para fazer essa cobrança. Não pode, por isso, e de forma objectiva, deixar de se fazer um balanço positivo no ano em que se completam dez anos sobre a publicação do Decreto-Lei n.º 269/98.

A este propósito, é de recordar que por ano são instaurados 280 mil procedimentos de injunção para cobrança de dívidas, número que é revelador de um claro sucesso.

Estão actualmente reunidas as condições necessárias para que o credor consiga, com significativa economia de custos e de tempo, obter o indispensável título que lhe permitirá depois, e já em sede de execução judicial, obter o cumprimento coercivo do seu crédito com a penhora, apreensão e venda dos bens do devedor.

Todavia, aqui começam as más notícias para esse mesmo credor. Com efeito, o anunciado sucesso da reforma da acção executiva, implementada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, está longe de ser atingido, continuando a verificar-se significativos atrasos e severas dificuldades na cobrança judicial de dívidas.

Assim, e em jeito de conclusão, se é verdade que têm sido dados passos positivos no sentido de agilizar a formação do título executivo, condição fundamental para obter a cobrança judicial de uma dívida, já no plano da cobrança efectiva muito está por fazer. Aguarda-se, pois, com muita expectativa as necessárias e anunciadas intervenções a este

nível, das quais depende o efectivo sucesso das medidas introduzidas no procedimento de injunção, a que acima se fez referência. Sem aquelas, estas últimas, por muito positivas que sejam, correm o risco de se tornar meramente aparentes e destituídas de qualquer relevância.

JOÃO MARIA PIMENTEL Y
CARLOS SOUSA BARBOSA (*)

DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 398.º, N.º 1, DO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

Com o presente artigo visa-se, ainda que de forma sucinta, analisar os eventuais problemas de constitucionalidade que resultam do artigo 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, à luz do recente Acórdão n.º 539/2007, do Tribunal Constitucional (disponível em <http://w3b.tribunalconstitucional.pt/tc/home.html>).

Do objecto da decisão do Tribunal Constitucional

O Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre uma questão de Direito principal: a eventual inconstitucionalidade material, formal e orgânica do artigo 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais.

Ainda a título de nota introdutória, nota-se desde já que os argumentos analisados pelo referido Aresto não são, em rigor, novos, pois, no essencial, correspondem a uma *represtinação* daqueles que levaram a que o Tribunal Constitucional tivesse já considerado, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, que o artigo 398.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais é inconstitucional na parte em que considera extintos os contratos de trabalho celebrados há menos de um ano contado desde a data da designação de uma pessoa como administrador (cfr., entre outros, Acórdão n.º 1018/96 do Tribunal Constitucional, de 9.10.1996).

Da inconstitucionalidade material

O Recorrente defendeu a inconstitucionalidade material da norma plasmada no artigo 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, por violação

(*) Abogados de las Áreas de Procesal y Derecho Público y Mercantil, respectivamente, de Uría Menéndez (Lisboa y Oporto).

dos artigos 17.º, 18.º, n.º 2, 47.º, n.º 1, 53.º e 58.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

No fundo, a questão *sub judice* resume-se a saber se a cominação de nulidade do contrato de trabalho (celebrado pelo administrador com a sociedade, após o início das respectivas funções de administração), com fundamento no n.º 1 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais, bule com a protecção constitucional da liberdade de escolha da profissão, da garantia de segurança no emprego e do direito ao trabalho.

Existindo essa colisão, a declaração de nulidade do contrato de trabalho, por aplicação do disposto no n.º 1 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais, corresponderia a um despedimento sem justa causa.

Ora, tal entendimento foi cabalmente refutado pelo Tribunal Constitucional que correctamente explanou que, no âmbito da previsão do artigo 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, «*não está em causa uma extinção do contrato de trabalho, por exercício da vontade da entidade empregadora, mas antes a aplicação das normas que impõem a invalidade do contrato celebrado, por violação de regras do direito societário.*» (acórdão citado).

Com efeito, o referido preceito legal visa apenas proibir os administradores em exercício de celebrarem qualquer contrato de trabalho ou de prestação de serviços (para valer no decurso ou após a cessação das funções) com a sociedade administrada ou com outra que com esta esteja numa relação de domínio ou de grupo.

Ora, tal proibição encontra a sua razão de ser na necessidade, sentida pelo legislador comercial, de impedir que alguém empossado como administrador possa, valendo-se dessa qualidade, contratar com a própria sociedade que representa um posterior contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

No fundo, trata-se de uma norma de protecção dos sócios, da própria sociedade e dos terceiros que com ela se relacionam, que visa não só prevenir como também sancionar eventuais situações de conflito de interesses.

Por isso, conclui o Tribunal Constitucional que «*a declaração de nulidade de contrato, celebrado em violação do disposto no n.º 1 do artigo 398.º, na medida em que traduz a sanção prevista no ordenamento jurídico para a violação de uma proibição*

legal, fundada em razões do direito societário, em nada contende com a protecção constitucional da segurança no emprego e do direito ao trabalho.» (acórdão citado).

Da inconstitucionalidade formal

O recorrente, paralelamente ao que já havia sido defendido noutras ocasiões a propósito do n.º 2 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais, alegou que a norma do n.º 1 do referido artigo padecia de inconstitucionalidade formal na medida em que havia sido aprovada sem a participação das comissões de trabalhadores e das associações sindicais, em violação do disposto nos artigos 54.º, n.º 5, alínea d), e 56.º, n.º 2, alínea a), da Constituição da República Portuguesa.

O Tribunal Constitucional rejeitou liminarmente tal entendimento, tendo, nessa medida, esclarecido que «*as situações previstas no n.º 2 do artigo 398.º são diversas das contempladas no seu n.º 1: enquanto que naquele estão em causa duas situações em que a pessoa que foi designada administrador da sociedade detinha, à data da designação, um vínculo laboral com a mesma sociedade, já na hipótese em apreço (a do n.º 1), previne-se a circunstância de o administrador designado adquirir, durante o exercício das funções de administração ou mesmo após a sua cessação, qualquer vínculo (laboral ou de prestação de serviços) com a sociedade administrada ou sociedades que com esta estejam numa relação de domínio ou de grupo*» (acórdão citado).

«*Na verdade, o n.º 1 não regula posições jurídicas de trabalhadores, enquanto tais, nem tem qualquer efeito directo e imediato numa relação de índole laboral. Pelo contrário, a norma tem como destinatário o administrador da sociedade – nessa exacta qualidade – e visa obstar a que este adquira a qualidade de trabalhador ou prestador de serviços da sociedade. Trata-se, assim, de vedar ao administrador a vinculação a outras actividades de colaboração pessoal na sociedade administrada, dado o risco que a confusão no mesmo sujeito das qualidades de administrador e administrado podia acarretar para a prossecução, de forma idónea, dos interesses sociais.*»

Por isso, deve concluir-se que a norma plasmada no artigo 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais não poderá incluir-se *materialmente* no conceito de legislação do trabalho, razão pela qual não havia que facultar a participação dos organismos representativos dos trabalhadores no respectivo processo legislativo.

Da inconstitucionalidade orgânica

Por último, cumpre analisar a eventual inconstitucionalidade orgânica do n.º 1 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais.

Em tese, poder-se-ia sustentar que a referida norma incide sobre matéria atinente a direitos, liberdades e garantias e que, por isso, constituiria reserva relativa de competência da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa), tendo sido emanada pelo Governo sem prévia autorização legislativa.

O referido entendimento assenta no pressuposto de que a norma em causa estabelece uma restrição à liberdade de escolha de profissão, enquanto direito fundamental acolhido no artigo 47.º, n.º 1, da Constituição da República.

Não é, contudo, assim, como, aliás, o Tribunal Constitucional decidiu: *«A norma que está em discussão prevê um impedimento de exercer “funções de trabalhador” numa sociedade, por parte daquele que escolheu, de acordo com a sua autodeterminação, aceitar as funções de administrador dessa mesma sociedade. O que significa que a incompatibilidade prevista no n.º 1 do artigo 398.º nasce de uma escolha (opção pelo cargo de administrador) do próprio interessado e, além disso, apenas se verifica no seio da sociedade onde exerce o cargo de administrador ou de sociedades que com esta estejam numa relação de domínio ou de grupo.»* (acórdão citado).

«Assim, tal norma não é susceptível de interferir com a liberdade de escolher livremente uma profissão (...). Na verdade, o âmbito da norma é antes o de associar, ao cargo de administrador (a que o interessado acedeu no exercício da sua liberdade de escolha), uma incompatibilidade ou proibição de exercício de outras funções, por razões que se prendem com a própria natureza do cargo.»

Conclui-se, deste modo, que esta norma não versa sobre direitos, liberdades e garantias, designadamente, sobre o direito de livre escolha da profissão, pelo que não se integra na reserva legislativa parlamentar.

Conclusões

Desde logo, cumpre reconhecer a bondade da decisão tomada pelo Tribunal Constitucional e, em particular, a força dos argumentos expendidos.

Não obstante, é de assinalar que, do ponto de vista metodológico, o acórdão do Tribunal

Constitucional acaba por não referir expressamente um dos argumentos centrais para a constitucionalidade da norma vertida no artigo 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais: o impedimento do administrador é meramente temporário e transitório, isto é, só o impede de trabalhar ou prestar serviços para a sociedade enquanto for administrador ou se os respectivos contratos tiverem sido celebrados durante o período em que foi administrador.

A norma do artigo 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais não «contamina» ou «suja» o administrador para sempre.

Com efeito, o referido preceito legal, não impede que, uma vez cessada a relação de administração, venha o administrador a ser contratado como trabalhador ou prestador de serviços da sociedade, se os novos administradores assim o entenderem. Esta situação escapa à previsão do artigo 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, pois já não se verifica qualquer possibilidade de conflito de interesses.

Em face do exposto, deve concluir-se que, no caso em apreço, não existe limitação desproporcionada da liberdade pessoal do cidadão de prestar trabalho a quem entenda. Tão-somente se impede que o administrador —e apenas enquanto durar essa condição— se possa beneficiar a ele próprio, celebrando com o mesmo contratos, em prejuízo dos sócios.

Em suma, e ao contrário do que o Tribunal Constitucional refere, o artigo 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais não é verdadeiramente uma incompatibilidade absoluta mas sim um impedimento ou incompatibilidade relativa.

Não deve, contudo, aceitar-se como pacífica a aplicação —imediata ou por analogia— desta doutrina aos gerentes das sociedades por quotas, já que existem autores que tendem a defender que o artigo 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais consiste numa norma excepcional e específica das sociedades anónimas e que, por isso, não é susceptível de ser interpretada extensiva ou analogicamente.

Por último, não pode deixar de se tecer algumas considerações sobre o referido Acórdão, não apenas no âmbito do direito constitucional ou laboral, mas da perspectiva do direito societário e do *corporate governance*.

De facto, se é hoje tendência da vida comercial adotar normas jurídicas (ou de *soft law*) que cerceiem os

poderes das administrações das sociedades, é certo que a decisão do Tribunal Constitucional ora em apreço não pode deixar de ser considerada como um passo em frente na defesa dos sócios e principalmente dos *stakeholders*.

Com efeito, depois dos escândalos da «Enron» e da «Parmalat», reconheceu-se que um dos principais óbices das sociedades comerciais modernas consistia na falta de fiscalização da actividade gestonária e na quase onipotência dos membros da administração, especialmente, no seio das grandes sociedades anónimas, nas quais os sócios se encontravam demasiado afastados (e efectivamente manietados do ponto de vista legal) para controlarem a vida da sua sociedade.

Neste contexto, tomou-se consciência de que diversos administradores, especialmente em Itália, se «barricavam» dentro da sociedade através da celebração de *negócios consigo mesmo* que vigorariam após o *terminus* do seu mandato.

Aproveitavam-se do seu poder enquanto administradores para celebrarem contratos de trabalho ou, no mais das vezes, contratos de prestação de serviços, de forma a que, quando fossem afastados da gestão (ou quando a maioria de sócios que os elegia fosse vencida), a sociedade se visse forçada a continuar a pagar-lhes algum tipo de remuneração ou, no limite, a *comprar* a sua rescisão.

Ou seja, logravam, deste modo, frustrar ou, pelo menos, dificultar a regra da livre destituição dos administradores.

Assim, a decisão do Tribunal Constitucional é preciosa porque permite distinguir o que é matéria laboral e o que, nessa medida, tange com direitos fundamentais (e da inevitável carga ideológica que os mesmos comportam) do que é pura matéria de direito societário.

Apenas dessa forma a incompatibilidade prevista no artigo 398.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais ganha verdadeira operacionalidade e eficácia preventiva de comportamentos desviantes dos administradores.

SOFIA MARTINS
Y DAVID SEQUEIRA DINIS (*)

(*) Abogados de las Áreas de Mercantil y de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Lisboa).

LATINOAMÉRICA

OS RISCOS DA AQUISIÇÃO IMOBILIÁRIA NO BRASIL FRENTE AOS INSTITUTOS DA FRAUDE CONTRA CREDORES E DA FRAUDE À EXECUÇÃO

Introdução

Dentre as diversas formas de investimento, a tradicional busca pela aquisição de ativos imobiliários tem tornado-se cada vez mais freqüente no Brasil e já assume uma posição de destaque e de relevância econômica no cenário nacional.

Possivelmente, esta atual corrida pelos ativos imobiliários, deve-se às características propícias do território brasileiro e da carência do seu mercado imobiliário, que por anos esteve estagnado, bem como à retração sofrida pelo mercado imobiliário norte-americano, ocorrida desde o final do segundo semestre de 2007, a qual também teve seus reflexos diretos na concessão de crédito imobiliário no Velho Continente.

No entanto, é imperioso destacarmos que os atuais meios legais para a aquisição de imóveis no Brasil ainda deixam a desejar, pois não conferem um grau satisfatório de segurança jurídica ao investidor, principalmente, se comparados com outros ordenamentos jurídicos. Neste sentido, recomenda-se a quem pretende investir no mercado imobiliário brasileiro, antes de aventurar-se ao pagamento de um sinal ou de adimplir substancialmente o preço, que efetue uma atenta avaliação jurídica.

A avaliação jurídica deverá observar tanto a situação legal do imóvel, como a situação legal do atual e dos antigos proprietários, a fim de que seja mitigado o risco futuro de anulação da aquisição do imóvel em virtude de decisão judicial, bem como que o imóvel objeto de alienação ou oneração possa vir a ser objeto de execução em demandas judiciais preexistentes à alienação ou oneração.

Os riscos particulares da legislação brasileira mencionados no parágrafo anterior, originam-se basicamente em face de dois institutos jurídicos, respectivamente, o da fraude contra credores e o da fraude à execução, os quais terão um enfoque especial na presente reflexão a seguir desenvolvida. Ademais, preliminarmente e sem pretensão de esgotar o tema, introduziremos os cuidados básicos no que tange à aquisição de imóveis no Brasil.