

MEMBROS DOS ÓRGÃOS ESTATUÁRIOS - ENQUADRAMENTO NA SEGURANÇA SOCIAL E RÉGIME DE EXCLUSÃO CONTRIBUTIVA

Membros dos órgãos estatutários - Enquadramento na Segurança Social e regime de exclusão contributiva

O regime contributivo dos membros dos órgãos estatutários não é por regra tido em consideração quando se realiza uma operação societária que implique a nomeação de novos titulares. No entanto, a falta de conhecimento de tal regime pode ditar a obrigação de pagamento de contribuições e quotizações para a Segurança Social durante todo o mandato. Por outro lado, nos casos em que há total ausência de pagamento de contribuições, e sendo o mesmo obrigatório, a pessoa coletiva pode vir a suportar o ónus de regularizar voluntariamente a dívida (incluindo juros) se quiser afastar o risco de lhe ser instaurado pela Segurança Social um processo de execução para recuperação daqueles montantes.

PALAVRAS-CHAVE

Membros de Órgãos Estatutários, MOE, Segurança Social, Exclusão Contributiva, Código Contributivo.

Corporate bodies - Social Security framework and regime for the exclusion of payment of contributions

The contributory regime of the corporate bodies is often not taken into consideration within a corporate transaction, as a result of which new board members would be appointed. Nonetheless, such lack of awareness may imply the payment of contributions to the Social Security during the whole term of office. In addition, if no contributions are being paid and provided that such payments are due, the legal person may be obliged to voluntarily pay the debt (including accrued interest) or it runs the risk of enforcement proceedings being taken against it by the Social Security for the recovery of such amount.

KEY WORDS

Members of the corporate body, MOE, Social Security, Exemption from charges, Social Security Code.

Fecha de recepción: 30-1-2017

Fecha de aceptación: 15-2-2017

INTRODUÇÃO

Nos artigos 61.º a 70.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial da Segurança Social (adiante, o «Código») o legislador estabelece que os membros dos órgãos estatutários (doravante, «MOE») das pessoas coletivas e entidades equiparadas são obrigatoriamente abrangidos pelo regime geral dos trabalhadores por conta de outrem. Não obstante, atenta a qualidade específica em que os MOE atuam nas pessoas coletivas e as circunstâncias em que tal mandato pode ser exercido, o Código fixou algumas especificidades para este grupo.

No âmbito do presente artigo abordaremos especificamente a hipótese legal de exclusão dos MOE do regime contributivo, aproveitando-se o ensejo para partilhar algumas experiências e sugestões práticas. Adicionalmente, listar-se-ão três regras simples, mas essenciais, que é conveniente ter presente nas operações societárias que envolvam a nomeação de MOE, seja tal nomeação por via de uma novíssima incorporação societária, resulte ela de uma reestruturação da própria pessoa coletiva ou ocorra na sequência de uma mera alteração dos titulares dos cargos. Efetivamente, o conhecimento dessas três regras essenciais pode antecipar soluções e evitar problemas futuros para a própria pessoa coletiva e respetivos MOE.

QUESTÃO PRÉVIA

Antes de avançar, importa estabelecer quem pode ser qualificado como MOE para efeitos do Código. O artigo 62.º do Código dispõe que são, designadamente, MOE:

- Os administradores, diretores (membros do órgão de gestão denominado “direção”) e gerentes das pessoas coletivas e entidades equiparadas (sociedades, cooperativas, associações com ou sem fins lucrativos, etc...);
- Os administradores de pessoas coletivas gestoras ou administradoras de outras pessoas coletivas, quando contratados a título de mandato para aí exercerem funções de administração, desde que a responsabilidade pelo pagamento das respetivas remunerações seja assumida pela entidade administrada. Assinalamos que a Segurança Social tem defendido que os representantes legais de sucursais e de representações permanentes em Portugal, que estão registados nesta qualidade junto da Conservatória do Registo Comercial, devem ser qualificados como MOE para efeitos do Código;
- Os gestores de empresas públicas ou de outras pessoas coletivas, os membros dos órgãos internos de fiscalização das pessoas coletivas (i.e.

membros de conselhos fiscais), e os membros dos demais órgãos estatutários das pessoas coletivas (i.e. membros de conselhos gerais, de comissões de remunerações, ou outros órgãos estatutariamente previstos), qualquer que seja o fim prosseguido, que não se encontrem obrigatoriamente abrangidos pelo regime de proteção social convergente dos trabalhadores em funções públicas e que não tenham optado, nos termos legais, por diferente regime de proteção social de inscrição obrigatória.

A este propósito, assinalamos que a Segurança Social tem vindo a considerar como MOE apenas aquelas pessoas individuais que estão registadas naquela qualidade junto da Conservatória do Registo Comercial. De todo modo, este entendimento da própria Segurança Social não obsta à aplicação da lei, mesmo quanto aos MOE que ainda não tenham sido registados junto da Conservatória do Registo Comercial.

Adicionalmente, esclarecemos que a Segurança Social entende que os membros da mesa da assembleia geral não são abrangidos pelo regime contributivo dos MOE (cfr. Circular de Orientação Técnica n.º 12 de 4.07.1994 da Direção-Geral dos Regimes de Segurança Social). Fica, no entanto, pouco claro se, quando remunerados, os membros da assembleia geral deveriam ser enquadrados no regime contributivo dos MOE.

REGIME LEGAL E AS TRÊS REGRAS ESSENCIAIS

Deflui do artigo 61.º do Código que “[s]ão obrigatoriamente abrangidos pelo regime geral [do trabalhador por conta de outrem], com as especificidades previstas na presente subsecção, na qualidade de beneficiários, os membros dos órgãos estatutários das pessoas coletivas e entidades equiparadas, ainda que sejam seus sócios ou membros”.

Do teor deste inciso legal ressalta, desde já, a primeira regra essencial que consideramos relevante reter: **Os MOE das pessoas coletivas e entidades equiparadas são obrigatoriamente abrangidos pelo regime geral dos trabalhadores por conta de outrem, com algumas especificidades.**

O conhecimento desta obrigação é fundamental. Com efeito, não raras vezes somos confrontados com situações em que a sociedade ou os MOE recebem a indicação de que, não sendo o cargo remunerado, não há obrigação de enquadramento do MOE na Segurança Social (alegadamente porque

não existe o dever de pagamento de contribuições). Esta asserção, muito embora sendo comum, é errónea e não emerge do acervo legal em vigor.

Dito isto, como os MOE estão abrangidos pelo regime geral dos trabalhadores por conta de outrem, aplicam-se-lhes as disposições dos artigos 24.º a 60.º do Código, conquanto com as devidas adaptações.

Assim, atento o estatuído no artigo 34.º do Código, por ocasião da constituição da pessoa coletiva é desde logo imprescindível inscrevê-la na Segurança Social. Salientamos a este respeito que a inscrição da pessoa coletiva é feita oficiosamente na data da sua constituição sempre que esta obedeça (i) ao regime especial de constituição imediata de sociedades (vg. Empresa na Hora) e associações ou (ii) ao regime especial de constituição *online* de sociedades. Determina, ainda, o artigo 10.º do Decreto Regulamentar n.º 1-A/2011 de 3 de janeiro (adiante, «**Decreto Regulamentar**») que “*se consideram oficiosamente inscritas na segurança social as entidades empregadoras cuja inscrição no registo comercial ou, tratando-se de entidades não sujeitas a registo comercial obrigatório, no ficheiro central de pessoas coletivas, seja comunicada pelos serviços de registo*”.

Adicionalmente, para além da inscrição, é ainda necessário comunicar à Segurança Social o início de atividade. Para este efeito, a pessoa coletiva terá que preencher o formulário Mod. RV 1011/2012 - DGSS e enviá-lo para a instituição da Segurança Social competente. Neste formulário, para além dos dados relativos à identificação da própria pessoa coletiva (nome ou firma, natureza jurídica, número de identificação fiscal, sede, localização dos estabelecimentos, etc.) é ainda necessário indicar os MOE, bem como a respetiva data de nascimento, nacionalidade, morada, número de identificação de segurança social (caso já tenha sido atribuído), número de identificação fiscal, cargo exercido e menção se será ou não remunerado¹. No fundo, este é o momento em que a pessoa coletiva comunica a admissão dos seus MOE à Segurança Social.

¹ Os documentos necessários para capear a comunicação de início de atividade dos MOE são os seguintes: (i) cópia do pacto social ou da ata da assembleia geral onde conste: a nomeação dos MOE (esta ata pode ser substituída pela Certidão do Registo Comercial da pessoa coletiva); se na qualidade de gerentes não exercem atividade; se são pensionistas ou exercem outra atividade cumulativamente; a sua situação quanto à remuneração (com ou sem remuneração); (ii) fotocópia do cartão de contribuinte fiscal dos MOE; e número de identificação da Segurança Social.

Posteriormente, com base em informação oficiosa ou na informação disponibilizada pela pessoa coletiva através do *supra* referido formulário, a Segurança Social inscreve os MOE, individualmente, como beneficiários deste sistema previdencial (caso estes não estejam ainda inscritos)² e notifica a pessoa coletiva para, no prazo de 10 dias, fornecer os elementos necessários ao enquadramento ou à exclusão do MOE (cfr. artigo 37.º do Decreto Regulamentar). A respeito da notificação para disponibilização de informação, sublinha-se que o incumprimento do peticionado pela Segurança Social implica o enquadramento oficioso do MOE e a fixação da respetiva base de incidência contributiva.

Acrescente-se que, para além da comunicação inicial obrigatória, a pessoa coletiva deve comunicar ainda à instituição de Segurança Social competente a alteração de quaisquer dos elementos relativos à sua identificação, incluindo o início, suspensão ou cessação da respetiva atividade bem como qualquer modificação relativa aos MOE anteriormente identificados. Não obstante, estas comunicações “*consideram-se cumpridas perante a segurança social sempre que sejam efetuadas à administração fiscal ou possam ser oficiosamente obtidas nos termos legalmente previstos*” (cfr. artigo 36.º, n.º 1 e 2 do Código). Sucede que, sempre que os elementos mencionados acima (nomeadamente quanto à identificação da pessoa coletiva e dos MOE) não possam ser obtidos pela Segurança Social ou suscitem dúvidas, a pessoa coletiva é notificada para, no prazo de 10 dias úteis, os apresentar (tal como resulta do n.º 2 do referido artigo 37.º do Decreto Regulamentar). Esta notificação é usual relativamente à informação relacionada com a remuneração dos MOE, sendo geralmente solicitada uma cópia da ata de que conste a deliberação relativa à sua fixação.

A este propósito mencionamos que, sempre que há alteração dos MOE e a título preventivo, temos vindo a aconselhar a antecipação da pessoa coletiva em relação à notificação de informação adicional apresentada pela Segurança Social. Por conseguinte, a pessoa coletiva deverá remeter o já aludido formulário Mod. RV 1011/2012 - DGSS imediatamente após a nomeação dos novos MOE.

Perante todo o acima exposto, é possível formular a segunda regra fundamental: **os MOE têm que ser**

sempre inscritos e enquadrados na Segurança Social (oficiosamente ou por iniciativa da pessoa coletiva).

(Consideramos relevante efetuar um breve parêntesis antes de avançarmos. Com efeito, é oportuno esclarecer que a inscrição do MOE na Segurança Social e o respetivo enquadramento são atos distintos. Na verdade todos os MOE - tal como todos os trabalhadores por conta de outrem - devem estar inscritos na Segurança Social. No entanto, o enquadramento na Segurança Social na qualidade de MOE pode ditar a aplicação do regime contributivo *sub judice* com a obrigação de pagamento de contribuições ou permitir a respetiva exclusão).

Assim, partindo do que se acabou de dizer, consegue-se antever a terceira regra: **são sempre devidas contribuições para a Segurança Social relativamente aos MOE, salvo nos casos expressamente previstos na lei.**

Em suma, importa reter que sempre que o MOE é remunerado haverá a obrigação de pagamento de contribuições para a Segurança Social (ainda que em alguns casos tais contribuições ocorram na qualidade de trabalhador por conta de outrem - vide artigo 63.º, alínea c) do Código). Porém, nos casos em que tal cargo não é remunerado pode ou não existir a obrigação de pagamento de contribuições.

Vejamos, então, com detalhe quais são as situações em que se admite uma exclusão dos MOE do âmbito de aplicação do regime contributivo específico desta categoria.

CASOS DE EXCLUSÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO

(A) Situações previstas no Código

O Código plasma as situações em que admite a exclusão do MOE do âmbito de aplicação do regime em debate nos artigos 63.º e 64.º.

O artigo 63.º do Código clarifica quais são os MOE que são excluídos do âmbito de aplicação do regime contributivo aplicável a esta categoria, ainda que prestem outra atividade profissional. Assim, são excluídos do âmbito de aplicação do regime contributivo dos MOE:

- a) Os membros de órgãos estatutários de pessoas coletivas sem fim lucrativo que não recebam pelo exercício da respetiva atividade qualquer tipo de remuneração;

² A Segurança Social envia uma carta para a entidade empregadora e outra para o Membro dos Órgãos Estatutários a confirmar a inscrição e o seu número de identificação da Segurança Social, se este ainda não existir.

- b) Os sócios que, nos termos do pacto social, detenham a qualidade de gerentes mas não exerçam de facto essa atividade, nem auferiram a correspondente remuneração;
- c) Os trabalhadores por conta de outrem eleitos, nomeados ou designados para cargos de gestão nas entidades a cujo quadro pertencem, cujo contrato de trabalho na data em que iniciaram as funções de gestão tenha sido celebrado há pelo menos um ano e tenha determinado inscrição obrigatória em regime de proteção social. Neste caso, o MOE, mesmo sendo remunerado, continuará a contribuir para a Segurança Social na qualidade de trabalhador por conta de outrem³. Diferentemente, se à data da nomeação para MOE o contrato de trabalho tiver uma duração inferior a um ano (antiguidade inferior a um ano), aquele ficará sujeito ao regime contributivo dos MOE⁴;
- d) Os sócios gerentes de sociedades constituídas exclusivamente por profissionais incluídos na mesma rubrica da lista anexa ao Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares e cujo fim social seja o exercício daquela profissão (*verbi gratia* sociedades de advogados, sociedades de médicos, etc.);
- e) As pessoas que, integrando as situações referidas no artigo anterior, sejam nomeadas por imperativo legal para funções a que corresponda inscrição em lista oficial especialmente elaborada para esse efeito, identificativa das pessoas habilitadas para o exercício de tais funções, designadamente as correspondentes às funções de gestores judiciais ou revisores oficiais de contas;
- f) Os membros dos órgãos estatutários das sociedades de agricultura de grupo;
- g) Os liquidatários judiciais.

Por sua vez, o artigo 64.º acrescenta que «[s]ão ainda excluídos do âmbito de aplicação da presente subsecção os membros de órgãos estatutários de pessoas coletivas com fins lucrativos que não recebam, pelo exercício da respetiva atividade, qualquer tipo de remuneração e se encontrem numa das seguintes situações:

- (i) *Sejam abrangidos por regime obrigatório de proteção social em função do exercício de outra atividade em acumulação com aquela, pela qual auferiram rendimento superior a uma vez o valor do IAS;*
- (ii) *Sejam pensionistas de invalidez ou de velhice de regimes obrigatórios de proteção social, nacionais ou estrangeiros.»*

Ou seja, (a) quando não sejam remunerados (independentemente do país de residência) e (b) acumulem o cargo com outra atividade profissional pela qual estejam abrangidos por um qualquer regime de proteção social, os MOE podem ser excluídos do âmbito de aplicação do regime *sub judice*.

A este propósito, menciona-se que, para efeitos desta norma, são regimes obrigatórios de proteção social os seguintes:

- Regime Geral de Segurança Social dos Trabalhadores por Conta de Outrem;
- Regime de Segurança Social dos Trabalhadores Independentes;
- Regime de Proteção Convergente dos Trabalhadores que exercem Funções Públicas;
- Regime que abrange os Advogados e Solicitadores;
- Regimes de proteção social estrangeiros relevantes para efeitos de coordenação com os regimes de Segurança Social Portuguesa. Por conseguinte, nos casos em o MOE não esteja abrangido por um sistema de Segurança Social de um país

³ Esclarecemos que de acordo com o disposto no artigo 398.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais, a nomeação de um trabalhador com contrato em vigor há mais de um ano para o Conselho de Administração dessa sociedade ou de sociedade que com esta esteja em relação de domínio ou de grupo, determina a suspensão automática do vínculo laboral. Consequentemente, a cessação do mandato por qualquer título determina o levantamento da suspensão e o retorno do trabalhador ao posto de trabalho e categoria profissional detidos ao tempo da nomeação para o Conselho de Administração. É por este motivo que a alínea c) do artigo 63.º do Código estabelece que os trabalhadores por conta de outrem eleitos, nomeados ou designados para cargos de gestão nas entidades a cujo quadro pertencem, cujo contrato de trabalho na data em que iniciaram as funções de gestão tenha sido celebrado há pelo menos um ano e tenha determinado inscrição obrigatória em regime de proteção social, continuam a descontar naquela qualidade de trabalhador.

⁴ Caso o trabalhador seja nomeado administrador dessa sociedade ou de sociedade que com esta esteja em relação de domínio ou de grupo, dentro do ano seguinte à entrada em vigor do respetivo contrato de trabalho, o artigo 398.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais determina a extinção do vínculo laboral. A este respeito, no entanto, impõe-se referir que o Tribunal Constitucional já teve oportunidade de julgar esta norma inconstitucional por duas vezes (*vide* Acórdão n.º 626/2011 de 19.12.2011 (MARIA JOÃO ANTUNES); e Acórdão n.º 1018/96 de 9.10.1996 (BRAVO SERRA)). No entanto, a constitucionalidade da norma não é matéria pacífica, designadamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional que, embora já tenha proferido os Acórdãos que acabámos de mencionar também já deliberou em sentido contrário, sem ainda ter proferido Acórdão de Uniformização.

do Espaço Económico Europeu ou da Suíça ou quando não exista uma convenção bilateral de coordenação em matérias sociais celebrada entre Portugal e o país de origem do MOE (por exemplo: Japão e Israel), não é possível excluir a aplicação do regime contributivo.

De acordo com o artigo 38.º do Decreto Regulamentar, os pedidos efetuados à Segurança Social ao abrigo dos artigos 63.º e 64.º do Código para requerer a exclusão dos MOE do âmbito de aplicação do respetivo regime contributivo devem ser capeados com os seguintes documentos: (i) documento que titule a nomeação do MOE; (ii) ata da qual conste a remuneração auferida pelo MOE ou pacto constitutivo do qual se apreenda tal informação; (iii) documento comprovativo emitido pela entidade competente a atestar que o MOE está abrangido por outro sistema de proteção social obrigatória. No Espaço Económico Europeu e Suíça a prova de que o MOE continua sujeito à legislação do país de origem - onde paga contribuições - é efetuada através da emissão do formulário A1 (que tem a mesma designação em todos os países do Espaço Económico Europeu). Importa destacar que a obtenção do formulário A1 não é uma tarefa fácil em alguns países da União Europeia. Com efeito, este formulário foi originalmente idealizado para os casos de destacamento de trabalhadores para outro país, com vista a simplificar a mobilidade de trabalhadores entre países europeus. Sucede que, em alguns países os serviços de Segurança Social dificultam a obtenção do A1 quando não há um destacamento do MOE para Portugal (vg. quando o MOE continua a prestar a sua atividade profissional no país de origem, onde realiza efetivamente os descontos). Adicionalmente, podem existir ainda constrangimentos relacionados com a qualificação jurídica dos MOE em cada país. Com efeito, se em Portugal o MOE é equiparado para efeitos contributivos a um trabalhador por conta de outrem, a verdade é que tal já não ocorre, por exemplo, em Inglaterra. Com efeito, temos vivenciado que o organismo de Segurança Social deste país não emite o A1 nos casos em que o MOE não é um trabalhador subordinado ou trabalhador independente naquele país, o que ocorre, regra geral, com quem exerce cargos de gestão e administração nas sociedades Inglesas. Questões complicadas podem ainda surgir nos países do BENELUX (Bélgica, Holanda e Luxemburgo) onde vigora um regime específico de tributação e contribuições para a Segurança Social quando o beneficiário preste atividade num país e resida num outro país do BENELUX. Efetivamente,

é possível que o exercício de um cargo de MOE em Portugal, ainda que não seja remunerado, seja incompatível (ou quase) com a emissão do A1.

Adicionalmente, quando exista uma convenção bilateral em matéria de Segurança Social, a prova de que o MOE está abrangido por outro sistema de proteção social é realizada com base do documento expressamente previsto para o efeito nesse instrumento contratual. Finalmente, salientamos que, conforme decorre à contrário do artigo 64.º do Código, na ausência de um instrumento contratual ou normativo de coordenação em matéria de Segurança Social não é possível requerer a exclusão dos MOE do âmbito de aplicação do regime contributivo.

(B) Destacamento

A figura do destacamento também merece um lugar de destaque nos casos de exclusão dos MOE do âmbito de aplicação do regime contributivo aplicável a esta categoria.

Com efeito, por força do estatuído na Portaria n.º 64/93, de 5 de março, e na Portaria n.º 224/96, de 24 de junho, ainda em vigor, os trabalhadores que sejam temporariamente destacados por uma entidade empregadora estrangeira para exercerem atividade profissional em Portugal são obrigatoriamente abrangidos pelo regime geral de Segurança Social Português, salvo se fizerem prova de que estão abrangidos por regime de proteção social obrigatório do país de origem. Ora, no conceito de “atividade profissional” é enquadrável o exercício do cargo de MOE. Consequentemente, um trabalhador que é destacado para Portugal para aqui prestar temporariamente a atividade de MOE pode requerer a respetiva exclusão do âmbito de aplicação do regime de Segurança Social Português, desde que continue a contribuir para o regime de proteção social obrigatório do país de origem.

Destacamos que a exclusão do MOE estrangeiro do âmbito de aplicação do regime contributivo Português pode ocorrer ainda que o exercício do cargo de MOE seja remunerado.

Finalmente, esclarecemos que os requisitos para solicitar a exclusão do MOE do âmbito de aplicação do regime de Segurança Social Português, bem como a duração máxima legal para tal exclusão, variam consoante o país onde o MOE presta atividade profissional. Com efeito, quando o MOE é

oriundo de um país do Espaço Económico Europeu ou da Suíça, para além dos elementos de identificação do MOE e do acordo de destacamento, é ainda necessário apresentar o formulário A1 (que referenciámos acima). Relativamente a países que celebraram uma convenção bilateral com Portugal sobre esta matéria, aplicar-se-ão os critérios e requisitos acordados em tais instrumentos. Por fim, os MOE destacados temporariamente para Portugal de

países que não celebraram qualquer acordo de Segurança Social com Portugal terão que apresentar, para além dos documentos de identificação e do acordo de destacamento, um documento emitido pelo próprio organismo de Segurança Social, que deverá ser traduzido e apostilado na secção consular Portuguesa de tal país.

MARÍA BARBOSA*

* Abogada del Área de Derecho Laboral Uría Menéndez Proença de Carvalho (Lisboa).