

Parecer

PROCESSO: R-2549/06 (A3)

ASSUNTO: Atribuição da prestação compensatória de subsídios de férias e de Natal a sócio-gerente – Artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro.

I. Foram solicitados a este órgão do Estado esclarecimentos sobre as condições legais de atribuição da prestação compensatória de subsídios de férias e de Natal, prevista no artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro, aos sócios-gerentes de sociedades por quotas, tendo em consideração o caso concreto de um beneficiário ao qual foi indeferida a atribuição da referida prestação por parte do Centro Distrital de Segurança Social (CDSS) de Aveiro.

Para poder ser dada resposta ao problema submetido à apreciação do Provedor de Justiça foi, em primeiro lugar, feito o estudo e análise das características da função do gerente, da natureza jurídica do contrato que este celebra com a sociedade, e da compatibilidade dessa qualidade e do exercício dessa função (sendo ou não cumulativamente sócio) com as de trabalhador subordinado, para só depois verificar o reflexo destas questões em matéria de segurança social e de enquadramento nos seus regimes.

II. Nos termos do artigo 252.º do Código das Sociedades Comerciais, as sociedades por quotas são administradas e representadas por um ou mais gerentes, que podem ser escolhidos de entre os sócios ou pessoas estranhas à sociedade. A sua qualidade advém, assim, do contrato de administração que celebram com a sociedade, e que pode caracterizar-se como um contrato de mandato ou um contrato de trabalho.

Tendo em conta que se trata de um órgão directivo e representativo da sociedade, que faz parte da sua estrutura social e participa na formação da sua vontade, agindo geralmente com inteira autonomia, será normal que o vínculo contratual entre o gerente e a sociedade revista a natureza jurídica do mandato.

Todavia, é aceite na nossa doutrina e jurisprudência que, existindo subordinação jurídica entre o gerente e a sociedade, esse vínculo pode assumir a natureza de contrato de trabalho.

Esta conclusão resulta, principalmente, do facto de o nosso Código das Sociedades Comerciais apenas estabelecer para os administradores das sociedades anónimas a impossibilidade de exercício de quaisquer funções ao abrigo de contrato de trabalho para a mesma sociedade ou outras que com ela estejam em relação de domínio ou grupo.

Assim estabelece o seu artigo 398.º:

“Artigo 398.º

Exercício de outras actividades

1 – Durante o período para o qual foram designados, os administradores não podem exercer, na sociedade ou em sociedades que com esta estejam em relação de domínio ou de grupo, quaisquer funções temporárias ou permanentes ao abrigo de contrato de trabalho, subordinado ou autónomo, nem podem celebrar quaisquer desses contratos que visem uma prestação de serviços quando cessarem as funções de administrador.

2 – Quando for designado administrador uma pessoa que, na sociedade ou em sociedades referidas no número anterior, exerça qualquer das funções mencionadas no mesmo número, os contratos relativos a tais funções extinguem-se, se tiverem sido celebrados há menos de um ano antes da designação, ou suspendem-se, caso tenham durado mais do que esse ano. (...)”

Não existe, no entanto, no referido Código, qualquer preceito que imponha a mesma solução legal relativamente aos outros tipos de sociedades.

Nesse contexto, e embora não seja questão pacífica¹, temos já alguma jurisprudência² e também doutrina³, que se têm pronunciado a favor da possibilidade, nas sociedades por quotas, de cumulação entre a qualidade de gerente e a de trabalhador subordinado.

Em traços gerais, defendem que, se o legislador expressamente previu a impossibilidade de cumulação da actividade de administrador com a de trabalhador subordinado no âmbito das sociedade anónimas, a falta de igual determinação para as

¹ Entre outros, pronunciam-se no sentido da impossibilidade de cumulação das funções de sócio-gerente com as de trabalhador subordinado da sociedade os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 15.10.1980, de 16.12.1983, de 25.02.1993 e de 17.02.1994, respectivamente in BMJ 300 (1980), pág. 228, in BMJ 332 (1983), pág. 418, in CJ (STJ), 1993, tomo I, pág. 257 e in CJ (STJ), 1994, tomo I, pág. 293.

² Entre outros, pronunciam-se no sentido da possibilidade de cumulação das funções de sócio-gerente com as de trabalhador subordinado da sociedade os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 08.01.1992, de 19.03.1992, de 29.09.1999 e de 30.09.2004, respectivamente in BMJ 413 (1992), pág. 360, in BMJ 415 (1992), pág. 421, in CJ (STJ), 1999, tomo III, pág. 248, e in www.dgsi.pt, bem como os acórdãos da Relação de Lisboa de 13.07.1988, e de 15.12.1995, e o acórdão da Relação de Coimbra de 20.10.2005, o primeiro in CJ, tomo IV, pág. 150, e os segundo e terceiro in www.dgsi.pt.

³ VENTURA, Raúl, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais – Sociedades por Quotas*, vol. III, 2.ª reimpressão da 1.ª edição de 1991, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 33 ss., MARTINEZ, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 317, RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Direito do Trabalho – Parte II – Situações Laborais Individuais*, Almedina, Coimbra, 2006.

sociedades por quotas deve ser interpretada no sentido de não ter pretendido a mesma proibição para os seus gerentes, mostrando-se, assim, atento à diferente realidade prática vivida num e noutro tipo societário. Entendem, por isso, estar afastada a aplicação analógica do disposto no artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais às sociedades por quotas, e ser admissível que o gerente se apresente como trabalhador subordinado da sociedade.

Essa situação só pode, no entanto, ser apurada tendo em consideração as circunstâncias em que a actividade do gerente é, em concreto, prestada à sociedade.

E para esse fim há que distinguir entre o gerente não sócio e o sócio-gerente.

No primeiro caso, é mais fácil configurar e aceitar a hipótese da cumulação porque, muito embora represente e administre a sociedade, o gerente não sócio não se confunde com a sociedade e a sua vontade, não partilhando os poderes patronais. Deste modo, se a sua actividade for prestada de tal modo condicionada e restringida às ordens e instruções da sociedade que lhe é retirada toda e qualquer autonomia no seu exercício, sem dúvida haverá uma subordinação jurídica à sociedade e, portanto, um contrato de trabalho entre eles⁴.

Quanto ao sócio-gerente, já existe maior resistência em admitir a possibilidade de o mesmo se apresentar como trabalhador subordinado da sociedade. De facto, sendo sócio, ele, em princípio, não só contribui para a formação e expressão da própria vontade social, como encarna os interesses da sociedade e congrega os seus poderes patronais, dando ordens e instruções, e exercendo funções de representação, de direcção e de fiscalização. Deste modo, parece incompatível que possa ser, simultaneamente, subordinante e subordinado, dar e receber ordens.

É possível, contudo, como já foi verificado em diversos arestos, que na vida prática um sócio-gerente esteja, na verdade, vinculado à sua sociedade por contrato de natureza laboral.

Assim acontece quando exista – e se comprove na prática – não só a subordinação económica mas sobretudo a subordinação jurídica do mesmo à sociedade, critério

⁴ Sobre os gerentes não sócios, cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.02.1993, in CJ (STJ), 1993, tomo I, pág. 257 e acórdão da Relação de Lisboa de 13.07.1988, in CJ (STJ), 1988, tomo IV, pág. 150.

essencial, de acordo com a definição legal, para que se esteja perante um contrato de trabalho.

O artigo 1152.º do Código Civil estabelece que “contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta”.

Se o recebimento de retribuição, ou seja, a subordinação económica, não é determinante para a caracterização do vínculo do sócio-gerente à sociedade, tendo em consideração que está prevista na lei a remuneração da gerência (artigo 255.º do Código das Sociedades Comerciais), já a subordinação jurídica, como em qualquer contrato de trabalho, é o critério definidor desse vínculo.

Se o sócio-gerente agir sob as ordens, direcção e fiscalização da sociedade, subordinado às suas instruções e directivas, ou seja, sem autonomia no exercício da sua actividade, estar-se-á então, sem dúvida, perante um contrato de trabalho.

Para a determinação da natureza de um contrato como sendo de trabalho, a jurisprudência tem-se socorrido de uma série de indícios de subordinação jurídica⁵.

No caso dos sócios-gerentes, importa ter em consideração, além desses, alguns aspectos específicos para a sua caracterização como trabalhadores subordinados, para tanto se citando o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29.09.1999⁶, que sobre esta matéria se pronunciou desta forma:

“(…) para a existência de um contrato de trabalho é imprescindível a verificação de todos os seus elementos típicos, designadamente que seja patente uma situação de subordinação jurídica.

Como a este propósito observa Ilídio Duarte Rodrigues, em ‘A Administração de Sociedades’, pág. 304 – ‘A existência de eventual subordinação jurídica tem de se apurar e medir no terreno concreto da vida’.

Na feliz expressão de um autor brasileiro (Ari P. Beltran) deve seguir-se o princípio geral da primazia da realidade em matéria trabalhista.

E, assim, a realidade, o terreno da vida, as circunstâncias concretas do caso, que hão-de dizer-nos da coexistência, ou não, das duas qualidades, de sócio gerente e de trabalhador subordinado.

⁵ A este propósito, cita-se o ponto VI do sumário do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17.02.1994, in www.dgsi.pt: “VI – Assumem especial relevância, como índices da existência de subordinação jurídica, os que respeitam ao ‘momento organizatório da subordinação’, tais como: a) a vinculação a horário de trabalho estabelecido pela pessoa a quem se presta a actividade; b) o local da prestação do trabalho nas instalações do empregador ou em local por este designado; c) a existência de controlo externo do modo de prestação da actividade pelo empregador; d) a obediência a ordens e a sujeição a disciplina da empresa; e) a modalidade da retribuição – a existência de uma retribuição certa, à hora, ao dia, à semana ou ao mês; f) a propriedade dos instrumentos de trabalho pelo empregador; g) a exclusividade da actividade laborativa em benefício de uma só entidade.”

⁶ in CJ (STJ), 1999, tomo III, pág. 250.

7 – Antes de examinar a matéria de facto vem provada, é oportuno recordar, conforme resulta do que ficou exposto, que são aqui particularmente relevantes os aspectos respeitantes:

1º- à anterioridade, ou não, do contrato de trabalho face à aquisição da qualidade de sócio gerente;

2º- à retribuição auferida, procurando surpreender alterações significativas ou dualidade de retribuições;

3º- à natureza das funções concretamente exercidas, antes e depois da ascensão à gerência, designadamente em vista a apurar se existe exercício de funções tipicamente de gerência a se há nítida separação de actividades;

4º- à composição da gerência, designadamente ao número de sócios gerentes e às respectivas quotas;

5º- à existência de sócios maioritários com autoridade e domínio sobre os restantes;

6º- à dependência, hierárquica e funcional, dos sócios gerentes que desempenhem tarefas não tipicamente de gerência, relativamente a estas actividades.”

Apenas apreciando a situação concreta em que o sócio-gerente presta a sua actividade, será possível, com base nos indícios da subordinação jurídica e nestes indícios mais específicos, concluir sobre a natureza jurídica do vínculo que o liga à sociedade.

Mas, em face do exposto e da jurisprudência analisada, parece não subsistirem dúvidas de que é admissível, na nossa ordem jurídica, em situações concretas bem determinadas onde seja identificada a subordinação jurídica, um sócio-gerente ser, cumulativamente, trabalhador subordinado da mesma sociedade por quotas.

II. Analisada esta problemática, importa agora apurar como ela se reflecte na aplicação da legislação de segurança social, e como deve ser feito o enquadramento destes sócios-gerentes nos regimes obrigatórios de segurança social.

Para a presente exposição, é relevante conhecer o âmbito pessoal do regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem e o do diploma que assegura a efectivação do direito à segurança social dos membros dos órgãos estatutários das pessoas colectivas, ou seja, o Decreto-Lei n.º 327/93, de 25 de Setembro.

O primeiro é de contribuição obrigatória no caso de exercício de actividade subordinada, quer para os trabalhadores, quer para as respectivas entidades empregadoras.

Quanto ao Decreto-Lei n.º 327/93, de 25 de Setembro⁷, verifica-se que abrange os gerentes das sociedades mas, no seu artigo 6.º, exclui:

⁷ Este diploma, entretanto, sofreu alterações na sua redacção introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 103/94, de 20 de Abril, e pelo Decreto-Lei n.º 571/99, de 24 de Dezembro.

- a) Os membros de órgãos estatutários de pessoas colectivas sem fim lucrativo que não recebam pelo exercício da respectiva actividade qualquer tipo de remuneração;
- b) Os sócios que, nos termos do pacto social, detenham a qualidade de gerentes, mas não exerçam, de facto, essa actividade nem auferam a correspondente remuneração;
- c) Os trabalhadores por conta de outrem eleitos, nomeados ou designados para cargos de gestão nas entidades a cujo quadro pertencem, quando já abrangidos por regime de protecção social de inscrição obrigatória;
- d) Os sócios gerentes de sociedades constituídas exclusivamente por profissionais incluídos na mesma rubrica da lista anexa ao Código do IRS e cujo fim social seja o exercício daquela profissão;
- 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, a qual contém os nomes 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 e das cooperativas de produção e de serviços.”

Uma outra exclusão de enquadramento encontra-se prevista no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 103/94, de 20 de Abril, que prevê o seguinte:

“Artigo 1.º

Exclusão de enquadramento em caso de acumulação com outra actividade ou com situação de pensionista

1 - São excluídos do âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 327/93, de 25 de Setembro, os membros de órgãos estatutários de pessoas colectivas com fins lucrativos que não recebam, pelo exercício da respectiva actividade, qualquer tipo de remuneração e se encontrem numa das seguintes situações:

- a) Sejam abrangidos por regime obrigatório de protecção social em função do exercício de outra actividade em acumulação com aquela;
- b) Sejam pensionistas de invalidez ou de velhice de regimes obrigatórios de protecção social, nacionais ou estrangeiros.

2 - Consideram-se regimes obrigatórios de protecção social o regime geral e os regimes especiais de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, o regime de segurança social dos trabalhadores independentes, o regime de protecção social da função pública e o regime que abrange os advogados e solicitadores, bem como os regimes de protecção social estrangeiros relevantes para efeitos de coordenação com os regimes de segurança social portugueses.”

Conclui-se, por conseguinte, que o sócio-gerente que seja, cumulativamente, trabalhador subordinado da sociedade, fica, nesta qualidade, obrigatoriamente sujeito ao regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, tendo, por isso, de ser feito o pagamento das respectivas contribuições no seu âmbito.

Quanto à sua qualidade de sócio-gerente, atente-se nas excepções previstas no artigo 6.º, alíneas b) e c) do último diploma referido e no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 103/94, de 20 de Abril.

Isto porque o sócio-gerente que seja simultaneamente trabalhador subordinado da sociedade, nas hipóteses mais comuns configuráveis, ou não exercerá de facto as

funções de gerente, ou não receberá remuneração pelas funções “minoritárias” que exerça e estará abrangido pelo regime geral dos trabalhadores por conta de outrem, o que implica que a gerência, direcção, representação e fiscalização da sociedade seja exercida por outro(s).

Aliás, é sobretudo nos casos dos sócios minoritários das sociedades por quotas – e que, portanto, ou não exerçam, de facto, a gerência, ou o façam nessa posição minoritária que têm no capital social – que se consegue conceber a possibilidade de cumulação da posição de subordinação jurídica com a qualidade de sócio-gerente^{8 9}.

III. Apreciada esta matéria, revelou-se importante, ainda, caracterizar a prestação e verificar as condições legais em que pode ser atribuída.

De acordo com o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro, a protecção social na eventualidade doença é efectivada através da atribuição de subsídio de doença.

O valor desta prestação, segundo os artigos 16.º e 18.º do mesmo diploma, é calculado com base nas remunerações registadas dos beneficiários, mas sem que sejam consideradas as importâncias relativas aos subsídios de férias, de Natal ou outros de natureza análoga (cfr. artigo 18.º, n.º 5). Assim acontece porque os trabalhadores que não têm direito, por lei, a estes subsídios, não são os únicos aos quais é conferida protecção na doença, estendendo-se esta também a outros, como acontece com os trabalhadores independentes.

Mas muito embora o subsídio de doença, em si, não compense a perda da remuneração correspondente aos subsídios de férias, de Natal ou outros de natureza análoga, não deixa de estar legalmente estabelecida uma outra prestação com esse fim específico, a citada prestação compensatória, nos termos do artigo 15.º do diploma em apreço:

⁸ No sentido da incompatibilidade entre o efectivo desempenho das funções de gerência pelo sócio-gerente e a qualidade de trabalhador subordinado, pronunciaram-se, entre outros, o acórdão da Relação de Lisboa de 13.07.1988, os acórdãos da Relação do Porto de 26.09.1992 e de 24.01.2005, e o acórdão da Relação de Coimbra de 20.10.2005, os dois primeiros in CJ, 1988, tomo IV, pág. 150 e in CJ, 1992, tomo IV, pág. 288, e os últimos in www.dgsi.pt.

⁹ Para Maria do Rosário Palma Ramalho, ob. cit., pág. 59, “(...) apenas quando a posição societária do trabalhador lhe permite, efectivamente, participar na formação da vontade da sua empresa é que se torna insubsistente a posição de subordinação que inere ao seu vínculo laboral. Pelo contrário, se a circunstância de deter uma pequena parcela do capital social em nada altera o modo como o trabalhador desempenha a sua actividade na empresa, mantendo-se a subordinação, a sua qualidade de sócio ou de accionista não colide com a sua qualidade de trabalhador subordinado”.

“Artigo 15.º

Prestação compensatória de subsídios de férias e de Natal

A atribuição da prestação compensatória dos subsídios de férias, de Natal ou de outros de natureza análoga depende, cumulativamente, de:

- a) Os beneficiários não terem direito, em consequência de doença subsidiada, ao pagamento daqueles subsídios, no todo ou em parte, pelo respectivo empregador, por força do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho;
- b) O respectivo empregador não ter pago os subsídios, por força do disposto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou noutra fonte de direito laboral.”

Só nos casos em que estiverem preenchidos estes dois requisitos previstos, o beneficiário pode aceder a esta prestação.

IV. Quanto ao sócio-gerente que é, simultaneamente, trabalhador subordinado da sociedade, ele tem, nesta qualidade, direito a subsídio de férias e de Natal nos termos do disposto nos artigos 255.º, n.º 2, e 254.º do Código do Trabalho, respectivamente, pelo que se lhe aplica o referido artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 28/2004, de 4 de Fevereiro, havendo, assim, direito à prestação compensatória desde que preenchidos os seus requisitos.

O problema concreto colocado pela reclamante prendia-se, no entanto, também com o enquadramento nos regimes de segurança social: pretendia saber se um sócio-gerente que seja simultaneamente trabalhador subordinado mas esteja apenas enquadrado e a efectuar o pagamento de contribuições como membro de órgão estatutário de pessoa colectiva, tem direito à atribuição da prestação compensatória em causa.

Ora, a verdade é que o sócio-gerente que não esteja enquadrado e a pagar contribuições ao abrigo do regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, mas sim como membro de órgão estatutário, assume o efectivo desempenho das funções de gerência, e apresenta-se, designadamente para efeitos de segurança social, como tendo um vínculo à sociedade com a natureza do mandato.

Assim acontece no caso concreto do beneficiário que foi identificado, o qual, segundo se apurou, apenas se encontra enquadrado como membro de órgão estatutário, efectuando o pagamento das contribuições ao abrigo do regime previsto no Decreto-Lei n.º 327/93, de 25 de Setembro.

Por outro lado, além de ser sócio, é o único gerente da sociedade, segundo os elementos constantes do seu processo na segurança social, pelo que tem obrigatoriamente de encontrar-se a desempenhar as funções de gerência em

exclusivo, representando e administrando a sociedade, dando as ordens e instruções necessárias, participando na formação e na expressão da sua vontade e dos seus interesses, e sempre com a maior autonomia, por não ter de prestar contas da sua actividade senão aos sócios.

Não é, pois, possível encontrar, nesta situação concreta, os indícios que conduzem, habitualmente e segundo a jurisprudência, como se viu, à conclusão de estarmos perante um vínculo laboral entre o sócio-gerente e a sociedade. Ainda que o beneficiário desempenhe, efectivamente, outras funções dentro da sociedade, as mesmas não poderão estar a ser prestadas com subordinação jurídica, porque é ele que, simultaneamente, assume a posição patronal, fiscalizando e dirigindo os subordinados.

Deste modo, e com base nos elementos analisados, não pode entender-se que o vínculo que o liga à sociedade tem a natureza jurídica de um contrato de trabalho, mas antes de um contrato de prestação de serviços na modalidade de mandato.

Apenas o contrato de trabalho dá direito à atribuição de subsídio de Natal e de férias, nos termos da nossa lei laboral, e portanto à sua compensação, enquanto a retribuição num contrato de mandato é o resultado do serviço prestado. Poderá o beneficiário receber o mesmo valor de remuneração dividido em 14 meses ao ano, como acontece com os trabalhadores subordinados, mas essa forma de retribuição apenas resulta do acordado entre ele e a sociedade, não definindo ou caracterizando a natureza jurídica do seu vínculo contratual, nem podendo os 13.º e 14.º meses caracterizar-se como subsídio de férias e de Natal.

Nada havendo, por conseguinte, a censurar na decisão de indeferimento da atribuição da prestação compensatória de subsídio de férias e de Natal ao beneficiário, que foi proferida por parte do CDSS de Aveiro, foram prestados os devidos esclarecimentos sobre a questão à reclamante e o processo foi arquivado.