

ISCTE  **IUL**
Instituto Universitário de Lisboa

Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

**A Subcapitalização das Sociedades Comerciais: A Perda Grave
do Capital Social e Possíveis Mecanismos de Resposta**

António Jorge Marques da Silva de Oliveira

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de

Mestre em Direito das Empresas

Orientador

Doutor Manuel António Pita, Professor Auxiliar

Instituto Universitário de Lisboa

Outubro 2018



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

**A Subcapitalização das Sociedades Comerciais: A Perda Grave
do Capital Social e Possíveis Mecanismos de Resposta**

António Jorge Marques da Silva de Oliveira

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de

Mestre em Direito das Empresas

Orientador

Doutor Manuel António Pita, Professor Auxiliar

Instituto Universitário de Lisboa

Outubro 2018

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e ao meu irmão pelo apoio sempre presente e decisivo para alcançar mais esta etapa.

À Joana pela força que me transmite e pelo exemplo de determinação a seguir.

Um especial agradecimento ao Doutor Manuel António Pita por ter aceitado ser meu orientador e pela disponibilidade de sempre.

Muito obrigado.

RESUMO

A vida societária resulta da conjugação de diferentes fatores, quer numa perspetiva puramente interna, quer externa. Muitas vezes resultam em situações de dificuldade elevada, podendo até fazer perigar a sua atividade. A Subcapitalização das Sociedades Comerciais constitui-se como um dos reflexos possíveis, quando abordamos essas dificuldades. De facto, a insuficiência de meios para que a sociedade possa prosseguir a sua atividade, pode e deve ser visto como um dos principais fatores que devem ser considerados, uma vez que os seus efeitos negativos, se acentuam, nomeadamente, durante os períodos de crise económico-financeira.

Efetivamente, sem os níveis de capital suficientes, a empresa vê-se impedida de concretizar o seu objeto social, pelo que importa aprofundar todos os seus efeitos, nomeadamente, quanto à situação de perda grave de capital, como um sinal evidente da premência de adoção de medidas, quer com uma perspetiva de curto como a médio-longo prazo. E é aí que o financiamento assume especial importância, quer procurando resolver os problemas “dentro de casa”, por exemplo, através do recurso aos suprimentos, que podem ser a solução para fazer face a necessidades de tesouraria, e ao mesmo tempo poder propiciar um bom investimento para os sócios. Externamente, existem cada vez mais opções em alternativa ao “tradicional” recurso a crédito bancário que se mostra cada vez mais exigente a cada dia que passa, pelo que o recurso a mecanismos inovadores com o aproveitamento de plataformas eletrónicas, como o *crowdfunding* ou as *FinTech* se pode mostrar vantajoso, inclusivamente, não só para ultrapassar uma situação de maior constrangimento, como para de seguida colocar a empresa noutra “patamar” de investimento.

Palavras-chave: Subcapitalização, capital social, Sociedade comercial, Sócios.

ABSTRACT

Corporate life results from the combination of different factors, both from a purely internal and external perspective. Often they result in situations of high difficulty, and may even jeopardize their activity. The undercapitalisation is one of the possible reflexes when we address these difficulties. In fact, the insufficient means for company to continue its activity can and must be seen as one of the main elements to be considered, since its negative effects are accentuated particularly during periods of financial crisis and negative economic growth.

In fact, without sufficient capital levels, the company is prevented from carrying out its corporate purpose and, therefore, all its effects must be deepened, particularly as regards the situation of serious capital loss, as a clear sign of the urgency of taking the right measures in both a short-term or long-term perspective. And that is where funding is of particular importance, either by addressing "in-house" problems, for example through the use of supplies, which can be the solution to meet cash flow needs, and at the same time a good investment for the shareholders. Externally, there are more options as an alternative to the "traditional" feature of bank credit that is becoming more and more demanding each passing day, so using innovative mechanisms with the use of electronic platforms such as *crowdfunding* or even "Fintech" can prove to be advantageous, not only to overcome a situation of greater embarrassment, but also to drive the company to a higher investment level.

Keywords: Undercapitalisation, social capital, Companies, Shareholder

ABREVIATURAS E SIGLAS

- Ac.** – Acórdão
al. - Alínea
Art(s). – artigo(s)
CC – Código Civil Português
CCom – Código Comercial Português
Cfr. – Conferir; confrontar
CIRC – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresas
CIRS – Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
CIS – Código de Imposto de Selo
cit. – Citado (a)
CJ – Colectânea de Jurisprudência
CPC – Código de Processo Civil
Crcom – Código do Registo comercial
CRP – Constituição da República Portuguesa
CSC – Código das Sociedades Comerciais
DL – Decreto-Lei
ed. - edição
ex. - Exemplo
IES – Informação Empresarial Simplificada
ob. – Obra
p. – Página
pp. - Páginas
SA – Sociedade Anónima
SGPS – Sociedades Gestoras de Participações Sociais
SQ – Sociedade por Quotas
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
ss. – Seguintes
TRL – Tribunal da Relação de Lisboa
TRP – Tribunal da Relação do Porto
V. – ver
v.g. – Verbi gratia
Vol. – Volume

Observações: *Todas as disposições legais a seguir referidas, sem indicação do respectivo diploma pertencem ao Código das Sociedades Comerciais (C.S.C).*

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I.....	2
1. A IMPORTÂNCIA DO CAPITAL SOCIAL: VISÃO HISTÓRICA.....	2
2. CAPITAL SOCIAL MÍNIMO	3
3. O CAPITAL SOCIAL ENQUANTO GARANTIA DOS CREDORES SOCIAIS.....	5
CAPÍTULO II.....	8
1. O PROBLEMA DA SUBCAPITALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS.....	8
2. MODALIDADES DE SUBCAPITALIZAÇÃO	8
2.1 Subcapitalização formal e material.....	8
2.2 Subcapitalização inicial ou originária e subcapitalização superveniente	9
3. PERDA GRAVE DE CAPITAL: O CASO DO ARTIGO 35.º CSC	11
3.1 Diferentes modelos para a regulação da perda grave de capital: modelo francês (reativo) e o modelo alemão (informativo).....	11
3.2 Aplicação do artigo 35.º do CSC ao momento da constituição da sociedade	16
3.3 Regime atualmente consagrado no artigo 35.º do CSC.....	17
3.3.1 Ratio da norma	17
3.4 Obrigações dos membros do órgão de administração	23
3.5 Obrigações dos membros do órgão de fiscalização.....	26
3.6 A publicidade externa da situação de perda grave do capital social e o artigo 171.º CSC	27
3.7 Medidas contidas no artigo 35º do CSC.....	28
4. Outras medidas existentes para fazer face ao desequilíbrio patrimonial: aumento de capital e “operação-acordeão”.....	31
5. A subcapitalização: perspectiva fiscal.....	34
5.1 Subcapitalização enquanto medida anti abuso?.....	37
CAPÍTULO III.....	40
A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	40
1. A Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais e o seu afastamento	40
2. O Levantamento da Personalidade Jurídica das Pessoas Coletivas e a Subcapitalização	44
2.1 Levantamento da personalidade jurídica quanto aos grupos de sociedades	49

CAPÍTULO IV	52
1. SANEAMENTO FINANCEIRO: A PROIBIÇÃO DE ASSISTÊNCIA FINANCEIRA E O CASO PARTICULAR DOS SUPRIMENTOS	52
1.1 Proibição de assistência financeira	52
1.2 Violação da proibição de assistência financeira.....	57
1.3 O caso dos “Leveraged buy-outs”	58
2. O Contrato de Suprimento como forma de financiamento	59
2.1 Contrato de Suprimentos: aspectos fiscais	63
3. Fontes de financiamento alternativas.....	64
3.1 Crowdfunding e financiamento colaborativo	65
3.2 Sociedades de capital de risco e Business Angels	66
3.3 Garantia Mútua	67
3.4 Recuperação de Empresas por via Extrajudicial: Programa CAPITALIZAR	67
3.5 O Regime Jurídico de Conversão de Créditos em Capital (Lei n.º 7/2018, de 2 de Março)	68
4. Algumas medidas de resposta à situação de subcapitalização: perspetiva jurídica e financeira	70
CONCLUSÃO.....	72
LEGISLAÇÃO.....	74
JURISPRUDÊNCIA.....	75
BIBLIOGRAFIA.....	76
ANEXOS.....	78

INTRODUÇÃO

A escolha do tema da presente dissertação de mestrado foi feita tendo por base, em primeiro lugar, a relevância do mesmo, e num segundo momento por se caracterizar pela sua “insistente” atualidade. É pois, inquestionável que de forma transversal aos mais diversos períodos que marcaram e continuam a marcar a nossa história, muitas empresas lutam para se manter saudáveis do ponto de vista financeiro, e em alguns casos, pela sua própria sobrevivência. Assim, propõe-se, dar uma visão global da situação de subcapitalização que afeta muitas sociedades comerciais, e apesar de não ser um fenómeno estritamente nacional, atendendo às características do tecido empresarial português, maioritariamente composto por PMES, entendo que será útil focar-me, essencialmente, no âmbito nacional.

Num primeiro momento, há o cuidado de enquadrar o instituto do capital social, analisando a sua relevância ao longo do tempo até à atualidade, apresentando diferentes posições quanto ao que ENGRÁCIA ANTUNES definia como “a cifra pecuniária, estatutária e contabilística que representa a soma dos valores nominais ou dos valores de emissão das participações sociais, que não correspondem a entradas em serviços, emitidas por uma sociedade comercial”¹. De seguida, procura-se analisar a situação de perda de grave de capital, consagrada no art. 35.º do CSC, abordando as suas consequências, e a atuação dos diferentes intervenientes e respetivos deveres que impendem sobre estes. Procura-se apresentar os caminhos alternativos para que a sociedade possa fazer face à situação de dificuldade, centrando as atenções, num momento posterior, numa fase determinante na vida da sociedade, que corresponde ao financiamento da sua atividade. Neste sentido, destaca-se também as dificuldades com as quais as sociedades se podem deparar, como a proibição de assistência financeira, mas também abordando a figura dos suprimentos como uma verdadeira resposta, em que os próprios sócios são chamados a garantir a situação de solvência da sociedade perante os credores sociais.

A necessidade de configurar a estrutura financeira e uma adequada seleção de meios de financiamento, conjugada com uma situação de maior constrangimento de recurso ao crédito bancário tem contribuído para agudizar as dificuldades das empresas em manter a sua atividade, pelo que se torna premente recorrer a modalidades de financiamento alternativas. Assim, analisa-se essa temática em conjunto com o novo paradigma trazido pelas *startups*, enquanto empresas que vieram trazer uma “nova vida” ao mercado.

Finalmente, ainda que de forma ambiciosa, propõe-se a conjugação de duas perspetivas diferentes, mas ao mesmo tempo, obrigatoriamente complementares no que respeita à vida societária: a perspetiva jurídica e a perspetiva financeira, destacando alguns mecanismos e apoios criados recentemente para apoiar as PMES, dos quais se destaca o Financiamento Colaborativo e o Programa Capitalizar.

¹ ENGRÁCIA ANTUNES, “Direito das Sociedades”, 2015, p. 351

CAPÍTULO I

1. A IMPORTÂNCIA DO CAPITAL SOCIAL: VISÃO HISTÓRICA

O capital social não se cinge a um mero conjunto de normas por si só homogêneo, mas sim em várias disposições, que procuram dar resposta a muitos dos problemas concretos, com os quais as sociedades se deparam ao longo do tempo, e que vão marcando determinados períodos históricos.

Aquando do surgimento da primeira sociedade anónima, o capital social, consistia apenas num fundo comum de exploração. Só após um longo processo, foi possível olhar para o capital social como uma forma de retenção de ativos no património da sociedade, com o intuito de ajudar a ultrapassar um obstáculo, com o qual, todas as sociedades se deparam com maior ou menor dificuldade, no momento em que se pretende constituir a sociedade: necessidade de financiamento. Já no século XVIII, com as chamadas companhias coloniais, que acabaram por ser vítimas do sistema económico mercantilista que caracterizava as monarquias absolutas, acabou por ser incontornável o seu legado, já que o modelo para o qual contribuíram traduziu-se num modelo de organização empresarial baseado na permanência e estabilidade do capital social. Este era concebido como um fundo comum de exploração, cuja titularidade era repartida em partes negociáveis. Assim, nasce, pela primeira vez a distinção entre capital financeiro e capital produtivo, sem ignorar a vinculação a longo prazo que se verifica com o investimento que se materializa nos ativos fixos da empresa, com a possibilidade de recuperar os fundos comprometidos, através da negociação de ações ou participações que perfazem a titularidade da mesma. O modelo aqui mencionado, acabaria por ser replicado, através de um pacto, pelas então designadas companhias privadas, ou seja, as que não eram beneficiadas, acabando por integrar as diversas legislações nacionais, ao longo do século XIX, em grande medida pelo movimento codificador que se verificou no continente europeu.

O passo decisivo para a criação das designadas sociedades de capitais, deu-se por via da sociedade por ações, que sobretudo no sistema espanhol e francês, passou a ser comumente referida enquanto “sociedade anónima” até aos dias de hoje. Esta assume-se como a figura central do sistema económico de então, uma vez que era o “único instrumento adecuado para hacer posible la creación de las infraestructuras de transporte y equipamiento exigidas por la Revolución Industrial”². A importância de existir um capital tangível, ajuda a perceber o modelo de organização próprio das sociedades por ações, bem como a posição predominante e reconhecida aos sócios cuja sua posição, no entanto, se cinge a um simples investidor, sem vinculações à gestão da mesma. Neste sentido, a maioria do capital operativo da empresa fica integrado nas designadas contribuições patrimoniais dos sócios. Na sua origem, encontra-se a necessidade de proteger os acionistas através de simples medidas, como refere H. SÁNCHEZ RUS a título de exemplo: “*la exigencia de la íntegra suscripción del*

² SÁNCHEZ RUS, HELIODORO, *El Capital Social, Presente y Futuro*, THOMSON REUTERS, Cap. Segundo, *La Formación Histórica De La Categoría Del Capital Social*, pag.123.

capital o la prohibición de emisión por debajo de la par”, ao contrário do que sucede no Presente, a maioria das questões debatidas quanto ao capital social, dizem respeito à relação entre sócios e credores, que se caracteriza como potencialmente conflituosa. Note-se que a maioria dos textos normativos que surgem nos primeiros anos do século XIX, estão profundamente marcados pelos escândalos que envolveram as “companhias coloniais”, levando inclusivamente à ruína os investidores, o que fez com que as empresas por ações caíssem num completo descrédito.

Dois séculos depois, a verdade é que o capital social continua a ter um papel importante na vida das sociedades, constituindo um dos elementos essenciais do contrato de sociedade no que respeita às sociedades de capitais. Sem prejuízo disso, têm surgido movimentos espalhados pelo globo, questionando a sua verdadeira utilidade de acordo com os moldes em que o mesmo foi “desenhado”, e em certos casos, sob forte influência americana, questiona-se quanto à sua viabilidade futura. É com base em diferentes premissas que irão ser abordados diferentes aspetos diretamente envolvidos com esta figura.

2. CAPITAL SOCIAL MÍNIMO

Trata-se de uma figura que tem vindo a perder relevância, uma vez que o mesmo é, inclusivamente, visto por alguns, como um “entrave à constituição de sociedades de capitais”. A própria limitação da responsabilidade tem sofrido muitas alterações, especialmente quando comparamos com o período que marca o final do século XIX. Se começou por ter um carácter excecional, na medida em que constituía um privilégio concedido pelo soberano, hoje, a maioria dos agentes económicos correspondem a sociedades de capitais. Atualmente, qualquer pessoa pode beneficiar da limitação da responsabilidade, sem que seja necessário, a constituição de uma pessoa coletiva, desde que o seu objetivo vise a prossecução de uma atividade económica, característica que corresponde ao regime-regra.

Poderá o capital social mínimo constituir o referido “entrave”, dificultando a própria atividade económica? PAULO DE TARSO DOMINGUES³, entende que pode representar um obstáculo à criação, em especial, de pequenas sociedades, podendo, no limite representar consequências negativas a nível do desenvolvimento de muitas regiões do país, e considerando a composição do tecido empresarial nacional, pode até comprometer o desenvolvimento económico de Portugal. O referido autor acrescenta ainda que não sendo possível definir o “fundo patrimonial necessário para o exercício de todo o tipo de atividades”, acaba por representar uma verdadeira restrição à liberdade contratual. Adianta ainda a título exemplificativo, o caso da constituição de uma Siderurgia, em que mesmo que o capital social mínimo exigido correspondesse ao montante anterior dos 5.000€, este continuaria a ser manifestamente insuficiente – recusa-se a ideia de que esta figura pode, de facto, ser um “limiar de seriedade para as sociedades de capitais”.

³ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, 1.ª ed., 2009, pp.158-171

Além dos fundamentos anteriormente mencionados, o autor soma ainda o efeito a que chama de pernicioso para os próprios credores sociais, dado que estes podem facilmente ser iludidos quanto à real capacidade financeira, ou solidez da empresa em questão; o capital social indicado pode já não corresponder efetivamente ao património da sociedade. Assim, afirma que o mesmo deve ser eliminado, indo ao encontro da recente posição do TJUE, que reduziu o capital social mínimo para valores tão diminutos, que acaba por levar à sua irrelevância prática. No entanto, entendo que a atual designação para o capital social mínimo, pode levar a que muitas sociedades se constituam com capitais claramente inferiores às reais necessidades da atividade a que se propõem desenvolver, o que poderá traduzir-se em dificuldades para as mesmas, entrando na chamada situação de subcapitalização originária, podendo obrigar, inclusivamente, os sócios a reforçar o capital logo numa fase embrionária. A estes receios, o citado autor, na sua tese de doutoramento, contrapõe com as possíveis vantagens decorrentes da eliminação do capital social mínimo, como a liberdade concedida aos sócios no que respeita à definição do montante e dos meios de financiamento que considerem adequados ao exercício da atividade designada, até porque os sócios são na realidade, os intervenientes melhor colocados para poder avaliar as necessidades efetivas da sociedade. Reforça ainda com a alusão ao próprio sistema jurídico, que no seu entender, dispõe de instrumentos que podem evitar situações em que os sócios, de forma clara, não colocam ao dispor da sociedade os meios considerados minimamente adequados e suficientes para o fim que visam alcançar. Se esta situação, por sua vez, enforma uma situação de subcapitalização material, tem sido o entendimento geral, que se deve aplicar a teoria do “*piercing veil* ou *disregarding the corporate entity*”, isto é, a desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais (*remissão para o ponto 3.3*) – a qual permite responsabilizar direta e individualmente os sócios, afastando-se a responsabilidade limitada dos sócios – levando a que os sócios respondam perante os credores sociais pelas dívidas da sociedade.

A título de conclusão quanto a este ponto, o autor faz um balanço, alertando para o facto de não estar em causa a eliminação do capital social, dado que este, inclusivamente, sairá “reforçado” com as alterações propostas (nomeadamente com a eliminação do capital social mínimo exigido), sublinhando a importância da sua função de organização, cuja existência é independente do montante do capital social definido.

Posto isto, coloca-se a questão quanto à possibilidade da função de financiamento e até de garantia dos credores (*Remissão para o ponto 3 do Capítulo*) poder sofrer limitações: PAULO DE TARSO DOMINGUES, entende que em face da eliminação do capital social mínimo, poderemos assistir ao reforço destas funções, na medida em que permitirá responsabilizar pessoalmente os sócios (casos de manifesta subcapitalização) através do recurso à citada teoria do “*piercing value*”, assim como irá traduzir-se num maior cumprimento dos deveres de cuidado por parte dos sócios quanto ao financiamento, procurando responder

às efetivas necessidades de capital para a atividade a que se propõem realizar, de modo a afastar a referida responsabilidade pessoal.⁴

3. O CAPITAL SOCIAL ENQUANTO GARANTIA DOS CREDORES SOCIAIS

A função de garantia assume-se como a mais debatida e mais relevante das funções do capital social. Foi, inclusivamente, um tema que marcou a jurisprudência norte-americana que remonta ao ano de 1824, ao célebre Acórdão *Wood v. Dummer* que diz respeito a um banco que havia sido constituído no estado de Massachussetts, com o nome “Hallowell and Augusta Bank”, que acabou por falir. Ora, o ponto que assume especial relevância consiste na tentativa de antecipação da direção em face dos sinais evidentes de deterioração da situação financeira da instituição, ao decidir distribuir pelos acionistas a grande maioria dos ativos da sociedade existentes à data. Facilmente se percebe que os credores não concordaram com essa decisão, exigindo a satisfação dos seus créditos, nomeadamente, através das quantias que os sócios haviam recebido, exigência essa que foi atendida pelo tribunal, uma vez que o mesmo considerou que os bens que os próprios sócios tinham colocado na empresa, só poderiam ser devolvidos quando os credores fossem satisfeitos na medida dos seus créditos⁵. Uma vez que os sócios não respondiam pelas dívidas sociais, o tribunal decidiu recorrer à figura do “*trust fund*” para enquadrar os bens que os sócios tinham entregado à sociedade enquanto garantia dos credores; com esta decisão nasceu a chamada “*trust fund theory*” que impossibilitava que os mesmos fossem devolvidos aos sócios. Assim, os bens entregues pelos sócios funcionavam como um verdadeiro limite à distribuição de bens pelos sócios, o que hoje corresponde ao princípio da intangibilidade do capital social: estava dado o primeiro passo para o que viria a ser designada como a função de garantia do capital social, conhecida como a “*capital stock*”⁶.

⁴ “Assim perspeCtivado o regime, não será, pois, possível defender (como defende, p.ex., JAN WILHELM, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person*, Carl Heymanns, Köln, 1981, pp. 354 ss.) que, realizado o capital social – nomeadamente o capital social mínimo legalmente exigido – nunca estará em causa uma situação de subcapitalização, mas tão-só um problema de gestão; i.é, a sociedade deverá ser gerida e exercer uma actividade de acordo com os meios que lhe foram proporcionados pelos sócios (...) vide também a posição da DGRN espanhola, infra, na nota 1530.”

⁵ O tribunal afirmou: “the capital stock of banks is to be deemed a pledge or trust fund for the payment of debts contracted by the bank” – Acórdão publicado no National Reporter System, United States Series, *The Federal Cases Argued and Determined in the Circuit and District Courts of the U.S.*, Book 30 (1897), pp. 435 ss.

⁶ Para um maior desenvolvimento cfr. DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações sobre o Capital Social...*Obra cit. pp. 80 ss.. Alerta-se, no entanto, para o facto de esta ser apenas uma primeira aproximação que acabou por sofrer inúmeras transformações, vindo mais tarde a ser substituída adoutrina que defendia a “*trust fund theory*” pela designada “*misrepresentation theory*” que estabelecia como uma das condições essenciais para que os credores pudessem fazer valer os seus créditos junto dos sócios, obrigando-os a pagar as contribuições em falta, que no momento da celebração dos respectivos contratos, os primeiros tinham de estar erroneamente convencidos de que os sócios tinham pago na totalidade o valor nominal das acções subscritas.

Posto isto, importa distinguir o capital social do património social⁷, em que este último assume especial importância, uma vez que está em constante mutação, correspondendo ao “conjunto de direitos e vinculações da sociedade suscetíveis de avaliação pecuniária”⁸, sendo o património líquido o mais relevante, que corresponde à diferença entre os ativo e o passivo da sociedade. O primeiro, por sua vez, corresponde nas palavras de PEREIRA DE ALMEIDA, a uma “menção obrigatória dos estatutos das sociedades por quotas e anónimas, que corresponde à soma do valor nominal das participações sociais”, concretizando na “soma das entradas – realizadas ou a realizar – dos sócios, deduzidos os ágios ou prémios, se os houver”⁹.

A cifra do capital social ao longo da vida societária sofre diversas alterações, pois logo numa fase inicial assume uma função de “lançamento” da atividade, permitindo adquirir os ativos necessários para a prossecução do objeto social, o que corresponde ao que muitos autores definem como a função fundacional e funcional: a primeira porque tem de constar do contrato, com exceção das sociedades em nome coletivo, em que os sócios realizam as chamadas “entradas de indústria”; a segunda diz respeito ao posicionamento de cada sócio dentro da sociedade com base no montante de cada participação. Note-se que acaba por ser esta função que representa a garantia dos credores, na medida em que concretiza o princípio da intangibilidade do capital social, isto é, só poderão ser distribuídos lucros ou dividendos aos sócios, quando o património líquido da sociedade apresentar um nível superior ao montante do capital social¹⁰, ao qual acresce o montante das reservas indisponíveis que constam dos arts. 295.º e 296.º CSC.

Assim, e conforme PEREIRA DE ALMEIDA refere, percebe-se que o património social é que acaba por assumir essa função de garantia: “o capital social distingue-se do património, o qual constitui efetivamente a garantia geral dos credores (artº 601º do C. Civil)”¹¹. De facto, o património da sociedade¹² mostra-se como o elemento mais adequado para efeitos de garantia numa fase posterior à constituição, já no decurso da sua atividade. Se a sociedade apresentar uma trajetória continuamente positiva, com lucros recorrentes, o nível de capitais próprios aumentará por via de reservas legais, e de eventuais reservas voluntárias por não distribuição de lucros será o sinal da robustez da situação financeira da sociedade, e consequentemente, a

⁷ Vide Ac. Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Janeiro de 2012, Álvaro Rodrigues (Relator)

⁸ OLAVO CUNHA, Paulo, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, pp.254 ss.

⁹ PEREIRA DE ALMEIDA, António, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, Coimbra Editora, p. 94, 6.ª ed., 2011.

¹⁰ Alerta-se para o facto de contabilisticamente a cifra do capital social dever constar da “conta” do passivo.

¹¹ PEREIRA DE ALMEIDA, António, *Sociedades Comerciais...*obra cit, p. 212.

¹² Vide o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 04 de Junho de 2003: “*atenta a diferença entre capital social e património social e o estabelecido nos artigos 601.º, 817.º do Código Civil e 821.º do Código de Processo Civil, impõe-se concluir que o capital social de uma sociedade não é penhorável nem suscetível de oneração*” (CJ, III, p. 289).

garantia dos credores. Em simultâneo aumenta a sua capacidade de endividamento, sem aumentar o seu risco de crédito.

Em conclusão e utilizando as palavras de OLAVO CUNHA, o capital social pode ser visto como “um dique” ao qual podem acrescer eventuais reservas, que assim “impede a passagem da água”¹³, isto é, impede a distribuição dos bens aos sócios, enquanto os bens/património líquido não superar o montante do capital social mais o valor das reservas, se existirem. No entanto, entendo que para que o capital social possa efetivamente assumir essa função de “dique”, será prudente seguir a posição de PAULO DE TARSO DOMINGUES¹⁴ que propõe uma solução de *iure condendo* que consiste na conjugação de dois testes aos quais capital social deve ser sujeito, de modo a perceber se haverá lugar à distribuição de bens aos sócios: os designados teste de balanço e teste de solvência. Este último tem como finalidade prevenir e impedir que os bens da sociedade sejam distribuídos pelos sócios, quando a pessoa coletiva estiver, ou em vias de ficar insolvente, ou seja, impossibilitada de cumprir com as suas obrigações em consequência dessa distribuição. O primeiro diz respeito à distribuição dos bens aos sócios estar dependente do valor do ativo ser superior ao passivo, isto é, bastará que o património líquido da sociedade seja superior a zero. Deste modo, conclui o autor, a conjugação dos dois testes apresenta-se como a solução que melhor salvaguarda os interesses dos credores, devendo o capital social continuar a ter um papel importante enquanto “cifra de retenção”, impedindo a distribuição dos bens aos sócios.

¹³ OLAVO CUNHA, Paulo, *Direito das Sociedades Comerciais...*Obra cit. p. 255.

¹⁴ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações...*obra cit., pp. 564 e ss.

CAPÍTULO II

1. O PROBLEMA DA SUBCAPITALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

Conforme refere A. MOTA PINTO, podemos definir a subcapitalização¹⁵ por dois modos distintos: o primeiro que se centra na “desadequação entre o capital e o objeto ou a atividade da sociedade;”¹⁶ ou o segundo, que apesar de ter como base a mesma relação, coloca o foco no nível de capital próprio, comparando-o com o capital alheio existente¹⁷.

Importa referir, tal como adverte o citado autor de Coimbra, “o que se pretende com a adequação do capital próprio às necessidades de capital de uma sociedade, de acordo com o tipo e o volume da sua atividade, é assegurar a estabilidade da sociedade, no interesse dos seus credores”. Nesta medida, fundamental será ter em conta que quanto maior for o nível de capital próprio, maior também será a capacidade da sociedade para lidar com eventuais perdas, e conseqüentemente, maior solidez, traduzir-se-á numa maior capacidade para evitar o cenário mais temido: a insolvência.

As sociedades que se caracterizam por uma estrutura personalista, a que muitas vezes se alude através da chamada *affetio societatis*, dizem respeito, sobretudo, às sociedades por quotas, às quais é frequente a associação a temas relacionados com a subcapitalização. Estas definem-se como sendo tendencialmente, sociedades viradas para si próprias, isto é, não tendo como objetivo primordial, a captação de investimento externo, junto de terceiros, de modo a iniciar ou a dar continuidade ao exercício da sua atividade.

2. MODALIDADES DE SUBCAPITALIZAÇÃO

2.1 Subcapitalização formal e material

Estamos perante a primeira modalidade de subcapitalização, também designada como “nominal”, quando a sociedade não detém os meios necessários para exercer a sua atividade, e, por isso, opta por recorrer aos sócios para cobrir as suas necessidades de capital através do financiamento, por intermédio de empréstimos ou equivalente (do ponto de vista financeiro), e não enquanto entradas. Deste modo, resulta que o valor financiado não integra a cifra do capital social, conseguindo assim, evitar a aplicação das regras que tutelam o capital social e a sua conservação, e sobretudo não fica exposto ao elevado risco que caracteriza o mesmo.

¹⁵ Considerando elementos recolhidos junto do Instituto Nacional de Estatística, no ano de 1998, a subcapitalização das empresas portuguesas era visível:

“- Das 236 484 sociedades por quotas em atividade em 1998, 188 958 detinham um capital social inferior a cinco mil contos;

- Apenas 6 19 sociedades por quotas detinham um capital social superior a cinquenta mil contos;

- Das 10 808 sociedades anónimas em atividade no mesmo ano, quase metade (4 478) detinham um capital social inferior a vinte mil contos.” Cfr. PINTO, Alexandre Mota, *Do contrato de suprimento, O Financiamento da Sociedade entre Capital Próprio e Capital Alheio*, Almedina.

¹⁶ PINTO, Alexandre Mota, *Do contrato...* obra cit., pp.. 99 ss.

¹⁷ Ver Anexo E quanto à autonomia financeira das empresas portuguesas em 2014.

Importa referir, que nesta circunstância, apenas se está perante uma situação de subcapitalização, no caso de se verificar uma desproporção evidente entre o montante mutuado e a cifra do capital social existente. Resulta a *contrario* que a subcapitalização material ou real corresponde a uma insuficiência total de fundos, próprios ou alheios, para o normal desenvolvimento da sociedade, sem que exista possibilidade de recurso a meios alternativos de financiamento, como é o exemplo citado, em que os sócios são chamados a intervir por intermédio de empréstimos (sub. formal).

2.2 Subcapitalização inicial ou originária e subcapitalização superveniente

Assumindo como material, a subcapitalização inicial ou originária diz respeito à situação em que os sócios se colocam por consequência do facto de terem constituído a sociedade com meios de capital manifestamente insuficientes, inviabilizando assim a prossecução da atividade de fim económico que constitui o seu objeto social. Será superveniente, se a insuficiência vier a ocorrer numa fase posterior à constituição da sociedade, isto é, a mesma pode ocorrer por consequência dos próprios atos de gestão praticados, ou, inclusivamente, por alteração do objeto social.

FÁTIMA RIBEIRO procura realçar as diferenças existentes entre a subcapitalização propriamente dita e a não menos referida situação de “descapitalização”: consiste na situação em que os meios de que a sociedade dispõe são suficientes para o exercício da atividade social, mas que por fatores “externos”, como o mercado, ou numa perspetiva interna, por consequência do próprio funcionamento da empresa, acaba por resultar na diminuição drástica do valor patrimonial da sociedade, descendo abaixo do montante respetivo ao capital social. No fundo, a atenção centra-se na razão pelo qual se verifica a insuficiência de meios, dado que se a mesma for consequência de atos praticados pelos sócios, como a alteração do objeto social, entramos no domínio da designada subcapitalização superveniente (“só responderão subsidiária e ilimitadamente os sócios «controladores» da sociedade”)¹⁸. Situação diferente corresponde à existência de meios suficientes, mas em que a sociedade vem a perdê-los numa fase posterior, no exercício da atividade, aqui classifica-se a situação como uma descapitalização. Se no primeiro caso se assiste a “uma transferência voluntária, operada pelos sócios, do risco da exploração empresarial para terceiros”, no segundo, o cenário será mais prejudicial para os credores sociais, mas aqui reside a subtileza, não é conscientemente causada pelos sócios, vendo estes também os seus interesses ameaçados¹⁹.

¹⁸ Cfr. Ac. Rel. Lisboa de 29 de Março de 2012.

¹⁹ Para maior desenvolvimento *vide* RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica*, 1.^a ed., Almedina, 2009, pag 190 ss – Chama-se à atenção para o facto de não caber no caso mencionado, as condutas que levam à diminuição do património social com intenção de prejudicar os credores sociais (destruindo ou danificando património) acabando por precipitar para uma situação de insolvência – corresponde ao tipo legal de crime de insolvência dolosa, previsto nos termos do art. 227.º do

Voltando à subcapitalização inicial, a intervenção do notário ou do conservador do registo comercial não foi acompanhada por nenhuma medida que visasse uma proteção adicional, de modo a que o capital social estivesse assegurado no momento da constituição da sociedade; correspondendo ao declarado através da cobertura efetiva de um património líquido de igual montante. Em face desta constatação, MANUEL PITA convida-nos a questionar se o sistema, nos termos apresentado, poderá estar a pôr em causa valores tidos como essenciais, uma vez que a lei não impede, nem censura, a hipótese de uma sociedade se poder constituir já com uma parte do seu capital perdido, podendo, inclusivamente, encontrar-se já na situação descrita no artigo 35.º do CSC. Atente-se, que a falta de capital só por si, não resulta obrigatoriamente numa insuficiência de capital próprio ao ponto de impossibilitar a realização do objeto da sociedade. No entanto, verificando-se a perda de capital, esta poderá, de facto, esconder uma situação de subcapitalização inicial ou originária, ainda que exista quanto a esta questão, alguma divergência doutrinária. De especial interesse será a análise da situação de insuficiência de meios originária, do ponto de vista dos futuros credores da sociedade.

O autor *supra* referido, defende a existência de uma obrigação ética por parte dos sócios fundadores de dotarem a mesma, de capitais próprios necessários à realização do projeto a que se propõem²⁰. No mesmo sentido, quanto às sociedades comerciais de responsabilidade limitada, existe a ideia há muito debatida, em especial pela doutrina alemã, de que este tipo societário se deve caracterizar por apresentar sempre um capital social adequado, no momento da sua constituição, às necessidades da atividade que a mesma visa prosseguir. No entanto, no entendimento de PINTO DUARTE, não existe no nosso ordenamento jurídico, o chamado princípio da congruência entre o capital social e o seu objeto social²¹.

Um dos principais obstáculos relativamente à aplicação de sanções nos casos de subcapitalização originária, diz respeito à forma como esta se “manifesta”. Estamos, pois, “perante um vício estrutural que, em regra, apenas se nota alguns anos depois”, nomeadamente, quando a sociedade se vê forçada a entrar em falência. Aqui chegados, outra das questões levantadas pela doutrina, também ela muito discutida, prende-se com a

Código Penal; cfr. PEDRO CAEIRO, *Anotação ao artigo 227.º (Insolvência dolosa)*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal* (...) dirigido por J. Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, 407-433, pp. 412 e ss.

²⁰ Vide PITA, Manuel António, *O regime da sociedade irregular e a integridade do capital social*, Almedina, pp. 572 ss. “É sabido que no domínio do abuso ou desconsideração da personalidade jurídica a jurisprudência americana serviu de modelo aos estatutos da doutrina germânica, nomeadamente, a ROLF SERICK (...) com tradução para o italiano sob o título de “*Forma e Realtá della Persona Giurídica*”, Giuffré, Milano 1966.” – Veja-se o caso “Costello v. Fazio” quanto à subcapitalização originária, enquanto “leading case” da jurisprudência americana.

²¹ DUARTE, Rui Pinto, *A Subcapitalização das Sociedades – Notas de Direito Privado e de Direito Fiscal*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, *Novos Estudos de Direito Privado*, Almedina, 2003; Vide em sentido oposto a posição de P. TARSO DOMINGUES, *Do capital*..

necessidade de se encontrar um verdadeiro “nexo de causalidade entre a falência e a insuficiência do capital inicial”. Por sua vez, uma das soluções consiste na demonstração da subcapitalização, dentro de um prazo previamente fixado, durante o qual, se a sociedade entrar em falência, o requisito do nexo de causalidade tem-se como verificado de imediato. Ao abrigo desta posição, muitas sugestões complementares foram surgindo em sede da doutrina europeia: HERBERT WIEDEMANN defendeu a fixação de um prazo de cinco anos, marcando uma posição no que à doutrina alemã diz respeito. Por sua vez, o direito belga consagrou um prazo mais curto, de apenas três anos, fazendo recair sobre o tribunal a competência para determinar (com base no plano de negócios elaborado pela sociedade) se no momento da constituição da sociedade, o capital era manifestamente insuficiente impossibilitando o exercício normal da atividade por um período mínimo de dois anos, sancionando os sócios pela sua atuação deficitária. Se é certo que muitos dos pontos que envolvem a questão da subcapitalização originária, foram (e continuam) a gerar alguma controvérsia, no que se prende com a censurabilidade e a aplicação de sanções, esta gerou unanimidade, através da responsabilização dos sócios fundadores, ainda que a título subsidiário, mas de forma ilimitada. Neste sentido, GIUSEPPE PORTALE coloca uma questão essencial: “A subcapitalização originária será imputável a todos os fundadores ou apenas aos fundadores que controlaram o processo de constituição?”²² A esta pergunta PAZ-ARES bem como COUTINHO DE ABREU, entre outros autores, procuram dar resposta, segundo a qual a responsabilização deverá recair sobre todos os sócios.²³

Quanto a este ponto, concluo com a seguinte questão: Poderá a solução passar, em alternativa, pelo recurso ao instituto do abuso de personalidade coletiva? (*Remissão para o Capítulo III*)

3. PERDA GRAVE DE CAPITAL: O CASO DO ARTIGO 35.º CSC

3.1 Diferentes modelos para a regulação da perda grave de capital: modelo francês (reativo) e o modelo alemão (informativo)

A criação da Diretiva do Capital teve como principal missão alcançar a harmonização das legislações existentes nos Estados-Membros que compõem a União Europeia. No entanto, não deixou de existir uma dicotomia ao nível da regulação, entre o designado modelo francês (“reativo”), e o modelo alemão (“informativo”). No primeiro, perante uma situação de perda grave de capital, a administração deve dar a conhecer aos sócios a existência desse facto, ficando os sócios obrigados a adotar as medidas que se assumam como sendo necessárias para fazer face à situação.

A este propósito, RAÚL VENTURA adverte “Note-se que a norma do art. 17º da Segunda Diretiva é uma norma “tímida” que apenas faz nascer o dever de convocação da assembleia

²² GIUSEPPE PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., pp 33 ss.

²³ Cfr. PAZ-ARES, Cándido, *Sobre la infracapitalización de las sociedades*, cit.; 1618; e COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel, *Curso de Direito Comercial*, vol. II.. cit., pág. 182.

geral” – a Diretiva acaba por remeter para os Estados, a busca pela melhor solução adequada a cada realidade legislativa de cada um. A Diretiva não parece impor que a sociedade adote qualquer medida que repare aquele estado de coisas. O objetivo parece ser apenas o de obrigar os sócios a tomar conhecimento da situação – modelo informativo acaba por ser imposto pela Diretiva. Em sentido contrário, surgem posições como a de Machado Plazas, que entende que o artigo 17º da Diretiva impõe de forma clara o designado modelo reativo às legislações nacionais de cada Estado-membro²⁴.

Regressando ao modelo francês também conhecido como “reativo”, este tem na sua base a designada regra “recapitaliza ou liquida”²⁵, assenta sobretudo na ideia de que o regime do capital social visa essencialmente proteger e acautelar os interesses de terceiros. Assim, caberá aos sócios tomar as medidas que considerem adequadas e que se mostrem necessárias, para que desse modo a confiança dos terceiros não seja frustrada, uma vez que está em parte, diretamente relacionada com a cifra do capital social. Note-se que esta ideia tem vindo a ser posta em causa por alguma doutrina, direcionando essa confiança para outros indicadores determinantes como o volume de negócios, em detrimento do capital social. Deste modo, através da consagração do regime correspondente à perda grave do capital, pretende-se que “o valor, a cifra do capital social tenha verdadeira correspondência (pelo menos no limiar legalmente estabelecido) com o património líquido da sociedade”²⁶, com o objetivo de garantir os créditos dos terceiros.

No seguimento deste modelo, existem diferentes ordenamentos jurídicos como o francês, o espanhol e o italiano que entendem, que estando em causa interesses de credores, admitem a possibilidade de os terceiros também poderem requerer a dissolução da sociedade, em resultado de uma total inação por parte dos sócios, isto é, quando confrontados com uma situação de perda grave do capital, optam por não adotar qualquer medida para reverter a situação²⁷.

O modelo alemão, por sua vez, releva a necessidade de dar publicidade relativamente à situação de perda, ainda que apenas internamente, acabando por excluir os terceiros, por entender que o conhecimento por parte de outras entidades apenas iria agudizar uma situação que por si só já apresenta alguma complexidade. Este regime acaba por ser bastante gravoso para os terceiros, uma vez que estes se vêem colocados numa posição desprotegida, ficando impossibilitados de reagir, mesmo que os sócios nada decidam fazer. No entanto, chama-se à atenção para uma solução de salvaguarda preconizada neste modelo, uma vez que este prevê que numa situação limite de perda total do capital (ativo já não cobre a totalidade do passivo),

²⁴ Vide MACHADO PLAZAS, *Pérdida del capital...*, 1997, pp. 104 e ss

²⁵ Cfr. ENRIQUES/MACEY, *Raccolta di capitale di rischio*, pp. 116 ss.

²⁶ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações sobre o capital social*, Obra cit... pp. 340 ss.

²⁷ Com base neste modelo, o ordenamento jurídico português dispunha uma solução nos mesmos termos, na sua redação inicial do art. 35º do CSC aprovado pelo DL nº 162/2002, de 11 de Julho.

fica a administração da sociedade responsável por se apresentar perante os credores, ao abrigo do processo de insolvência.

As atenções centram-se sobretudo na proteção dos sócios, dado que os terceiros, como foi mencionado anteriormente, acabam por estar protegidos pelo regime previsto para a insolvência, e os primeiros apresentam, de facto, um interesse direto em reverter uma eventual situação de perda grave do capital, uma vez que se nada for feito para reverter a mesma, tal pode representar a perda da totalidade das entradas por si realizadas. Conclui-se assim, que com este modelo existe apenas uma função meramente interna de proteção do capital social em caso de perda grave.

Note-se que apesar do ordenamento jurídico português ter adotado o modelo informativo, bem como o ordenamento jurídico inglês e alemão, acabará numa fase posterior, por adotar a publicidade externa da situação.

Estando em causa dois modelos que apresentam inúmeras diferenças, a desejada harmonização a nível do direito societário, mesmo contando com um esforço significativo de harmonização a nível comunitário, esta nunca foi efetivamente conseguida – mesmo após a aprovação da Segunda Diretiva.

A nível comunitário, o regime em análise estava compreendido no artigo 17º da referida Diretiva, cuja transposição para o ordenamento jurídico português se fez através do artigo 35º do Código das Sociedades Comerciais. No entanto, uma vez que implicaria que os administradores tivessem de apresentar propostas no sentido de reverter a situação, e que os sócios teriam de as aprovar num prazo de 60 dias a contar da data de aprovação de contas, sob pena de qualquer sócio ou credor poder requerer a dissolução da sociedade – o momento relevante para aferir da situação de perda grave do capital social, correspondia à elaboração das contas do exercício – o legislador, temendo os efeitos negativos para a maioria das sociedades, estatuiu no DL nº 262/86 de 2 de Setembro, que “a data da entrada em vigor do artigo 35.º será fixada em diploma legal”²⁸. Existia um receio claro em razão da difícil situação económica e financeira que caracterizava o país, sendo que em consequência disso, a maioria das sociedades comerciais, não cumpriam os requisitos do art. 35º do CSC, não podendo ignorar que a maior preocupação se centrava nas sociedades por quotas, por estas constituírem o tipo societário predominante quanto ao nosso tecido empresarial português (o mesmo se verifica nos dias de hoje) – apresentando maiores fragilidades à partida, quando comparando com as grandes sociedades anónimas. Na verdade, o legislador acabou por prever um regime próprio para as SA, em tudo semelhante ao exposto a propósito do art. 35.º do CSC²⁹ com aplicação imediata. No título VIII CSC, referente às disposições finais e

²⁸ Cfr. Artigo 2.º, n.º2 do referido DL

²⁹ Na sua redação inicial dispunha o seguinte (modelo reativo):

“Artigo 35º: 1. Os membros da administração que, pelas contas de exercício, verificarem estar perdida metade do capital social devem propor aos sócios que a sociedade seja dissolvida ou o

transitórias, o artigo 544^o, dispunha que os credores das SA e apenas e só estes, podiam requerer a dissolução da sociedade, desde que conseguissem provar que após a celebração dos seus contratos, metade do capital social estava perdido. Contudo, a sociedade podia opor-se, desde que apresentasse as garantias necessárias dos respetivos pagamentos aos credores³⁰.

A entrada em vigor do art. 35.^o, acabou por acontecer por via do art. 4^o do DL n^o 237/01, de 30 de Agosto, remetendo a produção de efeitos páticos para a aprovação das contas do exercício por parte da cada sociedade, sendo que para a maioria das sociedades, a mesma acabaria por ter lugar em Março de 2002, conforme dispunha o art. 65^o, n^o5 do CSC. No entanto, e uma vez mais, em resultado das preocupações manifestadas quanto ao citado artigo, o legislador veio alterar a sua redação, através do DL n^o 162/2002, de 11 de Julho³¹,

capital seja reduzido, a não ser que os sócios se comprometam a efectuar e efectuem, nos 60 dias seguintes à deliberação que da proposta resultar, entradas que mantenham em pelo menos dois terços a cobertura do capital.

2. A proposta deve ser apresentada na própria assembleia que apreciar as contas ou em assembleia convocada para os 60 dias seguintes àquela ou à aprovação judicial, nos casos previstos no artigo 67^o.

3. Não tendo os membros da administração cumprido o disposto nos números anteriores ou não tendo sido tomadas as deliberações ali previstas, pode qualquer sócio ou credor requerer ao tribunal, enquanto aquela situação se mantiver, a dissolução da sociedade, sem prejuízo de os sócios poderem efectuar as entradas referidas no n^o1 até ao trânsito em julgado da sentença”.

³⁰ Solução idêntica havia sido estabelecida, ainda na vigência do código comercial, através do seu artigo 120^o, sendo também aplicável às SQ, por força do disposto no artigo 42^o LSQ. A referida norma, mandava aplicar a este tipo societário, o n^o4 do art. 120^o do Ccom., mas note-se que aquela remissão deveria entender-se como sendo para o n^o3 daquele artigo (que correspondia ao antigo n^o4 que foi renumerado pelo DL 363/77, de 2 de Setembro). “Com a revogação do art. 120^o Ccom. E porque o art. 544^o apenas se referia às SA – incompreensivelmente e sem qualquer explicação – após a entrada em vigor do CSC (que ocorreu em 1 de Novembro de 1986 – cfr. Art. 2^o, 1 do DL 262/86), deixou de existir para as SQ, qualquer regulamentação para o caso de perda grave de capital”.

O art. 120^o, n^o5 Ccom. estabelecia ainda a perda de dois terços do capital social como causa de dissolução da sociedade anónima.

³¹ A nova redação do artigo 35^o por via do DL n^o 162/2002, de 11 de Julho:

“1. Os membros da administração que, pelas contas de exercício, verificarem estar perdida metade do capital social devem mencionar expressamente tal facto no relatório de gestão e propor aos sócios uma ou mais das seguintes medidas:

- a) A dissolução da sociedade;*
- b) A redução do capital social;*
- c) A realização de entradas em dinheiro que mantenham pelo menos em dois terços a cobertura do capital social;*
- d) A adopção de medidas concretas tendentes a manter pelo menos em dois terços a cobertura*

estabelecendo um regime que PAULO DE TARSO DOMINGUES considera ser um modelo *híper-reactivo*³², dado que uma das alterações impunha a dissolução de forma imediata se não fossem adotadas medidas que restabelecessem o equilíbrio patrimonial da sociedade, caso a situação se mantivesse no final do exercício seguinte. No entanto, refira-se que o leque de medidas que os sócios podiam aplicar para fazer face à situação foi visivelmente alargado em relação à redação anterior. O mesmo autor refere que se estatuiu “um regime extremamente gravoso”, que podia inclusivamente levar a um resultado rejeitado por qualquer uma das partes, isto é, tanto os sócios como os credores podiam, de facto, não ter interesse nesse fim.

Em conclusão, chama-se ainda à atenção para o facto de que a existir uma dissolução da sociedade, esta não implica necessariamente a sua extinção, uma vez que estando verificados os pressupostos do artigo 161º, os sócios podem deliberar o regresso à atividade, mesmo que esta se encontre em fase de liquidação. No meu entender, e indo ao encontro de posições preconizadas por diferentes autores, nomeadamente, P. TARSO DOMINGUES ou MENEZES CORDEIRO, a solução encontrada na redação anterior do artigo 35º, servia melhor os interesses de ambas as partes, dado que cabia a estas requerer, portanto, dar o impulso processual necessário para que houvesse lugar à dissolução, dando margem de manobra – nomeadamente até ao trânsito em julgado da sentença - para que outra solução ou entendimento pudesse ser alcançado. A sua entrada em vigor, pelos efeitos perniciosos já referidos – *occasio legis* desfavorável – MENEZES CORDEIRO considera que o legislador de Julho de 2002 recorre a uma habilidade:

“Atendendo ao enquadramento descrito, impõem-se a concessão de um período inicial de adaptação a um novo regime e a consagração de um mecanismo eficiente através da cominação da dissolução automática ao fim de dois exercícios consecutivos sem que tenha sido regularizada a situação da empresa. Nestes termos, a dissolução imediata prevista no n.º4 do artigo 35.º só ocorrerá a partir do momento da aprovação das contas do exercício de 2004, ou seja, em 2005.”

do capital social.

2. *Considera-se estar perdida metade do capital social quando o capital próprio constante do balanço do exercício for inferior a metade do capital social.*

3. *Os membros da administração devem apresentar a proposta prevista no nº1 na assembleia que apreciar as contas ou em assembleia convocada para os 90 dias seguintes à data do início da assembleia ou à aprovação judicial, nos casos previstos no 67º.*

4. *Mantendo-se a situação de perda de metade do capital social no final do exercício seguinte àquele a que se refere o nº1, considera-se a sociedade imediatamente dissolvida, desde a aprovação das contas daquele exercício, assumindo os administradores, a partir desse momento, as competências de liquidatários, nos termos do artigo 151º.”*

³² DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações sobre o capital social, O regime português (e europeu) do capital social*, Almedina, pp.349.

3.2 Aplicação do artigo 35.º do CSC ao momento da constituição da sociedade

A integridade do capital social pode ser afetada logo numa fase inicial, no momento da constituição da sociedade, mesmo que os sócios ainda não tenham utilizado a permissão de movimentar o depósito do dinheiro das entradas. Note-se que, conforme refere MANUEL PITA, “os efeitos dos actos praticados em nome da sociedade serão assumidos *ipso iure* com o registo ou poderão ser assumidos mais tarde por decisão da administração os termos do n.º2 do art. 19.º”. Deste modo, a situação patrimonial da sociedade reportada ao momento do registo, poderá já não corresponder ao montante do capital social existente, podendo até refletir uma perda significativa do mesmo. Assim, será admissível colocar-se a questão anteriormente suscitada: saber se estará em causa a integridade do capital social ou a sua conservação. A esta questão, a Escola de Coimbra entende que se trata de uma consequência direta do art. 19.º. Já quanto à assunção de negócios anteriormente realizados, com base numa análise do código, conclui-se que as atenções se centram não relativamente a uma questão de integridade do capital social, mas sim no que respeita à sua conservação. Nos casos de assunção imediata por via de existência de retroatividade, a lei automaticamente assume a existência da sociedade no momento da prática do primeiro ato praticado em seu nome, sendo certo que os que tenham sido praticados e que se pretenda a sua assunção, sendo facultativa, acabam por ser configurados enquanto atos de gestão, portanto, da competência da administração ou gerência enquanto atividade da sociedade constituída. Note-se que no caso de se verificar uma perda de metade do capital social, entramos no domínio do artigo 35.º do CSC. Deste modo, outra questão de análise obrigatória surge, relativamente ao facto de o início de atividade impor a obrigatoriedade de existência do respetivo balanço, que por sua vez irá remontar à data do registo da constituição da sociedade. Assim, se o mesmo revelar uma situação de perda grave, existirá o dever de comunicação previsto no artigo 35º do CSC? No entendimento de MANUEL PITA, o dever de dar publicidade da situação não se verifica, uma vez que não existe “um dever imposto pelo Código”, no sentido de ter de “se efetuar e depositar no registo comercial o balanço referente à data do início da atividade”³³.

Ressalva-se que se a sociedade enfrentar uma situação em que a integridade do capital social esteja a ser colocado em causa, ou perigo de lesão evidente, em virtude do registo, essa situação acabaria sempre por ser tornada pública por intermédio das contas no final do primeiro exercício. Na verdade, a publicidade da situação de perda grave do capital, faria com que os pressupostos do artigo 35º estivessem verificados, levando à sua aplicação: permitiria, à partida, com menor dificuldade, a inversão da situação negativa, em resultado da menor dimensão da perda, quando comparada à situação que se encontraria num momento posterior. É perante este cenário que o Professor nos convida à seguinte ponderação: Não poderá a não aplicação ou suspensão do artigo 35º do CSC representar para a sociedades sequelas

³³ Vide PITA, Manuel António, *O regime da sociedade irregular e a integridade do capital social*, Almedina, pp. 569 ss.

maiores, do que a falta de fiscalização do capital social no momento do registo da constituição da mesma?

Deste modo, conclui-se pelas razões apontadas, que a suspensão da vigência do artigo 35º do CSC, acarretou diversas consequências negativas com reflexo na vida prática das sociedades, mostrando, em alguns casos, uma total incapacidade para prosseguir a sua atividade por falta, nomeadamente, de capitais próprios numa fase posterior, e logo à cabeça, de capital social para cobrir as despesas decorrentes da constituição. Outro dos reflexos negativos consistiu na assunção de uma posição contrária à própria União Europeia (então designada CEE), indo contra a Segunda Diretiva de harmonização do direito das sociedades, especificamente contra o seu artigo 17º. Fruto das dificuldades enunciadas anteriormente, e da resistência evidenciada quanto à sua entrada em vigor, o artigo 35º do CSC, viu-a ser sucessivamente adiada até ao ano de 2005, no que diz respeito aos seus efeitos principais.

Em conclusão, conforme MANUEL PITA considerava à data da realização da sua dissertação de doutoramento, que remonta ao ano de 2003 (publicada em Março de 2004): “Embora não seja possível aplicar no momento do registo o art. 35º, a entrada em vigor desta norma apresenta-se como uma medida capaz de trazer alguma dignidade à função reguladora do capital social, fornecendo também um termo de comparação para avaliar, na ética do sistema, a constituição de sociedades cujo capital social já não esteja integralmente coberto pelo património líquido”³⁴.

3.3 Regime atualmente consagrado no artigo 35.º do CSC

3.3.1 Ratio da norma

Constitui um aspeto verdadeiramente estrutural da vida societária, a capacidade para determinar qual ou quais os atos que têm necessariamente de ser praticados quando se encontra perdida uma parte significativa do capital social, assumindo que os sócios pretendem dar continuidade à atividade a que se propõem enquanto fim social. É nestes termos que encontramos o artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais, cuja finalidade principal acabou por ser muito limitada: “credibilizar as sociedades comerciais e proteger os interesses de terceiros que com elas se cruzam e que acreditam, legitimamente, na cifra numérica constante e imutável em que se traduz o respetivo capital.”³⁵

Após sucessivas alterações, o art. 35.º do CSC, viu a sua última alteração ter lugar por intermédio do DL n.º 19/2005 de 18 de Janeiro. Este diploma apresentou uma alteração significativa do regime que até então havia sido proposto, nomeadamente por via do DL n.º 162/2002. Se anteriormente estava em vigor um sistema reativo, na medida em que os sócios eram obrigados a adotar medidas para fazer face à situação de perda grave do capital social, procurando restabelecer o equilíbrio financeiro da sociedade; agora, por sua vez, está em vigor

³⁴ PITA, Manuel António, *O regime da sociedade...* obra cit., pp. 571.

³⁵ CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais, Capítulo VII – Alterações do contrato de sociedade*, Almedina, pp.868 ss.

um sistema meramente informativo. Atualmente, apenas recai sobre o órgão de administração, o dever de informar os sócios quanto ao “estado de coisas”, podendo os sócios, se assim o entenderem, adotar medidas que considerem ser adequadas e necessárias para reverter a situação de dificuldade.

O atual art. 35º aplica-se a todos os tipos sociais, uma vez que a sua inclusão na parte geral do código assim o determina. Fica, portanto, a ideia de que o legislador português quis ir além da própria Diretiva³⁶ (Segunda Diretiva), na medida em que tem sido o entendimento geral de que a mesma apenas se aplica às sociedades anónimas. Se num primeiro momento se poderia questionar o porquê da solução preconizada pelo legislador português, na verdade, acompanhando P. TARSO DOMINGUES, considero que existe uma intenção clara de proteger os interesses dos credores, com especial atenção às sociedades anónimas e às sociedades por quotas. Chama-se à atenção para a proximidade dos regimes que caracterizam os dois tipos societários principais: será a posição de um credor de uma SA e de uma SQ distinta? Entendo que em ambos os casos estamos perante uma situação em tudo semelhante entre si. Caso diferente diz respeito às sociedades em nome coletivo, dado que uma das suas características principais consiste na responsabilidade ilimitada dos sócios quanto às dívidas sociais, conforme o disposto no n.º1 do artigo 175.º do CSC, assegurando-se a tutela dos credores. Refira-se, no entanto, conforme desenvolvido anteriormente, a função do capital social não se esgota na garantia de credores (*ponto 3*), apresentando um papel fundamental quanto à produção, que se traduz na reunião e conservação de meios que possibilitem a prossecução de uma atividade. Deste modo, facilmente se sustenta a posição tomada pelo legislador de alargar a aplicação do regime previsto para a situação de perda de metade do capital social, a todo o tipo societário.

O preceito em análise acaba por sair reforçado quanto ao seu papel, dado que este não tutela apenas os interesses de terceiros, mas também dos próprios sócios, na medida em que assume a função de “campainha”, alertando para a existência de uma situação potencialmente com efeitos muito negativos, evitando à partida danos maiores.

O artigo 35.º do CSC aplica-se às situações em que uma sociedade se depara com a circunstância de ver perdida metade do capital social, o que ocorre, portanto, quando o capital próprio se situa em nível igual ou inferior a metade do capital social. O nosso ordenamento jurídico adota uma solução – à imagem de outros que nos são próximos como o espanhol, o francês, o alemão e o inglês, distanciando-se apenas o italiano – consagrando como limite

³⁶ Artigo 58º da Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2017 (atual redação correspondente ao artigo 17º da Segunda Diretiva):

“1.No caso de perda grave do capital subscrito, deve ser convocada uma assembleia geral no prazo fixado pelas legislações dos Estados-Membros, para examinar se a sociedade deve ser dissolvida ou se deve ser adotada qualquer outra medida.

2.Para os efeitos previstos no n.º1, a legislação de um Estado-Membro não pode fixar em mais de metade do capital subscrito o montante da perda considerada grave”.

máximo 50% de perda do capital, indo ao encontro da Diretiva do capital, concretamente do exposto no nº2 do art. 17.º, atual art. 58.º da Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2017.

Conforme será desenvolvido no ponto seguinte relativamente às obrigações dos membros do órgão de administração, estes através das contas elaboradas, estão em melhor posição para alertar os sócios face à complexidade da situação. Se por um lado não existe em nenhum momento uma referência quanto à intervenção de terceiros, por outro, será sempre exigível ao órgão de gestão que trate de forma válida potenciais informações devidamente fundamentadas mesmo que venham do exterior. Ao contrário da solução anteriormente defendida, o momento apontado como sendo determinante para aferir da perda grave do capital social, já não se circunscreve ao momento da aprovação das contas anuais (enquanto “radiografia” da atividade societária), mas sim a todo o período do exercício correspondente; existe a percepção clara de que a qualquer momento podem surgir sinais ou elementos que façam soar a “campainha” (solução idêntica ao ordenamento jurídico italiano, francês, alemão e inglês que levam à imediata convocação da AG)³⁷.

Atualmente, a não adoção de qualquer medida, e por consequência a manutenção da situação de perda de metade do capital social, deixa de ser causa de dissolução da sociedade, impondo apenas à pessoa coletiva visada, “a obrigação de a sociedade dar a conhecer esse facto a terceiros”³⁸, fazendo referência à perda existente em todos os atos externos (cfr. Art. 171º, nº2 do CSC – *remissão para o ponto 3.6 do presente capítulo*).

Chegados à assembleia geral, uma das grandes alterações verificadas no regime em análise reflete-se exatamente nesta fase: se anteriormente o legislador entendia que os membros da administração ou gerência tinham de tomar a iniciativa, apresentando medidas concretas, hoje a atuação dos administradores cinge-se apenas e só à comunicação da existência do problema. O legislador aparentemente procurou reforçar o papel dos acionistas, no entanto, acabou por se verificar uma “inversão de papéis”, passando a caber a estes a propositura e aprovação de medidas que entendam convenientes. É certo que os membros do órgão de administração poderão sempre por sua livre iniciativa apresentar medidas que visem reverter a situação, mas na verdade, entendo que a lei devia reforçar (como era o seu entendimento) a importância das funções inerentes à gestão de uma sociedade, impondo a quem se encontra em melhor posição para o efeito, o dever legal de apresentar medidas adequadas e necessárias para fazer face à perda de metade do capital social.

³⁷ Chama-se à atenção para a solução consagrada no ordenamento jurídico francês que traduz uma maior exigência face à nossa solução, dado que a aplicação do art. 35.º CSC está dependente não só de ser resultado da elaboração das contas, mas também que a perda seja evidenciada pelas contas aprovadas pelos sócios (*vide VENTURA, “Dissolução e liquidação de sociedades”, p. 142.*)

³⁸ MOTA PINTO, Alexandre, *Temas Societários – O Artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais na Versão mais Recente* – IDET, Almedina, Coimbra, 2006.

PAULO OLAVO CUNHA afirma que estamos perante “um claro retrocesso na matéria e no desenvolvimento de um princípio fundamental como é o da intangibilidade do capital social, está apenas em causa um mero conjunto de bons princípios que a sociedade já poderia adotar, voluntariamente, desprezando totalmente a proteção dos credores sociais e dos sócios minoritários e não prevendo o ressarcimento de uns e outros caso venham a ser prejudicados por confiarem erradamente na aparência externa da sociedade”³⁹ – no caso de a mesma não divulgar a insuficiência de capitais próprios, mesmo que esteja obrigada a fazê-lo⁴⁰.

As mais recentes alterações manifestaram-se também como algo positivo, nomeadamente no que diz respeito à cláusula aberta quanto ao “se” da tomada de medidas para enfrentar a situação por parte dos sócios. Cai, assim, por terra, as consequências automáticas tão gravosas, que acabariam por resultar quase numa antecipação da sentença de dissolução da sociedade. Refira-se ainda que por via do nº3 do artigo em análise, existe apenas uma exemplificação das medidas⁴¹ que os sócios poderão tomar, não está em causa uma enumeração restritiva – apenas existe a obrigatoriedade quanto ao conteúdo mínimo do aviso convocatório da AG.

Tal como refere P. TARSO DOMINGUES, o regime previsto para a perda grave do capital social, deve, no entanto, ser reservado para situações de desequilíbrio patrimonial considerado estrutural, e não para situações de perdas, “fortuitas ou ocasionais”⁴². Não deve, por isso, ser um mecanismo “banalizado”, já que uma possível situação de perda grave que conste das contas do primeiro exercício, pode já estar ultrapassada no segundo semestre. Quanto a este ponto, A. MOTA PINTO entende que não está em causa apenas o apurar se o património se tornou inferior a metade do capital social ou sequer de verificar se as perdas sofridas num só exercício ou as perdas acumuladas em vários exercícios são superiores a metade do capital social, mas sim analisar se essa acumulação de perdas fez perigar de tal forma o capital próprio, que o coloque abaixo de metade do capital social.

Por forma a apurar a perda de metade do capital social, as contas devem ser realizados segundo o princípio da continuidade, isto é, tem de se considerar que a sociedade continuará a exercer a sua atividade sem a estipulação de um “prazo de validade”. É importante reforçar-se a ideia de que a perda de metade do capital consiste num “sinal objetivo que o Direito fornece aos sócios e aos credores, para que tomem conhecimento da situação financeira da

³⁹ OLAVO CUNHA, Paulo, *Direito das Sociedades Comerciais, Capítulo VII – Alterações do contrato de sociedade*, Almedina, pp.875 ss.

⁴⁰ Alerta-se para o facto de ao serem aplicadas coimas, estas irão reverter para o Estado (Instituto dos Registos e Notariado, I.P.), coloca-se a questão: **quem irá indemnizar o credor ou o sócio minoritário?** P. OLAVO CUNHA remete para a responsabilidade por omissão de actos legislativos.

⁴¹ Análise das possíveis medidas a tomar pelos sócios no ponto g. do presente capítulo.

⁴² DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Varições sobre o capital social – O regime português (e europeu) do capital social*, Almedina, pp. 354 ss.

sociedade”, não está por isso em causa a existência da sociedade ou uma aproximação inevitável da falência ou liquidação da sociedade, sendo fundamental que a avaliação patrimonial que tem necessariamente de ser feita, deva basear-se num cenário de continuidade da atividade da mesma, e não já tendo em vista a liquidação e o seu respetivo valor⁴³.

O artigo 35º do Código das Sociedades Comerciais tem hoje a seguinte redação⁴⁴:

“Artigo 35.º

Perda de metade do capital

1 - Resultando das contas de exercício ou de contas intercalares, tal como elaboradas pelo órgão de administração, que metade do capital social se encontra perdido, ou havendo em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica, devem os gerentes convocar de imediato a assembleia geral ou os administradores requerer prontamente a convocação da mesma, a fim de nela se informar os sócios da situação e de estes tomarem as medidas julgadas convenientes.

2 - Considera-se estar perdida metade do capital social quando o capital próprio da sociedade for igual ou inferior a metade do capital social.

3 - Do aviso convocatório da assembleia geral constarão, pelo menos, os seguintes assuntos para deliberação pelos sócios:

- a) A dissolução da sociedade;
- b) A redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade, com respeito, se for o caso, do disposto no n.º 1 do artigo 96.º;
- c) A realização pelos sócios de entradas para reforço da cobertura do capital.”

Note-se que para definir quando e se se verifica a situação de perda de metade do capital social, é necessário proceder a uma análise do Balanço da sociedade em questão.

O Balanço representa a situação patrimonial da empresa (ativos, dívida e capital) num determinado momento. Por sua vez, a Demonstração de Resultados, é apresentada no final de cada período contabilístico (trimestre, semestre, ano). No entanto, “ao contrário da Demonstração de Resultados – que pretende representar factos ocorridos ao longo de um período – o Balanço é uma “fotografia” respeitante a um momento preciso”⁴⁵

O Balanço divide-se em três categorias fundamentais: ativo, passivo e capital próprio, sendo que o primeiro respeita a tudo aquilo que a empresa possui e que é suscetível de avaliação pecuniária – disponibilidades (dinheiro em numerário, depósito bancários e títulos negociáveis), créditos sobre clientes, *stocks* de mercadorias, equipamentos, instalações, entre outros.

⁴³ Alerta-se, no entanto, para o facto de se a situação de perda for irrecuperável, a avaliação já deverá ter em conta o valor de liquidação dos bens.

⁴⁴ Aprovada pelo DL nº 19/2005

⁴⁵ Para um maior aprofundamento cfr. ABREU ADVOGADOS, *Breves notas sobre o regime do artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais*, Maio de 2008.

O segundo, por sua vez, consiste no conjunto de fundos obtidos externamente pela empresa, seja através de empréstimos, seja através do diferimento de pagamentos (como é muito comum em relação aos fornecedores, ao Estado, e outras entidades).

Por último, o capital próprio corresponde ao capital pertencente aos sócios; representa o valor do investimento realizado por estes, adicionando os lucros (deduzido de eventuais prejuízos) obtidos ao longo dos exercícios passados e do exercício corrente.

A relação fundamental que está na base do Balanço cuja verificação é obrigatória traduz-se na seguinte expressão⁴⁶:

Ativo = Passivo + Capital Próprio

Em conclusão, e considerando a posição de OLAVO CUNHA relativa ao art. 35.º do CSC, enquanto “regra de verdade”, uma vez que traduz a preocupação de uma sociedade ter uma correspondência efetiva entre a sua verdadeira dimensão e aquela que faz transparecer para o mercado, por intermédio de vários sinais, como é o caso do capital social. No entanto, e em face da análise realizada, o mesmo autor questiona a utilidade prática do artigo, chegando a classificá-lo como uma “norma quase vazia”, na medida em que este se circunscreve à obrigatoriedade de prestar informação por parte do órgão de gestão e da consequente convocação da assembleia geral. Não menos importantes serão as dúvidas suscitadas quanto à desconformidade do mesmo relativamente ao conteúdo da Diretiva do capital social – Segunda Diretiva Comunitária, entretanto substituída pela Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2017 – no seu artigo 58.⁰⁴⁷ (anterior 17.º, n.º 1 e 2) ao determinar que “deve ser convocada uma assembleia geral no prazo fixado pelas legislações dos Estados-Membros, para examinar se a sociedade deve ser dissolvida ou se deve ser adotada qualquer outra medida”⁴⁸. Assim, a atual redação do artigo 35.º não acompanha na totalidade a Diretiva, na medida em que não há uma obrigatoriedade de adoção de qualquer medida, pelo que prevalecendo a inércia dos sócios, aparentemente, tudo ficará “como antes da convocatória da assembleia geral”. Perante este cenário, fica a dúvida quanto à solução preconizada, sendo que no meu entender seria benéfico regressar a um sistema “misto”, consagrando o atual dever de convocação ou de requer a mesma, por parte do órgão de gestão, mas também criando o dever de adoção de medidas necessárias e adequadas, pelos sócios após discussão em sede da AG, e em último caso, definir-se uma competência residual dos administradores/gerentes para adotarem as mesmas; não podendo ignorar o facto de ser universalmente aceite que perante uma situação de subcapitalização, a sociedade tem de fazer os possíveis para superar a mesma.

⁴⁶ Esta expressão constitui o princípio básico da contabilidade, segundo o qual a aquisição do património da empresa (ativo) tem que ser financiada por capitais dos sócios (capital próprio) ou por capitais alheios (passivo)

⁴⁷ Vide nota n.º 17

⁴⁸ Sublinhado pelo autor.

3.4 Obrigações dos membros do órgão de administração

Perante uma situação de perda de metade do capital social, recai sobre o órgão de administração o dever de convocar uma assembleia geral extraordinária⁴⁹, no entanto, chama-se à atenção para o facto de tratando-se de uma sociedade por quotas, a gerência tem o dever de convocar de imediato o órgão deliberativo por excelência; já no caso das sociedades anónimas, os administradores têm o dever de requerer ao Presidente da Assembleia, da forma mais célere possível, a sua convocação (cfr. art. 375º e 377º do CSC). Alexandre MOTA PINTO propõe um prazo de 60 dias para a realização da mesma, sendo, portanto, nesta obrigação que se “esgota” a atuação por parte do órgão de administração, à luz do atual modelo em vigor, no que respeita à situação em análise⁵⁰.

Cai por terra, portanto, a obrigação do órgão responsável pela gestão da sociedade, de propor medidas para enfrentar a situação de perda existente, repondo o equilíbrio patrimonial. Sublinhe-se, no entanto, a importância deste órgão poder apresentar, por sua iniciativa, mesmo que não impenda sobre si nenhum dever (pelo menos legal), uma vez que se encontram em melhor posição para aferir sobre qual ou quais as medidas a adotar mais adequadas e necessárias para reverter a situação de dificuldade.

PAULO VASCONCELOS entende, com a minha total concordância, que apesar da letra do artigo 35º do CSC não mencionar que o órgão de gestão ou administração deve apresentar medidas de saneamento financeiro (solução adotada na anterior disposição do artigo), através de uma análise interpretativa do próprio sistema do código das sociedades comerciais, consegue-se chegar a uma conclusão diferente. Veja-se o caso do artigo 66º do diploma referido⁵¹, constituindo este numa “análise equilibrada e global da evolução dos negócios, dos

⁴⁹ Vide ANEXO I uma minuta de convocatória da AG em sede do art. 35.º proposta pelo prof. Paulo OLAVO CUNHA

⁵⁰ MACHADO PLAZAS, *Perdida del capital...* pp.309

⁵¹ “Artigo 66º do CSC – Relatório da Gestão

1 - O relatório da gestão deve conter, pelo menos, uma exposição fiel e clara sobre a evolução dos negócios, do desempenho e da posição da sociedade, bem como uma descrição dos principais riscos e incertezas com que a mesma se defronta.

2 - A exposição prevista no número anterior deve consistir numa análise equilibrada e global da evolução dos negócios, dos resultados e da posição da sociedade, em conformidade com a dimensão e complexidade da sua actividade.

3 - Na medida do necessário à compreensão da evolução dos negócios, do desempenho ou da posição da sociedade, a análise prevista no número anterior deve abranger tanto os aspectos financeiros como, quando adequado, referências de desempenho não financeiras relevantes para as actividades específicas da sociedade, incluindo informações sobre questões ambientais e questões relativas aos trabalhadores.

4 - Na apresentação da análise prevista no n.º 2, o relatório da gestão deve, quando adequado, incluir uma referência aos montantes inscritos nas contas do exercício e explicações adicionais relativas a esses montantes.

resultados e da posição da sociedade”⁵², não pode por isso, descartar-se elementos essenciais como o balanço, a demonstração de resultados, a demonstração de fluxos de caixa, demonstrações de alterações do capital próprio, entre outros. Deste modo, e tratando-se de elementos relativamente aos quais existe um tratamento direto por parte do órgão de gestão, estranho será conceber que perante uma situação de perda de metade do capital social, não haja a imputação mínima de responsabilidade. Existe, no limite, um dever moral de atuação, pelo que não poderia ignorar a posição de P. VASCONCELOS.

A prestação de contas do art. 65º CSC, tem como principal função elaborar e fornecer a informação, quer a nível interno, quer externo, salvaguardando as matérias sensíveis para o primeiro plano, quanto à gestão e situação patrimonial da sociedade. Esta questão não pode, por isso, ser dissociada do exposto anteriormente, correspondendo num primeiro momento a um dever que recai sobre o órgão de administração, sendo certo que a sua justificação se prende com a necessidade de fiscalizar a atividade societária do ente coletivo. A prestação de contas assume um papel importante, nomeadamente quanto à fiscalização por parte do órgão

5 - O relatório deve indicar, em especial:

- a) A evolução da gestão nos diferentes sectores em que a sociedade exerceu actividade, designadamente no que respeita a condições do mercado, investimentos, custos, proveitos e actividades de investigação e desenvolvimento;
- b) Os factos relevantes ocorridos após o termo do exercício;
- c) A evolução previsível da sociedade;
- d) O número e o valor nominal ou, na falta de valor nominal, o valor contabilístico das quotas ou ações próprias adquiridas ou alienadas durante o período, a fração do capital subscrito que representam, os motivos desses atos e o respetivo preço, bem como o número e valor nominal ou contabilístico de todas as quotas e ações próprias detidas no fim do período;
- e) As autorizações concedidas a negócios entre a sociedade e os seus administradores, nos termos do artigo 397.º;
- f) Uma proposta de aplicação de resultados devidamente fundamentada;
- g) A existência de sucursais da sociedade;
- h) Os objectivos e as políticas da sociedade em matéria de gestão dos riscos financeiros, incluindo as políticas de cobertura de cada uma das principais categorias de transações previstas para as quais seja utilizada a contabilização de cobertura, e a exposição por parte da sociedade aos riscos de preço, de crédito, de liquidez e de fluxos de caixa, quando materialmente relevantes para a avaliação dos elementos do activo e do passivo, da posição financeira e dos resultados, em relação com a utilização dos instrumentos financeiros.

6 - Ficam dispensadas da obrigação de elaborar o relatório de gestão as microentidades, tal como definidas no n.º 1 do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de julho, alterado pela Lei n.º 20/2010, de 23 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de março, e pelas Leis n.ºs 66-B/2012, de 31 de dezembro, e 83-C/2013, de 31 de dezembro, desde que procedam à divulgação, quando aplicável, no final do balanço, das informações mencionadas na alínea d) do n.º 5 do presente artigo.”

⁵² VASCONCELOS, Paulo Alves de Sousa, *A perda grave do capital social*, Porto, Julho de 2006.

com competência específica, caso este exista, mas sobretudo pelos sócios, na qualidade de titulares de um direito tão importante como o direito à informação, no que se refere à gestão da sociedade e dos negócios levados a cabo pela mesma. Note-se que o direito à informação engloba muitos outros direitos, como o direito de voto para aprovar ou rejeitar a prestação de contas, bem como à impugnação da deliberação social que subjaz à prestação de contas, tendo ainda a possibilidade de através deste poder escrutinar e responsabilizar os órgãos de gestão e fiscalização. Refira-se ainda que a necessidade da prestação de contas não se esgota num âmbito privado da vida societária, já que está subjacente um princípio de interesse público, em proteger os terceiros, dos quais o próprio Estado, bem como os credores sociais.⁵³

Destacam-se de entre os demais documentos que compõem a prestação de contas: contas do exercício, relatório de gestão e proposta de aplicação de resultados. Por sua vez, cabe ao artigo 66º do CSC a definição do conteúdo mínimo do relatório de gestão, o qual deve refletir a gestão em vigor de um modo geral, mas também abordar aspetos concretos da mesma, nomeadamente com o objetivo de aferir a real situação patrimonial da sociedade; deve contar uma “análise equilibrada e global”, bem como previsões o mais exatas possível relativamente à evolução da atividade exercida⁵⁴.

O dever de prestação de contas – aplicável a todos os tipos societários – subdivide-se enquanto dever geral, em dois: o de elaboração do relatório de gestão, das contas do exercício em causa e de outros documentos como a proposta de aplicação de resultados, seguindo-se o dever de submissão dos documentos aos órgãos competentes.

Não menos importante, será a necessidade de zelar pelo cumprimento das obrigações decorrentes do art. 35.º - portanto, perante uma situação de perda de metade do capital – conforme mencionado temos a convocação da assembleia geral, bem como o de incluir na ordem de trabalhos os temas que constam do nº3. Nas SQ, a AG pode ser requerida por qualquer gerente, segundo o art. 248º, nº3. Mesmo na hipótese de todos os sócios estarem ao corrente da situação, por exemplo, por todos assumirem a qualidade de gerentes, a obrigação de convocação da AG mantém-se, uma vez que esta não existe apenas para informar, mas também constitui uma “janela de oportunidade” para que os mesmos possam tomar as medidas que considerem como adequadas a reverter a situação. Já nas SA, conforme já foi adiantado, cabe aos administradores requerer ao presidente da AG a convocação da mesma anunciando juntamente o motivo para a sua realização, existindo também a obrigação de inclusão dos referidos temas na ordem de trabalhos, sendo certo que o incumprimento desse dever implicará responsabilidade penal, punível com prisão até 3 meses e multa até 90 dias (cfr. Artigo 523º CSC). No plano cível, os administradores também poderão ser

⁵³ Para um maior aprofundamento cfr. MOTA PINTO, Alexandre, *A prestação de contas e o financiamento das sociedades comerciais*, em FRANCISCO DE SOUSA DA CÂMARA, J. L. SALDANHA SANCHES e JOÃO TABORDA DA GAMA (org.), *O Direito do balanço e as normas internacionais de relato financeiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007. 78 e ss.

⁵⁴ No caso das SA deve ainda abordar as informações previstas nos arts. 447.º e 448.º CSC.

responsabilizados sempre que os pressupostos dos arts. 72.º, 78.º e 79.º do CSC estejam verificados, pelos prejuízos causados tanto a credores sociais, como aos próprios sócios, ou terceiros em sentido lato, em consequência da violação das obrigações existentes. MENEZES CORDEIRO quanto à extensão da responsabilidade em relação aos sócios e terceiros pelos prejuízos causados, tem um entendimento algo restritivo, dado que o art. 79.º limita a responsabilidade aos danos causados de forma direta.

3.5 Obrigações dos membros do órgão de fiscalização

À luz dos deveres de prevenção e vigilância que constam dos artigos 262.º-A e 420.º-A do CSC, o órgão de fiscalização⁵⁵ tem como missão alertar os membros do órgão de administração relativamente à situação de perda grave do capital social. A comunicação deve ser feita por carta registada, sendo que se não existir resposta num prazo de 30 dias, ou esta se revele insatisfatória, caberá então ao órgão de fiscalização requerer a convocação de uma assembleia geral. Note-se que relativamente à situação de perda de metade do capital social, existe, de facto, um dever de o reportar ao órgão de administração, sob pena de poder incorrer em responsabilidade civil por via dos arts. 81.º, 82.º (tratando-se apenas de um fiscal único) e 420.º-A do CSC.

Quanto ao dever de vigilância, aplica-se às SQ o previsto no art. 420.º-A para as SA, salvo regulação específica. Assim, ao abrigo deste dever, o órgão de fiscalização dirige-se também por carta registada, sendo que se este não responder ou se a mesma for insuficiente, caberá ao órgão “vigilante” requerer ao presidente do conselho de administração (no caso de uma SA), que no prazo de 15 dias convoque o Conselho, contando com a sua presença (ROC)⁵⁶, tendo em vista “apreciar os factos e a tomar as deliberações adequadas”. Caso a referida reunião não ocorra, ou se as medidas tomadas forem consideradas como insuficientes para a salvaguarda dos interesses das sociedade, o revisor oficial de contas (ROC), num prazo de 8 dias, requer igualmente por carta registada, a convocação de uma AG para “apreciar e deliberar sobre os factos constantes das cartas referidas (...) e da ata da reunião do Conselho”. Nos termos do nº5 do artigo 420.º-A, o revisor oficial de contas que não cumpra com as diretrizes acima mencionadas é solidariamente responsável com os membros do conselho de administração ou conselho de administração executivo (consoante o modelo de governação adotado), pelos prejuízos causados à sociedade.

Por fim, uma vez que o órgão de administração está obrigado nos termos já expostos no ponto anterior, em caso de incumprimento, e tendo o órgão de fiscalização conhecimento do

⁵⁵ Note-se que a fiscalização nas SQ pode ser obrigatória por via do art. 262º, nº2 do CSC quando se verificarem 2 dos 3 pressupostos:

- O total do balanço: 1 500 000 €
- Total das vendas líquidas e outros proveitos: 3 000 000 €
- Nº de trabalhadores empregados em média durante o exercício: 50

⁵⁶ Poderá sofrer sanções disciplinares ao abrigo do respetivo estatuto que consta da Lei nº 140/2015, 7 de Setembro.

mesmo, caber-lhe-á reportar o sucedido mediante denúncia ao Ministério Público para que este possa instaurar um processo-crime contra os membros que compõem o órgão de gestão.

3.6 A publicidade externa da situação de perda grave do capital social e o artigo 171.º CSC

Face a uma situação de perda grave do capital social, se os sócios não adotarem qualquer medida que procure reverter a situação, nos dias de hoje, apenas será exigido, nos termos do art. 171.º n.º 2⁵⁷, que a sociedade dê publicidade a esse facto, relativamente a todos os atos que tenham relevância externa. Assim, a imposição referente às sociedades de capitais, visa dar conhecimento a terceiros da situação existente, mencionando o montante do capital próprio, de acordo com os dados que constam do último balanço aprovado, sempre que este seja igual ou inferior ao capital social.

A perda de metade do capital constitui um sinal de alerta para os sócios, na medida em que está em causa uma situação de dificuldade, havendo necessidade de tomar medidas, por forma a evitar hipotecar o futuro da sociedade, indo ao encontro das pretensões da própria Diretiva.

Recorrendo ao art. 171.º, n.º2 conclui-se que a obrigatoriedade de dar publicidade à situação não é imediata, carecendo de suporte, conforme já mencionado, no balanço aprovado; tem, portanto, de existir uma confirmação por parte dos sócios relativamente à perda de metade do capital por intermédio da aprovação das contas.

No entanto, alerta-se para os potenciais efeitos negativos decorrentes desta imposição, uma vez que poderá suceder que mesmo tendo havido lugar à redução do capital, ou a outra medida, salvaguardando-se assim a solvência da sociedade, poderá mesmo assim revelar-se insuficiente em razão da descredibilização da sociedade junto de terceiros decorrente de todo este processo. Pode, inclusivamente, acontecer que a situação de perda verificada não corresponda a um problema estrutural, mas uma vez tornada pública a referida situação, muitos poderão ser os agentes económicos que optam por se distanciar da sociedade visada.

Por outro lado, um dos principais problemas para o tráfico jurídico da situação de perda de metade do capital social, corresponderá ao facto de esta continuar a apresentar um capital social “fictício” que excede o seu capital próprio, criando o risco de que os terceiros que contratam com ela possam ser induzidos em erro acerca da sua situação patrimonial.

No preâmbulo do DL n.º 19/2005, de 18 de Janeiro, o legislador considera o seguinte:

“A eliminação do risco atrás mencionado, todavia, não impõe que o capital social seja reduzido, bastando que a situação seja objeto de adequada publicitação. Daí a imposição, que

⁵⁷ SOVERAL MARTINS “Comentário ao art. 171º” in “CSC em comentário”, 2011, p. 734.

agora se consagra, de que o capital próprio segundo o último balanço aprovado conste de todos os atos externos da sociedade sempre que não seja superior a metade do capital social”.

Importa referir que os membros do órgão de gestão que incumprirem a obrigação de publicidade externa prevista no artigo em análise, poderão incorrer em responsabilidade civil⁵⁸, desde que se encontrem verificados os respetivos pressupostos, por credores “que aleguem e demonstrem que, se tivessem conhecimento daquela situação de perda do capital, não teriam concedido crédito à sociedade”⁵⁹, isto é, a decisão de contratar com a sociedade teve como condição essencial para a formação da respetiva vontade, a solidez financeira da mesma.

Por fim, de acordo com o artigo 528.º do CSC, a sanção prevista para a violação do referido dever de publicidade consiste na aplicação de uma coima, cujos valores variam entre € 250,00 e € 1.500,00. A competência para organização do processo e a decisão para aplicação desta coima pertence quer ao Diretor Geral do Instituto dos Registos e do Notariado, I.P. quer ao conservador da conservatória do registo comercial do concelho da sede da sociedade.

3.7 Medidas contidas no artigo 35º do CSC

Em face da situação de perda de metade do capital social, muitas são as medidas que os sócios podem aprovar em sede de assembleia geral extraordinária. No entendimento de A. MOTA PINTO, a opção mais vantajosa em teoria, corresponderá à **realização de entradas ou reintegração do capital social**, por forma a recapitalizar a sociedade. No entanto, esta solução parte de uma premissa nem sempre fácil de verificar: a existência de meios financeiros por parte dos sócios. Desta forma, o cenário de dissolução da pessoa coletiva em causa é afastado, contribuindo para aumentar o património social, e consequentemente reforçar a “verdadeira” garantia dos credores. Outra das inegáveis vantagens prende-se com a celeridade da mesma, dado que é quase imediata, dispensando formalidades quase sempre incontornáveis noutras possíveis soluções, desde logo, a alteração do contrato. Por outro lado, uma das desvantagens evidentes, será o esforço adicional por parte dos sócios para desembolsar o montante necessário, podendo ser um foco de instabilidade, dado que raros são os casos em que todos têm essa disponibilidade, mas todos acabarão por beneficiar do reforço patrimonial.

Note-se que apenas será necessária uma deliberação para aprovação da medida por maioria simples no que diz respeito à posição defendida por MOTA PINTO, uma vez que resulta da conjugação da responsabilidade limitada dos sócios com o princípio enunciado no art. 86.º, n.º2, apesar de numa primeira fase poder retirar-se a conclusão oposta, na verdade, defende que a deliberação que seja aprovada por maioria simples apenas obriga os sócios que votarem favoravelmente. Reforça a ideia que estas entradas previstas no art. 35º são distintas

⁵⁸ Segundo COUTINHO DE ABREU, este seria um “dos casos típicos de responsabilidade civil por violação de norma legais de protecção de terceiros.” (cfr. *Responsabilidade civil...*, pp. 85 ss.)

⁵⁹ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Varições sobre o capital social – O regime português (e europeu) do capital social*, Almedina, pp. 358 ss.

das previstas numa fase inicial de constituição da sociedade. Aqui pretende-se apenas reforçar os capitais próprios da sociedade (pretende-se cobrir as perdas), não resultando daqui qualquer contrapartida a nível de aquisição de quotas ou ações. No entanto, existem outras posições como a de P. TARSO DOMINGUES que entende que a operação de reintegração do capital social requer uma deliberação por unanimidade, invocando nomeadamente o perigo de uma parte dos sócios poder obrigar os restantes – na qualidade de detentores de uma maioria qualificada dos votos – a realizar novas entradas. Tal solução apenas poderia ter lugar, no caso de estar contratualmente definida a existência da obrigação de prestações acessórias, ou fazendo uma ressalva essencial, indo ao encontro da posição anterior: a nível de reintegração do capital através de novas contribuições – “na falta de estipulação contratual em sentido diverso – só poderá resultar do consentimento individual de cada sócio”⁶⁰, isto é, apenas vincularia os sócios a título individual. Note-se que no caso de uma votação em que a maioria aprova a reintegração, este resultado apenas se traduziria num compromisso individual de cada sócio.

Saliente-se que constitui uma exceção à regra da competência exclusiva dos acionistas para deliberarem alterações do contrato de sociedade, na medida em que a administração pode decidir a realização de novas entradas - a competência do órgão de administração é cumulativa - dependente de autorização contratual que especifique um montante máximo (cfr. Art. 456.º, nº 1 e 2).

Quanto ao montante do reforço de capital, a sua definição é livre, estando apenas dependente da vontade dos sócios, tendo sido suprida a exigência de cobrir um mínimo de dois terços do capital social. A deliberação poderá resultar na realização de entradas de valor idêntico às perdas acumuladas, compensando o valor das perdas; de valor equivalente ao montante das perdas que excederam metade do capital social; entradas de valor superior às perdas, constituindo uma reserva com o montante em excesso, e por fim, os sócios poderão, inclusivamente, realizar entradas de valor inferior, mantendo assim os capitais próprios a um nível inferior a metade do capital social.

Uma solução que se apresenta como mais vantajosa será a realização de prestações suplementares (existindo previsão contratual), aumentando a cifra do capital próprio, permitindo a reposição do equilíbrio patrimonial da sociedade, e com uma probabilidade maior de restituição na íntegra, em caso de recuperação e de bons resultados. Seria também uma forma de ultrapassar potenciais conflitos entre os sócios, quando apenas uns se mostrem disponíveis para recapitalizar a sociedade, sendo certo que os restantes acabarão sempre por beneficiar desse reforço. No entanto, tenha-se em consideração que as prestações suplementares, ainda hoje são vistas como sendo apenas admissíveis para as SQ para alguma doutrina, e que para as SA, o legislador apenas prevê a existência de prestações acessórias (*ponto 2, Capítulo IV*).

⁶⁰ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações sobre o capital social – O regime português (e europeu) do capital social*, Almedina, pp. 368 ss.

Quanto à **redução do capital social** esta pode traduzir-se em dois cenários: o primeiro que se refere à libertação de meios, no caso de existir excesso de capital, ou o segundo, que diz respeito à cobertura de prejuízos, a qual está claramente mais próxima do art. 35.º. Tal solução levará sempre a uma alteração do contrato de sociedade, que exigirá sempre o recurso à escritura pública (art. 85.º, n.º3)⁶¹. Esta medida não representa um aumento do capital próprio nem do património societário, e consequentemente também não satisfaz as pretensões dos credores sociais, dado que não aumenta a sua garantia, nem contribui diretamente para o financiamento da sociedade, mas salvaguarda as expectativas destes, uma vez que aproxima o capital próprio do montante do capital social. Já numa fase posterior, este mecanismo poderá revelar-se mais benéfico para os sócios contrastando com uma desvantagem para os credores, dado que diminuindo o capital social, será mais fácil a distribuição de lucros, uma vez que o montante correspondente deixa de estar alocado à compensação de perdas, por forma a garantir a conservação do capital social. Os credores, assistindo à redução do capital, vêem as suas garantias serem reduzidas⁶².

A deliberação deverá mencionar os seguintes elementos (art. 94.º CSC):

- A **finalidade** da redução que se subdivide entre uma imediata e outra mediata, em que a primeira corresponderá à cobertura de perdas, e a segunda ao restabelecimento do equilíbrio patrimonial da sociedade;
- A **forma**, referindo se a mesma ocorrerá em termos proporcionais ao valor nominal das participações, ou se procede a um reagrupamento ou extinção das participações;
- O **montante** em causa e o **valor do capital social** que se visa obter com a redução.

Havendo lugar a uma alteração de contrato, a deliberação para ser aprovada, necessitará de uma maioria qualificada de 3/4 dos votos correspondentes ao capital social nas SQ (art. 265.º, n.º1) e 2/3 dos votos emitidos para as SA (art. 386.º, n.º3).

Ressalve-se ainda a possibilidade de a redução ficar abaixo do mínimo legalmente previsto, ficando, contudo, condicionada à realização de um futuro aumento de capital nos 60 dias seguintes, em montante igual ou superior (*remissão para o ponto seguinte*).

A **dissolução da sociedade** consagrada no art. 141.º, n.º1, b), obriga a que a respetiva deliberação tenha por base uma maioria de 3/4 dos votos correspondentes ao capital social nas SQ (cfr. art. 270.º, n.º1), e de 2/3 dos votos emitidos no caso de se tratar de uma SA (cfr. art. 386.º, n.º3). De todas as possibilidades, esta caracteriza-se por ser, à partida, a medida

⁶¹ Necessitará também da respectiva inscrição no registo comercial

⁶² “Dentro do prazo de um mês a contar do registo da redução do capital, os credores cujos pedidos de pagamento ou de prestação de garantias, apresentadas à sociedade há pelo menos 15 dias, não tenham sido satisfeitos, podem requerer ao tribunal que a sociedade fique impedida de distribuir lucros durante certo período, a menos que satisfaça os créditos ou preste garantias (art. 96.º, nº 1 e 2).” Vide PEREIRA DE ALMEIDA, António, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros E Mercados*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp.684

menos desejada pelos sócios e pelos credores, exceto se a recuperação se revelar como algo muito pouco provável. Se a perda de metade do capital deixou de constituir fundamento de dissolução da sociedade por via do art. 35.º, tem-se entendido que no mesmo sentido, também não deverá ser incluída como um dos motivos para a dissolução à luz do art. 142.º, n.º3, até porque se o entendimento fosse outro, estar-se-ia a criar a possibilidade de a mesma ocorrer por deliberação aprovada por maioria dos votos expressos, podendo ainda ser requerida por qualquer sócio ou credor social⁶³.

Assim, a dissolução sugerida no art. 35.º, nos moldes atuais, significa que a mesma pode ter lugar nos termos gerais, através de uma deliberação aprovada por maioria qualificada, sendo que nas SQ, será necessário reunir 75% dos votos correspondentes ao capital social (art. 270.º CSC), sendo que nas SA, terá a aprovação se corresponder a 2/3 dos votos emitidos em assembleia. No entanto, no caso de segunda convocação, apenas será necessária a presença de, pelo menos, metade do capital social, cuja aprovação terá de ocorrer por maioria dos votos emitidos de acordo com os arts. 383, n.º2 e 386.º, n.º 3 e 4 CSC).

Finalmente, note-se que se as deliberações forem aprovadas, sem as maiorias exigidas por lei, por via do art. 58.º, n.º1 do CSC, as mesmas serão meramente anuláveis.⁶⁴

4. Outras medidas existentes para fazer face ao desequilíbrio patrimonial: aumento de capital e “operação-acordeão”

O aumento de capital apresenta-se como uma das possíveis soluções para reverter a situação de subcapitalização. No entanto, a questão essencial que consiste na desigualdade verificada entre o património líquido da sociedade e a cifra anunciada de capital social, não poderá ser resolvida na íntegra.⁶⁵ Deste modo, o aumento de capital é considerado por alguns autores como uma forma de “mascarar” a situação de dificuldade, não devendo, por isso, ser considerado como uma verdadeira medida de saneamento financeiro. Posto isto, entendo que a análise da questão deverá ser o mais ampla possível, na medida em que, o aumento de capital poderá ser um meio muito importante para atingir um fim; num primeiro momento superando a questão da perda de metade do capital, e consequentemente fazendo cair a obrigação de publicidade externa da situação prevista no art. 171.º, n.º2 CSC.

⁶³ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações sobre o capital social – O regime português (e europeu) do capital social*, Almedina, pp. 360 ss.

⁶⁴ Está em causa um vício procedimental (Vide PEDRO MAIA, “*Deliberações dos sócios*”, pp.246 s.

⁶⁵ Veja-se uma hipótese meramente exemplificativa, em que uma sociedade apresenta um capital social de € 20.000 e uma Situação Líquida de € 8.001. Assim, estando verificados os pressupostos do art. 35.º -ocorrendo uma perda de metade do capital social – decidindo os sócios proceder a um aumento de capital de € 4.000, o capital social passará a ser de € 24.000, e a Situação Líquida em €12.001, cobrindo mais de metade do capital social, mas não solucionando por inteiro o desfasamento entre a SL e o CS.

Note-se que muitas das posições críticas a esta medida correspondem a ordenamentos jurídicos favoráveis ao modelo reativo para regular eventuais perdas de capital. No entanto, e recentrando a questão, o recurso ao aumento de capital parece ser um mecanismo muito positivo para restabelecer de forma célere o equilíbrio patrimonial. Neste sentido, permite-se alcançar uma solução estável, ainda que apenas num primeiro momento, dando espaço para que apenas os sócios que assim entendam (e tenham disponibilidade financeira), possam concorrer no aumento de capital, vendo a sua posição reforçada na exata medida da sua participação social, embora tendo como contrapartida óbvia, o aumento do risco de perda que é proporcional à participação. A nível externo, esta operação também se reflete positivamente, salvaguardando a posição dos credores societários, embora mais numa perspetiva futura quanto à distribuição de dividendos: aumentando o capital social, a distribuição apenas poderá ocorrer quando o valor patrimonial líquido atinja o novo valor do capital social resultante do aumento. Já neste primeiro momento, há lugar a um reforço das garantias dos terceiros credores, por via da necessidade de se verificar uma cobertura mínima correspondente a mais de metade do capital social, o que significa que o património líquido da sociedade será necessariamente superior ao existente antes do reforço realizado.

Por outro lado, não se pode ignorar a existência do risco de os terceiros credores que decidam contratar com a sociedade, o façam com base no capital social apresentado, o que pode não corresponder efetivamente ao património líquido da mesma.

Importa ainda reforçar que no caso de se tratar de uma perda de capital em grande escala, o aumento de capital pode não ser suficiente, a situação poderá ser mesmo inultrapassável por esta via: estando perdidos 2/3 do capital social (ou capitais próprios), o aumento teria de assumir proporções muito significativas com o objetivo de cobrir mais de metade do capital social, sendo que conforme foi referido, a sua variação acompanha os capitais próprios. Se o CS estiver em níveis próximos de zero, ou se a situação líquida for inquestionavelmente negativa, daqui resultará uma exigência muitas vezes incomportável para os sócios, dada a dimensão das injeções de capital que teriam de ocorrer⁶⁶.

Quanto à “**operação acordeão**” ou “operação harmónio”, consiste numa redução do capital social nominal, através da redução proporcional das participações sociais de cada sócio, e procedendo-se simultaneamente a um aumento por intermédio de novas entradas a realizar pelos sócios. Deste modo, obtém-se o equilíbrio patrimonial pretendido, em face das novas entradas registadas à luz do aumento de capital associado.

A redução do capital, em especial no tema em análise, isto é, em situação de perda grave, pode justificar que a mesma leve o capital a níveis inferiores ao capital social mínimo

⁶⁶ A dimensão do reforço necessário para ultrapassar a metade do capital social pode ser determinada pela seguinte expressão: **situação líquida + X > 1/2 (capital social + X)** – Para um maior aprofundamento cfr. CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais, Capítulo VII – Alterações do contrato de sociedade*, Almedina, pp. 873 ss.

definido⁶⁷ (consoante o tipo societário). Esta operação permite a eliminação dos prejuízos registados nas contas da sociedade, e ao mesmo tempo, a entrada de “*capital fresco*”⁶⁸. No entanto, o n.º2 do artigo 95.º do CSC, estabelece uma condição suspensiva, na medida em que a redução referida, carece da verificação do aumento do capital em montante igual ou superior ao mínimo definido, tendo a mesma de se realizar nos 60 dias subseqüentes à deliberação de redução do capital.

Importa referir que, a operação que leve à variação do capital social, implica sempre a existência de uma maioria para a respetiva alteração do contrato de sociedade, pelo que consequentemente, esta maioria obrigará os restantes sócios minoritários – se estes pretenderem manter as suas participações na mesma e exata proporção – a contribuir para a solução, isto é, para o saneamento financeiro necessário. Em caso de oposição, os sócios acabarão por ver as suas participações reduzidas, não podendo por isso, obter qualquer benefício decorrente da operação de aumento do capital. Note-se que para a situação descrita não é necessária a existência de uma cláusula contratual que obrigue à realização de prestações adicionais em caso de perda grave, desde que esteja em causa a maioria necessária para proceder à alteração do contrato⁶⁹.

Destaca-se a questão relativa à possibilidade de reduzir o capital social nominal a zero, nos casos de perda total, e não apenas de uma perda grave. Através desta operação, os sócios que se oponham, ou que não detenham capacidade financeira para concorrer no aumento de capital, podem ser excluídos da sociedade, uma vez que em virtude da operação, estes ficam sem qualquer participação no capital social. Muitas críticas ou reservas podem ser analisadas na doutrina quanto à “bondade” desta solução. Se existe, porventura, a crítica de que no momento em que o capital social atinge o “nível zero” não existem na prática sócios, na verdade, indo ao encontro da posição de P. TARSO DOMINGUES, entendo não existir qualquer provimento para esta crítica, um vez que apenas há lugar à redução do capital, na medida em que se verifique simultaneamente um aumento de capital, só depois desta operação, os efeitos da redução são efetivamente produzidos. Não se coaduna, portanto, com a realidade a hipótese de se cair num “vazio” na pendência das operações referidas.

No mesmo sentido, outra das críticas preconizadas a esta possibilidade, no meu entender, e acompanhando o citado autor, também não merece acolhimento – exige-se a aprovação da deliberação por unanimidade – uma vez que, funcionaria como um incentivo a perpetuar a situação de dificuldade, que muito provavelmente resultaria na falência da mesma. Note-se que a lei societária, em nenhum momento, estabelece requisitos diferentes para a

⁶⁷ Atente-se que o n.º3 do art. 95.º do CSC permite a transformação da sociedade para um tipo societário que possa apresentar um capital de montante muito reduzido

⁶⁸ Sobre esta operação, para um maior aprofundamento, *vide* DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações sobre o capital social*, cap. III, pp. 547 ss.

⁶⁹ Cfr. artigo 265.º CSC quanto às SQ e o artigo 383.º, n.º3 e 386.º, n.º3 e 4 do CSC para as SA.

aprovação da redução do capital social, logo, deve entender-se que se aplicam as regras gerais, carecendo, portanto, das maiorias necessárias previstas para cada tipo societário.

Em conclusão, sublinha-se a importância do papel do sócio minoritário em sede de operações desta natureza, conforme se pode concluir, por exemplo, após análise do art. 58.º do CSC, que se refere à possibilidade de anulação de uma deliberação abusiva - alínea b) do n.º1 – sempre que a operação de redução, sobretudo a de redução a zero, “não seja justificada pelo saneamento financeiro da sociedade”, os sócios têm ao seu dispor meios efetivos de reação contra a mesma.

5. A subcapitalização: perspetiva fiscal

No que concerne à designada subcapitalização real, isto é, a que resulta de diminuições de capital próprio, e apesar da mesma ter vindo a ser debatida, sofrendo um significativo grau de erosão, ainda é essa a orientação que se mantém em vigor. Mesmo com o que PINTO DUARTE considera ser os “fortes ventos” que se fazem sentir vindos da Europa, no sentido de não usar o valor do capital social para proteger os credores, o mesmo autor apresenta algumas reservas quanto a poder concluir se esses “ventos” terão a força necessária para derrubar a construção europeia, pelo que apesar de algumas posições diferentes que têm vindo a surgir, ainda se mantém em vigor a perspetiva protetora dos credores por via do capital social, assumindo-se enquanto “cifra de retenção” (procura-se evitar que o valor do capital próprio seja inferior ao valor do capital social).

No entanto, conforme já foi sublinhado, a existência de valores mínimos para o capital social tão diminutos para alguns tipos societários, não asseguram a viabilidade da sociedade, correspondendo a um “limiar de seriedade”⁷⁰. Note-se que em alguns sectores, tem sido notória a preocupação de combater a subcapitalização, como o sector financeiro, fixando-se regras para os mínimos de capitais próprios, como para a fixação dos rácios entre capitais próprios e alheios.

O CSC também procura regular a subcapitalização, existindo inúmeros exemplos conforme sintetiza PINTO DUARTE⁷¹:

- A proibição de distribuição aos sócios de lucros quando a situação líquida é inferior à soma do capital e das reservas não distribuíveis ou se torne inferior em resultado da distribuição que se pretende realizar (art. 32.º CSC);
- A proibição de distribuição aos sócios de lucros do exercício que sejam necessários para cobrir prejuízos transitados ou para formar ou reconstituir reservas obrigatórias (art. 33.º, n.º1 CSC);
- A proibição de distribuição aos sócios de lucros enquanto as despesas de constituição, de investigação e de desenvolvimento não estiverem completamente

⁷⁰ MOTA PINTO, Alexandre, *Do Contrato de Suprimento*, obra cit., p. 164.

⁷¹ DUARTE, Rui Pinto, *A Subcapitalização das Sociedades*, cit. P1075 e ss.

amortizados, exceto se o montante das reservas livres e dos resultados transitados, for, pelo menos, igual ao dessas despesas não amortizadas (art. 33.º, n.º2 CSC);

- A proibição de distribuição aos sócios de reservas que não figurem no balanço (art. 33.º, n.º3);
- A imposição aos membros da administração da obrigação de não cumprirem deliberações dos sócios de distribuição de bens quando tenham fundadas razões para crer que alterações entretanto ocorridas tornariam a deliberação ilícita⁷²;
- A proibição de redução do capital com o objetivo de entregar bens aos sócios, que se traduza numa situação líquida inferior a 120% do montante do capital social (art. 95.º, n.º1);
- A possibilidade dos credores exigirem a satisfação dos seus créditos ou a prestação de garantias adequadas, no caso de existir uma redução do capital, com o intuito de entregar bens aos sócios; podendo, inclusivamente, requerer por via judicial a distribuição de reservas disponíveis ou a proibição/limitação de distribuição dos lucros do exercício por um determinado período (art. 96.º);
- O regime de redução de capital por extinção de ações próprias (art. 463.º, n.º2, al. b));
- A proibição de cisão simples, se o valor do património da sociedade cindida se tornar inferior à soma das importâncias do capital social e da reserva legal, ao qual acresce o valor das prestações suplementares, e se não se tiver procedido, antes da cisão ou em conjunto com esta, à redução do capital social – necessidade do capital da sociedade a cindir esteja deliberado na totalidade (art.123.º);
- A proibição de transformação no caso do património ser inferior à soma do capital e da reserva legal (art. 131.º, n.º1, al. b));
- A proibição de liquidação de partes sociais em sociedades em nome coletivo, se em resultado da liquidação, a situação líquida se tornar inferior ao capital social (art. 188.º, n.º1);
- Conforme resulta da análise feita no Capítulo IV: a proibição de restituição das prestações suplementares em caso de situação líquida ficar inferior à soma do capital e da reserva legal (art. 213.º, n.º1);
- A proibição de assistência financeira enquanto limitação aos empréstimos a terceiros e à prestação de garantias relacionados com a aquisição de ações da sociedade que consta do art. 322.º; à qual se segue a limitação á aquisição de quotas e ações próprias que consta do art. 325.º e seguintes;
- As limitações à amortização de quotas, de ações e remição destas (arts. 236.º e 346.º);

⁷² Alerta-se que para efeitos do art. 32.º, a deliberação dos sócios será ilícita, se a deliberação de distribuição de lucros ou de reservas que tenha por base contas da sociedade com vícios cuja correção inviabilizaria a deliberação de distribuição nos termos dos arts. 32.º e 33.º.

Só o art. 35.º acaba por “fugir à regra” de ter um papel ativo em evitar que o nível do capital próprio desça para valores inferiores ao capital social (*remissão para o ponto 3.*).

Em face do aparente “desinteresse” do legislador relativamente à questão da subcapitalização real, pode causar surpresa, que quanto à chamada subcapitalização nominal, o tratamento seja diferente. Tem sido entendido como um dos primeiros sinais mais visíveis dessa preocupação, a limitação relativa à consideração enquanto custos dos juros pagos a sócios enquanto contrapartida de créditos por eles concedidos⁷³. Consideravam-se custos ou perdas imputadas ao exercício os que, de acordo com os limites razoáveis pela Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, se mostrassem indispensáveis “suportar para a realização dos proveitos ou ganhos sujeitos a imposto e para a manutenção da fonte produtora”⁷⁴.

Por sua vez, o CIRC veio um pouco na mesma linha do anterior código mencionado, no que diz respeito ao artigo 23.º. Existiu, contudo, uma diferença mais evidente quanto aos juros provenientes de suprimentos e empréstimos realizados pelos sócios, uma vez que o legislador optou por substituir os “limites razoáveis” pela não dedutibilidade do valor que exceda o montante que resulte da aplicação de uma taxa – a atual Euribor a 12 meses do dia da constituição da dívida ou outra taxa que tenha sido definida por portaria emanada do Ministério das Finanças, desde que utilizando aquela taxa como indexante – veja-se o art. 45.º, n.º1, al. j).

Um dos problemas que tem merecido a atenção do legislador ao longo dos anos, diz respeito à utilização de entidades situadas noutros países, portanto, entidades não residentes em território nacional. Foi através do DL n.º 5/96, de 29 de Janeiro, que o legislador português, sofrendo influências de outras ordens jurídicas, aditou o artigo 57.º (criando o art. 57.º-C) que tinha como epígrafe “subcapitalização”, que tal como foi referido, limitava o valor dos juros que poderiam ser deduzidos pelo sujeito passivo, quando o credor fosse uma entidade não residente, seguindo-se outras medidas, que por exemplo, incidiam sobre os pagamentos realizados a entidades residentes em “paraísos fiscais” ou países cujo regime fiscal era privilegiado (os artigos 57.º-A e 57.º-B correspondem aos atuais 65.º e 66.º do CIRC). Um aspeto essencial da atual solução, que dificulta a fuga da matéria tributável para outro EM, estabelecendo uma diferença significativa para a redação anterior, corresponde à equiparação de entidades não residentes em Portugal, mas residentes noutro Estado-Membro da União Europeia, a entidades residentes em território português⁷⁵.

Posto isto, importa destacar apenas alguns aspetos que considero essenciais para a compreensão deste ponto, procurando resumir a posição de PINTO DUARTE:

⁷³ Visível no artigo 26.º do Código da Contribuição Industrial.

⁷⁴ PINTO DUARTE, Rui, *A Subcapitalização das Sociedades*, cit. p. 1075.

⁷⁵ Introduzida pela Lei n.º 60-A/2005, de 30 de Dezembro (lei orçamental para o ano de 2006).

- Para efeitos de cálculo do endividamento, consideram-se todas as formas de crédito, inclusivamente, “operações comerciais com espera de preço quando decorridos mais de seis meses sobre o seu vencimento” (art. 67.º, n.º4);
- Quanto ao cálculo do capital próprio, “contam o valor do capital social realizado e as demais rubricas que integram o capital próprio segundo as regras contabilísticas”, com exceção das que traduzem mais-valias ou menos-valias em potência, como as que resultem da aplicação do método da equivalência patrimonial ou de reavaliações não autorizadas por regras fiscais (art. 67.º, n.º5)⁷⁶
- No entanto, se o sujeito passivo demonstrar que considerando os critérios relevantes para o efeito, como o tipo de atividade, sector em que se insere, bem como a sua dimensão, e que poderia ter obtido o mesmo nível de endividamento de uma entidade independente, será aplicável o regime exposto. Contudo, é necessário sublinhar o seguinte: a demonstração mencionada não é admitida quando o credor for entidade residente em “paraíso fiscal” que conste da lista aprovada por portaria do Ministério das Finanças (arts. 67, n.º6 e 7)⁷⁷.

5.1 Subcapitalização enquanto medida anti abuso?

Note-se que apenas recentemente foi introduzida a chamada “cláusula geral anti abuso”, hoje presente no art. 38.º, n.º2 da Lei Geral Tributária. CASALTA NABAIS integra essa questão na regulação dos preços de transferência, por corresponderem aos preços dos empréstimos⁷⁸.

O art. 28.º da Lei n.º 39-B/94, de 27 de Dezembro já estabelecia que “sempre que o endividamento directo ou indirecto de um sujeito passivo com entidade não residente é excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso têm a consideração de lucros distribuídos para efeitos de tributação”.

Em sede de Imposto de Selo, destaca-se também a operação de concessão de crédito e os juros cobrados respetivamente. Quanto à primeira, conforme consta do art. 17.º da Tabela Geral do Imposto de Selo, que respeita às “Operações Financeiras”, incide na utilização de crédito sob diferentes formas, nomeadamente, operações de tesouraria quando envolvem

⁷⁶ Vide DUARTE, Rui Pinto, *A Subcapitalização...* obra cit. P. 1078 e ss (Sublinhado nosso)

⁷⁷ É revogada a Portaria n.º 345-A/2016, de 30 de dezembro, que retira a Ilha de Man, Jersey e o Uruguai da lista dos países, territórios e regiões com regimes de tributação privilegiada claramente mais favoráveis, aprovada pela Portaria n.º 150/2004, de 13 de fevereiro, reprimando-se a lista anteriormente vigente. – Art. 290.º da Lei do Orçamento de Estado de 2018 (Lei n.º 114/2017, de 29 de Dezembro).

⁷⁸ CASALTA NABAIS, José, *Direito Fiscal*, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2006, p. 583.

qualquer tipo de financiamento, em que a posição dominante na doutrina, aparenta ir no sentido de que está também aqui incluída a concessão de crédito por sócios a empresas⁷⁹.

Quanto à tributação dos créditos dos juros dos sócios, importa que referir que se passou de uma fase em que os juros eram tributados em sede de imposto de capitais (antes da reforma fiscal de 1988 e 1989), passando a ser tributados como os demais rendimentos, por via do IRS, do IRC e do Imposto de Selo. Transpondo a questão para um período recente, com a lei orçamental de 2011 (Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro), veio o art. 7.º, n.º1, al. i), isentar os empréstimos com características de suprimentos, incluindo os respetivos juros efetuados por sócios à sociedade, e é neste último ponto, que algumas dúvidas surgiram. A que características se refere o legislador quando equipara determinados empréstimos aos suprimentos? PINTO DUARTE questiona se será a titularidade dos sócios, ou o facto da sociedade devedora ser por quotas, ou até o carácter de permanência do crédito, que está na base desta equiparação. Entende que está subjacente um favorecimento ao instituto dos suprimentos, quando comparado com os demais empréstimos dos sócios, afirmando que o mesmo é aparentemente contraditório com outras posições tomadas pelo legislador noutros momentos.

No meu entendimento, a intenção do legislador de dar um sinal aos sócios de incentivo à realização de aumentos de capital em dinheiro, vai ao encontro das necessidades, em muitos casos evidentes, de reforçar os níveis de capital das pequenas e médias empresas. Neste sentido, o legislador procurou ir um pouco mais longe, ao alargar o âmbito da isenção, eliminando um dos requisitos: “o prazo inicial não inferior a um ano” para que os sócios só pudessem ser reembolsados após o fim do mesmo. No entanto, partilho da posição crítica do citado autor, quando refere o risco inerente à utilização de conceitos indeterminados⁸⁰, como o “crédito com carácter de permanência”, o que vai em sentido oposto à necessidade de antecipação e previsibilidade que caracteriza a tributação.

Em conclusão, em sede de análise do tema da subcapitalização das sociedades comerciais, é obrigatória a abordagem da fiscalidade ligada à atividade empresarial. Assim, é essencial analisar numa perspetiva transversal aos diferentes diplomas, nomeadamente, o CSC, em que se destaca o regime do contrato de suprimento (*desenvolvido no capítulo IV*) e diversas disposições no campo fiscal. É igualmente importante, enquadrar o papel que os próprios órgãos de gestão das sociedades podem ter na viabilidade das mesmas, através da

⁷⁹ Para um maior desenvolvimento, cfr. PATRÍCIO AMORIM, Pedro, A Isenção de Imposto do Selo na Gestão de Tesouraria dos Grupos Económicos, in *Fiscalidade*, n.º 36, Outubro-Dezembro 2008, pp. 29 ss.

⁸⁰ Para um maior aprofundamento cfr. SALDANHA SANCHES, J.L., *A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito Conceitos Indeterminados, Analogia e Retroactividade no Direito Tributário*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 310/312, Outubro-Novembro 1984, pp. 296 e ss.

disponibilização de fundos, por curtos períodos de tempo, à sociedade⁸¹ para que esta fique dotada de níveis de capital suficiente para dar resposta às suas necessidades decorrentes do exercício da atividade. Neste sentido, apresentam-se algumas reservas, quanto à opção de penalizar os sócios que disponibilizem verbas para a própria sociedade, dado que não comporta riscos acrescidos para os credores, ficando vedada a hipótese desses sócios poderem ter qualquer rendimento em consequência dessa decisão, devendo assim excluir-se a tributação dessa operação.

⁸¹ Situação diversa corresponderá à disponibilização de montantes à sociedade por parte dos sócios controladores a título permanente – Cfr. Capítulo IV quanto ao Contrato de Suprimento.

CAPÍTULO III

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

1. A Personalidade Jurídica das Sociedades Comerciais e o seu afastamento

Uma pessoa coletiva ter personalidade jurídica, significa que a mesma pode funcionar como “um centro autónomo de imputação de direitos e obrigações”⁸².

“Artigo 5.º

Personalidade

As sociedades gozam de personalidade jurídica e existem como tais a partir da data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem, sem prejuízo do disposto quanto à constituição de sociedades por fusão, cisão ou transformação de outras.”

O levantamento ou afastamento da personalidade jurídica nasce em consequência da atuação jurisprudencial, levando-nos até ao século XIX, especificamente a solo norte-americano, onde era designado como “*disregard of the legal entity* ou *piercing/lifting the corporate veil*”.

Inicialmente, o seu principal objetivo consistia em responsabilizar os sócios a título pessoal, sempre que a sua atuação visasse a utilização da sociedade (de capital), para fins alheios ao seu interesse social, ou inclusivamente, para benefício próprio, acabando por se materializar num “mecanismo de proteção” contra comportamentos abusivos, nomeadamente, para combater a fraude à lei. Após um período de “maturação” nos EUA, a referida figura passa a aplicar-se também em ordenamentos jurídicos europeus, em que o alemão se destaca, aplicando-a desde o início do século XX, sobretudo em sede das sociedades unipessoais. Contudo, só em 1955, e após se verificar uma aplicação generalizada pelos tribunais, surge a primeira designação oficial pela mão de ROLF SERICK, da figura do levantamento: “*Durchgriff bei juristischen Person* ou *Mißachtung der juristischen Person*”⁸³. No seguimento dado ao desenvolvimento do instituto, este veio a ser dividido em duas teorias principais: a do abuso ou da penetração institucional e a teoria da aplicação da norma ou do fim da norma.⁸⁴

A primeira teoria coloca de parte a separação entre a sociedade e o sócio, quando exista uma utilização da pessoa jurídica coletiva contrária à ordem jurídica, lançando mão do instituto do abuso de direito para ultrapassar a situação. A apreciação da atuação pode ser feita de um ponto de vista subjetivo quanto ao abuso, isto é, pode-se avaliar a intenção de realizar fins ilícitos através da pessoa coletiva, ou noutros casos, analisar a conduta objetiva, através dos

⁸² DUARTE, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio* – contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária, Almedina, 2007, p.32 ss.

⁸³ Cfr. CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 1231.

⁸⁴ Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima, *A tutela dos credores da sociedade por quotas*, cit., pp. 102

atos efetivamente praticados que estão fora do âmbito do exercício da atividade a que a pessoa coletiva se propôs seguir, excluindo assim a culpa enquanto elemento a ter em consideração. Conforme afirma Menezes Cordeiro⁸⁵, existe uma tendência natural para que se concentrem as atenções numa fase inicial em que o instituto ainda não conquistou o seu lugar na doutrina, nas intenções do agente (no caso, nas “más”) para que numa fase posterior, a objetividade acabe por prevalecer: passa a sublinhar-se apenas se existe ou não uma conduta que contraria o ordenamento jurídico.

Quanto à teoria da aplicação da norma ou do fim da norma, aborda o afastamento da personalidade jurídica, tendo em consideração o “sentido e a finalidade da norma” no quadro geral do ordenamento jurídico em causa. No entendimento da autora citada, a questão não se coloca tão-somente à personalidade jurídica, mas sim quanto à aplicação concreta de normas: restringe-se o âmbito de aplicação das normas que consagram a personalidade jurídica coletiva, para que outra se possa aplicar à relação jurídica em detrimento da primeira. Em contraposição, surgem críticas no sentido de que as normas que sustentam a personalidade jurídica coletiva, não podem ser aplicadas de forma quase discricionária, em detrimento de outras.

O afastamento da personalidade jurídica tem-se deparado com críticas desde o início, baseando-se as mesmas num aspeto essencial que corresponde à segurança jurídica. Esta será posta em causa, devido à falta de pressupostos que moldem a sua aplicação, o que leva a que a figura caia numa zona cinzenta.

A doutrina alemã face à insegurança jurídica descrita, procurou sistematizar os grupos de casos que implicariam o recurso ao afastamento: casos de imputação (*Zurechnungsdurchgriff*) e os casos de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff* ou *Durchgriffs-haftung*)⁸⁶. No grupo relativo à imputação, podemos encontrar os casos que dizem respeito a conhecimentos, qualidades ou comportamentos dos sócios, que em determinada circunstância, são imputados à sociedade, bem como o seu inverso.

ERICK SCHANZE, por sua vez, procura dirimir alguns dos problemas colocados pelas teorias defensoras da *Durchgriff*, sendo que ao contrário destas que seguem o caminho da desconsideração da personalidade jurídica, afirma que o que está verdadeiramente em causa é um problema de mera interpretação das normas de organização das pessoas coletivas e das disposições que regulam as relações externas da sociedade com terceiros. No seu entendimento, a solução não pode passar pela desconsideração da personalidade jurídica da pessoa coletiva, uma vez que é a exata “coexistência entre a associação e os seus membros” que origina a existência dos problemas de imputação

⁸⁵ CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito das Sociedades, I – Das sociedades em geral*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 394

⁸⁶ Cfr. COUTINHO DE ABREU, Jorge, *Curso de Direito Comercial*, vol. II I – *Das sociedades...cit.*, pp. 178 e ss.

WILHELM negando a existência do princípio da separação entre a pessoa coletiva e os sócios, procura circunscrever a discussão quanto à imputação, não pelo caminho “mais fácil”, negando por si só a existência da personalidade jurídica, mas, pelo contrário, sublinhando a importância da autonomia da pessoa coletiva⁸⁷. O Autor entende que os problemas levantados, podem ser ultrapassados com recurso ao que designa como uma aplicação diferenciada da norma em causa, e em simultâneo, recorrendo à regulação das relações internas do direito das sociedades existente. Se a doutrina dominante, via nestes casos de imputação, uma responsabilidade decorrente da inobservância da autonomia coletiva, WILHELM, vê um caso de responsabilidade pela violação do dever de cuidado ou diligência dos membros do ente coletivo, responsabilidade essa, que o autor compara à responsabilidade orgânica pela conservação do capital social⁸⁸.

Importa referir, que o grupo de casos que acabou por prevalecer corresponde ao segundo, isto é, o da rotura da limitação da responsabilidade ou afastamento da personalidade para fins de responsabilidade. Dentro deste grupo, destacamos os atos de confusão ou mistura de esferas jurídicas e de patrimónios (quase inalcançável a distinção entre a pessoa e o património da sociedade e as pessoas ou os patrimónios dos sócios), a subcapitalização (*remissão para o capítulo precedente*), o atentado a terceiros (utiliza-se uma sociedade com o intuito exclusivo de prejudicar terceiros), e por fim, o abuso da pessoa jurídica enquanto instituto, e o domínio existente quanto aos grupos societários (*remissão para o ponto 2 do presente capítulo*).

As teorias negativistas, encontraram em Itália, “terreno fértil” para o seu desenvolvimento. Na mesma medida que M. FÁTIMA RIBEIRO, entendo ser relevante destacar a posição de PAVONE LA ROSA, que procura recuperar alguns dos aspetos da teoria do “empresário oculto” protagonizada por BIGAVI⁸⁹. Deste modo, seria possível ir em busca de uma melhor tutela dos interesses dos credores sociais em face dos casos em que a garantia suportada pelo património social estivesse em perigo, por consequência da atuação dos sócios ou sócio dominante da sociedade. Deste modo, tal como refere o autor, o sócio “tirano” é visto de uma perspetiva estrutural quanto ao exercício do poder na sociedade, e os possíveis limites à tão desejada responsabilidade limitada. Na verdade, analisa-se o equilíbrio entre os dois pratos da balança, num encontra-se o “poder de gestão”, e no outro, a responsabilidade limitada que caracteriza as sociedades de capitais; que apenas beneficiam desta última

⁸⁷ Cfr. ERICK SCHANZE, *Durchgriff, Normanwendung oder Organhaftung?*, cit., pp.42 e 43; apesar deste autor apresentar uma posição crítica a muitas considerações de WILHELM, não deixa de reconhecer o seu mérito em “desenvolver e aperfeiçoar os critérios de imputação através da aplicação das normas à sociedade”, afastando-se do que havia sido apresentado pelas teorias “*Durchgriff*”.

⁸⁸ Cfr. RIBEIRO, Maria de Fátima, *A tutela dos credores da sociedade por quotas*, cit., pp. 112 s.

⁸⁹ Note-se que a teoria mencionada, não foi “pioneira na doutrina italiana” quanto à abordagem dos problemas da desconsideração da personalidade jurídica.

característica em virtude da existência de normas específicas para regular o exercício do primeiro (poder de gestão). O autor da obra *La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigavi*, entende que a observância dessas normas “específicas” corresponde à “garantia da tutela dos interesses dos credores sociais”. Importa referir, contudo, que o mesmo autor não considera que a simples violação das mesmas, possa por si só acarretar a perda do benefício da responsabilidade limitada. Exclui ainda a consagração enquanto consequência da sua violação, o desaparecimento “da cena jurídica, a sociedade de capitais sem uma liquidação formal”, na medida em que a mesma acabaria por prejudicar os credores sociais, reforçando a ideia de que a violação de normas relativas à formação e conservação do capital social, deve implicar a aplicação de sanções a cada sócio “infrator”.⁹⁰ Acusa, o mesmo autor, as teorias que defendem a desconsideração da personalidade jurídica *per se* de “fingirem” que “as dívidas da sociedade são dívidas dos sócios”, a responsabilidade do sócio controlador será considerada por dívidas alheias, o que em momento algum coloca em risco a personalidade jurídica da pessoa coletiva. Ora, muitos são os autores que são críticos a esta ideia de “fingimento”, uma vez que nem sempre corresponde ao caso concreto, em muitas situações podemos encontrar uma responsabilidade subsidiária dos sócios, já que existe uma dívida alheia, e não própria; ou seja porque, o entendimento vai no sentido de procurar “suspender” o já designado princípio da separação.

Defensor da ideia de que estamos perante uma dívida própria, em que responde apenas o sócio que abuse de uma posição dominante, podemos encontrar autores como COUTINHO DE ABREU, entende que existe uma responsabilidade que deriva do próprio comportamento do sócio, que cria por si uma situação de confiança por parte de terceiros (indo ao encontro de BAPTISTA MACHADO, quanto à importância da tutela da aparência jurídica enquanto manifestação do princípio da confiança⁹¹). Indissociável desta realidade, é pois a figura do abuso de direito, inúmeras vezes invocada como fundamento da desconsideração da personalidade jurídica, à qual se relacionam os casos de *venire contra factum proprium*, em especial quanto às situações em que os sócios não podem lançar mão do efeito “desconsiderativo” da personalidade da pessoa coletiva, uma vez que é o seu próprio comportamento que consubstancia uma violação clara da mesma.

Recuando um pouco, e em jeito de conclusão quanto a esta questão, voltamos ao encontro de BIGAVI, que defende que nas hipóteses do “sócio tirano” ou dominante que se aproveita da sua posição para prejudicar a sociedade (em sentido lato), a solução não passará como já foi mencionado pela eliminação da pessoa coletiva, mas sim por estender a responsabilidade ao sócio “tirano” e ao seu património.

⁹⁰ Cfr. para um maior desenvolvimento, a obra de P. LA ROSA *supra* citada.

⁹¹ BAPTISTA MACHADO, João, *Tutela da confiança e “venire contra factum proprium”*, *Obra Dispersa*. Vol. I, Sciente Iuridica, Braga, 1991, pp. 345-423.

Existem, portanto, duas correntes, uma primeira mais cética quanto ao instituto em análise, procurando restringir o seu âmbito de aplicação, e uma segunda de reforço da importância do mesmo, e da sua consagração. Ambas as tendências têm reflexos na doutrina portuguesa.

2. O Levantamento da Personalidade Jurídica das Pessoas Coletivas e a Subcapitalização

Em Portugal, o instituto, está diretamente ligado a FERRER CORREIA, enquanto um dos impulsionadores do mesmo, o que se julga ter tido lugar no ano de 1948, inclusivamente, antes do próprio R. SERICK ter desenvolvido a sua teoria.

Se é verdade que a falta de uma previsão geral quanto à “desconsideração da personalidade jurídica” poder ser um “desincentivo” à sua aplicação, não deixa a mesma constatação de ser contrariada por diversos autores, defensores do que consideram ser as suas vantagens evidentes. Procurou-se conjugar diversos institutos já consagrados, para que assim fosse mais fácil a sua integração, mas na verdade, a figura que melhor correspondeu, diz respeito ao abuso de direito, enquanto “abuso do ente coletivo”, isto é, da personalidade jurídica da sociedade comercial, ou através da impossibilidade de concretização da separação dos patrimónios.

Em resultado das dificuldades ainda hoje existentes quanto à sua consagração no nosso ordenamento jurídico de forma clara, a tendência dominante na doutrina, ainda vai no sentido de que o instituto tem de ser aplicado a título subsidiário. No entanto, e apesar da ideia dominante, muitos autores acabam por divergir quanto ao caminho a seguir para a sua concretização.

Reforça-se a ideia de que o instituto em análise consiste na subtração da personalidade jurídica de uma determinada pessoa coletiva, de modo a que se suspenda a sua autonomia jurídica. No entanto, conforme alerta M. FÁTIMA RIBEIRO, o levantamento da personalidade coletiva pode induzir em erro, quando analisada apenas superficialmente, pois a designação “desconsideração da personalidade jurídica”, pode “pecar por excesso” ou noutros casos, “por defeito”. Assim, é necessário que se proceda a uma análise casuística, sendo mesmo reconhecido na doutrina, que um dos principais obstáculos diz respeito à identificação das “premissas” que consubstanciem a sua aplicação de forma inequívoca. Importa referir que está em causa uma operação com um alcance definido, esgotando-se nesse mesmo fim, isto é, tem um alcance relativo: se estiver em causa um diferendo de natureza fiscal, dificilmente se compreenderia que se recorresse a este instituto com o objetivo de eliminar por completo a personalidade jurídica da sociedade, aplicando-se o mesmo raciocínio quanto a outras questões que poderiam ser suscitadas ao longo da vida societária. A autora citada, refere ainda a hipótese em que os problemas se colocam quanto à responsabilidade dos sócios perante os credores sociais, em que se chega a defender, inclusivamente, que apenas está em causa a “desconsideração da autonomia patrimonial” da sociedade e não da personalidade jurídica,

mas mesmo neste caso, alerta para o facto de esta se circunscrever apenas a alguns dos aspetos patrimoniais, nomeadamente o da “insensibilidade do património dos sócios às dívidas sociais” – já que uma desconsideração total da autonomia patrimonial, poderia resultar no efeito perverso de fazer com que, no limite, a sociedade respondesse pelas dívidas pessoais dos próprios sócios.

Conforme refere CATARINA SERRA⁹², se a sociedade comercial representa um ente distinto e autónomo dos sócios enquanto um dos princípios fundamentais do Direito das Sociedades Comerciais, existirão exceções ao mesmo? Esta questão é pertinente, dado que a existência de uma pessoa coletiva, está dependente da existência simultânea de uma autonomia patrimonial⁹³ – trata-se de um dos pressupostos da personalidade jurídica das sociedades comerciais – apresentando “dois lados da mesma moeda”: “a responsabilidade exclusiva do património social pelas obrigações sociais e a responsabilidade do património social exclusivamente pelas obrigações sociais”⁹⁴ (apenas o património social responde pelas obrigações sociais, e este responde só pelas obrigações sociais – note-se que nos estamos a referir exclusivamente às chamadas “sociedades de capitais”).

Alerta-se, contudo, para a necessidade de não interpretar o conceito de personalidade jurídica de forma “absolutista”, uma vez que a própria sociedade é produto do desenvolvimento da atividade social, o conceito deve ter a “elasticidade” necessária para se adaptar à realidade, à vontade dos sócios. É neste sentido que a citada autora exemplifica a título quase “provocatório”, e embora constitua uma situação limite, não deixa de corresponder a alguns casos reais: o sócio ou sócios gerem a sociedade, dispendo, nomeadamente, do património social, como se de “coisa própria” se tratasse, enquanto parte do património pessoal de cada um; pagando as dívidas da sociedade através de contas bancárias pessoais, e o seu contrário, isto é, utilizam os bens da sociedade para fazer face a dívidas pessoais, entre outros atos que infringem de forma clara o princípio referido da separação entre a pessoa coletiva e os seus sócios. Esta hipótese descrita, por mais caricata que possa parecer, consubstancia uma das situações em que se poderá (ou até deverá) recorrer à figura em análise do “levantamento da personalidade jurídica” (ou como refere COUTINHO DE ABREU a “desconsideração”) da sociedade em causa.

Importa referir, que em caso algum, no que toca às designadas sociedades de capitais, o facto de gozarem de uma responsabilidade limitada, pode levar a que haja o referido aproveitamento dos sócios da mesma, para assim justificar comportamentos que violem as suas obrigações, prejudicando a sociedade, e transferindo o risco para os credores sociais.

⁹² SERRA, Catarina, *Desdramatizando O Afastamento Da Personalidade Jurídica (E Da Autonomia Patrimonial)*, JULGAR, n.º9, 2009;

⁹³ Para um maior aprofundamento sobre a autonomia patrimonial das sociedades Cfr., ANTÓNIO FERRER CORREIA, *A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica*, in *Estudos vários de Direito*, Coimbra, 1982, pp. 547 e ss;

⁹⁴ SERRA, Catarina, *Desdramatizando...*obra cit. pp 112 e ss;

Regressando às teorias negativistas⁹⁵, uma das conclusões a retirar corresponde à “advertência” de não se considerar enquanto solução, o recurso à desconsideração da personalidade jurídica, quando em face do caso em análise, seja expectável a obtenção de um resultado “justo e equilibrado”, quer através do recurso a medidas preconizadas na lei, quer seja através da interpretação das normas, ou por decorrência do próprio contrato⁹⁶. Deve apresentar sempre um carácter excepcional, carecendo do preenchimento dos pressupostos quanto à sua fundamentação jurídica, de modo a permitir a responsabilização direta e ilimitada do sócio.

No nosso ordenamento jurídico, a sua aplicação tem estado diretamente ligada, pela doutrina maioritária, ao princípio do abuso de direito, que consta do artigo 334.º do CC, não só para as hipóteses que envolvem a responsabilidade, mas também quanto a casos de imputação.

Assim, temos que, perante uma atuação atentadora dos bons costumes, que contrarie a boa fé, ou até mesmo, em casos de violação do fim económico do direito, tem-se entendido, que a solução passa pelo recurso ao referido artigo do abuso de direito (334º CC). Já quanto à figura da responsabilidade do sócio, será condição essencial, a existência de culpa na sua atuação, casos contrário, não poderá ser responsabilizado por via do abuso de direito. Poderá então a solução passar pela conjugação do princípio do abuso de direito com o regime da responsabilidade civil extracontratual do artigo 483.º do C.C?

Note-se que o recurso à responsabilidade civil extracontratual implica, o preenchimento cumulativo dos pressupostos “tradicionais” do artigo 483.º do CC, como o facto voluntário do agente, a ilicitude, a existência de um dano, a culpa, e por fim, o nexo de causalidade. No entanto, os dois primeiros, têm-se por automaticamente preenchidos, assim que se recorra à figura do abuso de direito, não podendo ignorar o igual preenchimento dos demais, por forma a que se possa responsabilizar os sócios por via da “desconsideração da personalidade jurídica”, nos termos expostos.

PEDRO CORDEIRO, um dos autores que se tem dedicado ao estudo do tema em análise neste ponto, procura reduzir a questão do afastamento da personalidade jurídica a um instituto autónomo, não relacionando a mesma com a personalidade jurídica, mas sim com responsabilidade limitada. Deste modo, o afastamento estaria limitado aos casos de subcapitalização e mistura de patrimónios (quanto às sociedades de responsabilidade limitada), uma vez que os outros casos seriam solucionados com recursos a outros institutos já conhecidos. O referido autor vai mais longe, invocando o exemplo do “EIRL”, sublinhando que o seu regime nos traz uma solução idêntica, uma vez que “a desfuncionalização do EIRL

⁹⁵ Para um maior aprofundamento, remete-se para as pp. 110 e ss Maria de Fátima RIBEIRO, *A Tutela dos Credores...*obra cit.

⁹⁶ Acabaria por resultar numa situação algo estranha, nos casos em que a própria sociedade enquanto pessoa coletiva, estivesse implicada nos contratos celebrados.

acarreta a perda da responsabilidade limitada por parte do seu titular”, muito semelhante, portanto, ao que sucede com os casos de desconsideração para efeitos de responsabilizar os sócios. Não sendo o EIRL uma verdadeira pessoa jurídica, mas sim um património autónomo, conclui que também neste caso, não está vedado o recurso ao afastamento da personalidade, traçando assim um “caminho” comum a diferentes institutos jurídicos: a limitação da responsabilidade acaba por ser o “elemento-chave”.⁹⁷

Em sentido oposto, OLIVEIRA ASCENSÃO apresenta uma visão ampla do instituto, criticando a visão restritiva do mesmo com base na consequência daí decorrente, a de não conseguir dar resposta a todas as hipóteses, em particular às que dizem respeito à imputação. Defensor de uma de uma “visão funcional” do afastamento, este seria assim, o resultado da inobservância da função a desempenhar pela sociedade.⁹⁸ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO também defensor da função social e económica do instituto numa fase inicial, em que o mesmo seria chamado a intervir, sempre que a personalidade jurídica da sociedade fosse utilizada fora do âmbito a que se propunha a atividade em causa. No entanto, estas conceções, podem colocar alguns obstáculos quanto à sua concretização prática, dado que pode não ser fácil determinar efetivamente as reais funções socioeconómicas em todas as hipóteses. Reconhecendo, por ventura essas dificuldades, o citado autor, sugere o recurso à figura do “*venire*” de modo a determinar as situações em que deve haver lugar à separação entre a pessoa coletiva e os seus sócios, suportando-se no Princípio da Boa Fé, em detrimento da função económica e social da figura. Assim, veio mais tarde, reconhecer a possibilidade de autonomização do “afastamento”, nomeadamente, e tal como DIOGO CORDEIRO refere, em sede de casos de subcapitalização e confusão de esferas.

FÁTIMA RIBEIRO, por sua vez, assumindo uma posição mais defensiva, duvida que estejamos perante um verdadeiro instituto que possa ser autonomizável, afirmando que este corresponde a uma tentativa de solucionar casuisticamente, alcançando o resultado que se afigure como mais adequado. Realça que a responsabilização dos sócios pelas suas obrigações sociais não resulta obrigatoriamente no afastamento da personalidade, ou pela imputação das mesmas aos sócios, tendo na opinião da autora, de se impedir que estes invoquem o “benefício da responsabilidade limitada”⁹⁹. Assim, considera que não se coloca verdadeiramente em causa a personalidade jurídica da sociedade e o seu afastamento perante a hipótese de subcapitalização, uma vez que defende que os sócios não têm uma verdadeira obrigação de capitalizar a sociedade de forma adequada. Cinge a aplicação do referido instituto aos casos de mistura de patrimónios, fazendo a ressalva dos casos em que seja

⁹⁷ CORDEIRO, Pedro, *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, cit., pp. 170 e ss.

⁹⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, *Direito Comercial*, vol. IV – *Sociedades Comerciais. Parte Geral*, cit., pp. 68 e ss.

⁹⁹ FÁTIMA RIBEIRO, Maria de, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, cit., pp. 131 e ss.

manifestamente impossível a reconstituição da “individualidade”, na medida em que aquele seria o único capaz de salvaguardar os interesses dos credores sociais no caso de uma situação de insolvência. Sublinhe-se a solução consagrada no direito societário belga, em que a capitalização adequada corresponde a uma verdadeira obrigação: num período de três anos após a constituição da sociedade, se a mesma vier a enfrentar uma situação de falência, e conjuntamente se determinar que o capital inicial era manifestamente insuficiente (com base no projeto de lançamento da empresa que tem de ser apresentado a quando da constituição), os sócios fundadores podem ser responsabilizados pela falência da mesma. Sem prejuízo da responsabilidade poder vir a recair nos gerentes ou administradores, a responsabilidade referida em primeiro lugar, é independente desta, salvaguardando-se os credores sociais¹⁰⁰. No mesmo sentido da posição de FÁTIMA RIBEIRO, A. MOTA PINTO na sua Dissertação de Mestrado, assume uma posição de forte oposição ao que classifica de “aplicação *ex ante*, de sanções jurídicas preventivas que, pela sua insegurança, poderiam ser mais nocivas do que a própria doença que se destinam a combater”¹⁰¹. Com efeito, defende a aplicação *ex post* de medidas protetoras da liberdade empresarial, em que nos casos de subcapitalização material, é seu entendimento que a resposta passa por responsabilizar os sócios a título pessoal, por dívidas da sociedade¹⁰²; já quanto à subcapitalização formal, remete para o regime dos suprimientos.

Sem prejuízo das divergências doutrinárias, existem, contudo, casos específicos em que o legislador optou pela via da responsabilização pessoal dos sócios. O art. 84.º do CSC, refere-se em concreto à atuação do sócio único, em que este responde ilimitadamente pelas dívidas da sociedade, caso a mesma seja declarada falida, e tendo essa situação sido criada, nomeadamente, por o sócio ter desrespeitado o princípio da separação patrimonial. O preceito referido demonstra uma preocupação do legislador quanto às sociedades unipessoais, por entender que o risco é maior, distinguindo ainda os momentos em que o sócio deve responder pessoalmente pelas dívidas, sendo aqui o momento em que a sociedade entra em falência, muito provavelmente, porque antes se subentende que a sociedade tem capacidade financeira para responder às suas obrigações.

¹⁰⁰ Vide arts. 439.º e 214.º *Code des Sociétés* belga

¹⁰¹ PINTO, Alexandre Mota, *Do contrato...*cit. pp 106.

¹⁰² PEREIRA DE ALMEIDA, António, *Sociedades comerciais e valores mobiliários*, 5.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 52. O prof. aponta para “situações de responsabilidade pessoal dos sócios” que não resultem diretamente da lei, acabam por resultar de “construções doutrinárias ou jurisprudenciais”.

Num breve enquadramento jurisprudencial, refira-se que foi visível alguma “relutância” quanto ao recurso à figura do afastamento da personalidade jurídica de pessoas coletivas, tal como ainda nos dias de hoje, existem sinais evidentes desse desconforto¹⁰³.

O Acórdão da Relação do Porto de 13 de Maio de 1993¹⁰⁴ é muitas vezes referenciado como o primeiro momento em que um tribunal recorreu ao instituto do afastamento da personalidade jurídica, por via da aplicação do art. 877.º do Código Civil, envolvendo um trespassse a uma sociedade por quotas detida pelos filhos dos réus. Mais recentemente, o Acórdão da Relação de Lisboa, de 3 de Março de 2005¹⁰⁵, e o Acórdão do T. da Relação do Porto de 25 de Outubro do mesmo ano, apresentariam caminhos distintos: o primeiro referia-se a um caso de um sujeito que detinha uma participação em duas sociedades distintas em simultâneo, encoberto por sócios fictícios, das quais retirava proveitos próprios. Neste caso, o Tribunal considera que é possível o levantamento da personalidade jurídica de diferentes sociedades, até que se consiga responsabilizar o sócio prevaricador. O segundo acórdão por sua vez, tem um entendimento diferente, invoca a aplicação de outras figuras que consigam tornar inválida a conduta do sócio ou da pessoa coletiva: no presente caso em análise, um negócio era ofensivo dos bons costumes, contrário à ordem pública, seguido de outro simulado, pelo que se recorreu à aplicação dos arts. 280.º, n.º2 e 240.º, n.º2 do Código Civil, decidindo pela nulidade dos mesmos. Sem prejuízo da decisão, reconhece-se, contudo, a possibilidade de recorrer ao afastamento da personalidade jurídica, quando a mesma seja utilizada de modo abusivo, uma vez que a violação de um princípio fundamental para a vida societária, como o da separação de patrimónios, e o da atribuição da personalidade jurídica coletiva, têm como base uma solução de compromisso, balanceando os diferentes interesses envolvidos: interesse dos sócios e credores ou potenciais terceiros que venham a relacionar-se com a sociedade, salvaguardando a segurança jurídica do comércio jurídico.

2.1 Levantamento da personalidade jurídica quanto aos grupos de sociedades

A nível dos grupos de sociedades¹⁰⁶, recuperando a posição do autor espanhol CÁNDIDO PAZ-ARES, que considera que “nos grupos de sociedades existe tendência para a subcapitalização, uma vez que nesses casos a função da limitação da responsabilidade não é

¹⁰³ MENEZES CORDEIRO, ANTÓNIO, *Manual de Direito das Sociedades, I – Das sociedades em geral*, cit., p- 383.

¹⁰⁴ Cfr. Colectânea de Jurisprudência, 1993, III, pp. 199 e s. (Relator: Fernandes de Magalhães)

¹⁰⁵ Processo n.º (Relator: José Gil de Jesus Roque) e quanto ao Ac. TRP., Processo n.º 0524260 Relator Henrique Araújo. Ambos os acórdãos estão disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁰⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Maio de 2002, processo n.º 02A530, Relator: Ribeiro Coelho, in <http://www.dgsi.pt>.

uma função financeira (ou seja, não está ao serviço da captação de recursos), mas precisamente, uma função de diversificação de riscos¹⁰⁷”.

Uma das hipóteses que conjuga o levantamento da personalidade com o grupo de sociedades corresponde ao disposto no art. 378.º CT, que nos diz que todas as sociedades que se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo como empregador, respondem solidariamente por todos os créditos decorrentes do contrato de trabalho e da sua violação ou cessação¹⁰⁸. Daqui pode resultar que uma sociedade venha a responder pelas dívidas laborais de outra, mesmo não tendo a qualidade de sócia. Os grupos de sociedades partem de uma base comum: o interesse/personalidade comum, o que faz com que ENGRÁCIA ANTUNES¹⁰⁹ entenda que os grupos de sociedades *per se* resultem em “terreno fértil” para a desconsideração: veja-se os casos em que uma sociedade-mãe¹¹⁰ responde pelas sociedades-filhas, em resultado dos seus atos ou omissões, levem a que de um ponto de vista formal, seja a sociedade que detém o controlo efetivo da mesma a responder. Por sua vez, o artigo 503.º, n.º4 do CSC, diz-nos que mediante uma determinada contrapartida, a sociedade diretora pode efetuar uma transferência de bens, subtraindo à sociedade subordinada, para outras sociedades do grupo. Veja-se igualmente, o caso do art. 508.º do mesmo diploma, em que mediante convenção, os lucros de uma sociedade (subordinada), são atribuídos à sociedade diretora. Em consequência, o art. 501.º abre a porta a que a sociedade diretora tenha de responder pelas dívidas da sociedade subordinada, assim como pelas suas perdas, o que vem acabar por “equilibrar os pratos da balança”. Note-se que os preceitos *supra* mencionados se aplicam à relação de grupo constituída por contrato de subordinação, e na medida em que exista também uma relação de domínio total, por remissão do art. 491.º CSC.

Em conclusão, entendo que fica patente que quanto à aplicação da figura em questão, mesmo tratando-se de entidades distintas, a responsabilidade acabará por recair sobre o grupo. O Ac. TRL de 2009, apresenta-nos a situação de um trabalhador que é sujeito à celebração de diversos contratos de trabalho com diferentes sociedades dentro do mesmo grupo, tendo depois decidido dispensá-lo. O tribunal considerou que as referidas empresas eram responsáveis pelos créditos laborais do trabalhador, na medida em que eram em

¹⁰⁷ PAZ-ARES, Cândido, *Sobre la infracapitalización de las sociedades*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1983, pp. 1587 – 1639.

¹⁰⁸ PEREIRA DE ALMEIDA, António, *Sociedades comerciais e valores mobiliários*, obra cit., pág. 56, o autor conclui que aparentemente para não haver diferença entre o empregador surgir enquanto sociedade dominante ou subordinada.

¹⁰⁹ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pág. 599 e ss.

¹¹⁰ *Vide Acórdão Impacto Azul*, *Anuário de Direito Internacional*, 2013, quanto à hipótese de exclusão da responsabilidade solidária das sociedades-mãe de outros Estados-Membros pelas dívidas das suas filiais nacionais.

simultâneo empregadores deste. Em consequência, e seguindo o entendimento de PALMA RAMALHO¹¹¹ seriam também solidariamente responsáveis pela indemnização a pagar ao trabalhador, uma vez que ficou demonstrado que a atuação concertada das diferentes empresas, apenas teve o objetivo de defraudar a lei que assegura as garantias de proteção do trabalhador, começando, necessariamente, pela via constitucional que garante a segurança no trabalho (art. 53.º CRP). Sublinhe-se que alguma doutrina tem defendido a mesma solução, inclusivamente, para as entidades que não pertencendo ao mesmo grupo, mantêm uma ligação entre si – pluralidade de empregadores (art. 101.º CT), mesmo que apenas com estruturas organizativas comuns – como o agrupamento complementar de empresas.

¹¹¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Grupos empresariais e societários – incidências laborais*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 404.

CAPÍTULO IV

1. SANEAMENTO FINANCEIRO: A PROIBIÇÃO DE ASSISTÊNCIA FINANCEIRA E O CASO PARTICULAR DOS SUPRIMENTOS

1.1 Proibição de assistência financeira

A proibição da assistência financeira constitui um tema há muito debatido na doutrina. Na sua base está, portanto, a proibição das sociedades anónimas de conceder empréstimos a um terceiro, sobre diferentes formas, como a prestação de garantias, para este adquira ações da sociedade, claro está, que sejam representativas do seu capital social. Tema também de alguma controvérsia diz respeito a perceber se esta proibição se limita apenas às sociedades anónimas, ou se analogicamente, pode ser estendida às sociedades por quotas. JOÃO LABAREDA defende que tal proibição abrange não apenas as grandes sociedades, mas também as S.Q.¹¹² Um dos argumentos que é constantemente apontado para fundamentar a não aplicação deste regime a outras sociedades por recurso à analogia, consiste na inexistência de uma norma semelhante ao art. 322.º CSC. Claro que se o entendimento for de que se está perante uma lacuna, de imediato se procura preencher a mesma recorrendo à analogia, mas tal como refere INÊS PINTO LEITE na sua Dissertação¹¹³, o facto do art. 220.º dedicado à aquisição de quotas próprias, remeter exclusivamente para o art. 324.º, é um indício forte de que o legislador não quis de forma intencional, aplicar o art. 322.º a este tipo societário¹¹⁴. Seria até contraditório entender que apesar de não constar da lei a proibição, a mesma se deveria aplicar, dado que não se deve procurar limitar a atuação das sociedades sem que tal posição decorra de forma inequívoca da lei. No mesmo sentido, tendo presente que a violação dessa proibição acarreta responsabilidade criminal dos administradores por via do art. 510.º CSC, corresponde a outro argumento forte para afastar a sua aplicação, dado que tal solução analógica, consubstanciaria, inclusivamente, uma violação do princípio da legalidade penal: não há responsabilidade criminal sem que a mesma esteja prevista na lei.

A Diretiva 2006/68 (revogada pela Diretiva UE 2017/1132) não foi transposta para o nosso ordenamento jurídico, uma vez que a mesma não é obrigatória¹¹⁵, distanciando-se de

¹¹² Cfr. LABAREDA, João, *Direito Societário Português – Algumas Questões*, Lisboa, Editora Quid Iuris, 1998.

¹¹³ Cfr. PINTO LEITE, Inês, *Da proibição de assistência financeira, O caso particular dos Leveraged Buy-Outs*, Artigo elaborado com base na sua Dissertação de Mestrado em Direito das Empresa e dos Negócios, da Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto, 2010.

¹¹⁴ P. OLAVO CUNHA também não concorda que as S.Q devam estar abrangidas por esta proibição.

¹¹⁵ A não transposição da Diretiva não impede que os cidadãos não procurem prevalecer-se dos seus direitos, nomeadamente, invocando o princípio do efeito direto do direito comunitário. Nesse sentido, cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2009; OLIVEIRA PAIS, Sofia, *Estudos de Direito da União Europeia*, Almedina, 2012; e o Acórdão *Van Gend & Loos c. Administração Fiscal Neerlandesa*.

outros Estados-Membros como o Reino Unido e Espanha, entre outros. Se por um lado, uma das principais preocupações residiu na necessidade de implementar medidas de combate às fraudes existentes quanto ao regime de aquisição, pela sociedade, de ações próprias, por outro, ao comparar a proibição existente de assistência de financiamento com a proibição relativa à aquisição de ações próprias, facilmente se percebe que a justificação para ambas terá de ser diferente. Se é verdade que existe o elemento comum da sociedade poder dispor de “algo que é seu”, no entanto, na assistência financeira, a sociedade não adquire títulos próprios, estes pertencem a um terceiro, o qual, a maioria das vezes representa um direito de crédito que este detém sobre a sociedade “assistida”. Pensando na hipótese em que a sociedade concede um empréstimo a um sócio, sem que o mesmo tenha como finalidade a aquisição de ações próprias, mas em que poderá haver um acordo subjacente relativo ao sentido de voto, esta está fora do âmbito da proibição, acaba por contornar a mesma, apesar da existência de perigo para a organização. É verdade que quer a assistência financeira, quer a aquisição de ações próprias, podem fazer perigar o princípio da intangibilidade do capital social, o que, no meu entendimento, será uma das principais preocupações do legislador: evitar que a sociedade acabe por ser mantida de forma “artificial”, com base no seu próprio património, em vez de ser através da participação de terceiros no capital da sociedade. Sublinha-se a intenção de proteger o capital social numa aceção ligada não à garantia dos credores, mas sim à garantia de produtividade, na medida em que subjacente à assistência financeira, estaria uma maior dificuldade da empresa em cumprir com o seu objeto social. No entanto, e embora este seja o entendimento de parte da doutrina, tenho uma posição crítica quanto a esta visão, uma vez que entendo que pode ser exatamente por ter acesso a esta assistência, que a empresa “assistida” possa não só fazer face às suas despesas correntes, como poderá até catapultá-la para outro patamar, fazendo crescer o seu volume de negócios. Claro está, que esta assistência teria de ficar bem delineada, sem margem para correr riscos desnecessários. Voltando ao ponto em que se aborda o risco para o princípio da intangibilidade do capital social, mesmo concordando em parte com este entendimento, não se poderia daí retirar uma solução de proibição absoluta, dado que muitas são as operações que não põem em causa o objeto social da sociedade, isto é, estas teriam de ficar fora da proibição. Outra das justificações para a proibição absoluta prende-se com a necessidade de salvaguardar, não a função de garantia dos credores muitas vezes associada ao capital social, nem à já referida função de produção, mas sim enquanto proteção do património social, evitando o desgaste do património societário em consequência da realização de assistências financeiras¹¹⁶, algo que não decorre da lei, uma vez que esta apenas consagra o p. da intangibilidade do capital social.

Noutro plano, também se afirma que o fundamento à limitação, agora em análise, se traduz numa tentativa de impedir abusos por parte dos elementos que compõem o órgão de administração. Uma vez que sem esta, haveria uma tentação quase “irrecusável” de instrumentalizar a composição dos acionistas da sociedade, levando-os conseqüentemente a

¹¹⁶ Cfr. PAZ-ARES, obra cit., pp. 380 e ss.

tomar posição de acordo com a vontade daqueles. Não obstante de poder reconhecer a existência de riscos, não se pode ignorar o facto dos terceiros por detrás da assistência financeira, serem detentores de um interesse própria decorrente na sua participação social. Assim, e recorrendo à posição de PEREIRA DE ALMEIDA, este remete a questão para os mecanismos consagrados para os “pactos de voto”¹¹⁷ – controlo deve ser feito *a posteriori* - em sede de um dos princípios-base do direito societário: o princípio do igual tratamento dos sócios, já que é possível garantir o respeito pelo mesmo numa operação de assistência financeira. Conforme refere OLAVO CUNHA “na prossecução da atividade societária e da realização do interesse social, a sociedade deve colocar todos os associados em pé de igualdade, não podendo proceder a escolhas aleatórias e arbitrárias entre eles que os beneficiem ou prejudiquem”¹¹⁸, ora transpondo este pensamento para a assistência financeira em particular, seria contrário a este princípio, se por exemplo, um sócio fosse beneficiado em detrimento de outro, em que este tenha obtido assistência, por ventura para reforçar a sua posição enquanto acionista na empresa. Entendo que esta constitui uma das principais preocupações que estão na base da proibição, isto é, o receio de instrumentalização dos acionistas para que estes “conduzam a gestão da sociedade” de modo a que o património social seja afeto a interesses que não os da própria pessoa coletiva, prejudicando os restantes sócios, assim como os credores sociais.

A atual redação do art. 322.º CSC¹¹⁹ é vista como sendo muito abrangente, já que no meu entender, ao mencionar que “uma sociedade não pode conceder empréstimos ou por qualquer outra forma fornecer fundos ou prestar garantias a um terceiro”, o legislador procurou de forma intencional, incluir não apenas as operações que impliquem um “carácter creditício”, mas também, a título de exemplo as liberalidades, não ignorando a expressão “empréstimos”, que é vista por alguma doutrina, na qual se inclui a citada autora, como uma opção que não se

¹¹⁷ Cfr. PEREIRA DE ALMEIDA, António, *Sociedades Comerciais*, obra cit., p. 56 e ss.

¹¹⁸ OLAVO CUNHA, Paulo, *Direito das Sociedades Comerciais*, obra cit. Pp. 110 e ss.

¹¹⁹ “**Artigo 322º CSC** (Empréstimos e garantias para aquisição de ações próprias)

1 - Uma sociedade não pode conceder empréstimos ou por qualquer forma fornecer fundos ou prestar garantias para que um terceiro subscreva ou por outro meio adquira ações representativas do seu capital.

2 - O disposto no n.º 1 não se aplica às transações que se enquadrem nas operações correntes dos bancos ou de outras instituições financeiras, nem às operações efetuadas com vista à aquisição de ações pelo ou para o pessoal da sociedade ou de uma sociedade com ela coligada; todavia, de tais transações e operações não pode resultar que o ativo líquido da sociedade se torne inferior ao montante do capital subscrito acrescido das reservas que a lei ou o contrato de sociedade não permitam distribuir.3 – Os contratos ou atos unilaterais da sociedade que violem o disposto no n.º 1 ou na parte final do n.º 2 são nulos.”

esgota no simples mútuo¹²⁰; procura-se evitar a todo o custo a oneração do património da sociedade.

A norma tal como é conhecida hoje, tem sido tripartida, do ponto de vista dos seus elementos objetivos, entre o negócio de financiamento, a subscrição ou aquisição de ações da sociedade que presta assistência e o nexos causal. O primeiro assume um peso especial, uma vez que diz respeito à delimitação propriamente dita da assistência, que deve ser interpretada em sentido amplo, assim como a concessão de garantias, indo além dos contratos de garantia pessoal ou real, incluindo todos os contratos através dos quais se alcance um resultado idêntico, como é o caso do contrato de seguro subjacente às operações de crédito. Note-se que para os efeitos pretendidos, revela-se de somenos importância saber a quem é prestada a garantia, desde que daí resulte um benefício para o terceiro quanto à aquisição ou subscrição de ações. É um exemplo de “escola”, referido na tentativa de dar um melhor enquadramento do tema, a seguinte situação: um banco que financia um terceiro tendo em vista a aquisição de ações, requerendo uma garantia dessa operação (para a concessão de crédito) à sociedade cujo crédito se pretende materializar na aquisição de ações da própria. O recurso a uma aceção ampla abrange ainda outros elementos, nomeadamente, quanto à expressão “fornecer fundos”, transmitindo o que aparenta ser a intenção do legislador em procurar abarcar o maior número de iniciativas que possam ser desencadeadas com o objetivo de promover ou financiar a aquisição de ações da sociedade; todas as que impliquem uma atribuição patrimonial, mesmo que esteja em causa o recurso a figuras que não apresentam um carácter creditício. Fica, no entanto, patente a imprescindibilidade da natureza económica, isto é, o terceiro tem de ver repercutida na sua esfera jurídica a obtenção de uma vantagem económica.

No entanto, a autora PINTO LEITE discorda da necessidade de existência de uma consequência patrimonial para que possa aplicar-se a proibição, uma vez que no seu entendimento, a atual redação do art. 322.º, faz com que a mesma se aplique a todo o contrato que implique uma concessão de fundos a um terceiro, com o objetivo dos mesmos serem utilizados na aquisição de ações da sociedade, sem prejuízo de reconhecer que a *ratio* da norma tem natureza patrimonial. Assim, a proibição diz respeito à conduta subjacente que se traduz na existência de um risco patrimonial e não na verificação de um resultado, abrangendo também as operações de financiamento neutras.

Continuando a decompor o artigo em análise, a aquisição ou subscrição de ações da sociedade – e ao contrário do regime previsto para as ações próprias – aqui as atenções centram-se não na aquisição em si, mas sim no financiamento¹²¹ em concreto visando a

¹²⁰ Cfr. art. 1142.º e ss do Código Civil.

¹²¹ O enquadramento dos contratos de financiamento para este fim, não são por regra, feitos de forma explícita, acabando por muitas vezes ter de se aferir se houve lugar à entrada de um novo acionista para enquadrar na proibição em análise.

obtenção desse resultado (aquisição)¹²². Note-se que a inclusão dos casos de subscrição, não ficando apenas pelas hipóteses de aquisição de ações, se deve, provavelmente, aos perigos comuns às duas figuras, sendo certo que em alguns casos quanto à subscrição, aqueles podem ser mais evidentes. Assim, será determinante a utilização de fundos da sociedade, os quais são concedidos com a intenção de um terceiro se tornar sócio, ou para que um sócio fortaleça a sua posição, tendo em vista a aquisição de ações próprias, bastando a conjugação destes elementos para que haja lugar a aplicação da proibição em estudo.

Em conclusão quanto a este ponto, a autora realça que não se pretende com o preceito em análise, impedir a aquisição de outros valores mobiliários com recurso a financiamento, não subsumindo os mesmos à proibição de assistência financeira. Pretende-se sim evitar que a pretexto da aquisição de outros valores mobiliários, se contorne a proibição do art. 322.º, convertendo-os posteriormente em ações; isto é, visa-se impedir que a aquisição de outros valores mobiliários sejam um mero “instrumento” para que o terceiro assistido se torne sócio, ou que já tendo essa qualidade, possa ver a sua posição reforçada para uma futura aquisição de ações da sociedade assistente.

PEDRO MAIA, regressando momentaneamente ao tema dos grupos de sociedades, entende que quanto à possibilidade da sociedade dominante assistir uma sociedade dependente (dominada) na aquisição de ações próprias, deve-se recorrer à aplicação simultânea de dois regimes: o regime da assistência financeira e o regime previsto para as ações próprias. O primeiro pela assistência financeira em causa, e o segundo pelo facto das ações de uma sociedade dominada serem consideradas próprias da dominante, à luz dos arts. 325.º-A e 325.º -B; note-se no entanto, que a situação descrita não corresponde ao caso em que a sociedade dominante recorre à “sociedade-filha” para prestar assistência financeira a um terceiro para que este possa adquirir ações suas, pois como foi descrito, enquadra-se na hipótese da assistência financeira proibida¹²³.

Quanto aos elementos subjetivos, sublinha-se a necessidade de existir um acordo de vontades entre o terceiro e a sociedade tendo em vista a aquisição ou subscrição de ações, sendo esse o principal motivo para a celebração do contrato de financiamento. Facilmente se perceberá a dificuldade em demonstrar a verificação deste elemento, tendo de se analisar o comportamento de ambas as partes, considerando o resultado da celebração desse contrato, nomeadamente, a nível económico, enquadrando o mesmo no seu objeto social, e até a frequência com que a mesma sociedade celebra esse tipo de contratos. O período temporal que dista o contrato de financiamento e a aquisição ou subscrição de ações, será outro dos

¹²² O legislador português seguiu a orientação britânica, ao incluir os casos de “subscrição”, ainda que a Segunda Diretiva mencione apenas a “aquisição” de ações, evitando alguma “turbulência” que marcou alguma da doutrina internacional.

¹²³ Existem autores que rejeitam a aplicação da proibição de assistência financeira aos grupos de sociedades, invocando que os credores sociais já têm os seus interesses devidamente salvaguardados pelo regime consagrado para as relações entre sociedades em relação de grupo.

elementos a ponderar, dado que se o mesmo for considerável, será mais complicado determinar o nexo causal entre os dois momentos¹²⁴. Alerta-se ainda para as situações em que o terceiro recorre a um financiamento externo à sociedade em questão, como por exemplo, a uma instituição financeira, tendo em vista a aquisição de ações suficientes para deter a maioria do capital, decidindo de seguida, “alocar os fundos sociais à amortização do mencionado empréstimo”. Embora o acordo e a respetiva atuação da sociedade seja posterior à aquisição das ações, não se pode deixar de aplicar a proibição de assistência financeira, pois o efeito prático é o mesmo; acaba por ser determinante sobretudo “aquilo com que a sociedade podia e efetivamente contava quando acedeu em conceder financiamento”¹²⁵ mesmo não sendo prévio ao ato aquisitivo.

Uma vez que o art. 322.º não exige que quem beneficia da assistência financeira e o adquirente das ações seja coincidente, a proibição aplica-se também, portanto, às situações em que a sociedade “incentiva” um sócio a desfazer-se das suas ações, concedendo, por exemplo, uma “garantia sobre o preço, porventura alavancado das ações”. No mesmo sentido, se incluem os casos em que a sociedade fornece fundos ou presta garantias a um quarto interveniente, como uma instituição bancária, para que este por sua vez, financie o terceiro que irá adquirir os títulos.

Importa referir, no entanto, que o n.º2 do referido artigo exceciona as “operações correntes dos bancos ou de outras instituições financeiras”, assim como todas as operações com vista à “aquisição de ações pelo ou para o pessoal da sociedade com ela coligada”. Note-se que uma das linhas que não podem ser ultrapassadas, em qualquer um dos casos mencionados, corresponde à necessidade do ativo líquido da sociedade não poder ser inferior à soma do capital subscrito e das reservas que não possam ser distribuídas por força dos estatutos ou reservas legais¹²⁶.

1.2 Violação da proibição de assistência financeira

O n.º3 do art. 322.º considera como nulas todas as operações seguidas em violação da proibição em causa, concretizando a intenção do legislador português de ir mais além do que a Segunda Diretiva, já que esta não prevê nenhuma consequência para a violação da proibição. Em consequência da solução consagrada, o terceiro “assistido”, deverá restituir todos os fundos que tenha recebido da sociedade aproximando-se do art. 289.º do Código Civil. RAÚL VENTURA entende que a nulidade não abrange os atos anteriores à própria execução da

¹²⁴ Note-se que há na doutrina alemã quem defenda o estabelecimento do prazo de um ano como elemento essencial para afastar o referido nexo causal entre os dois momentos. Cfr. PINTO MONTEIRO, Joana, *Assistência Financeira nas Sociedades em Relação de Domínio*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2006, p. 22.

¹²⁵ Cfr. PINTO LEITE, Inês, *Da proibição...* obra cit., p. 154 e ss

¹²⁶ Vide Ac. Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Abril de 2018, Processo n.º 7169/07.1YYLSB-A.L1-1, Relator: Isabel Fonseca, in <http://www.dgsi.pt>.

assistência financeira, isto é, os atos preparatórios que dotam a sociedade dos fundos necessários para posteriormente os conceder ao terceiro.

1.3 O caso dos “Leveraged buy-outs”

O recurso a auxílio financeiro é muitas vezes visto como um dos passos a dar quando se pretende desenhar uma operação de reestruturação empresarial. É aqui que podem surgir as chamadas “leveraged buy-outs” que resultam na assunção por parte de um terceiro do controlo da operação: está em causa a aquisição de uma participação maioritária, ou em alguns casos, total de uma sociedade, em que o custo de aquisição acaba por recair sobre a sociedade que é adquirida. Este corresponde a um dos pontos que a distingue das demais operações, contribuindo para uma “alavancagem financeira” muito significativa que impende sobre o património da sociedade, sobretudo se considerarmos que com base em dados recolhidos em 2011, o nível médio de endividamento de uma sociedade adquirida através de uma operação de “LBO”¹²⁷ se situa entre três a sete vezes o seu EBITDA¹²⁸.

Sem prejuízo de num primeiro momento se analisarem as diferenças que nos levam a distinguir esta figura das hipóteses referidas anteriormente, ao analisar o resultado material desta operação, facilmente se conclui que este vai cair no âmbito de aplicação da proibição de assistência financeira, isto é, “o de ser a sociedade adquirida a suportar, com o seu património social, o custo da sua própria aquisição”. O legislador português ao consagrar uma “cláusula aberta” quando refere “por qualquer outra forma fornecer fundos” reflete a intenção do legislador de abranger o maior número de hipóteses possíveis, podendo no limite invocar-se o instituto da fraude à lei como forma de proibir a operação, dado que se pretende obter o resultado proibido por intermédio de uma conduta à partida não censurável.

Quanto ao “LBO”, uma das suas modalidades que apresenta maior relevância para a presente análise corresponde à “fusão alavancada” (*merger LBO*) na medida em que envolve a participação de pelo menos duas sociedades: a primeira que se pretende adquirir, e a segunda que é constituída para essa finalidade, também designada como “sociedade veículo”, que na maioria das vezes tem uma vida limitada logo “à nascença”. Esta ficará responsável por contrair um empréstimo, recorrendo a um ente externo, por forma a obter uma posição maioritária na “empresa alvo”, que de seguida irá levar a uma fusão de ambas, pelo que a nova sociedade que daí resulta, assumirá todos os direitos e obrigações das sociedades precedentes, de acordo com o disposto no art. 112.º CSC relativo aos efeitos decorrentes do registo de uma fusão. A este ponto junta-se um traço característico deste tipo de operações, a sociedade veículo constituída com o objetivo de adquirir uma segunda sociedade, não apresentará à partida, ativos significativos, o que obrigatoriamente contrasta com a dívida que

¹²⁷ BRIAN SEEL, Gregory, *An overview of leveraged buy-out transaction*, University of Chicago.

¹²⁸ O EBITDA é um indicador financeiro que ajuda a perceber quanto uma empresa gera de recursos através de suas atividades operacionais, sem contar impostos e outros efeitos financeiros.

a mesma comporta, que foi gerada com o único propósito de obter meios suficientes para adquirir uma posição maioritária na segunda, antevendo já um segundo momento de fusão.

Importa sublinhar que neste contexto a fusão acaba por ser utilizada enquanto meio para a aquisição do controlo da sociedade adquirida, recorrendo à alavancagem financeira. Posto isto, há que perceber de que modo a norma do art. 117.º que prevê as causas de nulidade para a fusão, será compatível com o art. 322.º relativo à proibição em estudo. Partilho do entendimento da autora quando refere que o ponto fundamental está na finalidade com que o negócio de fusão é celebrado: se a primeira norma dispõe sobre as causas de nulidade formal da fusão, a segunda aponta a regra geral de nulidade para todos os negócios (incluindo, portanto, as fusões) cujo objetivo se enquadre na previsão da norma (evitar a proibição).

Em conclusão, a “LBO” acarretará a nulidade da operação, sempre que caia no âmbito do art. 322.º do CSC, por via da nulidade do processo de fusão que está ferido de legalidade quando a intenção das partes corresponde a contornar a proibição existente, ao adquirir uma outra sociedade com recurso a um terceiro, de modo a facilitar que este assuma o controlo da mesma, fazendo recair sobre a mesma, a dívida que foi assumida para concretizar a operação, não sendo relevante a verificação dos pressupostos do art. 97.º do CSC quanto à validade da fusão. Um dos aspetos práticos determinante será a complexidade de demonstração de prova, nomeadamente, quanto aos seus elementos subjetivos, a demonstração da intenção das partes. Não podendo ignorar também a utilidade para a vida das empresas, a possibilidade de recorrer a reestruturações por via do “LBO”, permitindo às atingir níveis mais elevados de competitividade, adquirindo uma dimensão mais adequada ao mercado em que estão inseridas.

2. O Contrato de Suprimento como forma de financiamento

As sociedades comerciais ao registarem perdas significativas que levem a uma situação líquida inferior a metade do capital social, entram numa situação grave, que pode, inclusivamente, resultar na apresentação à insolvência, e que obriga a que os sócios e terceiros envolvidos a serem informados quanto à gravidade da situação (*ponto já desenvolvido a propósito do art. 35.º do CSC*).

Se os sócios decidirem pela reintegração do capital social através da realização de entradas como forma de resposta à situação, estas só podem ser exigíveis aos sócios se tal constar do contrato/estatutos de sociedade sob a forma de prestações suplementares por via do art. 210.º, ou através de prestações acessórias que constam do art. 209.º e 287.º.

Se por um lado as prestações suplementares¹²⁹, contribuem para um reforço dos capitais próprios da sociedade, reforçando assim a cobertura do capital social, tal já não acontece com os suprimentos, na medida em que essas entradas teriam de ser contabilizadas quer na conta

¹²⁹ Para um maior aprofundamento quanto às diferenças que separam os suprimentos das restantes prestações, ver o quadro que consta do Anexo C.

do passivo, quer na conta do ativo do balanço, o que acabaria por manter a situação de perda de capital social.

A decisão de financiamento constitui um dos momentos cruciais da vida societária, e é aqui que a opção pelo recurso à figura dos suprimentos surge como um caminho a seguir, por forma a capacitar a empresa dos meios necessários a prosseguir a sua atividade. Tendo presente que a situação de subcapitalização corresponde a uma das situações que levam os sócios a recorrer à celebração de contratos de financiamento¹³⁰, em que são os próprios sócios que capitalizam a empresa, sobre a forma de um “empréstimo” que não se resume apenas à entrega de dinheiro ou de outra coisa fungível com obrigação de restituição mais tarde, por outra da mesma espécie e qualidade, já que abarca também a figura do acordo de dilatação do prazo de pagamento de um crédito do sócio sobre a sociedade, de acordo com os arts. 243.º a 245.º do CSC.

O contrato de suprimento¹³¹ pode advir de três tipos de fontes conforme dispõem os artigos mencionados: Cláusula contratual; deliberação dos sócios e por acordo do sócio com a sociedade. Importa referir que a primeira modalidade remete para o regime das prestações acessórias que consta do art. 209.º, sendo obrigatório que no contrato da sociedade haja menção expressa dos seus elementos essenciais (obrigações acessórias), sendo que a obrigação de efetuar suprimentos pode abranger todos ou apenas alguns sócios por via do contrato, devendo ainda ser feita referência ao facto da mesma ser efetuada de forma onerosa ou gratuita. No que respeita à segunda fonte, apenas é exigido que a deliberação seja votada favoravelmente apenas por aqueles que pretendem assumir essa obrigação, não podendo a mesma ser extensível a outros sócios, nem havendo, ao contrário da hipótese anterior, remissão para o regime das prestações acessórias. Por fim, quanto ao acordo do sócio com a sociedade, o art. 245.º, no seu n.º 3 dispõe que o mesmo não está dependente de prévia deliberação dos restantes sócios, salvo se o contrato da sociedade dispuser em sentido diverso. No entanto, conforme alerta RAÚL VENTURA, o contrato de suprimento deverá ser celebrado em nome da sociedade por outro gerente.

O enquadramento do contrato de suprimento quanto à sua formação tem dividido a doutrina, no entanto, P. OLAVO CUNHA considera que não estamos perante um contrato real “*quoad constitutionem*”, uma vez que o contrato se considera concluído, logo após a deliberação dos sócios que aprove a realização de suprimentos - se estiver previamente estabelecido no contrato de sociedade, a obrigação impenderá sobre todos os sócios - ou quando o sócio e a sociedade firmem o seu acordo, sem que seja necessária a entrega da quantia mutuada para que o mesmo produza efeitos. Assim, no seu entendimento, e apesar da proximidade à figura do mútuo, não se podem ignorar ao mesmo tempo, as suas diferenças, já

¹³⁰ Surge no ordenamento jurídico português com a entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais por via do Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro.

¹³¹ Cfr. exemplo de minuta de Contrato de Suprimento no ANEXO B.

que os suprimentos tem consagração autónoma e apresentam um contexto muito particular dada a especificidade que caracteriza a relação do sócio com a sociedade. Posto isto, o contrato de suprimento constituirá um negócio jurídico real quanto aos efeitos ou “*quoad effectum*”, através do qual e após a celebração do mesmo, nasce na esfera jurídica da sociedade o direito a exigir dos sócios a entrega dos montantes definidos para se financiar.

Alerta-se para o facto de poder haver lugar à imputação de responsabilidade civil contratual relativamente a um sócio que não proceda à entrega da quantia acordada. Destaca-se também um elemento essencial deste contrato que corresponde ao carácter de permanência, em relação ao qual o legislador não define nenhum critério para a sua verificação, pelo que muitas vezes surgem dificuldades quanto à distinção entre um suprimento e um simples crédito de terceiro. P. OLAVO CUNHA dá o exemplo do diferimento de lucros distribuídos, conforme o n.º 1 e 3 do art. 243.º, que entende tratar-se de um suprimento, desde que revista um carácter de permanência. Note-se que daqui pode resultar que um crédito concedido pelo sócio à empresa seja considerado enquanto tal, mesmo que as partes nada digam a esse respeito, se tiver passado mais de um ano a contar da data da sua concessão.¹³²

Importa ainda destacar que um dos pontos essenciais quanto à caracterização do contrato de suprimento, diz respeito à graduação de créditos¹³³, relativamente à relação entre o crédito do suprimento e os restantes, em que é aceite de forma unânime na doutrina e jurisprudência, que regra geral, os créditos de suprimentos cedem perante os créditos dos “primeiros” credores da sociedade. Em face do exposto, não surpreende que haja uma tendência para que os sócios tentem a “todo o custo” dissimular os indícios existentes de que os seus créditos pendentes sobre a sociedade possam ser na realidade suprimentos¹³⁴, restando ao sócio que pretenda afastar a presunção de “qualificação do contrato como de suprimento, o único meio é produzir declarações de vontade que não se enquadrem na figura

¹³² Vide Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 26 de Junho de 2012, processo n.º 762/09.0T2AVR.C1, Alberto Ruço (Relator)

¹³³ Em caso de insolvência (20.º CIRE), embora os sócios não a possam requerer por via do n.º 2 do art. 245.º CSC, uma vez decretada, ou dissolvida a sociedade, poderá haver lugar ao reembolso dos mesmos, mas a insolvência *per se*, não exige a sua satisfação, tendo os sócios de aguardar até que os créditos de terceiros sejam satisfeitos Cfr. Ac. do TRP de 11.09.2018 (Insolvência. Pressupostos para o decretamento da insolvência, al.a) do n.º 1 do art.º 20º).

¹³⁴ Vide ainda quanto ao mesmo acórdão citado no ponto anterior: “A este respeito, e porque o regime do mútuo é mais favorável ao sócio, do ponto de vista do reembolso, o n.º 4 do artigo 243.º, do Código das Sociedades Comerciais permite que os sócios possam ilidir a presunção no sentido de existir um contrato de suprimento «...demonstrando que o diferimento créditos corresponde a circunstâncias relativas a negócios celebrados com a sociedade, independentemente da qualidade de sócio»”.

legal desse contrato; para isso, pode concorrer a ilisão das presunções, que a própria lei estabelece»¹³⁵.

Quanto aos tipos societários em que esta figura pode ter lugar, hoje acaba por ser aceite na doutrina, embora exista quem ainda apresente uma posição de alguma resistência, como PEREIRA DE ALMEIDA que entende que este instituto é “próprio das sociedades por quotas, que decorre da natureza das quotas e de uma mais forte relação pessoal”¹³⁶ (*affectio societatis*), o contrato de suprimento tem sido aplicado nas S.Q e nas S.A. Ainda que o CSC apenas consagre expressamente esta figura em sede de S.Q, tem-se entendido que o mesmo é extensível às S.A quando estejamos perante ações nominativas para que assim se possa identificar o sócio a quem se vai exigir o cumprimento da obrigação em causa¹³⁷. Neste sentido, considerando a função desempenhada pelo contrato de suprimento, de financiar a sociedade, apenas se admite a analogia em relação a acionistas que detenham pelo menos 10% do capital social¹³⁸, pois, como argumenta Raul Ventura, “é apenas a partir desta proporção que se «...exprime o interesse societário ou empresarial do acionista, para o efeito de contratos de suprimento»”. OLAVO CUNHA aponta para uma “razão de ordem histórica” pelo facto desta figura se enquadrar melhor na realidade de uma sociedade por quotas.

Assim, e procurando sintetizar a qualificação da figura dos suprimentos, entendo que estaremos perante um contrato de suprimento¹³⁹, nos casos em que o sócio representando na

¹³⁵ Cfr. Acórdão citado: sublinhado do Relator.

¹³⁶ PEREIRA DE ALMEIDA, António, *Direito das Sociedades...*obra cit. pp. 396 ss.

¹³⁷ Sem prejuízo das recentes movimentações para extinguir as ações ao portador, não havendo previsão contratual que os imponha, estes só poderão ser prestados de forma voluntária e proporcional à posição de cada sócio.

¹³⁸ No mesmo sentido o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-12-1999, C.J. (S.T.J.) ano II, tomo III, pág. 176 e acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9-2-99, in *Sociedades Comerciais, Colectânea de Jurisprudência, Edições/2009*, pág. 367 ss.

¹³⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica*, 1.ª ed., Almedina, 2009, pag 232: “Neste âmbito tem sido colocada, ainda, a questão do tratamento jurídico a dar a empréstimos de terceiros garantidos por sócios, situação que não encontra regulação expressa na nossa ordem jurídica (sobre o tema, cfr. ALEXANDRE MOTA PINTO, “Do Contrato de Suprimento...”, cit., pp. 223 e ss., e 345 e ss), ao contrário do que acontece na Alemanha, onde o § 32ª, II, da GmbHG estabelece que, perante a insolvência da sociedade, se um terceiro tinha concedido à sociedade um empréstimo, numa situação em que o sócio, atuando como comerciante diligente, teria entrado com capital próprio, e se esse sócio tinha garantido o empréstimo, então o terceiro em causa só poderia vir a pedir no processo de insolvência da sociedade o pagamento da quantia que, eventualmente, não tenha recuperado por força do funcionamento da garantia prestada pelo sócio; (...) a mesma lei ainda acrescenta “que se o terceiro, nas condições que ficaram expostas, conseguiu da sociedade o reembolso do empréstimo efetuado no ano anterior ao pedido de abertura do processo de

sua consciência, por via dos estatutos, ou por via da sua manifestação de vontade (acordo ou votação na deliberação), realize um empréstimo de médio ou longo prazo, ou que difira o reembolso de um crédito, por forma a financiar a sociedade, ou inclusivamente, tenha resgatado um crédito de terceiro. Neste sentido, OLAVO CUNHA acrescenta que o crédito do sócio perante a sociedade tenha sido consequência da sua participação societária, e não por ser um credor comercial.

Em jeito de conclusão, e lembrando que os suprimentos não dependem de prévia deliberação dos sócios, exceto se tal estiver previamente previsto no contrato de sociedade, entendo que poderia ser vantajoso encontrar uma situação intermédia, *i.e.*, prever no contrato da sociedade a necessidade de deliberação para que se recorra à figura dos suprimentos, mas ficando dependente das necessidades de capital serem superiores a um determinado montante, por forma a que os sócios possam gerir as suas expectativas, evitando a banalização deste instituto que tanta relevância tem, rejeitando a ideia de que os sócios cedam assim que surjam os primeiros sinais mais desencorajadores.

2.1 Contrato de Suprimentos: aspetos fiscais

A entrada de recursos numa sociedade através dos seus sócios, não deve no meu entendimento ser penalizada, indo ao encontro da posição defendida por PINTO DUARTE¹⁴⁰, pelo que quanto ao contrato de suprimentos, apenas deverá penalizar-se o sócio, se este auferir algum tipo de rendimento, isto é, se o contrato for oneroso. Neste sentido, sublinhe-se que a realização de suprimentos não afeta “a estrutura de capitais da empresa”, nem interfere com os interesses dos credores sociais, estando, inclusivamente, isento de imposto de selo¹⁴¹ por via do art. 7.º do CIS. No entanto, alerta-se para o facto de ser necessário conjugar o artigo referido com o art. 5.º, al. m), que impõe que o contrato seja celebrado com um prazo não inferior a um ano, e que haja lugar ao reembolso antes do fim desse prazo.

Em sede de IRC, existem também reflexos quanto ao recurso a mecanismos de autofinanciamento como os suprimentos, nomeadamente, quando o sócio ou acionista seja uma entidade não residente num Estado-Membro da UE, com o qual o Portugal tenha relações “especiais”¹⁴² à luz do n.º4 do art. 63.º do CIRC. Deste modo, refira-se que nos casos em que o endividamento seja excessivo, os juros suportados não serão dedutíveis relativamente à parte

insolvência ou depois dessa data, então o sócio que tinha prestado a garantia deve restituir à sociedade o montante do reembolso, até ao limite do valor da garantia em causa”.

¹⁴⁰ DUARTE, Rui Pinto, *A Subcapitalização...* obra cit. p. 1084 e ss.

¹⁴¹ Se os empréstimos à sociedade forem por um prazo inferior a um ano, não serão qualificados como suprimentos, deixando de estar isentos de Imposto de Selo, aplicando-se uma taxa de 0,04% por cada mês ou fração sobre a quantia mutuada, e sempre que a operação seja realizada por, ou com recurso a intermediação de crédito, ou entidade equiparada.

¹⁴² Serão relações “especiais” aquelas em que uma entidade tem o poder de exercer, de forma direta ou indireta, uma influência significativa nas decisões de gestão: é o caso em que uma sociedade detém uma participação de pelo menos 10% da outra.

que se encontre em “excesso”, para efeitos de determinação do lucro tributável (n.º1 do art. 67.º CIRC): estamos perante um excesso de endividamento quando o valor das dívidas relativamente a cada financiador for – independentemente do período de tributação – superior ao dobro da respetiva participação no capital próprio da sociedade sediada em Portugal¹⁴³.

Por fim, importa ainda sublinhar a preocupação que OLAVO CUNHA revela quanto à pretensão de se aplicar o regime de preços de transferência quanto a suprimentos não remunerados em que os sócios “subscritores” apresentem a já referida relação “especial” (art. 58.º CIRC), em que o sócio detém pelo menos 10 % de participação na sociedade, poderá, no limite, fazer perigar a figura das prestações suplementares, já que estas estão sujeitas a um regime mais rigoroso, e uma vez que dizem respeito a uma prestação que não pressupõe remuneração. Sem prejuízo desse risco para o qual o referido Professor alerta, parece estar subjacente, por parte da atuação do legislador, uma preocupação de prevenção de comportamentos “abusivos” por parte dos sócios gestores ou até membros de órgãos sociais, aproveitando-se da sua posição de vantagem face aos restantes sócios, poderem obter condições mais favoráveis¹⁴⁴.

3. Fontes de financiamento alternativas

Nos dias de hoje, falar de financiamento de empresas implica necessariamente abordar o fenómeno recente das “startups”, em que Portugal tem procurado acompanhar o seu enorme crescimento. Assim, nasceram as chamadas “FinTech”, empresas que juntam a atividade financeira à tecnologia, constituindo este um passo significativo no processo de digitalização da banca, é por isso importante analisar a forma como as *FinTech* aproveitaram a “janela de oportunidade” quanto à dificuldade que normalmente acompanha a criação de uma *startup*, que consiste em dar resposta às suas necessidades de financiamento. Importa também referir o impulso que a criação dessas empresas tecnológicas da atividade financeira, deram para o desenvolvimento de *startups*. Nesta fase inicial, existem muitas empresas que mesmo obtendo um financiamento, este acaba por se revelar insuficiente para a mesma poder dar o passo seguinte, e é aqui que as designadas “*FinTech disruptors*” assumem um papel importante, criando um novo mercado para suprir as falhas de outro já existente: o chamado mercado de cauda longa ou “*long-tail*”. As *startups*, contrariando as formas tradicionais de financiamento em que montantes elevados acabam por ser movimentados por poucos investidores, conseguem muitas vezes captar pequenos investimentos de um leque muito variado de investidores, através da modalidade conhecida por “*crowdfunding*” (*a desenvolver no ponto seguinte*). Estas empresas caracterizam-se por um crescimento rápido e acentuado, desvalorizando a obtenção de lucros *per se* numa fase tão embrionária; havendo um claro

¹⁴³ Cfr. Art. 67.º CIRC e opinião de Paulo OLAVO CUNHA, Direito das Sociedades...obra cit. p. 823

¹⁴⁴ Vide OLAVO CUNHA, Paulo, Direito das Sociedades...obra cit. p. 834.

“reverso da medalha”: a taxa de mortalidade elevada associada às “dores de crescimento” e aos inúmeros riscos envolvidos. Apresentam diferentes fases quanto ao financiamento¹⁴⁵:

- **Seedfunding**: recurso aos próprios sócios fundadores, a familiares e amigos, os designados “3Fs” (*founders, family and friends*..).
- **Seed valley of death**: fase em que são necessárias elevadas injeções de capital, mas os rendimentos ainda são praticamente inexistentes.
- Segue-se uma fase em que a *startup* começa a apresentar receitas que cobrem as despesas – *break even*.
- **Early stage**: adquire a posição de “investimento interessante para empresas de *venture capital*”.

Dá-se por concluído o ciclo de financiamento quando outra empresa adquire a primeira, ou ao abrir o seu capital ao passar a estar cotado em bolsa – investimento público.

Importa referir que as *FinTech* não se cingem ao financiamento de *startups*, mas também das PMES que compõem a maioria do tecido empresarial português, e 99% das empresas europeias de acordo com dados do Eurostat.

Considerando o próprio funcionamento dos bancos, que são por natureza avessos ao risco, ao qual se juntaram as dificuldades inerentes à crise financeira que tem marcado os últimos anos, a concessão de crédito às PMES ficou ainda mais “estrangulado”. No entanto, desse constrangimento, resultou a necessidade de procurar meios alternativos de financiamento, como foi o caso do chamado “*equity crowdfunding*”.

3.1 Crowdfunding e financiamento colaborativo

O *Crowdfunding* ou financiamento colaborativo¹⁴⁶, como é também designado, nomeadamente, na legislação nacional, consistindo num modelo de negócio em que entidades recorrem a outras modalidades de financiamento, através de diferentes atores externos. O facto de se tratar de um fenómeno recente, acaba por sofrer das “dores de crescimento” normais, uma vez que ainda se está desenvolver, subdividindo-se, em regra nas seguintes fases: i) uma campanha dirigida ao público, normalmente, com recurso a meios audiovisuais com a apresentação de um vídeo através de *upload* para a plataforma *on-line*; ii) com o objetivo de obter fundos para um determinado projeto; iii) no qual o público-alvo (potenciais financiadores ou *backers*) poderá enviar os fundos necessários dirigidos aos promotores do projeto; iv) podendo o financiamento assumir a forma de donativos, recompensas, capital e empréstimo.

O *crowdfunding* possibilita o acesso ao financiamento em diferentes fases, nomeadamente, naquelas que representa maiores riscos e que os investidores “tradicionais” procuram evitar a todo o custo, e que se revela praticamente impossível de ultrapassar apenas com base nos recursos de familiares ou amigos, dada a dimensão das necessidades de capital

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Ana Perestrelo, *FinTech – Desafios da Tecnologia Financeira*, Almedina, p.237 e ss.

¹⁴⁶ Lei nº 102/2015, 24 de Agosto que estabelece o Regime Jurídico do Financiamento Colaborativo (RJFC).

que normalmente as *startups* apresentam – ultrapassando assim o que muitos identificam como um “funding gap” ou falha de mercado – contribuindo também para uma valorização acentuada, acompanhada por um menor custo de capital, e maior rapidez em todo o processo de financiamento. Outro ponto, inquestionavelmente positivo diz respeito à ausência de custos de intermediação, já que por via de regra, o acesso aos investidores acaba por ser direto.

Por fim refira-se que um dos grandes aspetos positivos que tem catapultado o *crowdfunding*¹⁴⁷ para outro patamar, ultrapassando os meios de financiamento mais comuns, está nas potencialidades que a utilização da internet representa, nomeadamente, para a divulgação e promoção do projeto, atingindo um público-alvo em larga escala, e em qualquer região do globo¹⁴⁸, podendo arrecadar pequenas contribuições, mas que ao mesmo tempo envolvem um pequeno conjunto de formalidades, quando comparado com as alternativas. Em sentido oposto, dada a significativa dependência do “mundo digital”, há um aumento dos riscos relativos aos “*big data analytics*”, entrando na atual e também futura problemática da proteção de dados.

3.2 Sociedades de capital de risco e Business Angels

O capital de risco consiste numa operação de investimento na subscrição de participações sociais, quer seja no momento da constituição da sociedade, quer seja durante uma operação de aumento de capital, assim como na aquisição de instrumentos de capital próprio e de capital alheio em sociedades que apresentem um potencial de crescimento muito significativo. Estas operações são efetuados por entidades especializadas neste âmbito, reguladas pelo DL n.º 375/2007, de 8 de Novembro que diz respeito ao Regime Jurídico do Capital de Risco (RJCR). Neste sentido, é fundamental proceder-se a uma análise e correspondente avaliação da empresa, no caso de esta já existir, ou caso incida sobre um novo negócio, os riscos inerentes têm de ser devidamente acautelados. As SCR são as sociedades determinadas como sendo as que reúnem as competências para o exercício desta atividade, correspondendo a sociedades anónimas, não financeiras, tal como resulta do art. 8.º do RCJR. O seu exercício é feito através de fundos de capital de risco, o que se traduz, portanto, na utilização de “patrimónios autónomos, sem personalidade jurídica, mas dotados de personalidade judiciária, pertencentes ao conjunto dos titulares das respetivas unidades de

¹⁴⁷ No ano de 2015, na Europa, o volume total do mercado de financiamento online atingiu números a rondar os € 5,431 milhões, apresentando um crescimento de 92% face aos números de 2014 de €2,833 milhões, em que o Reino Unido domina, representando uma quota de mercado de cerca de 80%. Sem prejuízo deste crescimento significativo, a verdade é que o “velho continente” ainda se encontra muito atrás dos resultados de outros grandes mercados como o asiático ou o americano: €33.58bn.

¹⁴⁸ Para um maior desenvolvimento consultar:

<https://insight.jbs.cam.ac.uk/2016/sustaining-momentum-european-alternative-finance-industry-report/>

participação”¹⁴⁹. Quanto à sua gestão, esta recai sobre uma SCR, ou uma sociedade gestora de fundos de investimento mobiliário, e pelos designados *business angels*, i.e, investidores em capital de risco que têm necessariamente de ser sociedades comerciais unipessoais por quotas, na posse de pessoas singulares (art. 9.º, n.º1 e 2 do RJCR), estando todas as entidades aqui envolvidas sujeitas a um registo prévio, que foi agilizado, conforme se pode perceber pelo art. 4.º, n.º1 di RJCR).

Os Investidores em Capital de Risco (IRC)¹⁵⁰ são constituídos segundo o tipo de sociedade unipessoal por quotas. O objeto destas sociedades são as empresas *seed* e *start-up* com potencial de valorização e investem diretamente ou através de sociedades veículo. A sua introdução no DL permitiu que beneficiassem do mesmo enquadramento fiscal que as SCR (Sociedades de Capital de Risco).

3.3 Garantia Mútua

As empresas podem recorrer a esta forma de financiamento indireto, sempre que se trate de uma PME, e que esta necessite, urgentemente, de ver a sua capacidade financeira alavancada. Nesta modalidade, a empresa recorre a uma sociedade de garantia mútua, que por sua vez, vai prestar garantias às entidades financiadoras, nomeadamente, às instituições bancárias, uma vez que estas acabam por repartir o risco associado ao financiamento entre si (bancos e sociedades de garantia mútua), dispensando dessa forma a constituição de provisões habituais por forma a obviar os riscos de crédito sobre os montantes fornecidos pela SGM¹⁵¹. Refira-se que o recurso a esta figura permite à sociedade obter condições de financiamento totalmente diferentes, como taxas de juro competitivas, conseguindo ainda obter prazos ajustados à sua atividade. As garantias prestadas incluem garantias técnicas, garantias de bom pagamento a fornecedores, garantias ao Estado, assim como garantias a sistemas de incentivos, conseguindo assegurar o cumprimento generalizado dos seus empréstimos.

3.4 Recuperação de Empresas por via Extrajudicial: Programa Capitalizar

O Programa Capitalizar¹⁵² aprovado pelo Decreto-Lei n.º81/2017 vem procurar responder a uma necessidade já há muito tempo identificada por parte das empresas de se capitalizarem. Assim, para além de um reforço do nível de capitalização das empresas, pretende-se criar as condições favoráveis para que as mesmas possam relançar a sua atividade, retomando níveis de investimento superiores, equilibrando a sua situação financeira, entre outras. Existe uma preocupação de direcionar este Programa para as PMES e empresas de média capitalização designadas "Mid Cap" e "Small Mid Cap".

¹⁴⁹ Cfr. art. 10.º, n.º1 do Regime Jurídico de Capital de Risco.

¹⁵⁰ Para um maior aprofundamento Cfr. CÂMARA, Paulo, *Manual do Direito dos Valores Mobiliários*, Coimbra, 2.º edição, 2011, pp. 855

¹⁵¹ Vide sobre as Sociedades de Garantia Mútua, OLAVO CUNHA, Paulo, *Direito...obra cit.*

¹⁵² Para um maior aprofundamento ver <http://www.capitalizar.pt>

Será considerada uma empresa de média capitalização ("Mid Cap") a empresa que não sendo uma PME, empregue um mínimo de 3.000 pessoas, assim como a empresa de pequena-média capitalização, a que empregue menos de 500 pessoas.

Assenta em três pilares essenciais:

- **Investimento:** Preparar as empresas para novas fases de investimento, dotando-as do suporte financeiro adequado e eliminando barreiras administrativas à sua efetivação;
- **Financiamento:** Robustecer os intermediários financeiros tradicionais e estimular a utilização ou o surgimento de outros atores e de novas soluções;
- **Capital:** Criar condições para a mobilização de capitais nacionais ou estrangeiros, designadamente da diáspora, atraindo investimento direto estrangeiro e desincentivando a saída de capitais nacionais.

Apresenta-se alguns exemplos de medidas que o Programa Capitalizar pretende implementar para a alavancagem de financiamento e investimento¹⁵³:

- Criação de um fundo de capitais públicos para coinvestimento com investidores privados em operações que concorram para a regeneração do tecido empresarial, nomeadamente operações de sucessão e de consolidação;
- Criação de um fundo de investimento especializado que invista em instrumentos de agregação de valores mobiliários de diferentes PMEs e MIDCAPS, alistarem mercado de capitais, com possibilidade de um investimento do Estado na fase inicial do projeto, podendo contar, igualmente, com uma garantia pública (a atribuir através do Sistema Nacional de Garantia Mútua);
- Utilização dos meios previstos no Portugal 2020¹⁵⁴ para investimento em dívida de PME e MIDCAPS, preferencialmente em instrumentos de agregação de valores mobiliários;
- Desenvolvimento de veículos orientados para investimento em PME e MIDCAPS por parte de investidores não qualificados (investidores particulares), com benefícios fiscais em sede de IRS, assim como a criação de veículos financeiros para incentivar o investimento tecnológico e o respetivo registo de patentes;
- Titularização de créditos de PME e MIDCAPS através da prestação de garantias às carteiras de crédito, para nova reafecção de capitais do sistema bancário, designadamente para as operações garantidas pelo Sistema Nacional de Garantia Mútua;
- Priorização de propostas de FCR que sejam geridas por entidades gestoras inseridas em cadeias de financiamento internacional e/ou com comprovado sucesso de internacionalização das empresas sob a sua gestão;

¹⁵³ Fonte: <http://capitalizar.pt/>

¹⁵⁴ <https://www.portugal2020.pt/Portal2020>

- Captação do financiamento disponível para Portugal no âmbito dos programas COSME e HORIZON
- Reforço da intervenção da Portugal Ventures (PV) nos setores da indústria e do turismo, suprimindo, nomeadamente, as lacunas deixadas pela integração das sociedades públicas de capital de risco AICEP Capital e Turismo Capital na PV”
- Constituição de novos instrumentos como:
 - a) Aceleração da implementação de uma nova linha de financiamento com garantia mútua;
 - b) Novos Fundos de Capital de Risco (FCR) e Business Angels: participação na conceção e inclusão da marca do Programa (“Fundos Capitalizar”) nestes veículos de investimento público e privado (€147M de investimento público estimado);
 - c) Criação e operacionalização de fundos de Capital Reversível;
 - d) Angariação de financiamento no âmbito do European Fund for Strategic Investment.

3.5 O Regime Jurídico de Conversão de Créditos em Capital

Este regime (aprovado pela Lei n.º 7/2018, de 2 de Março) permite a conversão em capital de créditos detidos sobre uma sociedade comercial ou sob forma comercial com sede em Portugal¹⁵⁵. Deste modo, os credores (“cujos créditos constituam pelos menos dois terços do total do passivo da sociedade e a maioria dos créditos não subordinados”) podem propor à sociedade, a conversão dos seus créditos sobre a mesma, em capital social, desde que se verifiquem os pressupostos indicados no diploma mencionado¹⁵⁶:

- a) O capital próprio da sociedade, tal como resultante das últimas contas de exercício aprovadas ou, caso existam, de contas intercalares elaboradas pelo órgão de administração e aprovadas há menos de três meses, seja inferior ao capital social;
- b) Se encontrem em mora, superior a 90 dias, créditos não subordinados sobre a sociedade de valor superior a 10 % do total de créditos não subordinados ou, caso estejam em causa prestações de reembolso parcial de capital ou juros, desde que estas respeitem a créditos não subordinados de valor superior a 25 % do total de créditos não subordinados (de acordo com o disposto nos artigos 47.º e 48.º do CIRE).

¹⁵⁵ Este regime “não se aplica à conversão em capital de créditos detidos sobre empresas de seguros, instituições de crédito, sociedades financeiras, empresas de investimento, sociedades abertas e entidades integradas no setor público empresarial, na aceção do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro, alterado pelas Leis n.os 75 -A/2014, de 30 de setembro, e 42/2016, de 28 de dezembro”.

¹⁵⁶ Artigo 3.º da Lei n.º 7/2018, de 2 de Março.

Importa referir que ficam ainda de fora deste regime de conversão de créditos em capital, os créditos detidos por entidades públicas, com exceção das que pertençam ao designado “setor público empresarial”¹⁵⁷; seguindo-se os créditos que incidam sobre sociedades cujo volume de negócios, com no relatório de contas precedente, seja inferior a € 1 000 000.

Por fim, sublinha-se o que a conversão de créditos em capital não se esgota no regime exposto, seja por vontade das partes, seja por imposição do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)¹⁵⁸.

4. Algumas medidas de resposta à situação de subcapitalização: perspetiva jurídica e financeira

É fundamental para a superação da situação de subcapitalização de uma sociedade, a adoção de medidas que visem o reequilíbrio da sua situação financeira. Vejamos algumas medidas possíveis:

- a) **Alienação de ativos** que não estejam afetos diretamente à atividade económica corrente da empresa ou que, embora afetos, seja possível deslocalizar essa atividade para zonas/espacos com um preço por m² inferior: essa venda pode representar uma entrada de capitais que permitirá reforçar os capitais próprios da sociedade e, assim, melhorar a sua estrutura de financiamento;
Em alternativa poder-se-ão realizar operações de *Leaseback* ou mesmo a venda a um fundo/investidor imobiliário, ficando a sociedade nesse imóvel na qualidade de arrendatária. Consegue libertar fundos e, em muitos casos, aliviar o esforço financeiro através do pagamento de uma renda de montante inferior à prestação de capital mais juros no caso de esse ativo estar financiado;
- b) **Retenção de dividendos/Reinvestimento dos lucros**: embora a legislação fiscal devesse ser mais incentivadora nesse sentido (e eventualmente mais penalizadora na distribuição de dividendos/ distribuição dos lucros, em determinadas situações), esta é uma medida eficaz no propósito aqui analisado e ainda como sinal que é enviado ao mercado quanto ao comprometimento dos accionistas/sócios na solução do problema da subcapitalização, sobretudo se forem reforçados os capitais próprios ou equivalentes do ponto de vista financeiro (os suprimentos ou prestações suplementares podem estar sujeitos a disposições contratuais nos contratos de empréstimo à sociedade, assegurando a sua permanência durante o período de maturidade desses contratos, assumindo-se como “capitais permanentes” na perspetiva financeira);

¹⁵⁷ Carece de autorização prévia do Governo, por intermédio do seu membro responsável pela área das finanças, conforme resulta do n.º 5 do art. 2.º do RJCC.

¹⁵⁸ Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março.

- c) **Recurso a empréstimos obrigacionistas com opção de conversão em capital**
Estas emissões, com a possibilidade de converter obrigações em ações, está normalmente só ao alcance das maiores empresas;
- d) **Reestruturação/consolidação de dívidas** (empréstimos e/ou dívidas de fornecedores): processo que permite alongar maturidades, transformar curto prazo em médio/longo prazo e, algumas vezes, reduzir o próprio endividamento e/ou os encargos com o mesmo, normalmente em situações de dificuldades financeiras extremas, enquadradas em processos de recuperação e viabilização;
- e) **Entrada de novos acionistas/sócios:** investidores individuais ou empresariais ou institucionais (SCR, *Private Equity*, Fundos...), que normalmente está associado à avaliação do potencial económico da empresa, não obstante a situação subcapitalização e/ou dificuldades financeiras e de financiamento da atividade atual e futura;
- f) **Recurso a medidas que permitam otimizar a gestão corrente**, por forma a reduzir custos e /ou aumentar receitas (e os lucros), ou ainda através da melhoria das condições de tesouraria, através da redução das necessidades de fundo de maneio (com a dilatação dos prazos de pagamento e eventual diminuição redução dos prazos de recebimento) que permitiriam uma maior capacidade de autofinanciamento.

CONCLUSÃO

O capital social enquanto ponto de referência da situação económica da sociedade, tem sofrido alterações, e tem sido alvo de um crescendo de críticas quando à sua verdadeira relevância na vida societária. Contudo, considero inquestionável, que este instituto ainda apresenta nos dias de hoje, um papel importante para a vida societária, mesmo que a sua verdadeira função de garantia, em certa medida, se circunscreva ao respeito pelo princípio da intangibilidade do capital social. Será uma figura que terá, necessariamente, de acompanhar as transformações que envolvem a vida societária, como no meu entender tem sido o caminho seguido até aos dias de hoje.

As sociedades designadas como “sociedades de capitais” necessitam de ser investidas dos níveis de capital necessários, quer para iniciar a atividade, quer para acompanhar uma fase de crescimento, ou numa perspetiva menos desejável, mas “realista”, para as situações em que as empresas estão descapitalizadas, sob o risco, inclusivamente, de perda de metade do capital social. Assim, fica por demais evidente que a sociedade tem de tomar as medidas que considera aptas a reestabelecer o equilíbrio das suas operações, embora como ficou demonstrado, numa situação de perda grave de capital, apenas recai sobre o órgão de gestão o dever de informar os sócios quanto à existência da mesma.

Conforme fica demonstrado ao longo da presente dissertação, a situação de subcapitalização acarreta consequências para diferentes intervenientes, mas claro que o foco principal está sob os sócios e credores. É pois, partindo desta premissa que se procura enquadrar o instituto do levantamento da personalidade jurídica da sociedade, que no meu entendimento, e discordando de outras posições, deve ser visto como um verdadeiro “caminho” a seguir, ainda que a título subsidiário, e não como uma medida a que se possa recorrer sem mais. É essencial que seja feita uma ponderação, considerando a “violência” que representa o recurso ao património próprio dos sócios para que estes possam responder pelas dívidas da sociedade, enquanto tutela dos credores sociais.

Se por um lado o legislador comunitário procurou flexibilizar e promover a eficiência das empresas através da Diretiva 2006/68/CE, a verdade é que a mesma não correspondeu às expectativas que haviam sido criadas. No entanto, e apesar de ficar aquém, a sua não transposição, resultou em consequências negativas para as empresas portuguesas, uma vez que a mesma viria abolir a proibição absoluta de recurso ao financiamento que ainda hoje está instituída em Portugal. No meu entendimento, regime atualmente consagrado, acaba por penalizar de forma excessiva operações levadas a cabo por sociedades, como as “LBO” analisadas, que podem muitas vezes corresponder a atuações honestas e positivas para o mercado. Daqui não se pretende concluir que a transposição da Diretiva pudesse resolver todos os problemas relacionados com a atuação do mercado, mas seria um sinal positivo que seria dado às empresas, porque uma permissão ainda que condicionada, será sempre benéfica do que uma proibição absoluta, limitando mecanismos de resposta das sociedades que se encontrem em situações de dificuldade.

A necessidade de financiamento muitas vezes resulta num “ponto de viragem” para a sociedade, seja para fazer face a dificuldades financeiras pontuais, estrangulamentos de tesouraria, seja para reestruturar a sociedade na prossecução da sua atividade. Neste sentido, o recurso aos próprios sócios, nomeadamente, através do contrato de suprimentos, pode de facto, revelar-se como uma forma de capacitar o ente coletivo, de forma célere e flexível, sendo já hoje pacífico na doutrina a sua aplicação às S.A. e não apenas às S.Q. Deste modo, evita-se a exposição ao risco inerente a outras medidas, como uma operação de aumento de capital, sobretudo para as PMES, em que as dificuldades de recurso ao financiamento bancário são cada vez mais evidentes.

Finalmente, procurou-se ao longo da dissertação, dar um enquadramento abrangente, mas não demasiado exaustivo, das diferentes vertentes que caracterizam a vida societária, sobretudo num contexto de maior dificuldade ou debilidade financeira. É premente a necessidade de procurar ultrapassar algumas questões que ainda hoje atrasam o desenvolvimento das empresas, em que os sócios e seus órgãos sociais, assumem, como não poderia deixar de ser, um papel fundamental para determinar se a sociedade conseguirá com maior ou menor dificuldade exercer a atividade a que se propõe no seu objeto social. Deste modo, as empresas devem procurar resolver os seus problemas não apenas internamente – embora os atos de gestão sejam determinantes - fechando-se sobre si próprias, mas também considerando novas formas de financiamento, com destaque para o “novo mundo” das “startups”, assim como para os programas criados para dinamizar a economia e as PMES, como o Programa Capitalizar, entre outros¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Ver “Programa Semente”; “Startup Voucher”, “Startup Visa” e o “Fundo 200M” – ANEXO D

LEGISLAÇÃO

- DIRECTIVA (UE) 2017/1132 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 14 de junho de 2017, relativa a determinados aspetos do direito das sociedades;
- DIRECTIVA 2012/30/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 25 de outubro de 2012;
- DIRECTIVA 2006/68 (CE) DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 06 de Setembro de 2006, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social;
- Rocha, Isabel e Vieira, Duarte Filipe, *Código Comercial, Código das Sociedades Comerciais e legislação conexa*, Porto Editora, 19ª ed, 2016;
- Lei n.º 8/2018, 02 de Março; Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (Altera o Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas e o Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado)
- Lei n.º 7/2018, de 2 de Março; Regime da Conversão de Créditos em Capital
- Lei n.º 102/2015, 24 de Agosto; estabelece o Regime Jurídico do Financiamento Colaborativo (RJFC).

JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de Abril de 2018, processo n.º 7169/07.1YYLSB-A.L1-1, in <http://www.dgsi.pt>;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08 de Novembro de 2012, processo n.º 1988/11.1TVLSB-B.L1-2, in <http://www.dgsi.pt>;
- Acórdão da Relação de Lisboa, de 29 de Março de 2012, processo n.º 1751/10.7TVLSB.L1-2, in <http://www.dgsi.pt>;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03 de Fevereiro de 2009, processo n.º08A3991, in <http://www.dgsi.pt>;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25 de Outubro de 2005, *Colectânea de Jurisprudência*, III, PP. 199 e ss.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03 de Março de 2005, processo n.º 1119/2005-6, Relator: Gil Roque, in <http://www.dgsi.pt>;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 04 de Junho de 2003, *Colectânea de Jurisprudência*, III, p. 289 e ss.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Maio de 2002, processo n.º02A530, Relator: Ribeiro Coelho, in <http://www.dgsi.pt>;

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, J.M. Coutinho, *Curso de Direito Comercial – Das Sociedades*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 3.^a ed., 2009;
- ABREU, J.M. Coutinho, Comentário ao artigo 35.º do CSC, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, Coordenado por ABREU, J.M. Coutinho, Almedina, 1.^a ed., 2010, pp. 511 - 542;
- ALMEIDA, António Pereira, *Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora, 7.^a Edição, Vol. 1;
- ALMEIDA, António Pereira de, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, Coimbra Editora, 6.^a ed., 2011;
- ANTUNES, Engrácia, *Os Grupos de Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2.^a ed., 2002;
- CORDEIRO, António Menezes, *FinTech DESAFIOS DA TECNOLOGIA FINANCEIRA*, Almedina, Setembro 2017
- CORDEIRO, António Menezes, *Manual de Direito das Sociedades, I – Das sociedades em geral*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 394;
- CORDEIRO, António Menezes, *O Levantamento da Personalidade Coletiva*, Almedina, Coimbra, 2000;
- CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 5.^a ed., 2012;
- DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, 1.^a ed., 2009;
- DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções*, Coimbra Editora, 2.^a ed., 2004;
- DUARTE, Diogo Pereira, *Aspectos do Levantamento da Personalidade Colectiva nas Sociedades em Relação de Domínio – Contributo para a Determinação do Regime da Empresa Plurissocietária*, Almedina, Coimbra, 2007;
- DUARTE, Rui Pinto, *A Subcapitalização das Sociedades – Notas de Direito Privado e de Direito Fiscal*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, *Novos Estudos de Direito Privado*, Almedina, 2003;
- DUARTE, Rui Pinto, *A Subcapitalização das Sociedades no Direito Comercial*, in *Fisco*, 1996, n.º 76/77, pp. 55 – 64;
- GOMES, Fátima, *Manual de Direito Comercial*, Universidade Católica Editora, 2012;

- MARTINS, João Pedro Vargas Carinhas de Oliveira, *Os Suprimentos no Financiamento Societário*, in *Temas de Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, 1.ª ed., 2011;
- OLIVEIRA, Ana Perestrello, *Manual de Grupos de Sociedades*, Almedina, 2016;
- PAVONE LA ROSA, Antonio, *La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi*, in RivDCiv., 1967;
- PAZ-ARES, Cándido, *Sobre la infracapitalización de las sociedades*, in Anuario de Derecho Civil, 1983;
- PITA, António Manuel, *Curso Elementar de Direito Comercial*, Coleção Direito, Áreas Editora, 3.ª ed., 2011;
- PITA, António Manuel, *O regime da sociedade irregular e a integridade do capital social*, Coimbra, Almedina, 2004;
- PINTO, Alexandre Mota, *Do Contrato de Suprimento. O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*, Almedina, 1.ª ed., 2002;
- RIBEIRO, Maria de Fátima, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, 1.ª ed., Almedina, 2009;
- RIBEIRO, Maria de Fátima, «O Capital Social das Sociedades por Quotas e o Problema da Subcapitalização Material», in *Capital Social e Acções Sem Valor Nominal*, Coordenado por DOMINGUES, Paulo de Tarso e CARVALHO, Maria Miguel, Almedina, 1.ª ed., 2011;
- RUS, Heliodoro Sánchez, *El Capital Social, Presente Y Futuro*, Thomson Reuters, Estudios de Derecho Mercantil, 2012;
- SERRA, Catarina, *Desdramatizando O Afastamento Da Personalidade Jurídica (E Da Autonomia Patrimonial)*, JULGAR, n.º9, 2009;
- TRIUNFANTE, Armando Manuel e Luis de Lemos, *Desconsideração da Personalidade Jurídica – Sinopse Doutrinária e Jurisprudencial*, JULGAR, n.º9, 2009;

ANEXO A

(convocatória da Assembleia-Geral no âmbito do artigo 35.º)¹⁶⁰

Convocatória

Nos termos da lei e do contrato de sociedade, são convocados os senhores acionistas para reunirem em assembleia geral no próximo dia (.) de (.) de (.), pelas (.) horas, na sede social, sita na Rua (.), Lisboa, com a seguinte ordem de trabalhos:

1. Informações do conselho de administração sobre a situação financeira da sociedade;

2. Deliberar sobre o aumento do capital social, reservado aos atuais acionistas, no montante de € 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil euros) para € 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil euros) – a realizar, por entradas em dinheiro e mediante a emissão de 2.400.000 novas acções (ao portador), com o valor nominal unitário de € 1,00;

3. Caso não seja aprovada a proposta de aumento de capital, deliberar sobre outras eventuais medidas a adotar pelos acionistas nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais, designadamente:

a) A dissolução da sociedade;

b) A redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade, com respeito, se for o caso, do disposto no n.º2 do artigo 95.º do referido Código;

c) A realização de entradas para reforço da cobertura do capital, nomeadamente sob prestações acessórias de capital;

d) Outras medidas destinadas a cobrir em, pelo menos, metade o capital social.

¹⁶⁰ OLAVO CUNHA, Paulo, *Direito das Sociedades Comerciais...*obra cit., pp. 871 ss.

ANEXO B

CONTRATO DE SUPRIMENTO¹⁶¹

Entre,

_____, sociedade comercial por quotas, com sede social em _____, com o capital social de _____, matriculada no Registo do Comércio e das Sociedades sob o número _____, neste acto representada pelo seu Gerente, [...], adiante designada Mutuante

e

_____, sociedade comercial por quotas, com sede social em _____, com o capital social de _____, matriculada no Registo do Comércio e das Sociedades sob o número _____, neste acto representada pelo seu Gerente, adiante designada Mutuária

Considerando que:

a) A Mutuante é sócia única da Mutuária;

b) A Mutuária atravessa, na presente data, uma fase de carência de tesouraria.

É celebrado o presente contrato de suprimento, que se rege pelas cláusulas seguintes:

Cláusula Primeira

Objecto e Montante

1. Nos termos do presente contrato, a Mutuante empresta à Mutuária o montante de Euros _____ (_____ euros), que esta aceita.
2. O presente contrato tem por objectivo fazer face às despesas inerentes à actividade da Mutuária, designadamente a situação de carência de tesouraria que atravessa, e justifica-se tendo em consideração a relação societária entre as partes.

Cláusula Segunda

Remuneração e Reembolso

1. O capital em dívida deverá ser integralmente reembolsado no prazo máximo de 2 anos, contados a partir da data de assinatura do presente contrato.

¹⁶¹ Exemplo de minuta sugerida por MARIANA CANAS na sua Dissertação de Mestrado, O contrato de suprimento como (nova) forma de financiamento societário, 2011.

2. Sem prejuízo no disposto no número anterior, a Mutuária poderá amortizar antecipadamente parte ou a totalidade do capital em dívida, sem qualquer sanção ou necessidade de acordo prévio.

3. O presente Suprimento não será remunerado.

Cláusula Terceira

Forma de pagamento

Todos os reembolsos e amortizações de capital a realizar pela Mutuária deverão ser feitos em respeito às instruções estabelecidas pela Mutuante.

Cláusula Quarta

Outras Disposições

O não exercício pela Mutuante de qualquer direito que lhe assista ao abrigo deste contrato, ou o seu exercício tardio ou parcial, não importa a renúncia a esse direito, nem impede o seu exercício posterior, nem constitui qualquer moratória.

Cláusula Quinta

Notificações

Todas as notificações e comunicações entre as partes deverão ser feitas por fax ou mediante carta registada com aviso de recepção.

Cláusula Sexta

Lei aplicável

O presente contrato rege-se de acordo com o estabelecido na legislação portuguesa.

O presente contrato é feito em duplicado o qual, depois de lido e conferido, vai assinado por ambas as partes, ficando um exemplar para cada uma das partes.

[Local] _____, [Data] _____

Mutuante

Mutuária

ANEXO C

Quadro relativo à intervenção direta dos sócios no financiamento da Sociedade

Figuras jurídicas	Âmbito aplicação	Fonte obrigação	Objecto da obrigação	Remuneração	Regime de restituição	Sanção	Contabilidade
Suprimentos	A lei regula a propósito das S.Q., mas extensível às S.A.	Contrato entre o sócio e a sociedade e não depende da deliberação dos sócios	Dinheiro ou coisa fungível	Remunerado ou não, conforme convencionado	Ausência de prazo de reembolso: carece de fixação judicial Se falência: reembolso depois de pagos os credores	S.Q: estatutos podem prever que incumprimento seja fundamento de exclusão ou amortização de quota	Elemento do passivo
Prestações acessórias	A lei regula a propósito das S.Q. e S.A.	Obrigação contratual (sociedade)	Pecuniárias ou não	Remunerado ou não, conforme convencionado	Não há restrição similar	S.Q: estatutos podem prever que incumprimento seja fundamento de exclusão ou amortização de quota	Objecto: dinheiro e quando o regime resultante dos estatutos assegura que não são remuneradas e que a sua retirada não é fácil: elemento integrante do capital
Prestações suplementares	A lei regula a propósito das S.Q.	Contrato sociedade deve prever. Depende de deliberação dos sócios	Dinheiro	Sem remuneração	Restituídas se a situação líquida não se tornar inferior à soma do capital social e da reserva legal	Perda, total ou parcial, da quota e eventual exclusão da sociedade	Elemento integrante do capital

ANEXO D

(PROGRAMAS DE APOIO ÀS EMPRESAS)

PROGRAMA “SEMENTE”

“O Programa Semente¹⁶² visa apoiar investidores individuais que estejam interessados em entrar no capital social de startups inovadoras. Cria um regime fiscal mais favorável para estes e favorece a criação e crescimento de projetos empresariais de empreendedorismo e inovação.

São elegíveis para receber estes investimentos todas as empresas inovadoras com elevado potencial de crescimento que obtenham a certificação de PME emitida pelo IAPMEI e que sejam certificadas pela Rede Nacional de Incubadoras como Startups Semente. Estas empresas não podem estar cotadas em mercado regulamentado ou não regulamentado de bolsa de valores.

Através deste programa os investidores podem obter deduções fiscais de até 25% do investimento realizado e até um máximo de 40% da colecta no seu IRS anual, durante um período de 3 anos sucessivos.

Os principais objectivos do Programa Semente são:

- Aumentar o investimento em startups
- Facilitar o acesso das startups ao capital inicial
- Reduzir a mortalidade das empresas
- Aumentar a criação de projetos empresariais inovadores sustentáveis
- Desenvolver uma cultura de investimento em startups em fase inicial”

STARTUP VOUCHER

O *StartUP Voucher* é uma das medidas desenvolvidas pela StartUP Portugal - Estratégia Nacional para o Empreendedorismo, que procura dinamizar o desenvolvimento de projetos empresariais que se encontrem em fase embrionária, promovidos por jovens com idade compreendida entre os 18 e os 35 anos, através de diversos instrumentos de apoio disponibilizados ao longo de um período de até 12 meses de preparação do projeto empresarial¹⁶³.

Esta medida destina-se a projetos que beneficiem as regiões NUT II - Norte, Centro e

¹⁶² Retirado do OE 2017 e website: <http://www.rni.pt/programa-semente>

¹⁶³ Fonte:

<https://www.iapmei.pt/PRODUTOSESERVICOS/EmpreendedorismoInovacao/Empreendedorismo/Apoios-e-Incentivos/Startup-Voucher.aspx>

Alentejo ou NUT II - Lisboa, admitindo-se a realização de ações fora das mesmas desde que beneficiem a economia daquelas regiões.

“FUNDO 200M”

O Fundo 200M¹⁶⁴ é um *Matching Fund* que visa promover o coinvestimento em startups de elevado potencial, em Portugal, através de co-investidores privados nacionais e internacionais.

“O Fundo¹⁶⁵ tem por objeto a realização de operações de investimento de capital e quase capital em Pequenas e Médias Empresas (PME) nacionais elegíveis, em coinvestimento com as entidades previstas no artigo 1.º do Regime Jurídico do Capital de Risco, do Empreendedorismo Social e do Investimento Especializado, aprovado pela Lei n.º 18/2015, de 4 de março, bem como com outras entidades ou pessoas singulares que, não exercendo atividade permanente em Portugal, possam participar no capital de empresas em Portugal e tenham já realizado operações semelhantes às previstas no referido regime jurídico (os Co-investidores), com os objetivos de:

- a) Fomentar a constituição e/ou capitalização de empresas, prioritariamente nas fases de arranque (seed, start-up, later stage venture – séries A e B); e,
- b) Promover o incremento da atividade de capital de risco em Portugal, através da mobilização de entidades especializadas de capital de risco nacionais e internacionais que, para além do investimento financeiro aportado, permitam às empresas a aquisição de conhecimento e experiência técnica, comercial e financeira”

¹⁶⁴ Cfr. Decreto-Lei n.º 126-C/2017 de 6 de outubro

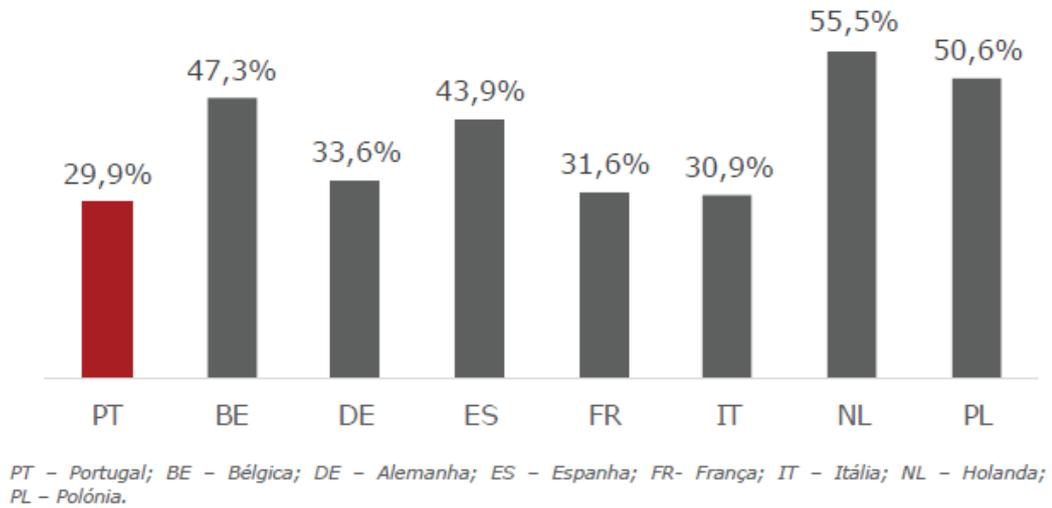
¹⁶⁵ Para mais informações, consultar os websites:

<https://www.200m.pt/pt-pt/regras-eregulamentos/>

<https://www.portugal2020.pt/Portal2020/>

ANEXO E

Gráfico 1. Autonomia financeira⁽ⁱⁱ⁾ das sociedades não financeiras: benchmarking internacional | 2014



De acordo com um estudo levado a cabo pelo Banco Millenium BCP em relação ao tecido empresarial português conclui-se que “dada a dificuldade das empresas com atividade em Portugal (das PME, em particular) em se financiarem através de autofinanciamento, resulta uma evidente predominância do financiamento empresarial (...) por meio de capitais alheios, redundando em níveis de autonomia financeira tendencialmente mais frágeis face à realidade europeia”.

Ainda no panorama europeu, são as sociedades portuguesas as que apresentam níveis de capitais próprios mais baixos, segundo dados de 2014.