



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Articulação da estrutura do tecido empresarial
português com as transformações ao CSC
A subcapitalização material originária arrogada pelo
DL33/2011, de 07 de março**

Vítor Hugo Figueiredo dos Santos Pereira

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Mestrado em Direito e Gestão

**Articulação da estrutura do tecido empresarial
português com as transformações ao CSC**

**A subcapitalização material originária arrogada pelo
DL33/2011, de 07 de março**

Vítor Hugo Figueiredo dos Santos Pereira

Sob a orientação da Prof. Doutora Maria Daniela Farto Baptista Passos e
Prof. Doutora Ana Margarida Lima F. C. Oliveira Juncker Madsen

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

*I will not give up
I will not give in, no
It's time to leave this place behind and run
Oh run*

in *The Deep*, Michael Schulte

Resumo

Por via do desenvolvimento económico, o Direito Societário tem vindo a apresentar sucessivas alterações quanto aos princípios pelos quais se rege. Nos dias de hoje, assistimos a variadas tácticas de empreendedorismo, que transcendem às economias nacionais potenciais soberbos. Contudo, o mundo empresarial é algo bastante minucioso na sua génese. Ele requer forçosamente uma estrutura jurídica que o defina e defenda; donde o caso português não serve de exceção.

Com enfoque exclusivo nas Sociedades por Quotas, analisam-se questões cruciais de constituição das mesmas, como: alterações legislativas, montante do capital social inicial, hipotética subcapitalização, insolvência e proteção de credores (instituições financeiras, trabalhadores, fornecedores, Estado, entre outros). O objetivo do DL33/2011, de 07 de março é inteligível - Deve subsistir a fixação de um montante mínimo legal obrigatório para a constituição destas sociedades, conferindo acesso à limitação de responsabilidade?

Palavras-chave: empreendedorismo, caso português, capital social, subcapitalização, insolvência, credores, limitação de responsabilidade.

Abstract

Through economic development, Corporate Law has been presenting successive amendments on the principles by which it is governed. Nowadays, we are watching various entrepreneurial tactics, which transcend the potential sovereign national economies. However, the business world is something very thorough in its genesis. And so it requires a legal framework that defines it and also that is able to defend it; the Portuguese case is no exception to this.

With an exclusive focus on Limited Companies, crucial issues of its constitution are analysed (such as): legislative changes, amount of initial share capital, hypothetical undercapitalization, insolvency/bankruptcy and protection of creditors (financial institutions, employees, suppliers, State, among others). The objective of the Decree-Law 33/2011, from March 7th, is intelligible – Should a mandatory minimum legal amount for the constitution of these companies, conferring access to the limitation of liability, be established?

Keywords: entrepreneurship, the Portuguese case, share capital, undercapitalization, bankruptcy, creditors, limitation of liability.

Índice

Lista de siglas, abreviaturas e acrónimos	9
Introdução	10
1. Considerações iniciais – Abordagem ao DL33/2011 de 07 de março	11
2. O Capital Social	15
2.1. Funções e Princípios	16
2.1.1. Função de Garantia	17
2.1.2. Função de Financiamento	17
2.1.3. Função de Organização	18
2.2. O regime de entrada	18
2.2.1. Diferimento das entradas.....	19
2.2.2. A impossibilidade de entradas em indústria	20
2.2.3. As entradas em dinheiro.....	20
2.2.4. As entradas em espécie	21
2.3. Capital Social, Capital Próprio e Património.....	22
3. Subcapitalização.....	24
3.1. O Art. 35º do CSC e a sua (in)viabilidade	26
3.2. Condução ao processo de insolvência.....	28
4. A tutela dos credores sociais.....	31
4.1. Reservas	31
4.1.1. Prestações Suplementares	33
4.1.2. Prestações Acessórias.....	33
4.1.3. Suprimentos	34
4.2. Garantias especiais externas ao Contrato de Sociedade.....	35
4.3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica.....	36
5. A realidade portuguesa - uma análise retrospectiva	38
Conclusão.....	40
Referências Bibliográficas	41
Anexo	44

Lista de siglas, abreviaturas e acrónimos

AA.VV – Vários Autores

Al – Alínea(s)

Art(s) – Artigo(s)

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CE – Comissão Europeia

Cfr – Conferir

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Coord – Coordenação

CS – Capital Social

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DL – Decreto-Lei

EURL – *Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée*

GmbH – *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*

GmbH(UG) – *Unternehmergeellschaft Haftungsbeschränkt*

Ibid – *Ibidem*

I.e – Isto é

LSC – *Ley de Sociedades de Capital*

N – Número

P(p) – Página(s)

ROC – Revisor Oficial de Contas

SARL – *Société à Responsabilité Limitée*

SNC – Sistema de Normalização Contabilística

V.g – *verbi gratia*

Introdução

Reconhecida a relevância da temática da subcapitalização no âmbito das matérias de Direito e Gestão, estudamos este tema com fundamento na análise da sustentabilidade da medida proposta pelo DL33/2011 de 07 de março. Após sete anos da sua implementação, esta é uma matéria de discussão entre as áreas do conhecimento quanto ao conflito ideológico que parece ainda subsistir.

A partir da sua vigência tornou-se pertinente estudar, acompanhar e analisar o paralelismo às opções formuladas pela doutrina por contraposição aos factos económico-financeiros apresentados pelas sociedades por quotas. Para isso, foi elaborada e extraída uma base de dados na plataforma online SABI¹, da Bureau van Dijk, donde se pretende evidenciar a composição do tecido empresarial português, descortinar o número de sociedades criadas conjuntamente com o capital social inicial e por fim retratar os casos de uma insolvência eminente e superveniente.

Do leque de variáveis foram relevadas, entre outras, o tipo societário adotado por cada uma das empresas registadas, o seu capital social, o ano de constituição, o seu estado atual, o resultado líquido do exercício e o rácio de solvabilidade que lhe é afeto. Para os dois últimos indicadores foram considerados os registos anuais entre 2011 e 2017, por forma a observar a sua evolução face aos dados disponíveis no início do estudo.

Baseado nisto, vamos primeiramente analisar as alterações legislativas no ordenamento jurídico nacional impostas pelo Decreto-Lei supra referido, a sua aplicação por Direito comparado e a explanação de regimes doutrinários europeus. Seguidamente vamos recordar quais as principais alusões ao capital social – funções, princípios, afetações e interligações com outros conceitos. Em terceiro lugar, iremos analisar a problemática da subcapitalização desde a sua origem, caracterização, formatação e persistência. Neste momento serão igualmente apresentados os resultados analíticos alheios à perda de capital social e risco de insolvência da pessoa coletiva. No último ponto analisam-se as formas passíveis de tutela dos credores sociais. Sempre que possível, serão salientadas as aplicações em outros ordenamentos jurídicos para as várias matérias.

¹ Análise Económica do Tecido Empresarial Português, presente em <https://sabi.bvdinfo.com/version-20181122/List.FormatEdition.serv? CID=484&BackServiceid=List&context=2RE7G1AUOMC2AVC>. Última consulta realizada em 25 de novembro de 2018.

1. Considerações iniciais – Abordagem ao DL33/2011 de 07 de março

As sociedades por quotas² - conhecidas também como sociedades de responsabilidade limitada simples - são com a maior assertividade aquelas que caracterizam o tecido empresarial europeu³; e de forma concordante, o português, com mais de 94% de representatividade⁴. Sucintamente, este tipo societário renasce por variância das sociedades anónimas, com a permanência de limitação de responsabilidade, e um montante do capital social mínimo de constituição bastante inferior ao último⁵.

Contudo, em 2011, uma nova alteração legislativa proveniente do direito comparado reporta até ao ordenamento jurídico nacional adaptações que interpõem, concomitantemente, duas vertentes - jurídica e administrativa⁶. Da sua análise, extrai-se a tentativa proeminente de combate à pobreza, a redução de esforços financeiros para as empresas e incentivo ao empreendedorismo, através da alteração do montante do capital social de mínimo para livre⁷.

A principal alegação partia da impossibilidade de determinados empresários não disporem de capital suficiente para iniciar a sua atividade a título independente ou até mesmo agregado a outros indivíduos. Por essa razão, via-se a medida como um crivo à

² PAIS DE VASCONCELOS, Pedro (2014) - *A participação social nas Sociedades Comerciais*, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, p. 30. As sociedades por quotas são um dos quatro tipos societários passivos de constituição, à luz do CSC. Encontram-se nesta categorização, ainda, as sociedades em nome coletivo, sociedades anónimas e sociedades em comandita. São consideradas sociedades híbridas - não são sociedades de pessoas, por aproximação às sociedades em nome coletivo; nem sociedades de capitais, por aproximação às sociedades anónimas. Para tal explicação: MERLE, Philippe (2016) - *Droit commercial: Sociétés commerciales*, - collaboration de FAUCHON, Anne, 19^e édition, Dalloz, Paris, pp. 208-209. Ainda, PETIT, Bruno (2015) - *Droit des sociétés*, 6^e édition, LexisNexis, Paris, p. 125. Em bom rigor, são inspiradas na GmbH alemã, e trazidas para Portugal passados quase 10 anos do seu surgimento.

³ MERLE, Philippe - *Droit commercial: Sociétés...*, pp. 207-209. Em França, as SARL são vistas como uma boa oportunidade para criação de empresas familiares e aquelas que se encontrem em vias de desenvolvimento.

⁴ Ver tabela 1 do Anexo. No entanto, adverte-se para a consideração por parte do leitor nos casos de erro encontrados na extração dos dados (casos em que surgiam sociedades por quotas constituídas com capital social nulo). Foram apenas tidas em consideração no que toca à adoção do tipo societário.

⁵ O capital social mínimo legal era €5 000, distribuído por quotas iguais e de valor não inferior a €100. - OLAVO CUNHA, Paulo (2014) - *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª Edição, 2ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, p. 89; PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, pp. 263-269; CORREIA, Miguel, J. A, Pupo (2005) - *Direito Comercial: Direito da Empresa* - colaboração de TOMÁS, António José e Octávio Castelo PAULO, 9ª Edição, Ediforum - Edições Jurídicas, Lisboa, p. 135. Na Alemanha, o valor mínimo legal para a constituição de uma GmbH é €25 000. Este é o valor considerado justo para acesso à responsabilidade limitada. Passivo de conferência em https://www.boetticher.com/wp-content/uploads/2014/01/Direito_Societario.pdf. Última consulta realizada em 08 de janeiro de 2019.

⁶ DL 33/2011, de 07 de março. Disponível em <https://dre.pt/pesquisa/-/search/279421/details/maximized>. Última consulta realizada a 14 de maio de 2019.

Em França, de forma semelhante apresenta-se a Loi du 1^{er} août 2003, cujo estímulo é a preservação da iniciativa económica, banido a forma arbitrária de definição de um capital social considerado suficiente para a prossecução da atividade societária a partir da constituição duma SARL.

⁷ Conforme surge na epígrafe do Art. 201º do CSC – “Capital social livre”.

liberdade contratual⁸. Seguidamente, apontava-se a desadequação do montante de capital social mínimo exigido para o desempenho de determinadas atividades económicas, como é o caso das atividades desenvolvidas a partir da internet mencionados no preâmbulo do referido Decreto-Lei. Do lado extremo da consideração, presumia-se muitas vezes que o montante mínimo legalmente imposto também era considerado insuficiente para determinadas atividades, setores e/ou dimensões empresariais. Esta consideração instiga a aceção a um possível cenário de subcapitalização⁹, que retrataremos mais adiante. Por fim, apresentou-se como último fundamento a noção desatualizada de que o capital social constitui garantia para os credores sociais, sob ponderação, agora, correta, de que o montante do capital social é aplicado no ímpeto da atividade comercial.

A nível de transformações concisas do CSC, o DL33/2011 de 07 de março vem inserir, transformar e abolir singularidades ao tipo societário em comentário. Desde logo, a faculdade dos quotistas¹⁰ fixarem livremente o capital social a constituir¹¹ surge como tópico altivo nas considerações da doutrina. Daquilo que se esperava ser uma consideração simbólica à permissão da adequação do montante do capital ao seu objeto, vêm vários autores enaltecer a sua não eliminação *stricto sensu*¹², pois nenhuma quota pode possuir um valor interior a um euro¹³. Em bom rigor, as sociedades por quotas continuam a reputar a figura do capital social, estabelecendo um novo mínimo legal quanto à cifra a adotar¹⁴. MARÍA DEL MAR MARTÍ¹⁵ sintetiza e esclarece que esta nova

⁸ CARVALHO, Maria Miguel (2011) - *O novo regime jurídico do Capital Social das Sociedades por Quotas* in “Capital Social Livre e Ações sem valor nominal”, AA. VV, Coord: DOMINGUES, Paulo de Tarso; Maria Miguel CARVALHO, Almedina, Coimbra, p. 16.

⁹ *Ibid*, p. 15.

¹⁰ CORREIA, Miguel, J. A, Pupo - *Direito Comercial: Direito da Empresa...*, p. 135.

¹¹ Art. 201º do CSC.

¹² RAMOS, Maria Elisabete (2011) - *Reflexões em torno das responsabilidades dos sócios e dos gerentes* in “Capital Social Livre e Ações sem valor nominal”, AA. VV, Coord: DOMINGUES, Paulo de Tarso; Maria Miguel CARVALHO, Almedina, Coimbra, p. 86.

¹³ Art. 219º, nº 3 do CSC. Este é o novo valor mínimo legal para a constituição de uma sociedade por quotas unipessoal. Para sociedades pluripessoais, o valor mínimo será dois euros.

No caso francês, as sociedades por quotas detidas por um número superior a 100 sócios transformam-se automaticamente em sociedades anónimas. PETIT, Bruno - *Droit des sociétés...*, p. 122, 179.

Na Alemanha, surge em 2008 uma variante da GmbH - a GmbH(UG). Este subtipo societário permite a constituição de uma sociedade com capital social de um euro, sob a máxima de elevação deste montante para os €25 000. Houve uma tentativa de alteração do montante para os €10 000, que saiu falhada por questões de instabilidade política. DOMINGUES, Paulo de Tarso (2009) - *Variações sobre o Capital Social*, 1ª Edição, Almedina, Coimbra, nota de rodapé 470, pp. 123-124. Enquanto este montante não se encontrar constituído, a denominação particular (UG) permanece, com vista sua identificação e a proteção de credores.

¹⁴ Cfr. DOMINGUES, Paulo de Tarso (2015) - *Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas*, in “Estudos de Direito das Sociedades, AA.VV., coordenação de COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel, 12ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 185.

¹⁵ MERLE, Philippe - *Droit commercial: Sociétés...*, pp. 207-209

medida permite o acesso a uma atividade económica por um euro, sem que daí se comprometa o seu património pessoal. Na génese deste tipo societário permanecem as regras de que todos os agentes envolvidos devem ser entendidos como iguais, detendo para o efeito uma quota de igual valor e não titulada¹⁶.

Relativamente às entradas, estas passam a ser passíveis de realização até ao final do primeiro exercício económico da sociedade, a contar da data do seu registo definitivo¹⁷. O contrato de sociedade deve mencionar explicitamente o montante das entradas de cada sócio e a forma como as realizou ou se compromete a realizar¹⁸. Na eventualidade da realização das entradas ocorrer em momento subsequente ao ato constitutivo, os sócios devem declarar sob sua responsabilidade que se comprometem a entregar até ao final do primeiro exercício económico as respetivas entradas nos cofres da sociedade; da mesma forma que têm de declarar, igualmente sob sua responsabilidade, na primeira assembleia geral, que já procederam à entrega do respetivo valor nos cofres da sociedade.

Muito do evidenciado até então deriva de paradigmas internacionais. Os pareceres dos acórdãos Centros¹⁹, Überseering²⁰ e Inspire Art²¹ são conducentes à conclusão de que um Estado-Membro não pode obstar-se à constituição de uma sociedade no seu território por este oferecer condições favoráveis à sua constituição -

¹⁶ Art. 197º, nº 1 e Art. 219º, nº 7 do CSC. Do mesmo modo veja-se VIDAL, Dominique; Kevin LUCIANO (2015) - *Cours de Droit spécial des sociétés - à jour de la loi n°2015-990 de 6 août 2015, dite loi Macron*, 1^e édition, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, p. 179. Ainda, OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, pp. 143-144. Daqui, conclui-se que as sociedades por quotas não podem ser admitidas a constituição quando a atividade que se propõem a exercer seja de natureza seguradora, capitalista, de poupança, e financeira que envolva valores mobiliários.

¹⁷ Art. 26º do CSC.

¹⁸ Art. 199º, al. b) do CSC.

¹⁹ “Acórdão do Tribunal de 9 de Março de 1999. - *Centros Ltd contra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*. - Pedido de decisão prejudicial: Højesteret - Dinamarca. - Liberdade de estabelecimento - Estabelecimento de uma sucursal por uma sociedade sem actividade efectiva - Fraude à lei nacional - Recusa de registo. - Processo C-212/97” in Colectânea da Jurisprudência 1999 página I-01459.

²⁰ “Acórdão do Tribunal de 5 de Novembro de 2002. - *Überseering BV contra Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*. - Pedido de decisão prejudicial: Bundesgerichtshof - Alemanha. - Artigos 43.º CE e 48.º CE - Sociedade constituída em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e que neste tem a sua sede social - Sociedade que exerce a liberdade de estabelecimento noutra Estado-Membro - Sociedade que se considera ter transferido a sua sede efectiva para o território do Estado-Membro de acolhimento nos termos do direito deste Estado - Não reconhecimento pelo Estado-Membro de acolhimento da capacidade jurídica e da capacidade judiciária da sociedade - Restrição à liberdade de estabelecimento - Justificação. - Processo C-208/00” in Colectânea da Jurisprudência 2002 página I-09919.

²¹ “Acórdão do Tribunal de 30 de Setembro de 2003. - *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contra Inspire Art Ltd*. - Pedido de decisão prejudicial: Kantongerecht te Amsterdam - Países Baixos. - Artigos 43.º CE, 46.º CE e 48.º CE - Sociedade constituída num Estado-Membro e exercendo as suas actividades noutra Estado-Membro - Aplicação do direito das sociedades do Estado-Membro de estabelecimento destinado a proteger os interesses de terceiros. - Processo C-167/01” in Colectânea da Jurisprudência 2003 página I-10155.

como era caso do capital social - mesmo que a nova sociedade pretenda exercer atividade noutro Estado-Membro²². Foi o impulso necessário para que se contrariassem “tratamentos favoráveis”²³ provenientes do exterior.

²² A sua não violação constitui uma violação de um direito comunicado, nomeadamente pela aplicação dos Arts. 43º e 48º da Diretiva 71/91/CEE.

²³ CARVALHO, Maria Miguel - *O novo regime jurídico do Capital...*, p. 20.

2. O Capital Social

A tentativa iterada de descortinar uma definição para o conceito de capital social divide a doutrina quanto à sua caracterização²⁴, sendo a mais aceite fundada por COUTINHO DE ABREU como “a cifra representativa da soma dos valores nominais das participações sociais fundadas em dinheiro e/ou em espécie”²⁵. Daqui variam outras denominações e premissas com o mesmo intuito, sendo unânime a consideração de ser um elemento obrigatório no ato constituinte, por imposição do Art. 9º, nº1, al. f) do CSC²⁶.

Do ponto de vista da Gestão, o montante de capital social nominal constituído anteriormente encontra-se nas rúbricas afetas ao capital no lado direito do balanço, por contrapartida de determinados ativos²⁷. Com base na ideia arrogada pelo DL33/2011 de que esta nova ordem legislativa iria melhorar a perspicuidade na contabilidade, é importante compreender os interesses diversos que a mesma informação pode trazer para os agentes com quem a sociedade se interage interna e externamente. Surge o sócio, que por via do seu investimento quer conhecer e verificar o funcionamento organizacional; o credor, que financiará a sociedade proporcionalmente às garantias que consiga extrair; o gerente, que procurará compreender os aspetos que pode melhorar no exercício da sua função, a ponto de aferir programas de reestruturação; os trabalhadores, que por via do seu trabalho acreditam sempre no cumprimento salarial; o fisco, no que toca ao apuramento de tributação; e por fim a própria sociedade, através da análise das suas demonstrações e indicadores²⁸. No sentido de esmiuçar o fundamento e sucesso dessa

²⁴ DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Variações sobre o Capital Social...*, nota de rodapé nº 57, p. 33. O autor aponta para a possibilidade de este conceito ter sido importado das ciências sociais e económicas. No mesmo sentido QUINTAS, Hélder (2010) - *Regime Jurídico das Sociedades por Quota anotado (Arts. 197º a 270º-G do CSC)*, Almedina, Coimbra, p. 26.

²⁵ ABREU, J.M. Coutinho (2009) - *Curso de Direito Comercial – Das Sociedades*, Volume II, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 66.

²⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima (2011) - *O Capital Social das Sociedades por Quotas e o problema da subcapitalização material* in “Capital Social Livre e Ações sem valor nominal”, AA. VV, Coord: DOMINGUES, Paulo de Tarso; Maria Miguel CARVALHO, Almedina, Coimbra, pp. 44. CARVALHO, Maria Miguel - *O novo regime jurídico do Capital...*, pp. 9-10. Apelo ao capital social real, entendido como a “massa concreta de bens” constantes no ativo da sociedade, a fim de representar as entradas dos sócios e passivos da posse dos sócios que a constituem.

A menção não expressa do capital social no contrato de sociedade implica a sua nulidade, por meio do Art. 42º, nº 1, al. b) do CSC.

²⁷ CARVALHO, Maria Miguel - *O novo regime jurídico do Capital...*, p. 11. Alude-se o conceito de capital social real – termo genericamente contabilístico que representa parte da massa patrimonial proveniente do capital social nominal.

²⁸ Seguimos de perto CARVALHO, Cristina Neto de; Gioconda MAGALHÃES (2008) - *Análise Económico-Financeira de Empresas*, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, pp. 16-18.

predileção, será necessário analisar indicadores de performance financeira, como veremos adiante.

2.1. Funções e Princípios

Para atribuição de limitação de responsabilidade²⁹ nas sociedades por quotas conforme disposto no Art. 197º do CSC, é imperativo compreender de imediato o princípio da intangibilidade do capital³⁰ – bens inscritos e constituídos pelo capital social que servem de garantia dos credores³¹. Uma vez que qualquer sociedade é resultado de um contrato³² e adquire personalidade jurídica a partir desse momento, é passível de deter património e dívidas; não podendo o(s) sócio(s) usufruir(em) de qualquer direito ou obrigação que caiba à sociedade, salvo quando o património líquido é superior à soma do capital social e as reservas legais, tal como referem os Arts. 31º ss. do CSC³³. A existência de lucros distribuíveis confere confiança aos credores, atribuída pela capacidade económica da sociedade favorável realçada por geração de riqueza. Relaciona-se, por isso, com o princípio da tipicidade – necessidade de compreensão das imposições legais afetas à constituição de sociedades, donde a autonomia privada³⁴ pode conferir exceções, sem corromper questões essenciais e características do tipo societário adotado³⁵.

²⁹ ESPÍRITO SANTO, João (2015) - *Sociedade Unipessoal por Quotas - Introdução e comentários aos Artigos 270-A a 270-G do Código das Sociedades Comerciais*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, pp. 22-23. A responsabilidade limitada surge por dogmatização das sociedades anónimas enquanto pessoa coletiva, pela condução a um único centro de imputação da relação entre os sócios, e ainda para atribuir maior importância ao contrato de sociedade. Por outra via surge RAMOS, Maria Elisabete - *Reflexões em torno das responsabilidades...*, p. 95; e PETIT, Bruno - *Droit des sociétés...*, p. 122. Os sócios não respondem para com os credores sociais, mas é pressuposto o respeito da sua parte com o capital constituído para o efeito.

³⁰ CORREIA, Ferrer (1994) - *Lições de Direito Comercial*, Lex, p. 224.

³¹ MERLE, Philippe - *Droit commercial: Sociétés...*, p. 209. Por oposição às sociedades em nome coletivo, onde os sócios envolvidos respondem indefinidamente e solidariamente para com a sociedade.

³² Regulado pelo Art. 980º do CC.

³³ OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, p. 253. Realçam-se duas características do capital social – a sua importância fundacional, pela necessidade de constar do contrato de sociedade, e funcional pela organização interna e externa. Em concordância com MARTÍ, María del Mar Andreu (2016) - *Capital Patrimonio y reservas. Acciones y participaciones como partes del capital social*, in “Derecho de sociedades de capital - estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria”, AA. VV, Dir: EMBID IRUJO, José Miguel; Coord: VILLALBA, Maria de Lourdes Ferrando, Luis Hernando CEBRIÁ, Vanessa Martí MOYA, Marcial Pons, Madrid, pp. 109-110, a perspectiva interna caracteriza os sócios pelos seus direitos e deveres; enquanto que a perspectiva externa concede garantia junto dos credores sociais.

³⁴ Presente no Art. 405º do CC.

³⁵ Para casos concretos de constituição de sociedades unipessoais por quotas, aponta JOÃO ESPÍRITO SANTO que há uma distorção entre o conceito e princípio de contrato societário. Convém não desprezar que existem casos na lei, como este, que por força do Art. 7º, nº2 do CSC permitem que uma pessoa jurídica

2.1.1. Função de Garantia

Por estar inteiramente relacionado com os princípios supra, o capital social serve de garantia aos credores que se relacionem com a sociedade pelo valor inscrito no contrato de sociedade. Todavia, este preceito encontra-se em fase de perturbação por se considerar cada vez mais que a constituição de garantia tem de possuir substância real – culminando num conflito com a função de financiamento.

Entre outros, os indicadores mais utilizados para avaliação destas condições são a autonomia financeira e a solvabilidade. A autonomia financeira reflete o rácio entre o capital próprio e o ativo líquido³⁶ da unidade económica, ou seja, qual a percentagem de rendimentos disponível para a totalidade de despesas; enquanto a solvabilidade apresenta o rácio entre o capital próprio com o passivo total, donde se conclui que quanto maior for a discrepância entre os indicadores, mais a empresa se encontra financiada pelos credores.

Relativamente a débitos perante terceiros, responde impreterivelmente o património da sociedade, sendo que os credores fortes podem solicitar garantias adicionais e externas à sociedade. Quando dotados desse mecanismo de criação de uma garantia pela forma forçada, e sempre que julgarem indispensável, estes asseguram o cumprimento de todos os créditos conferidos e garantem um incidente de responsabilidade superior. Um forte exemplo é o prestado pelo sistema económico-financeiro francês por não se suportar apenas com o capital social inserido numa SARL/EURL, solicitando garantias de gerentes e/ou sócios majoritários/únicos.

2.1.2. Função de Financiamento

Outra grande consideração a reter preza a consideração contabilística do capital social. Atribui-se função de financiamento ao capital social no momento em que este

seja sócia única de uma sociedade, cujo regime jurídico é diferenciado e relevado pelos Art. 84º e Capítulo X do Título III do CSC. ESPÍRITO SANTO, João - *Sociedade Unipessoal...*, pp. 13-16.

São exemplos excecionais à Lei as sociedades anónimas detidas pelo Estado e a passagem a uma sociedade unipessoal por quotas, originária de uma sociedade por quotas pluripessoal. Cfr OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, p. 57.

³⁶ Presente na Tabela 3 do Anexo. Entenda-se que o ativo líquido é obtido pela subtração de amortizações e depreciações dos ativos ao seu montante global. A partir dos resultados espera-se que as sociedades tenham dificuldades em controlar o indicador de forma prudencial, a partir do pressuposto que a não geração de capital próprio está inteiramente ligada à falta de ativos. O leitor questionará a consistência exímia assente na análise deste indicador pela impossibilidade de extração dos montantes relativos ao ativo líquido de cada uma das sociedades. Deste modo, a autonomia financeira foi calculada a título exemplificativo.

suporta o arranque da atividade pelo incremento patrimonial presente nas entradas dos sócios. Ao contrário do que se possa pensar, quando se afirma que uma sociedade possui determinada quantia de capital social não significa que este se encontra imobilizado para satisfação dos credores; e sim que as entradas foram aportadas pelos sócios e transformadas em ativos que servem de proteção dos mesmos³⁷. Isto são movimentos contabilísticos aferidos por método económico e não por método financeiro. Deste modo, é favorável estar alicerçado à conceção de capital social a aferição de qual a cifra é considerada adequada à prossecução do objeto societário³⁸.

Contudo, e apesar de ser *jure constituendo* com a regulamentação vigente, a possibilidade de constituição de uma sociedade comercial com apenas dois euros³⁹ é gritante – sendo incontestável a sua insuficiência no financiamento de qualquer atividade económica. Por essa razão, surge uma tentativa de descortinar qual o montante social mínimo para a constituição de cada sociedade comercial através do limiar de seriedade⁴⁰.

2.1.3. Função de Organização

Um dos elementos necessários no contrato de sociedade para que o mesmo se torne válido é a enumeração das entradas realizadas por cada um dos sócios e respetivo valor pecuniário, com finalidade última atribuir proporcionalidade à função de organização⁴¹. Deste modo, o capital social denota o peso da participação de cada sócio nas questões de decisão, como no cumprimento de obrigações⁴².

2.2. O regime de entrada

Todas as sociedades, sem discricionariedade, necessitam de uma agregação de meios que sirva de financiamento à atividade proposta. No momento de constituição societária espera-se que o valor da quota de cada sócio corresponda ao valor da sua

³⁷ OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, p. 255.

³⁸ OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, p. 211; MARTÍ, María del Mar Andreu - *Capital Patrimonio y reservas...*, p. 99, 109-110; PINTO, Alexandre Mota (2002) - *Do contrato de suprimento* in “O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio”, Almedina, Coimbra, pp. 84-85. Neste exercício deve recair espaço à consideração de financiamento do funcionamento da atividade enquanto não ocorrem recebimentos resultantes da faturação.

³⁹ Tem-se por base o montante mínimo legal à constituição de uma sociedade pluripessoal por quotas, nos termos do Art. 219º, nº 3 do CSC.

⁴⁰ DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Variações sobre o Capital Social...*, p. 132. O autor apela à proteção de terceiros no que toca à partilha do risco por meio de uma “constituição imprudente e irrefletida de sociedades de capitais”.

⁴¹ Segue-se de perto MARTÍ, María del Mar Andreu - *Capital Patrimonio y reservas...*, p. 114.

⁴² As questões salientadas encontram-se nos Art. 250º, nº 1 e Art. 25º do CSC, respetivamente.

entrada; no pressuposto de que nesse instante o capital social iguale o património líquido – descredibilizando os custos de constituição e registo⁴³. Assim, todas as entradas dos sócios têm de ser aprovadas pelos demais, com base no bom funcionamento, finalidade e necessidades da sociedade⁴⁴. Baseado no intento anterior, não é possível em caso algum atribuir à quota um valor superior ao da sua entrada⁴⁵; e *a contrario sensu*, espera-se que também não sobrevenha.

Ainda na parte geral do CSC, enumeram-se no Art. 20º fortes obrigações dos sócios, nomeadamente, a entrada com bens suscetíveis de penhora; e a quinhão nas perdas, salvo questões de sócios de indústria. Por auxílio, retira-se da primeira parte o dever de contribuição para formação e conservação do capital investido⁴⁶.

2.2.1. Diferimento das entradas

Como vimos anteriormente, a entrada em vigor do DL33/2011 trouxe novas considerações relativas ao diferimento das entradas. Esta alteração veio permitir o adiamento das prestações de entrada até ao termo do primeiro exercício económico⁴⁷, desde que expresso no contrato de sociedade. O diferimento é apenas permitido às entradas em dinheiro, compreendendo que os casos de contribuições em espécie causariam desproveitos à sociedade pela sua não integração imediata no ativo em questões respeitantes a deteriorações e depreciações⁴⁸.

É certo que muitas vezes por falta de aconselhamento e consciencialização plena do indivíduo na sociedade empresarial⁴⁹, os sócios não conheçam determinadas restrições a que se sujeitam. Como consequência da tomada de decisão de diferimento, o peso total da sua quota não é pleno enquanto as entradas não são realizadas integralmente, por três vias: não distribuição de lucros ao(s) sócio(s) remisso(s)⁵⁰, faculdade dos credores sub-rogarem-se à sociedade por não receberem os créditos concedidos⁵¹ e impossibilidade de exercer direito de voto⁵².

⁴³ Tal como afirma PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, p.261.

⁴⁴ TRIUNFANTE, Armando Manuel (2014) - *O regime das sociedades na constituição das sociedades por quotas e anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, pp.46 ss.

⁴⁵ Por imposição do Art. 25º do CSC.

⁴⁶ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, p. 255.

⁴⁷ Por alteração do Art. 26º do CSC.

⁴⁸ OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, p. 252.

⁴⁹ DRUCKER, Peter F. (1986) - *Inovação e Gestão - uma nova concepção de estratégia da empresa*, 1ª edição, Editorial Presença, pp. 273-275.

⁵⁰ Art. 27º, nº 4 do CSC.

⁵¹ Art. 30º do CSC.

⁵² Art. 248º, nº 1 do CSC.

Para decorrer essa hipótese, é necessário que o sócio (remisso) declare sob sua responsabilidade que se compromete a realizar integralmente a sua entrada até ao final do primeiro exercício económico da sociedade, que o execute, e por fim que declare, novamente por sua responsabilidade, na primeira assembleia geral após o termino do prazo de diferimento, que procedeu a essa mesma entrega⁵³. Deste modo, a relevância das provas é questionada por MARIA ELISABETE RAMOS⁵⁴ quando substituídas por meras declarações. A autora realça que esta presunção pode servir de meio condutor a informações inexatas e deficientes, penalizadas a título de responsabilidade civil por aplicação do Art. 71º, nº 1 do CSC.

2.2.2. A impossibilidade de entradas em indústria

Ao abrigo do Art. 202º, nº 1 do CSC, não são permitidas entradas em indústria nas sociedades por quotas pela conceção de responsabilidade limitada⁵⁵. Ao contrário, e tal como discutido por PAIS DE VASCONCELOS na análise às sociedades em nome coletivo quanto à possibilidade de entradas apenas em indústria, os sócios podem suportar eles mesmos as despesas de constituição por contrapartida de um crédito sob a sociedade. Convém atentar que no último caso a responsabilidade é ilimitada, pelo que o risco da subcapitalização encontra-se desde já solucionado⁵⁶.

Como exemplo adicional, pode tomar-se em consideração o caso francês por permitir a entrada em indústria⁵⁷. Apesar desta não constar do capital social, é possível aos sócios aplicarem, por exemplo, o seu conhecimento e espírito relacional pessoal em favor da sociedade. Esta adjudicação repercute efeitos somente em casos de repartição de lucros e garantia nas perdas⁵⁸.

2.2.3. As entradas em dinheiro

As entradas em dinheiro são as mais apreciadas na constituição de capital social, dado o seu elevado grau de liquidez⁵⁹ – facilidade de utilização imediata. Apesar de não

⁵³ Art. 202º, nº 4, 6 do CSC.

⁵⁴ RAMOS, Maria Elisabete - *Reflexões em torno das responsabilidades...*, pp. 87-88.

⁵⁵ O Art. 197º, nº 1 do CSC prevê a responsabilização do sócio pela sua entrada; e ainda solidariamente com o(s) restante(s) sócio(s), nos casos em que assim seja possível, até ao montante de capital social subscrito.

⁵⁶ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, pp. 262-263.

⁵⁷ Cfr. MERLE, Philippe - *Droit commercial: Sociétés...*, p. 215; PETIT, Bruno - *Droit des sociétés...*, pp. 122-123; e VIDAL, Dominique; Kevin LUCIANO - *Cours de Droit spécial...*, p. 180

⁵⁸ MERLE, Philippe - *Droit commercial: Sociétés...*, p. 215.

⁵⁹ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, pp. 263-269.

mencionado de forma explícita, estas têm de estar expressas em euros, única moeda com curso legal em Portugal⁶⁰.

2.2.4. As entradas em espécie

No que toca às entradas em espécie, existem formalidades adicionais à sua constituição. Por incluírem todos os bens excluindo dinheiro e prestação de serviços, espera-se que a sua escrituração seja detalhada e quantificada nos termos do Art. 9º, nº 1, al. h) do CSC, sob pena de ineficácia pelo nº 2.

Sob a máxima de atribuição valorosa ou prejudicial de qualquer uma das entradas em espécie realizadas dos sócios, cabe ao ROC independente⁶¹ escolhido em deliberação⁶² avaliar todos os pertences com base no seu valor a integrar na esfera jurídica da sociedade. No caso presente, ficam de fora desta eleição todos os sócios que efetivem contribuições desta natureza, com o intuito de não comprometer ou adulterar a sua avaliação quantitativa. Do mesmo modo, o ROC não pode deter qualquer interesse na sociedade nem pode estar relacionado com esta por um prazo de dois anos. A avaliação do revisor deve respeitar os prazos legalmente impostos e ser diligente quanto a variações que possam suceder; podendo dar-se ainda a nomeação de outros ROC face ao número de entradas a realizar com esta natureza⁶³.

A entrada é avaliada em valor único, ao contrário do adotado na doutrina francesa⁶⁴ que adota um intervalo de confiança onde o preço do bem deve estar inserido, cabendo por fim aos sócios escolher que valor integrará no capital social. Esta técnica potencia um *miss matching* – tendência à criação de uma parte inflacionada por parte de quem entrega o bem como forma de entrada, ao pretender adquirir uma participação de maior valor na sociedade; por confronto à parte deflacionada constituída pelo(s) restante(s) sócio(s), caso existam. Quando se atribui um preço por estimativa em forma de intervalo é porque o valor inferior já se mostra justo. Assim, gravita-se sempre em torno deste, originando um efeito de ancoragem e tomando-o como referência⁶⁵.

⁶⁰ Por aplicação do Art. 14º do CSC. TRIUNFANTE, Armando Manuel - *O regime das sociedades na constituição...*, p. 42. No caso espanhol, quando a entrada só é considerada em dinheiro quando realizada em euros, conforme o Art. 16º, nº 1 da LSC. Cfr DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Variações sobre o Capital Social...*, nota de rodapé 760, p. 202.

⁶¹ OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, pp. 143-144.

⁶² Segue-se de perto o previsto no Art. 28º do CSC.

⁶³ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, pp. 263-269.

⁶⁴ TRIUNFANTE, Armando Manuel - *O regime das sociedades na constituição...*, nota nº 426, p. 173.

⁶⁵ JESUÍNO, Jorge Correia (1992) – *A Negociação – Estratégias e Táticas*, 1ª Edição, Texto Editora, Lisboa, pp. 22-25.

À semelhança do princípio da prudência presente na Estrutura Conceptual do SNC⁶⁶, o ROC terá que proceder de forma conservadora e prudente. Será, portanto, expectável da sua atuação uma maior preponderância ao reconhecimento a perdas do que ganhos potenciais. Quando se envolvem estimações, é preferível atribuir um cenário mais pessimista do que aquele que pode vir a surgir; pois é a partir dessa informação é que os agentes económicos ponderam as suas decisões.

2.3. Capital Social, Capital Próprio e Património

Na tentativa de não subsistir uma recondução ao capital social, parece primordial salientar os vários conceitos que se relacionam e que não devem ser mesclados. Primeiramente, realiza-se um enquadramento entre a cifra afeta ao capital social com o capital próprio. Numa larga escala, é atribuída a mesma definição a ambos. No entanto, o capital social é apenas uma das rubricas do capital próprio; juntamente com reservas e resultados transitados, como abordaremos adiante. Em bom rigor, é tido como a correspondência da entrada dos sócios pelas diversas formas, admitindo um carácter de duração, permanência e durabilidade⁶⁷. Há, por isso, uma verificação de índole legal no reporte às situações financeiras da sociedade.

Por outro lado, surge a articulação com o conceito de património social. Citando PAULO OLAVO CUNHA⁶⁸, corresponde ao conjunto de “direitos e vinculações da sociedade passivos de avaliação pecuniária”⁶⁹, refletindo o património líquido a mesma questão para um determinado momento temporal⁷⁰. Este último conceito relaciona-se bastante com o capital social na medida que por comparação é possível apurar o resultado positivo ou negativo do exercício económico; da mesma forma que quando afetado pela função de garantia se subentende a não subsistência societária na ausência de património líquido⁷¹. Pode, por fim, surgir confusão com o conceito de património ilíquido,

⁶⁶ Sob consulta do parágrafo 37 do DL 158/2009, de 13 de julho.

⁶⁷ CARVALHO, Cristina Neto de - *Análise Económico-Financeira de Empresas...*, pp. 205, 218 ss.

⁶⁸ OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, p. 254.

⁶⁹ É entendido por património social bruto, segundo CORREIA, Miguel, J. A, Pupo - *Direito Comercial: Direito da Empresa...*, p. 200 e DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Capital e Património Sociais...*, pp. 164-165.

⁷⁰ No mesmo sentido, MARTÍ, María del Mar Andreu - *Capital Patrimonio y reservas...*, pp. 110-111; CORREIA, Miguel, J. A, Pupo - *Direito Comercial: Direito da Empresa...*, p. 200; e DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Capital e Património Sociais...*, pp. 164-165.

⁷¹ CORREIA, Miguel, J. A, Pupo - *Direito Comercial: Direito da Empresa...*, pp. 202-203.

considerado pela observação de todo o ativo societário, sem que seja deduzido o passivo⁷².

⁷² Cfr. CORREIA, Miguel, J. A, Pupo - *Direito Comercial: Direito da Empresa...*, p. 200; DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Capital e Património Sociais...*, pp. 164-165.

3. Subcapitalização

Como a liberalização na adoção de um capital social para as sociedades por quotas, a questão da subcapitalização torna-se uma questão irrefutável. Por mais que se defenda a ideologia de que as sociedades por quotas são ainda sociedades de responsabilidade limitada, o surgimento deste juízo vem abalar qualquer consideração morfológica nesse sentido⁷³.

Deste modo, sociedades encontram-se numa situação de subcapitalização sempre que “os meios disponíveis sejam em absoluto desadequados ao objeto e incongruentes com a dimensão da empresa, i.e, a sociedade, nesta hipótese dispõe de um capital manifestamente insuficiente para o desenvolvimento da atividade social, sem que tal incongruência seja temperada através de outro tipo de investimento (v.g, empréstimos) por parte dos sócios”⁷⁴. No entanto, é denominada material sempre que é verificada a situação anterior, acrescida da sua não supressão por empréstimo dos sócios⁷⁵.

Por um lado, surge a legislação belga⁷⁶ que ao contrário do caso português já prevê este tema como transferência de risco para os terceiros com quem se relaciona. Por outro, surgem autores como MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO a considerarem impreterível a participação dos sócios nos riscos que a sociedade possa vir a provocar⁷⁷. No entanto, esta questão tornou-se mediática a ponto de permitir uma categorização adicional. Admite-se uma capitalização originária sempre que, como o nome indica, esta seja

⁷³ DOMINGUES, Paulo de Tarso (2004) - *Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções* in “Boletim da Faculdade de Direito”, *Studia Invidica* 33, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, p. 235. O autor defende que para ser conferido o gozo da responsabilidade limitada é necessária uma concentração de esforços com vista à criação de uma sociedade com suporte financeiro ajustado ao fim a que se destina.

⁷⁴ OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, pp. 261-262.

⁷⁵ DOMINGUES, Paulo de Tarso (2009) - *Variações sobre o Capital Social*, 1ª Edição, Almedina, Coimbra, nota de rodapé 1529, pp. 390 ss. No mesmo sentido, COUTINHO DE ABREU, J. M (2011) - *Subcapitalização de Sociedade e Desconsideração da Personalidade Jurídica* in “Capital Social Livre e Ações sem valor nominal”, AA. VV, Coord: DOMINGUES Paulo de Tarso; Maria Miguel CARVALHO, Almedina, Coimbra, p. 39. CARVALHO, Maria Miguel - *O novo regime jurídico do Capital...*, p. 16. CUNHA, Paulo Olavo (2012) - *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 262. Entretanto, a subcapitalização pode ainda ser formal - sempre que a sociedade dispõe de meios financeiros para exercício da atividade pretendida, mas que não resultam de um proveito por si gerado. Cfr. DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Variações sobre o Capital Social...*, pp. 390 ss., nota de rodapé 1527.

⁷⁶ Code des sociétés - Loi de 4 mai 1999.

⁷⁷ RIBEIRO, Maria de Fátima - *O Capital Social das Sociedades...*, pp. 44-45. Apoiando-se, ainda neste tema, o proferido por COUTINHO DE ABREU, J. M - *Subcapitalização de Sociedade...*, p. 38, conclui-se que este risco é maioritariamente garantido pelos credores e diminuto para os sócios fundadores. Mais, QUINTAS, Hélder (2010) - *Regime Jurídico das Sociedades por Quota...*, p. 31.

verdade desde o ato constitutivo da sociedade; ou então, superveniente, quando decorrente da sua própria *performance*⁷⁸.

Hoje está-se perante a possibilidade fátua de constituir uma sociedade com um capital social igual ou superior a um euro - sendo algo insuficiente para financiar qualquer atividade económica⁷⁹. Na maioria destes casos são os sócios quem suporta as despesas de constituição, gerando sob a sociedade um crédito a ser restituído no futuro⁸⁰. Como ainda veremos adiante, o capital social pode ser a primeira forma de financiamento societário, mas não necessariamente a única⁸¹.

É importante considerar que o conceito de subcapitalização não pode ser confundido com descapitalização. No primeiro caso transmite-se o risco para a esfera de terceiros de forma consciente e verificada; enquanto que no último os sócios não se encontram envolvidos nas perdas patrimoniais, ficando assim equiparados aos credores sociais⁸².

Mediante investigação na forma continuada, verificou-se que uma massa expressiva de sociedades apresentou um resultado líquido negativo⁸³. Como alegado anteriormente, as sociedades comerciais necessitam duma consideração refletora a questões como a instabilidade na sua afirmação perante o mercado. Neste sentido, é necessário compreender que no fim do primeiro exercício económico é justificável o apuramento de um resultado líquido negativo⁸⁴.

Nas empresas com capital social até 500 euros, constatou-se uma instabilidade superior na fase inicial de implementação da medida (superior a 40%), expondo uma tendência redutora ao longo do período. Os escalões superiores apresentam o mesmo comportamento, sendo mais eloquente uma eventual redução no escalão cujo capital

⁷⁸ DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Variações sobre o Capital Social...*, pp. 390 ss, nota de rodapé 1518. RIBEIRO, Maria de Fátima (2009) - *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a "Desconsideração da Personalidade Jurídica"*, 1ª Edição, Almedina, Coimbra, pp. 189-190. DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Do Capital Social – Noção...*, p. 223, 229 ss. OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, pp. 261-262.

⁷⁹ DOMINGUES, Paulo Tarso (2011) - *O novo regime do capital social nas sociedades por quotas* in "Direito das Sociedades em Revista", Volume 6, Ano 3, Almedina, Coimbra, p. 107.

⁸⁰ Art 16º, nº1 do CSC.

⁸¹ DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Do Capital Social – Noção...*, pp. 22-23.

⁸² RIBEIRO, Maria de Fátima - *A Tutela dos Credores...*, p. 190.

⁸³ Cfr. coluna I da Tabela 4 do Anexo.

⁸⁴ DRUCKER, Peter F. - *Inovação e Gestão - uma nova concepção...*, pp. 204-208. Note-se que esta questão é apenas plausível no arranque da atividade societária. No entanto, uma consideração elitista nos lucros pode ser mecanismo condutor à previdência financeira. Para o autor, questões como liquidez, financiamento, inovação, expansão e controlo devem ser consideradas prestemente.

social é superior. Deste modo, é possível alegar que a implementação da principal medida apresentada pelo DL33/2011 não deturpa isoladamente a redução do valor das reservas.

3.1. O Art. 35º do CSC e a sua (in)viabilidade

Independentemente do tipo societário adotado, é esperada numa sociedade comercial a integração de reservas ao capital social para consolidação do capital próprio. No entanto, uma das potenciais consequências da subcapitalização é refletida na perda de capital social. Ou seja, quando as perdas de um exercício são superiores às reservas societárias, a afetação incidirá impreterivelmente sob o capital social. Quando este é baixo e ainda não houve geração de reservas, é facilmente presumível a perda do capital social⁸⁵.

O Art. 35º do CSC retrata a possibilidade de regulação desta perda por parte dos gerentes. Assim, sempre que se verifique a perda de metade do capital social, é da responsabilidade destes “convocar de imediato a assembleia geral... a fim de nela se informar os sócios da situação e de estes tomarem as medidas julgadas convenientes”⁸⁶. Neste aviso têm de estar previstas três questões obrigatórias para reflexão dos sócios: “dissolução da sociedade”⁸⁷, “a redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio da sociedade”⁸⁸, e “a realização pelos sócios de entradas para reforço do capital”⁸⁹.

Assente na fragilidade da temática, poder-se-á ainda questionar a ausência de penalizações relativamente à falta de tomada de decisão dos sócios findos os temas sonantes na convocatória da assembleia geral. A indiscrecionariadade aplicada nesta questão pode mesmo levar as considerações humanas a ponto de questionar a real intenção com que as assembleias gerais estão a ser conduzidas – assumindo que uma das três possibilidades do Art. 35º, nº 3 do CSC deveria ser tomada no ato deliberativo. A consequência acaba por ser dual – a não nomeação da Autoridade Tributária como aliado na averiguação destas irregularidades, ministrada pela inconsistência jurídica na

⁸⁵ MONTEIRO, Marisa Silva (2017) - *Fontes reais e irrealis de funding empresarial: do mútuo aos business angels*, in “Capitalização de empresas”, AA. VV, Coord: BOTELHO, Maria de Deus, Almedina, Coimbra, p. 863.

⁸⁶ Cfr. Art. 35º, nº1 do CSC.

⁸⁷ Art. 35º, nº 3, al. a) do CSC.

⁸⁸ Art. 35º, nº 3, al. b) do CSC.

⁸⁹ Art. 35º, nº 3, al. c) do CSC.

regulação de mecanismos de sanção, culmina na falta de imputação de responsabilidade dos sócios.

Atentamente, PAULO OLAVO CUNHA⁹⁰ realça que a última redação do artigo não aprecia uma tomada de posição por parte dos sócios, dado que a obrigação apenas reside na comunicação da redução generalizada de capital. O autor remata que desde a primeira alteração a esta disposição, a sanção fundamentada no Art. 523º do CSC torna-se impraticável por deturpações ao seu princípio. O benefício pela não comunicação da situação financeira da sociedade vai para o Estado, em detrimento dos terceiros que acreditavam numa relação comercial com um cliente em dificuldade⁹¹.

Ao fim de 15 anos de apresentação sem aplicação⁹² e com o objetivo de resolver as questões em que não são criadas condições consideradas suficientes para a concretização do objeto social, o Art. 35º do CSC já foi alvo de quatro redações distintas⁹³. O grande impacto concentrava-se na abolição à supressão automática da sociedade para os casos em que houvesse perda de metade do capital social em dois anos consecutivos⁹⁴, residindo apenas um forte aumento de capital⁹⁵ como mecanismo de permanência no mercado. Todavia, foram-se descobrindo diversas formas de tutela dos credores e só assim foi possível consentir a continuidade de sociedades com estas características no comércio.

Um rácio de solvabilidade inferior a 30% denuncia evidentemente um descontrolo da condição societária pela expressividade dos credores no apuramento pela diferença; tendo por isso sido escolhido como espectro delimitador racional⁹⁶. A falta de solvabilidade associada a um resultado líquido negativo torna previsível uma fragilidade financeira que apenas permitirá uma recuperação mediante intervenção⁹⁷. Assim, é

⁹⁰ OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, pp. 874-876. No mesmo sentido, PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, pp. 297-308.

⁹¹ OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, pp. 874-876.

⁹² O atual Art. 35º do CSC foi apresentado no DL 262/86, de 02 de setembro e só entrou em vigor em 2001 por aplicação do DL 237/01, de 30 de agosto.

⁹³ Após aprovação no DL 262/86 de 02 de setembro, o Art. 35º já foi alterado pelo DL 162/2002 de 11 de julho e pelo DL 19/2005 de 18 de janeiro; mantendo atualmente a redação imposta pelo DL 76-A/2006 de 29 de março.

⁹⁴ Revogação do nº 4 do Art. 35º disposta no Art. 1º do DL 162/2002 de 11 de julho. No entanto, o princípio foi extraído do Art. 17º, nº1 da Diretiva 77/91/CEE.

⁹⁵ Com apoio de OLAVO CUNHA, Paulo - *Direito das Sociedades Comerciais...*, p. 868, o aumento a realizar tinha de permitir que o património líquido fosse, pelo menos, dois terços do capital social.

⁹⁶ Atestam-se os seus fundamentos na Coluna 2 da Tabela 4 presente no Anexo.

⁹⁷ LEITÃO, Luis Manuel Teles de Meneses (2017) - *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, pp. 81-84. O autor realça que esta não é condição isolada para a caracterização de uma sociedade insolvente. O relevante é a capacidade presente na sociedade em liquidar os passivos que constitui.

importante equacionar a condição destas empresas na justa medida em que se venham a transformar em não ativas no período económico seguinte.

A questão principal concentra-se no efeito que esta debilidade repercute junto das reservas empresariais - que em períodos de arranque são reduzidas ou mesmo inexistentes. No entanto, o abrangimento deste indicador não reduziu em demasia os resultados anteriores para qualquer um dos três escalões demarcados, apontando para uma irreversibilidade do quadro económico-financeiro quanto menor é o capital social inicial de uma sociedade. Não obstante da implementação da medida numa fase crítica na economia portuguesa, é facilmente perceptível que a sujeição a esta realidade é algo bastante consistente.

3.2. Condução ao processo de insolvência

A insolvência de uma sociedade é admitida pela sua incapacidade em cumprir incumbências vencidas. Deste modo, pode ser facilmente qualificável na presença de uma obrigação expressável no saldo credor⁹⁸. Para as sociedades subcapitalizadas a condição pode ser presumível atendendo o seu fraco investimento inicial e inconsiderado descontrolo entre os grupos do balanço⁹⁹.

O tema debatido alberga determinadas fragilidades, muito pelas características pouco instruídas à Sociedade. A resistência na não admissão de uma situação de insolvência por parte dos sócios deriva, em larga escala, da falta de enquadramento entre a insolvência, recuperação e liquidação. O plano de insolvência expresso no Art. 1º do CIRE realça que a partir da massa insolvente da sociedade avança-se para uma tentativa de recuperação da empresa; sendo que a liquidação dos ativos presentes no património social para satisfação dos créditos é apenas verificada na impossibilidade de sucesso do primeiro exercício¹⁰⁰.

⁹⁸ Análise do Art. 3º, nº 1 do CIRE, sob o ponto de vista de EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2012) - *Manual do Direito da Insolvência*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 20 e de LEITÃO, Luis Manuel Teles de Meneses - *Direito da Insolvência...*, pp. 81-84.

⁹⁹ DINIS, Ana Cristina dos Santos Arroomba; Cidália Maria da Mota LOPES (2015) - *A fiscalidade das Sociedades Insolventes - uma primeira abordagem*, Almedina, Coimbra, p. 38. Segundo o apresentado por LEITÃO, Luis Manuel Teles de Meneses - *Direito da Insolvência...*, pp. 81-84, a averiguação de insolvência presente no Art. 3º do CIRE deriva da análise do cash flow (fluxo de caixa). Outro método de averiguação baseia-se no balanço/ativo patrimonial - bastando o crédito não ser satisfeito, por conhecimento da boa fé por parte do devedor. Ou seja, a análise acaba por ser fundada na insuficiência de pagamento por inteiro das obrigações.

¹⁰⁰ Antigamente, a Assembleia Geral de credores detinha um poder deliberativo afeto à preferência entre a recuperação ou liquidação da sociedade. Independentemente da escolha a verificação o interesse dos credores era trivial. No entanto, a disposição legal presente duvida os autores na condução do plano de

Baseado nas práticas de boa Gestão, espera-se que a apresentação da sociedade à insolvência ocorra nos “30 dias seguintes à data do seu conhecimento da situação de insolvência... ou à data em que devesse conhecê-la”¹⁰¹. Sendo claro que não se pretende expor um maior número de credores, é importante realçar que este prazo não é passivo de caducidade¹⁰². Como meio de combate à passagem do prazo legalmente estabelecido, a análise deve ser realizada com base no *Betrachtung* - ao demarcar uma situação de insolvência eminente quando a sua confirmação é mais presumível que o seu embargamento¹⁰³. Nos casos de subcapitalização é esperável a execução desta prática por alusão ao método do fluxo de caixa, podendo levemente concluir que uma sociedade já poderá ser considerada insolvente a partir do momento em que não dispõe do montante necessário para a sua constituição.

Relacionada com a tutela dos credores, surge a necessidade de distinguir os terceiros que conheciam a situação financeira do devedor daqueles que ao contratarem com o devedor presumiam o cumprimento das relações comerciais. A partir do pressuposto, a sociedade insolvente deve desde logo enquadrar a realidade presente, deixando na consideração do credor esse alerta ou a decisão de não contratar.

Admitida a perspectiva de sucesso e continuidade no ato constitutivo de cada sociedade comercial, parece pertinente apurar qual a massa empresarial capaz de sobreviver no longo prazo. No caso específico consideram-se as sociedades comerciais que reúnem as condições necessárias de desenvolvimento da sua atividade no exercício económico subsequente sem perspetivação de intervenção extraordinária. Da realidade observada¹⁰⁴, constatou-se uma crescente melhoria em todos os escalões considerados. Mesmo assim, é importante ressaltar que o panorama evidente ainda se encontra distante

insolvência por não enfatizar igualmente os preceitos do Art. 1º do CIRE. Cfr BALDAIA, João; Miguel Almeida Loureiro (2017) - *A capitalização de empresas pela via da insolvência*, in “Capitalização de empresas”, AA. VV, Coord: Botelho, Maria de Deus, Almedina, Coimbra, pp. 52-55.

¹⁰¹ Art. 18º, nº 1 do CIRE. Adicionalmente, o Art. 20º, nº 1, al. g) do CIRE apresenta como ilidível o conhecimento da insolvência societária quando a sua apresentação ocorre num período superior a três meses.

¹⁰² MARTINS, Luis (2014) - *Processo de Insolvência*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 114. No entanto, adverte-se o leitor para a responsabilização dos gerentes nesta matéria fundada na violação dos deveres de cuidado e lealdade presentes no Art. 64º do CSC. Serão imputadas consequências às pessoas presentes no Art. 19º do CIRE; assim como devem manter regularizadas as responsabilidades junto da Autoridade Tributária e Segurança Social. De forma secundária, o Art. 20º do CIRE apresenta as premissas que dotam a sociedade, credores ou mesmo o Ministério Público à denúncia da insolvência.

¹⁰³ BALDAIA, João; Miguel ALMEIDA LOUREIRO - *A capitalização de empresas...*, nota de rodapé nº 21, p. 59. É ainda importante relevar que a apresentação à insolvência presume uma fundamentação coerente e verificada, sob pena de responsabilidade civil pelos prejuízos causados imputada ao devedor prevista no Art. 22º do CIRE.

¹⁰⁴ Por conclusões retiradas da Tabela 3 presente no Anexo.

daquilo que possa ser um ideal - sendo para isso necessário dotar os sócios de novas considerações.

Na apreciação de PETER DRUCKER¹⁰⁵ a orientação para o mercado é tomada como aliada do imprevisto, pois é deste que muitas vezes surge o sucesso pela inexistência de interferência concomitante de concorrentes. Apesar de toda a mentalização alheia ao objeto social, é importante considerar que várias questões podem vir a não ser consumadas perante a receptividade do consumidor.

¹⁰⁵ DRUCKER, Peter F. - *Inovação e Gestão - uma nova concepção...*, pp. 200-204.

4. A tutela dos credores sociais

Mediante a evolução da medida apresentada em 2011, torna-se imprescindível a tomada de ilações entre “benefícios e desvantagens da “empresa de um euro””¹⁰⁶ lembrada na obra de MARIA ELISABETE RAMOS. Apesar do não cumprimento das obrigações dos devedores e da queda da função de garantia do capital social continuarem a ser um quesito presente no quotidiano de terceiros; o triunfo oriundo desta alteração começou a ser possível somente a partir da procura por novas formas de tutela dos credores.

O escasso investimento dos sócios face ao crédito que procuram junto de credores torna o projeto societário muito limitado, pouco viável e com grande probabilidade de extinção do empreendedorismo¹⁰⁷. A alegação parte em encontro da verificação presente dos factos: os credores são sócios das sociedades até determinado patamar admitido como coerente e com risco moderado. As questões anteriores são facilmente colmatadas através duma obrigação de entrada factualmente planeada e constituída.

Por aplicação do Art 198º do CSC, os sócios fundadores podem regular, a título pessoal, uma responsabilização perante credores até determinado montante¹⁰⁸. Deste modo constitui-se uma garantia adicional à sua obrigação de entrada, ao mesmo tempo que é constituído um suporte financeiro mediante verificação de determinados factos à sociedade em que o sócio está envolvido.¹⁰⁹ Este mecanismo pode trazer vantagens quando abordados determinados deveres dos sócios, como o acompanhamento da sociedade e participação ativa na sua subsistência. Contudo, prima-se pela constituição de um capital social superior ao necessário e, por consequência, pela conservação da função de garantia¹¹⁰.

4.1. Reservas

As reservas sociais são uma das rubricas presentes no capital próprio da sociedade que formam mecanismo de proteção da sociedade e dos credores, quando constituídas.

¹⁰⁶ RAMOS, Maria Elisabete - *Reflexões em torno das responsabilidades...*, p. 104.

¹⁰⁷ CARVALHO, Maria Miguel - *O novo regime jurídico do Capital...*, p. 26.

¹⁰⁸ O montante disponibilizado a título de empréstimo pode ser restituído pela sociedade nos termos do Art. 524º do CC.

¹⁰⁹ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, pp. 270-272. Por elucidação de MERLE, Philippe - *Droit commercial: Sociétés...*, pp. 231, 242-244, verificamos o mesmo pressuposto no ordenamento jurídico francês.

¹¹⁰ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, p. 262.

A integração das reservas no capital permite a integração de valor quando o resultado do exercício é positivo, assim como serve de meio de suporte quando o resultado anual não se mostra favorável.¹¹¹ Por outro lado, as reservas constituem módulo de garantia dos credores quando é delimitado o patamar a partir do qual os sócios podem apropriar-se de lucros resultantes do exercício da sociedade.

Face ao exposto, as reservas legais surgem por robustez do princípio da intangibilidade do capital. Com obrigatoriedade de conservar pelo menos 5% do resultado líquido até perfazer 20% do capital próprio, este montante nunca poderá ser inferior a 2500 euros.¹¹² Na ótica de PAIS DE VASCONCELOS e TARSO DOMINGUES este montante deveria ter sido alvo de atualização conjuntamente com o DL33/2011, uma vez que o preceito do Art. 35º deixa de estar vinculado ao anterior montante mínimo legal de capital social inicial¹¹³. Contudo, é importante refletir que a não alteração legislativa pode estar inteiramente relacionada com a exclusão patente de constituição de reservas obrigatórias. Assim, ao fim de obtidos os mínimos legalmente previstos é possível deliberar entre os sócios a incorporação de reservas no capital social ou dar lugar à distribuição de lucros¹¹⁴.

As reservas estatutárias resultam do acordo prévio e estabelecido entre os sócios fundadores ao constituírem uma responsabilidade perante terceiros a título facultativo e pessoal até determinado valor, para além do seu comprometimento na obrigação de entrada. Esta possibilidade não se encontra regulada na lei, e pode estar afeta associada a um determinado horizonte temporal de aplicabilidade e à verificação de determinados acontecimentos especificados no contrato de sociedade¹¹⁵.

As reservas ocultas provêm do resultado de sobrevalorização do passivo ou subavaliação do ativo empresarial resultam em diferenças contabilísticas. Por alerta do Art. 33º, nº 3 do CSC, enquanto não se der lugar à formalização da variação positiva meramente contabilística, não é possível atribuir lucros aos sócios por respeito ao princípio da prudência¹¹⁶.

¹¹¹ Art. 296º do CSC.

¹¹² Por articulação dos Art. 218º, nº2 e Art. 295º, nº1 do CSC.

¹¹³ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, pp. 256-257 e DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Capital e Património Sociais...*, pp. 221-222.

¹¹⁴ Por conclusão retirada do Art. 33º do CSC. Adicionalmente, ressalva o Art. 217º do CSC que, mediante legibilidade, pelo menos metade dos lucros obtidos pela sociedade têm de ser atribuídos aos sócios.

¹¹⁵ DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Capital e Património Sociais...*, p. 220.

¹¹⁶ Relembra DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Capital e Património Sociais...*, pp. 220-221.

A constituição de reservas livres vem permitir a permanência de lucros que podiam ser distribuídos aos sócios na esfera da sociedade, sem que lhe seja aplicado um destino final. A qualquer momento, esta faculdade permite a mobilização dessa quantia a suporte às restantes tipologias de reserva como atribuir aos sócios¹¹⁷.

Mediante os factos, parece razoável admitir nos casos subcapitalização determinadas reservas não sejam passíveis de constituição. Enquanto as reservas legais e reservas livres aguardarão o resultado líquido positivo, que como vimos, muitas vezes tarda em ser obtido; as reservas estatutárias serão as únicas que poderão prestar um auxílio dito imediato.

4.1.1. Prestações Suplementares

As prestações suplementares são um mecanismo de suporte ao capital próprio exclusivo das sociedades por quotas¹¹⁸ e integrantes da rúbrica respeitante às reservas. Por essa razão, não podem ser confundidas com um aumento de capital. A esta proteção fica vinculado o sócio predeterminado a suportar essa prestação de montante fixo, nos termos dos Arts. 210º - 213º do CSC. Uma vez prevista nos estatutos, nenhum sócio excluído desta prestação pode ser levado a realizá-la¹¹⁹; da mesma forma que todos os sócios que se comprometam com a execução da contribuição suplementar não podem deixar de a verificar, sob penalidade comparativa ao sócio remisso¹²⁰.

4.1.2. Prestações Acessórias

As prestações acessórias integram uma estrutura injetora de recursos financeiros à sociedade a título oneroso ou espontâneo¹²¹. Ao ser necessária a sua presença nos estatutos para vigência em momento posterior, podem vir a ser facultados à sociedade bens, materiais ou serviços que possam beneficiar a sociedade na concretização do seu objeto. Aqui podem existir semelhanças às entradas em indústria, estas continuam a ser transversais ao princípio primário – a sua não contabilização na geração de capital próprio ou eventual estorno ao sócio. Por regime próprio, as prestações acessórias servem

¹¹⁷ DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Capital e Património Sociais...*, pp. 258-259.

¹¹⁸ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, pp. 275-278.

¹¹⁹ Sob alçada do Art. 86º, nº 2 do CSC.

¹²⁰ Art. 212º, nº 1 do CSC.

¹²¹ Relação retirada do Art. 209º do CSC.

em grande regra os princípios dos suprimentos, com a vantagem de causarem menor constrangimento fiscal¹²².

4.1.3. Suprimentos

Os suprimentos reduzem-se a empréstimos de dinheiro ou qualquer outra coisa fungível dos sócios à sociedade¹²³. Esta figura pode estar prevista desde o seu ato constitutivo ou pode surgir em momento subsequente por meio de uma deliberação de sócios - sendo estes os únicos agentes legíveis à realização deste carácter de adição.

Baseados em contratos, é-lhes passiva uma denominação ativa ou passiva. O investimento que mantém acesso à responsabilidade limitada nas sociedades por quotas é ponderado pelo carácter de permanência que esteja definido na sua génese¹²⁴, sendo um suprimento ativo quando a sociedade se compromete a ressarcir o(s) sócio(s) nos mesmos termos do empréstimo concedido¹²⁵. Apesar de ser estimulante a contração de empréstimos sob agentes envolvidos na sociedade para garantir acompanhamento persistente e manter interesse no sucesso do projeto é importante considerar que nas sociedades subcapitalizadas o pressuposto quebra pelo desrespeito de todos os pressupostos associados ao princípio da responsabilidade limitada.

Por efeito cadeia, esta decisão torna-se mais económica quando comparada com um aumento de capital. Contudo, no facto presente também não se reputa como capital social, mas como capital próprio - passível de ser apurado como resultado de um exercício cujo fruto não foi do funcionamento societário¹²⁶. Mais, os créditos concedidos pelos sócios são executados sob a premissa de cobrança de juros¹²⁷ - o que permite findar um desequilíbrio financeiro societário por troca de um financiamento instantâneo e benefício para sócios pouco sensatos.

¹²² PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, pp. 282-286.

¹²³ O seu regime legal prevê-se nos Arts. 244º ss do CSC.

¹²⁴ Tem-se por base o reembolso com prazo superior a um ano.

¹²⁵ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, pp. 282-286. Por oposição, é característico do suprimento passivo o seu aditamento e diferimento na quitação do empréstimo.

¹²⁶ Deste modo, os sócios encontram-se equiparados aos restantes terceiros da sociedade enquanto esta não estiver envolvida em processos de insolvência. Nessa eventualidade, os sócios só acedem a suprimentos quanto todos os créditos dos credores societários estiverem satisfeitos. Cfr. Art. 245º, nº 3 do CSC; Art. 48º, al. g) e Art. 177º, nº 1 do CIRE.

¹²⁷ Mesmo que os suprimentos não detenham expectativa afetas ao retorno por parte por parte dos sócios, o princípio legal é de que os juros também lhes sejam restituídos por imposição dos Art. 1145º do CC e Art. 395º do CCom.

4.2. Garantias especiais externas ao Contrato de Sociedade

A constituição de uma sociedade por quotas baseada na adoção de um baixo capital social é sinónimo da preferência por contração de créditos em nome da sociedade. Para além das formas anteriores, podem surgir obrigações por parte dos sócios ou terceiros em que sejam previstas garantias pessoais¹²⁸. Genericamente, a presunção alheia à responsabilidade limitada é de que não é do interesse dos sócios a prestação de garantias extra contratuais; e por isso é necessário admitir que sociedades nestas condições não se encontram munidas de recursos financeiros para dar resposta às necessidades supervenientes, passando aos credores uma desacreditação no projeto que lhes apresenta.

De uma forma geral, a função não encontrada pelos credores junto do capital social constituído passa pela obtenção de uma garantia especial¹²⁹, geralmente por via da hipoteca ou fiança. A hipoteca¹³⁰ é resultado de um contrato centrado no bem transacionado, cujo não cumprimento do pagamento do crédito concede ao credor o direito de se fazer pagar pelo resultado da importância arrecadada com a venda deste. Para os casos em que a importância arrecadada na venda é inferior à do crédito concedido, exige-se, ainda, a sua compensação por parte da sociedade. Relativamente à fiança¹³¹, o credor beneficia do regime de execução prévia, bastando a entrada em não cumprimento para que se conduza à afetação do património do fiador. Há uma alteração genérica face à hipoteca por não ser necessário assistir a uma afetação integral do património societário enquanto devedor para que o fiador inicie a sua intervenção – existe, sim, um consentimento na contratação de uma (possível) responsabilidade por dívida alheia¹³².

No caso dos bancos, como exemplo de credores fortes, é-lhes concertada uma associação de garantias do(s) sócio(s) aos créditos da sociedade como forma de incentivo e sucesso da atividade societária¹³³. Porém, apesar do limite extra contratual estar limitado à garantia associada, a vinculação é presente somente enquanto o sócio sustem

¹²⁸ RIBEIRO, Maria de Fátima - *O Capital Social das Sociedades...*, pp. 48-50.

¹²⁹ MONTEIRO, Marisa Silva - *Fontes reais e irrealis de funding...*, p. 111. A garantia especial tornará um credor privilegiado face aos demais por estar associado a um contrato específico com um credor do tipo forte.

¹³⁰ Identificação e aplicação previstas no Art. 694º do CC.

¹³¹ Regime legal presente nos Arts. 627º-654º do CC.

¹³² MONTEIRO, Marisa Silva - *Fontes reais e irrealis de funding...*, pp. 112-113.

¹³³ Alerta-se o leitor para a obtenção do limite máximo das características particulares deste tipo societário quando todos os sócios se encontram vinculados. Para um aprofundamento desta questão, veja-se PAIS DE VASCONCELOS, Pedro - *A participação social...*, p. 274.

essa posição¹³⁴. Uma forte justificação pode passar por analisar a posição do credor, pois existe alguma assimetria de informação quanto ao conhecimento da finalidade que o credor atribui ao crédito no momento de solicitação do financiamento. Entretanto, como é de conhecimento geral, à medida que existe sucesso nos cumprimentos do devedor (ou avalista), o seu risco na obtenção de crédito diminui, a passo de uma taxa de juro menos intensificada.

Além disto pode subsistir a seleção adversa – baseada na dificuldade por parte dos bancos em distinguir bons e maus investimentos. Espera-se que a taxa de juro associada seja baixa quando se está perante um bom projeto; ou seja, se o potencial e futuro devedor em representação da sociedade reconhecer capacidade naquilo que apresenta, não será do seu interesse contratualizar a uma taxa de juro elevada¹³⁵.

Uma outra variável a considerar é a declaração de um risco inferior ao que é conhecido por parte do devedor para com o terceiro. Ao contrário da seleção adversa, a consideração do risco moral deve ocorrer *a priori* e *a posteriori* do crédito deferido, uma vez que pode coexistir uma mudança e/ou integração de variáveis ao esboço empresarial¹³⁶. Prosperamente, as instituições financeiras conseguem dotar-se, aqui, de mecanismos à exequibilidade do acordo através da aplicação de seleção adversa, instauração de auditorias ou disponibilização do montante contratualizado em regime fracionado, com base no cumprimento de determinadas cláusulas¹³⁷.

4.3. A Desconsideração da Personalidade Jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica é conhecida como uma das formas promissoras de tutela dos credores nas sociedades por quotas sempre que uma sociedade não se encontra dotada de património manifestamente suficiente para quitar os seus créditos, por execução direta do património dos sócios.¹³⁸ É importante realçar que a figura não se encontra regulada no ordenamento jurídico português, sendo aplicado à

¹³⁴ *Idem.*

¹³⁵ FONSECA, José Soares da (2015) - *Economia Monetária e Financeira*, 2ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 59-60.

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ *Idem.*

¹³⁸ A personalidade jurídica das sociedades encontra-se prevista no Art. 5º do CSC.

medida que surgem situações em que a doutrina entende à proclamação desse tratamento.¹³⁹

Nos casos de abuso da personalidade jurídica, a sociedade deixa de ser autónoma e recai sobre o(s) sócio(s) a agregação dos seus direitos e obrigações. No caso em específico a subcapitalização material originária apenas é presente no apuramento de responsabilidades, cabendo aos sócios assumir a tutela de terceiros¹⁴⁰. Enquanto fundamento necessário de ilações não reguladas na lei portuguesa, são os credores que podem vir a sofrer as perdas numa eventual não consideração por parte do juiz.

A presença desta desconsideração vem convélir integralmente o princípio da limitação de responsabilidade. Por ser um tema tão delicado, parte da doutrina procura outras formas de defender a esfera dos credores. Sem impossibilitar a criação de projetos arriscados¹⁴¹, o legislador promove a livre iniciativa privada no pressuposto de inserir todo o património do devedor no cumprimento da obrigação dos créditos obtidos¹⁴².

Seguindo de perto a ideia de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, a desconsideração da personalidade jurídica não deveria ser adotada com base em subcapitalização material originária dado que constituir uma sociedade com dois euros de capital social é manifestamente desadequado por falta de qualquer papel de garantia que lhe é afeto; e sobretudo pelo presumível fracasso do negócio¹⁴³. Mesmo assim, parte da doutrina apoia a utilização da desconsideração da personalidade jurídica pelas mesmas razões¹⁴⁴. No entanto, sem aprofundar questões de equidade, é importante relevar que enquanto sociedades de capitais, as decisões que interferem com a conduta da sociedade são tomadas por pessoas, em alguns casos não sócios.

¹³⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima - *A Tutela dos Credores...*, p. 67, 70. No entanto, são inúmeras as situações em que é solicitada a desconsideração da personalidade jurídica e o caso presente assenta na culpa *in contrahendo*, passiva de regulação pelo Art. 227º do CC.

¹⁴⁰ COUTINHO DE ABREU, J. M - *Subcapitalização de Sociedade...*, p. 39.

¹⁴¹ RIBEIRO, Maria de Fátima - *A Tutela dos Credores...*, p. 213.

¹⁴² Art. 601º do CC.

¹⁴³ RIBEIRO, Maria de Fátima (2012) - *A Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Tutela dos Credores* in “Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil”, coordenação COELHO, Fábio Ulhoa; Maria de Fátima RIBEIRO, 1ª Edição, Almedina, p. 528.

¹⁴⁴ DOMINGUES, Paulo de Tarso - *Do Capital Social – Noção...*, p. 232.

5. A realidade portuguesa - uma análise retrospectiva

Baseada nos dados obtidos para o estudo da temática presente, podemos concluir que a procura por constituição de sociedades comerciais de responsabilidade limitada é dominante (94,32%), sobretudo por aquelas onde o (baixo) capital centraliza as motivações. Apesar de compreendido o desajuste que pode culminar numa evidente desigualdade perante as várias atividades mercantis, o ser empreendedor é implacável quanto à necessidade que o capital reflete no seu projeto. Por conseguinte, a liberalização do montante do capital social permite identificar os casos de empreendedorismo genuíno e factual; ao mesmo tempo que toma novas considerações nunca antes ponderadas, como o risco.

A partir da análise estática no final de cada ano abrangido pelo estudo¹⁴⁵, verifica-se que a adoção do antigo capital social tido como mínimo tem caído em desuso. Por outro lado, a escolha de um montante superior a este limiar apresenta-se com ponderação constante - o que diligencia sociedades por quotas cada vez menos capitalizadas a título inicial. A principal alegação à subcapitalização partirá, sempre, da ausência de esclarecimento e aconselhamento da Lei, por contrapartida da divulgação pública e seletiva das características presentes no DL33/2011. O surgimento de sociedades *simplificadas*¹⁴⁶ tenderá a ser ainda mais presente enquanto outros mecanismos de proteção societária, e indiretamente dos credores não começarem a atuar – como já é possível assistir nos ordenamentos jurídicos europeus realçados anteriormente.

O capital próprio constituído é débil e sempre dependente do resultado líquido do exercício; excluindo inicialmente qualquer outra prestação externa que possa advir. Do número de sociedades por quotas ativas pode-se observar uma melhoria contínua na *performance* económico-financeira das sociedades, atendendo à potencialização de constituição de riqueza, e por fim, de reservas, que têm de ser geradas.

É importante realçar que as sociedades ativas têm uma presença crescente nos resultados anuais, desde logo pela sua evolução dos 50,30% verificados em 2011 para os 72,55% evidenciados em 2017. Por outro lado, considera-se que a execução de qualquer atividade requer ativos para a angariação de resultados. Essa autonomia financeira e

¹⁴⁵ Sob consulta da Tabela 2 do Anexo.

¹⁴⁶ Queira-se compreender por simplificadas as sociedades pequenas, pouco desenvolvidas e subcapitalizadas. O baixo capital social constituído é potenciado pela escassa realização de entradas. Consequentemente, o património será diminuto e a causa passará nas limitações verificadas pela ausência de consideração do princípio de financiamento. *Itálico nosso.*

interna à sociedade ainda se mostra deficitária, sendo que mais de metade das sociedades ativas não conseguem suportar 30% do seu ativo a partir do capital próprio (o que compromete o concurso a fundos públicos). Mediante isto, é imperativo dar alertas aos vários agentes económicos acerca desta questão, acrescida da intensificação da constituição de reservas para os gerentes societários.

Aliando um resultado líquido negativo¹⁴⁷ à inconsistência ou inexistência de reservas na esfera jurídica da pessoa coletiva, é pertinente analisar a solvabilidade no final de cada exercício económico – que alega a permanência, em média, de uma em cada cinco dessas sociedades no mercado. Pela adição destas sociedades ainda solventes às não incluídas no espectro, vemos que a possibilidade de continuidade no mercado é uma realidade crescente, mas longe de um ideal.

Conclui-se, portanto, que a adequação do capital social ao objeto social é crucial e evidente na avaliação de indicadores como a autonomia financeira e solvabilidade societária. Será prudente, justificada e pertinente uma atuação preventiva e reguladora dos casos de subcapitalização, sempre com alvo em novas reavaliações para períodos subsequentes conforme a metodologia apresentada neste estudo.

¹⁴⁷ Recorde-se que cerca de 40% das sociedades por quotas ativas e com um capital social igual ou inferior a €5 000 apresentam um resultado líquido anual negativo.

Conclusão

Na análise vertida para a subcapitalização, em particular para a sua variante material originária, verifica-se uma distância daquilo que seria consideravelmente aceite como um fator de sucesso. No entanto, a medida permitirá um acompanhamento e atualização futuros a esta apresentação pela sua tendência favorável ao longo do tempo.

Apesar de não se verter uma análise intensiva acerca da unipessoalidade, é importante refletir que é indiscutível um controle intensificado nas sociedades comerciais pluripessoais, por contraposição da obtenção de plenitude das funções de sócio com a entrada de um capital social baixo. Em oposição, o sócio único absorverá maiores índices de responsabilidade direta por imputação de uma responsabilidade ilimitada na declaração de falência por via do Art. 84º do CSC.

Uma eventual aposta no modelo alemão das GmbH poderá ser uma solução preventiva de determinadas constituições societárias. Atendendo às contingências económicas presentes em Portugal, seria interessante intensificar o capital próprio das sociedades através do aumento das reservas legais para um valor superior ao legalmente previsto atualmente, tendo presente que o limite mínimo aplicado na Alemanha seria excessivo para a realidade nacional.

O principal contributo deste trabalho assenta na compreensão da posição dos sócios e dos gerentes na constituição e administração de uma sociedade por quotas. A obrigação de determinar a conduta da sociedade, de considerar se o capital social é suficiente para a prossecução do fim social, de procurar mecanismos de permanência no mercado e de apresentar a sociedade à insolvência (quando justificado) reside na esfera do gerente. Em suma, a resposta ao problema da subcapitalização material não se concentra nos sócios, mas sim nos gerentes.

Referências Bibliográficas

ABREU, J.M. Coutinho (2009) - *Curso de Direito Comercial – Das Sociedades*, Volume II, 3ª Edição, Almedina, Coimbra

BALDAIA, João; Miguel Almeida Loureiro (2017) - *A capitalização de empresas pela via da insolvência*, in “Capitalização de empresas”, AA. VV, Coord: Botelho, Maria de Deus, Almedina, Coimbra

CARVALHO, Cristina Neto de; Gioconda MAGALHÃES (2008) - *Análise Económico-Financeira de Empresas*, 3ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa

CARVALHO, Maria Miguel (2011) - *O novo regime jurídico do Capital Social das Sociedades por Quotas* in “Capital Social Livre e Ações sem valor nominal”, AA. VV, Coord: DOMINGUES, Paulo de Tarso; Maria Miguel CARVALHO, Almedina, Coimbra

CORREIA, Ferrer (1994) - *Lições de Direito Comercial*, Lex

CORREIA, Miguel, J. A, Pupo (2005) - *Direito Comercial: Direito da Empresa* - colaboração de TOMÁS, António José e Octávio Castelo PAULO, 9ª Edição, Ediforum - Edições Jurídicas, Lisboa

COUTINHO DE ABREU, J. M (2011) - *Subcapitalização de Sociedade e Desconsideração da Personalidade Jurídica* in “Capital Social Livre e Ações sem valor nominal”, AA. VV, Coord: DOMINGUES Paulo de Tarso; Maria Miguel CARVALHO, Almedina, Coimbra

CUNHA, Paulo Olavo (2012) - *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra

DINIS, Ana Cristina dos Santos Arroba; Cidália Maria da Mota LOPES (2015) - *A fiscalidade das Sociedades Insolventes - uma primeira abordagem*, Almedina, Coimbra

DOMINGUES, Paulo de Tarso (2004) - *Do Capital Social – Noção, Princípios e Funções* in “Boletim da Faculdade de Direito”, Stvdia Invidica 33, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra

DOMINGUES, Paulo de Tarso (2009) - *Variações sobre o Capital Social*, 1ª Edição, Almedina, Coimbra

DOMINGUES, Paulo Tarso (2011) - *O novo regime do capital social nas sociedades por quotas* in “Direito das Sociedades em Revista”, Volume 6, Ano 3, Almedina, Coimbra

DOMINGUES, Paulo de Tarso (2015) - *Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas*, in “Estudos de Direito das Sociedades, AA.VV., coordenação de COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel, 12ª Edição, Almedina, Coimbra

DRUCKER, Peter F. (1986) - *Inovação e Gestão - uma nova concepção de estratégia da empresa*, 1ª edição, Editorial Presença

EPIFÂNIO, Maria do Rosário (2012) - *Manual do Direito da Insolvência*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra

ESPÍRITO SANTO, João (2015) - *Sociedade Unipessoal por Quotas - Introdução e comentários aos Artigos 270-A a 270-G do Código das Sociedades Comerciais*, Reimpressão, Almedina, Coimbra

FONSECA, José Soares da (2015) - *Economia Monetária e Financeira*, 2ª Edição, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra

JESUÍNO, Jorge Correia (1992) – *A Negociação – Estratégias e Táticas*, 1ª Edição, Texto Editora, Lisboa

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Meneses (2017) - *Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra

MARTÍ, María del Mar Andreu (2016) - *Capital Patrimonio y reservas. Acciones y participaciones como partes del capital social*, in “Derecho de sociedades de capital - estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria”, AA. VV, Dir: EMBID IRUJO, José Miguel; Coord: VILLALBA, Maria de Lourdes Ferrando, Luis Hernando CEBRIÁ, Vanessa Martí MOYA, Marcial Pons, Madrid

MARTINS, Luis (2014) - *Processo de Insolvência*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra

MERLE, Philippe (2016) - *Droit commercial: Sociétés commerciales* - collaboration de FAUCHON, Anne, 19^e Édition, Dalloz, Paris

MONTEIRO, Marisa Silva (2017) - *Fontes reais e irrealis de funding empresarial: do mútuo aos business angels*, in “Capitalização de empresas”, AA. VV, Coord: BOTELHO, Maria de Deus, Almedina, Coimbra

OLAVO CUNHA, Paulo (2014) - *Direito das Sociedades Comerciais*, 5ª Edição, 2ª Reimpressão, Almedina, Coimbra

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro (2014) - *A participação social nas Sociedades Comerciais*, 2ª Edição, 2ª Reimpressão, Almedina, Coimbra

PETIT, Bruno (2015) - *Droit des sociétés*, 6^e Édition, LexisNexis, Paris

PINTO, Alexandre Mota (2002) - *Do contrato de suprimento* in “O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio”, Almedina, Coimbra

QUINTAS, Hélder (2010) - *Regime Jurídico das Sociedades por Quota anotado (Arts 197^o a 270^o-G do CSC)*, Almedina, Coimbra

RAMOS, Maria Elisabete (2011) - *Reflexões em torno das responsabilidades dos sócios e dos gerentes* in “Capital Social Livre e Ações sem valor nominal”, AA. VV, Coord: DOMINGUES, Paulo de Tarso; Maria Miguel CARVALHO, Almedina, Coimbra

RIBEIRO, Maria de Fátima (2009) - *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, 1ª Edição, Almedina, Coimbra

RIBEIRO, Maria de Fátima (2011) - *O Capital Social das Sociedades por Quotas e o problema da subcapitalização material* in “Capital Social Livre e Ações sem valor nominal”, AA. VV, Coord: DOMINGUES, Paulo de Tarso; Maria Miguel CARVALHO, Almedina, Coimbra

RIBEIRO, Maria de Fátima (2012) - *A Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Tutela dos Credores* in “Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil”, coordenação COELHO, Fábio Ulhoa; Maria de Fátima RIBEIRO, 1ª Edição, Almedina

TRIUNFANTE, Armando Manuel (2014) - *O regime das sociedades na constituição das sociedades por quotas e anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra

VIDAL, Dominique; Kevin LUCIANO (2015) - *Cours de Droit spécial des sociétés - à jour de la loi n°2015-990 de 6 août 2015, dite loi Macron*, 1^e édition, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux

Anexo

Tipo Societário	Nº Sociedades	Ponderação
Nome Coletivo	0	0.00%
Comandita	58	0.01%
Anónimas	37 076	5.67%
Quotas	616 863	94.32%
TOTAL	653 997	100%

Tabela 1 - Caracterização do Tecido Empresarial Português, à data de 31 de dezembro de 2017

Ano	Número de Sociedades por Quotas				Ponderação
	Criadas	CS > €5 000	CS ≤ €5 000	CS = €5 000	CS = €5 000
2011	19 911	3 956	15 955	8 875	44.57%
2012	23 734	4 912	18 822	8 763	36.92%
2013	27 917	5 280	22 637	9 486	33.98%
2014	27 671	5 121	22 550	9 115	32.94%
2015	29 315	5 315	24 000	9 276	31.64%
2016	27 992	5 210	22 782	8 385	29.95%
2017	26 557	4 475	22 082	7 458	28.08%

Tabela 2 – Análise da predominância relativa à constituição de sociedades por quotas entre 2011 e 2017

Ano	Número de Sociedades por Quotas			Ponderação
	Total	Ativas	Autonomia Financeira ≤ 30%	
2011	15 434	7 764	4 049	26.23%
2012	33 595	18 243	11 067	32.94%
2013	55 498	32 500	20 283	36.55%
2014	77 363	47 765	28 617	36.99%
2015	100 624	65 508	37 757	37.52%
2016	122 587	83 954	47 997	39.15%
2017	143 568	104 164	56 673	39.47%

Tabela 3 – Estudo da autonomia financeira das sociedades por quotas com capital social inferior a € 5000, entre 2011 e 2017

				Coluna 1	Coluna 2	Coluna 3
2011	$€2.001 \leq CS \leq €5.000$	Total	9 853	2544	1755	34.97%
		Ativas	5 201			
	$€501 \leq CS \leq €2.000$	Total	2 445	510	405	33.95%
		Ativas	1 235			
	$€1 \leq CS \leq €500$	Total	3 136	524	474	27.23%
		Ativas	1 328			
2012	$€2.001 \leq CS \leq €5.000$	Total	20 033	5423	4084	36.87%
		Ativas	11 470			
	$€501 \leq CS \leq €2.000$	Total	6 283	1514	1258	34.70%
		Ativas	3 438			
	$€1 \leq CS \leq €500$	Total	7 279	1399	1260	28.51%
		Ativas	3 335			
2013	$€2.001 \leq CS \leq €5.000$	Total	31 292	8230	6395	41.15%
		Ativas	19 273			
	$€501 \leq CS \leq €2.000$	Total	11 591	2874	2445	37.95%
		Ativas	6 844			
	$€1 \leq CS \leq €500$	Total	12 615	2609	2325	32.17%
		Ativas	6 383			
2014	$€2.001 \leq CS \leq €5.000$	Total	42 279	11006	8781	43.79%
		Ativas	27 296			
	$€501 \leq CS \leq €2.000$	Total	17 271	4379	3828	40.34%
		Ativas	10 795			
	$€1 \leq CS \leq €500$	Total	17 813	3771	3372	35.38%
		Ativas	9 674			
2015	$€2.001 \leq CS \leq €5.000$	Total	53 568	13781	11000	47.08%
		Ativas	36 218			
	$€501 \leq CS \leq €2.000$	Total	23 519	6020	5212	43.87%
		Ativas	15 529			
	$€1 \leq CS \leq €500$	Total	23 537	5157	4570	39.05%
		Ativas	13 761			
2016	$€2.001 \leq CS \leq €5.000$	Total	63 799	16389	13194	49.71%
		Ativas	44 906			
	$€501 \leq CS \leq €2.000$	Total	29 776	7816	6791	47.04%
		Ativas	20 798			
	$€1 \leq CS \leq €500$	Total	29 012	6730	6010	42.19%
		Ativas	18 250			
2017	$€2.001 \leq CS \leq €5.000$	Total	72 952	18964	14709	53.55%
		Ativas	53 772			
	$€501 \leq CS \leq €2.000$	Total	36 160	10135	8471	51.07%
		Ativas	26 939			
	$€1 \leq CS \leq €500$	Total	34 456	8650	7441	46.47%
		Ativas	23 453			

Tabela 4 - Reflexão sobre a potencial insolvência de uma sociedade por quotas entre 2011 e 2017

Legenda:

- (1) – Número de empresas com Resultado Líquido Anual $\leq € 0$
- (2) – Número de empresas com Resultado Líquido Anual $\leq € 0$ e Rácio de Solvabilidade $\leq 30\%$
- (3) – Rácio entre a diferença das empresas ativas com a Coluna (2) e a totalidade de empresas constituídas