



PLMJ

Partilhamos a Experiência. Inovamos nas Soluções.

Julho 2013

## REDE DE PARCERIAS NACIONAIS PLMJ

# TEMAS DE DIREITO EMPRESARIAL - SECTORES PÚBLICO E PRIVADO

## EDITORIAL



VICTOR RÉFEGA  
FERNANDES (SÓCIO)

[victor.refegafernandes@  
plmj.pt](mailto:victor.refegafernandes@plmj.pt)



TOMÁS PESSANHA  
(SÓCIO)

[tomas.pessanha@  
plmj.pt](mailto:tomas.pessanha@plmj.pt)

## CONTEÚDOS EDITORIAIS

### EDITORIAL

Victor Réfega Fernandes  
Tomás Pessanha

### O ESTATUTO DE GESTOR PÚBLICO

Paulo Linhares Dias

### IMPACTO DA LEI DOS COMPROMISSOS NAS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS DO ESTADO

Francisco Gama Lobo Xavier

### RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO

Luís Loureiro

### CONSERVAÇÃO DE CAPITAL: LIMITES A TER EM CONTA EM TEMPOS DE CRISE

Tomás Pessanha  
Catarina Rodrigues

### INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO E RECAPITALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES

Manuel Rebanda

Teve lugar no passado dia 10 de Maio de 2013 em Ponta Delgada, nos Açores, mais uma conferência inserida no **Ciclo de Conferências da Rede de Parcerias Nacionais PLMJ, no caso dedicada a “Temas de Direito Empresarial - Sectores Público e Privado”**.

Tratou-se de uma jornada de formação e debate muito bem-sucedida, o que o interesse evidenciado pelo muito público presente permitiu comprovar.

A Conferência contou com a participação de um representante da PLMJ e dos Escritórios Parceiros dos Açores, Guimarães e Coimbra.

À Borges da Ponte, Linhares Dias & Associados, dos Açores, coube abrir os trabalhos com uma intervenção sobre o “Estatuto do Gestor Público”.

Seguiu-se a Gama Lobo Xavier, Luís Teixeira e Melo e Associados, de Guimarães, com uma incursão sobre a denominada “Lei dos Compromissos” e o seu impacto nas participações sociais do Estado.

A intervenção da PLMJ versou sobre as regras aplicáveis em matéria de “Conservação de Capital”, versando sobre os limites a considerar pelas empresas, seus gestores e sócios.

Por fim, pertenceu à Manuel Rebanda, Pereira Monteiro e Associados, de Coimbra, a tarefa de encerrar os trabalhos com

uma apresentação sobre “Instrumentos de Financiamento e Recapitalização das Sociedades”.

A presente Newsletter contém uma súmula das apresentações de cada interveniente, pretendendo estender o alcance e benefícios da iniciativa aos Clientes e demais interessados que não tiveram oportunidade de estar presentes. Integra ainda um artigo preparado pelo Parceiro de Viseu, a Luís Loureiro, João Gomes & Associados, sobre a “Responsabilidade dos Membros de Órgãos de Administração”, com base na apresentação que havia sido elaborada para efeitos da participação do referido Parceiro na Conferência.

A Rede de Parcerias Nacionais PLMJ é uma rede de escritórios de advogados de referência localizados em diferentes pontos do território do continente e ilhas, constituída com os objectivos de mais bem servir os Clientes e de reforçar a vocação de sociedades verdadeiramente nacionais comum a todos os Escritórios Parceiros.

Nos termos dos protocolos de colaboração multilateral celebrados, os Clientes de cada um dos Escritórios Parceiros beneficiarão do saber jurídico, experiência e contactos de um alargado conjunto de profissionais distribuídos por vários pontos geográficos, aumentando a capacidade de resposta de todos.



**PAULO LINHARES DIAS (SÓCIO)**  
pld@bpldadvogados.com

## NOTA PRÉVIA

O presente texto é o resumo da apresentação sobre o mesmo tema, feita no âmbito da Conferência da Rede de Parcerias Nacionais PLMJ, em Ponta Delgada, em 10 de Maio de 2013. Por ter sido proferida nos Açores, e tendo em conta o público alvo, a conferência visava essencialmente o Estatuto do Gestor Público Regional, constante do Decreto Legislativo Regional nº 12/2008/A, alterado e republicado pelo Decreto Legislativo Regional nº 17/2009/A, de 14 de Outubro.

Considerando o âmbito nacional da presente newsletter e dada a semelhança de regimes, procedemos à revisão do tema e abordaremos o Estatuto do Gestor Público (EGP) nacional, constante do Decreto-Lei nº 71/2007, de 27 de Março, alterado e republicado pelo Decreto-Lei nº 8/2012, de 18 de Janeiro, não obstante assinalarmos as diferenças, sempre que as mesmas se justificarem.

## 1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

O EGP é aplicável a quem seja designado para os órgãos de gestão ou administração das empresas públicas ou entidades públicas empresariais, sendo ainda extensível aos órgãos de gestão e administração das empresas participadas<sup>1</sup>.

Tal estatuto é assim aplicável a todos os titulares dos órgãos de administração ou gestão, independentemente da sua designação ou eleição, neste último caso, para os gestores das empresas participadas indicados por sócios ou accionistas privados.

<sup>1</sup> De acordo com a definição que é dada respectivamente pelo Regime Jurídico do Sector Empresarial Público do Estado, regulado pelo Decreto-Lei nº 558/99, de 17 de Dezembro, quer a dada pelo Regime Jurídico do Sector Público Empresarial da Região Autónoma dos Açores, regulado pelo Decreto Legislativo Regional nº 7/2008/A, alterado e republicado pelo Decreto Legislativo Regional nº 17/2009/A e alterado pelo Decreto Legislativo Regional nº 7/2001/A de 22 de Março.

# O ESTATUTO DE GESTOR PÚBLICO



Do mesmo passo, ficam expressamente excluídos do âmbito de aplicação do EGP os membros da mesa da assembleia geral, comissão de fiscalização ou qualquer outro órgão a que não caibam funções de gestão ou administração.

Uma última referência à prevalência dos estatutos dos gestores públicos regionais e locais, no que toca às empresas que integram os respectivos sectores empresariais públicos, face ao EGP, cabendo a este último um carácter subsidiário.

## 2. DESIGNAÇÃO E CESSAÇÃO DO MANDATO

Os gestores públicos são escolhidos de entre pessoas com comprovada idoneidade, mérito profissional, competências e experiência de gestão, bem como o sentido de interesse público, e habilidades, no mínimo, com o grau académico de licenciatura, conforme dispõe o nº 1 do art.º 12º do EGP.

Os gestores públicos são designados por nomeação, no caso das entidades públicas empresariais, ou por eleição, no caso das empresas organizadas sob a forma comercial ou das participadas, para mandatos de 3 anos.

É de salientar que nos casos de designação por nomeação, o mandato inicia-se autonomamente a partir da nomeação do gestor em causa, independentemente dos mandatos dos restantes membros do órgão de gestão, ou do mandato deste no seu todo. Diversamente se passa nos casos de designação por eleição, na medida em que, nestes casos, o mandato do órgão de gestão é global, pelo que qualquer cooptação ou eleição de membro desse órgão depois do início do mandato, cessará aquando do termo do mandato do órgão de gestão, independentemente da data de início da eleição ou cooptação do gestor.

Além do termo do mandato, o mesmo poderá cessar com fundamento no incumprimento dos deveres do EGP ou das metas traçadas no contrato de gestão, podendo esta consistir numa dissolução do órgão de gestão, ou na demissão de um gestor em particular, consoante a

responsabilidade pelo incumprimento (cfr. arts. 24º e 25º do EGP), casos em que a cessação do mandato não confere qualquer indemnização, tal como nos casos de renúncia (cfr. artº 27º EGP). Por seu turno poderá haver lugar à livre dissolução do órgão de gestão ou demissão do gestor, por mera conveniência e sem necessidade de fundamentação. Porém, nestes casos os gestores públicos terão direito a uma indemnização nos termos previstos no artº 26º nº 3 do EGP<sup>2</sup>.

## 3. IMPEDIMENTOS E INCOMPATIBILIDADES

O regime de impedimentos e incompatibilidades, é na nossa perspectiva, uma das questões mais delicadas do ponto de vista jurídico das que merecem maior reflexão. Por um lado porque existe um conjunto de impedimentos e incompatibilidades transversais a todos os gestores públicos, enquanto que outras incompatibilidades decorrem da distinção entre gestor público executivo e não executivo<sup>3</sup>.

Elegeríamos como incompatibilidade e impedimentos transversais a todos os gestores públicos os constantes dos arts. 22º ns. 1, 6<sup>4</sup>, 7 e 8 do EGP.

<sup>2</sup> Nestes casos o gestor público, desde que conte, pelo menos, 12 meses seguidos de exercício de funções, terá direito a uma indemnização correspondente ao vencimento base que auferiria até ao final do mandato, com o limite de 12 meses.

<sup>3</sup> Não obstante esta distinção nos parecer linear, consideram-se gestores executivos os que têm como função a administração da empresa em regime de exclusividade, cabendo-lhe as tarefas executivas, enquanto que aos gestores não executivos, embora podendo integrar o mesmo órgão, cabe-lhes funções de fiscalização, podendo para o efeito integrar comissões específicas.

<sup>4</sup> A propósito do nº 6 do artº 22º do EGP que proíbe os gestores públicos de celebrarem, no exercício dos seus mandatos, quaisquer contratos de trabalho ou de prestação de serviços com a empresa de que são gestores ou qualquer participada, que perdurem para além desse mandato, temos que referir que o Estatuto do Gestor Público da Região Autónoma dos Açores, permite derrogar essa proibição, mediante despacho fundamentando dos membros do Governo Regional que tutelem as finanças e o sector da empresa. Ora, a possibilidade de afastar este impedimento, que nos parece da mais elementar transparência, causa-nos alguma estranheza e parece-nos desprovida de sentido teleológico.

Por seu turno, os gestores não executivos estão sujeitos aos impedimentos previstos nos arts. 21º n.º 2 in fine e art.º 22º n.º 2, 3, 4 do EGP.

Já no que toca aos gestores executivos, para além dos impedimentos gerais, a regra é a do exercício em regime de exclusividade, porém com as exceções – leia-se, possibilidade de exercer outras actividades remuneradas – previstas no n.º 3 do art.º 20º e ainda a possibilidade de exercer funções executivas noutras empresas públicas (que não directamente participadas pela empresa de que é gestor), nos termos das disposições conjugadas do n.º 2 do art.º 20º e n.º 4 do art.º 22º;<sup>5</sup> sem prejuízo do que referiremos adiante a propósito das limitações à remuneração e pensões.

<sup>5</sup> Ou seja, a possibilidade de exercer funções executivas noutra empresa do sector empresarial público, por razões devidamente fundamentadas.



**FRANCISCO GAMA LOBO XAVIER (SÓCIO)**  
franciscoglobo@gamalobomelo.com

Aquando da definição/preparação do tema a abordar e estudo subsequente que com enorme gosto fiz preparando a presente intervenção, corria o mês de Fevereiro de 2013, face à vertigem dos acontecimentos, à ânsia do legislador e, sobretudo, às trimestrais avaliações/atualizações do MoU que, consecutivamente, alteram e aprofundam as premissas, o que hoje aqui se diz está, quase de raiz, desatualizado...

Constata-se que, no quadro do MoU, pano de fundo de todas as recentes alterações introduzidas pelo legislador, o cenário é aparentemente sempre o mesmo: um monólogo!

A *Troika* diz “Jump” e Portugal responde “How high?”

Assim, o tema abordado tem como contexto e “trigger” da sua existência o inefável MoU, que vai já - hoje dia 11-05-

#### 4. EXERCÍCIO DA GESTÃO

No que toca ao exercício da gestão, o mesmo caracteriza-se pelos poderes de orientação e fiscalização por parte do sócio ente público (directa ou indirectamente), os quais, para além de se traduzirem nos poderes gerais de emitir directrizes e orientações estratégicas, traduzem-se também no poder de fiscalização e avaliação de desempenho da gestão.

Os contratos de gestão são para além dos deveres gerais previstos na lei, uma fonte de parâmetros de avaliação da gestão e do cumprimento de objectivos, com reflexo na cessação fundamentada do mandato (no caso de violação dos deveres) ou de remuneração variável, quando era aplicável (no caso de superação de objectivos).

Uma última referência, não despidianda, ao exercício de funções administrativas, mesmo por entidades empresariais, que deverão respeitar os princípios gerais do direito administrativo, conforme preceitua o art.º 9º do EGP<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Com grande propriedade sobre esta questão: Miguel Assis Raimundo, As Empresas Públicas nos Tribunais Administrativos, Almedina, 2007 e o Ac. STA de 20-05-2010, relator Cons. Madeira dos Santos, proc.º 113/09.

## IMPACTO DA LEI DOS COMPROMISSOS NAS PARTICIPAÇÕES SOCIAIS DO ESTADO



Gama Lobo Xavier, Luis Teixeira e Melo e Associados  
Sociedade de Advogados, RL

2013 - na sua já 7ª versão resultantes das 6 avaliações da *Troika* sobre a aplicação do que estava, ou passou a estar, previsto no mesmo.

No dia 17-05-2011 foi subscrito, por parte do Estado Português, o MoU cujo texto, dias antes, havia já sido subscrito pelas contrapartes as entidades financiadoras: Comunidade Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional.

**No plano dos condicionalismos da política económica na vertente correspondente ao poder local e regional**, importa, desde logo, fazer referência à Lei dos Compromissos e dos Pagamentos em Atraso, diploma muito abrangente no âmbito da sua aplicação subjetiva, mas que aqui se restringirá ao plano local, uma vez que as participações sociais que falamos abordamos são, *prima facie*, as detidas pelos municípios nas diversas entidades do que hoje se

apela sector empresarial local (SEL).

A entrada em vigor e aplicação do Regulamento do Conselho (U.E.) n.º 407/2010 de 11 de Maio, que estabelece o Mecanismo Europeu de Estabilidade e Crescimento que por sua vez ficou sujeito à entrada em vigor do MoU, estabelecem a meta genericamente conhecida por todos: **A redução do deficit orçamental do Estado para os 3% até 2013 (pedra angular do MoU).**

Para tanto, prevê-se a implementação, densificação e aplicação das múltiplas obrigações constantes do MoU, de sorte o Estado Português possa beneficiar da ajuda financeira que sofregamente o País precisa, o que se veio a traduzir em dezenas, senão mais, de diplomas legais sob todas as formas e feitios.

**No que à presente exposição diz respeito (Compromissos e Pagamentos**

**em atraso do Estado e, bem assim, à sua participação no setor empresarial.) segue-se o elenco dos Diplomas relevantes para a matéria:**

1. Desde logo, em concreto, as alterações realizadas quanto às **fundações** - que pela sua multiplicação e impacto financeiro foram ab initio abordadas pelo MoU. Quanto a estas, foram as mesmas objeto de senso no sentido da sua subsequente e eventual extinção.

- Lei 1/2012 de 3/1;
- Resolução C.M. 79-A/2012 de 25 de Setembro;
- Proposta de lei 42/XII;
- Lei 24/2012 de 9 de Julho Lei-Quadro das Fundações (doravante LQF).

2. **MOU – 3ª Atualização de 15 de Março de 2012 sobre as condicionalidades da política económica).**

- Resolução 13-A/2013 de 8 de Março que faz a síntese e balanço final do processo de censo, avaliação e adaptação na transição para o novo enquadramento legal (LQF) e, em anexo, elenca as fundações a extinguir e/ou reduzir o apoio financeiro de que vinham beneficiando.

3. **Resolução do Conselho de Ministros 18/2012 de 13 de Fevereiro** que cria uma Comissão de acompanhamento e secretariado técnico para propor uma nova Lei das Finanças Locais assente no Documento Verde da Reforma Administrativa.

Nessa sequência, surge a:

- Proposta de Lei 122/XII/2.ª (ainda em discussão);
- Proposta de Lei 44/XII de 2 de Fevereiro que deu origem:
- Lei n.º 22/2012 de 30 de Maio que aprova o Regime Jurídico da Reorganização Administrativa Territorial Autárquica.

4. **Resolução 40/2011**

- Documento Verde da Reforma da Administração Local, esteve na base:
- Proposta de Lei n.º 104/XII, ainda em discussão, e na qual se prevê a nova disciplina jurídica do Regime Jurídico das Autarquias Locais, do Estatuto das Entidades intermunicipais, das transferências de competências do Estado para as Autarquias e Entidades Intermunicipais, incluindo delegação de competências nos Municípios e nas Freguesias, e o Regime Jurídico do Associativismo Autárquico (revogando os atuais regimes previstos nas Leis 159/99 e algumas disposições da Lei 169/99, revogam-se outras disposições às quais, por brevidade, não se faz aqui referência.

5. **A Lei dos Compromissos (Lei 8/2012 de 21/2).**

Assente nas diretrizes supra elencadas no MoU e, no mesmo contexto, no Relatório denominado:

- “Estratégia para a Redução dos Pagamentos em Atraso Há Mais de 90 Dias” ;
- Decreto-lei 127/2012 de 21 de Junho.

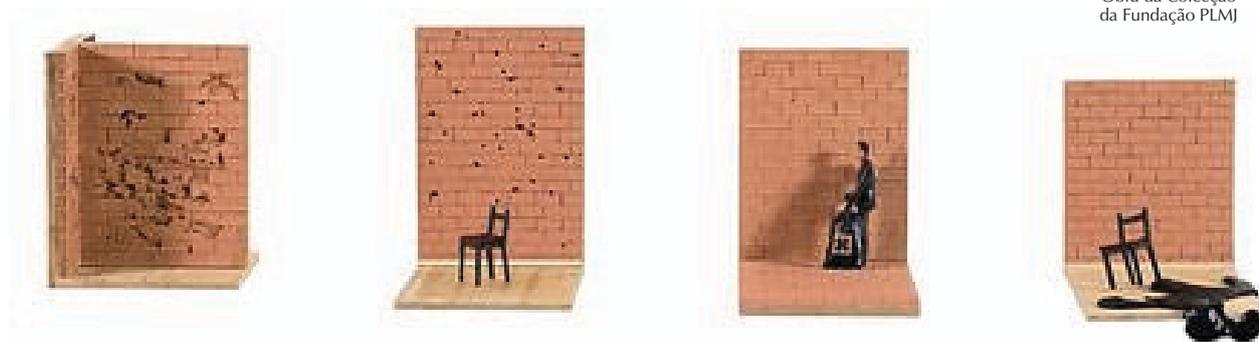
6. **Setor Empresarial Local**

- A nova disciplina que aprova o regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais surge assente no MoU e:
- Resolução do Conselho de Ministros 40/2011;
- Documento Verde da Reforma da Administração Local;
- Proposta de Lei 58/XII de 3 de Maio de 2012;
- Lei n.º 50/2012 de 31 de Agosto, que aprova o regime jurídico da atividade empresarial local e das participações locais, revogando o anterior regime jurídico do setor empresarial local regulado nas Leis n.ºs 53-F/2006 de 29 de Dezembro, e 55/2011 de 15/11.

Este “artigo” é apenas um brevíssimo sumário/índice da intervenção realizada nos Açores, no âmbito das **Conferências Parcerias Nacionais PLMJ**, cujos “slides” de apresentação, designadamente as referências ao *Memory of Understanding* (MoU) se podem aceder através do link:

<http://www.gamalobomelo.com/site/docs/intervencao.pdf>

FUNDAÇÃO  
**PLMJ**  
 Baltazar Torres  
 Detalhe  
 Obra da Coleção  
 da Fundação PLMJ





LUÍS LOUREIRO (SÓCIO)  
[luisloureiro.adv@mail.telepac.pt](mailto:luisloureiro.adv@mail.telepac.pt)

## RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DE ADMINISTRAÇÃO



LUÍS LOUREIRO, JOÃO GOMES & ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS RL

I. Ao trazer à colação esta temática sempre actual, procura dar-se uma breve panorâmica sobre quais os principais tipos de responsabilidade civil em que podem incorrer os membros de órgãos de administração, no exercício de funções de representação orgânica e de gestão de sociedades comerciais.

A primeira e primordial responsabilidade dos administradores é para com a própria sociedade, pelos danos a esta causados, por actos ou omissões e com preterição de normas e deveres legais; estatutários ou contratuais, ou ainda por inobservância de deliberações de outros órgãos societários, como a assembleia geral, quando aplicável e na esfera das respectivas competências próprias.

Tratando-se de uma responsabilidade de natureza contratual, além do facto ou omissão ilícitos, genericamente referidos no parágrafo anterior, exige-se também a verificação de um juízo de censura ou de culpa imputável ao órgão de administração e, por consequência, aos membros que o compõem, pelo comportamento adoptado, seja ele por uma conduta positiva num determinado sentido, quando devia sê-lo noutra ou, ao invés, deveria ser de abstenção, ou ainda por ausência de conduta, quando se impunha a prática da mesma.

Importa salientar que a natureza contratual da relação estabelecida entre a sociedade e o órgão de administração que a representa e gere, impõe aos seus membros o ónus da demonstração de que as suas condutas concretas, por causadoras de danos à representada, não foram culposas, pois que a lei as presume como tal.

Justamente um ponto, aliás de contacto com as regras da boa governação das sociedades comerciais, que permite afastar a culpa e, portanto, a responsabilização do administrador, assenta na demonstração por parte deste

de que deu observância à denominada regra do “business judgment rule”, isto é que: (i) agiu em termos informados; (ii) livres de qualquer interesse pessoal; (iii) e segundo critérios de racionalidade empresarial, o que vale também por dizer com “duty of care” e “duty of loyalty”.

Sendo, por outro lado, tal responsabilidade dos administradores solidária, importa àqueles que não concordem com a decisão ou deliberação tomada no órgão colegial, exerçam o direito de oposição, votando vencidos e fazendo lavrar a respectiva declaração de voto, a fim de se eximirem à responsabilidade perante a sociedade.

Esta responsabilidade dos administradores perante a sociedade pode exercitar-se através de dois instrumentos:

- (i) Acção Universal proposta pela sociedade e assente em deliberação social.
- (ii) Acção Singular proposta por sócios, com vista à reparação a favor da sociedade, do prejuízo por esta sofrido quando a sociedade não faça actuar a acção universal. Os sócios intervenientes, e que hajam sido lesados, podem requerer também o ressarcimento dos seus próprios prejuízos.

Ainda nesta vertente da responsabilidade civil dos administradores, dá-se nota de um outro aspecto ou incidência de responsabilização relevante, que vem sendo sustentada, qual seja o da obrigação de restituição à sociedade de tudo quanto os administradores possam ter obtido em proveito próprio, com infracção dos seus deveres, mesmo e ainda que não lhe hajam sido causados quaisquer danos, como pode suceder com vantagens obtidas com o exercício de actividade concorrencial não autorizada pela sociedade.

II. Outra vertente da responsabilidade civil dos administradores é perante os credores sociais, a qual emerge quando aqueles inobservarem, com culpa, disposições legais ou contratuais destinadas à protecção dos interesses dos credores, sendo por causa dessa inobservância que o património social se torna insuficiente para satisfazer os créditos da sociedade.

A actuação possível dos credores pode revestir duas formas:

- (i) Uma actuação directa em exercício dos seus próprios direitos indemnizatórios, por dano indirecto sofrido com a insuficiência patrimonial dos bens societários, contra os administradores;
- (ii) Uma actuação substitutiva à sociedade ou aos sócios, quando estes não exercem os seus próprios direitos contra os administradores (sub-rogação), por dano directo sofrido pela sociedade e para proveito desta.

É necessário, como se referiu, que o património social se torne insuficiente para satisfação dos créditos, pois que se o mesmo se mantiver suficiente, a responsabilidade dos administradores poderá subsistir apenas para com a sociedade.

Exemplos de algumas normas de protecção dos credores são entre várias outras, as que:

Visam proteger a integridade do capital social e do património social; se reportam à aquisição ilícita de participações sociais; se referem a actos que exorbitam a prossecução do fim societário, como a prestação de garantias a outras entidades; ou as que dizem respeito ao incumprimento do dever de apresentação à insolvência.

Nestas situações, como não há entre os credores e os administradores qualquer relação contratual, a responsabilidade é de natureza diferente, não contratual, aquiliana ou por factos ilícitos, cabendo aos credores a demonstração da violação das normas de protecção dos seus interesses e da culpa dos administradores na verificação da insuficiência patrimonial.

III. Uma terceira vertente diz respeito à responsabilidade dos administradores perante sócios e terceiros, decorrente de danos directamente (- não reflexa ou indirectamente -) causados na esfera jurídica destes, no exercício das funções daqueles, como pode suceder com os danos causados na concessão de crédito à sociedade, a coberto de apresentação de contas anuais falsas, relatadas pelo seu conselho de administração.

IV. Conclui-se fazendo apenas uma referência tópica à denominada “Corporate Responsibility” ou “interesse social iluminado”, para salientar a ideia de introdução de uma cultura de ética no universo empresarial, pela qual ou em resultado da qual os administradores devem também subordinar-se a uma ideia de responsabilidade social das empresas, nomeadamente evitando prejuízos desproporcionados a *stakeholders* ou adoptando procedimentos de informação com idênticas finalidades.

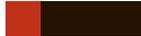
## CONSERVAÇÃO DE CAPITAL: LIMITES A TER EM CONTA EM TEMPOS DE CRISE



**TOMÁS PESSANHA (SÓCIO)**  
[tomas.pessanha@plmj.pt](mailto:tomas.pessanha@plmj.pt)



**CATARINA RODRIGUES (ASSOCIADA)**  
[catarina.figueiredorodrigues@plmj.pt](mailto:catarina.figueiredorodrigues@plmj.pt)

**PLMJ**   
SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL

### 1. INTRODUÇÃO

#### Capital social: conceito e funções

São (eram?) tradicionalmente três as funções reconhecidas ao capital social:

- (i) a função organizativa: que determina a posição jurídica dos sócios, estabelecendo e limitando as relações entre os mesmos e entre estes e a sociedade;
- (ii) a função produtiva: relativa à reunião dos meios necessários para o desenvolvimento das actividades que a sociedade se propõe exercer; e
- (iii) a função de avaliação económica da sociedade e garantia dos credores: respeita às relações externas, designadamente com os credores da sociedade, e apresenta o capital social como instrumento jurídico que visa a defesa dos terceiros que se relacionam com a sociedade, atento o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios relativamente às dívidas da sociedade.

Poderá, hoje, dizer-se, nomeadamente no que respeita à referida *função de avaliação económica da sociedade e garantia dos credores*, que o conceito está em crise<sup>1</sup>.

#### Capital social versus património social

Neste contexto afigura-se essencial distinguir os conceitos de capital social e património social que, apesar de conexas, são figuras distintas.

Enquanto o capital social é um elemento do contrato de sociedade que se traduz numa cifra estável, um valor ideal, representativo da soma dos valores nominais das participações sociais subscritas pelos sócios, o património de

uma sociedade é a expressão de uma realidade tangível e inconstante, um fundo real de bens e direitos continuamente variável na sua composição e montante. É, portanto, o património da sociedade que responde, efectivamente, perante as dívidas dos credores da sociedade.

O capital social, mesmo que (nominalmente) muito elevado poderá encontrar-se, total ou parcialmente, consumido pelo passivo da sociedade. Por esse motivo, é hoje em dia prevalecente a percepção de que a avaliação de uma empresa assenta antes em elementos como o volume de negócios e o seu património (líquido), assumindo-se o balanço de uma sociedade como ferramenta indispensável para garantir a confiança dos operadores e a segurança do comércio jurídico.

Ainda assim, o capital social continua a ter papel relevante, não tanto como indicador auto-suficiente de solidez financeira de uma sociedade, mas antes como medida e limite de conservação (mínimos) dos respectivos capitais próprios (i.e. do seu património social líquido).

<sup>1</sup> Veja-se, a título de referência ilustrativa, o Decreto-Lei n.º 33/2011, de 7 de Março, que introduziu um conjunto de alterações legislativas destinadas a simplificar a constituição das sociedades por quotas e das sociedades unipessoais por quotas, prevenindo, entre outras medidas, (i) que o capital social pode ser livremente fixado pelos sócios e (ii) que os sócios podem proceder à entrega das suas entradas nos cofres da sociedade até ao final do primeiro exercício económico.

Tal papel encontra-se espelhado na consagração legal de regras que visam corporizar dois princípios fundamentais: o princípio da exacta formação (ou efectiva realização) e o princípio da conservação (ou integridade) do capital social. É deste último que falaremos de seguida.

## 2. O REGIME DA CONSERVAÇÃO DO CAPITAL

O que está em causa nas medidas adoptadas pelo legislador ao abrigo do princípio da conservação (ou integridade) do capital social não é a conservação do capital social nominal, enquanto cifra constante do contrato de sociedade, mas antes assegurar a conservação de um património líquido de valor, pelo menos, igual ao capital social. Procura-se, portanto, garantir a integridade do capital social *real*.

O princípio da conservação do capital social manifesta-se, desde logo, em quatro vertentes: (i) a intangibilidade do capital social; (ii) a avaliação rigorosa dos bens do património; (iii) a constituição da reserva legal e (iv) o regime previsto para o caso de perdas graves.

Concentremo-nos nas duas vertentes essenciais: a **intangibilidade do capital social** e o regime previsto para o caso de **perdas graves**.

### Princípio da intangibilidade do capital social

O princípio da intangibilidade do capital social visa impedir que o património líquido da sociedade desça abaixo da cifra do capital social em virtude da atribuição de bens aos sócios. Tendo por base as soluções preconizadas pela Directiva 77/91/CEE, conhecida por Segunda Directiva (recentemente substituída pela Directiva 2012/30/EU, de 25 de Outubro de 2012), este princípio encontra-se consagrado, no direito interno, nos artigos 31.º a 34.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC).

O regime contido nos artigos 32.º e 33.º do CSC visa balizar as distribuições de bens sociais, proibindo-se expressamente a distribuição aos sócios de bens da sociedade quando a situação líquida for inferior ao valor do capital social acrescido das reservas indisponíveis (legais e estatutárias). Daí que, apenas pode ser distribuído, a título de dividendos, o que

for considerado tecnicamente como lucro, entendendo-se como tal o capital próprio (incluindo o resultado líquido) excedente do capital e das reservas.

A preocupação em manter intangível o capital social leva o legislador a estabelecer a obrigação de os membros do órgão de administração da sociedade não executarem a deliberação de distribuição de lucros que tenha sido aprovada pelos sócios quando tiverem “fundadas razões para crer” que a execução dessa deliberação poderá consubstanciar a violação do princípio da intangibilidade do capital social.

Acresce que os sócios têm o dever de restituir quaisquer bens recebidos em violação da lei, desde logo se conheciam ou não deviam ignorar a irregularidade da distribuição.

### O regime das perdas graves

Outra das vertentes do princípio da conservação do capital social é o regime previsto para o caso das perdas graves, consagrado no artigo 35.º do CSC, através do qual o legislador procurou impedir a existência de uma desproporção grave entre o património líquido da sociedade e a cifra do capital.

Igualmente consagrado pela já citada Directiva 77/91/CEE, o regime das perdas graves conhece, no espaço comunitário, dois diferentes modelos: o reactivo e o informativo.

Até 2005, a lei portuguesa consagrava um modelo reactivo (ou mesmo ultra-reactivo), nos termos do qual, perante uma situação de perda de capital, o órgão de administração da sociedade tinha o dever de dar conhecimento desse facto aos sócios que, por sua vez, eram obrigados a adoptar medidas de saneamento financeiro da sociedade, sob pena de dissolução (automática) da mesma.

Na sequência da publicação do Decreto-Lei n.º 19/2005, de 18 de Janeiro, passou a prever-se em Portugal o modelo meramente informativo. Na sua redacção actual, o artigo 35.º do CSC consagra apenas o dever dos membros do órgão de administração de convocar (ou requerer a convocação de) uma Assembleia Geral, com vista a nela informar os sócios da situação da sociedade. Aos sócios não é, porém, imposta qualquer obrigação de, uma vez informados da perda de

metade do capital social, adoptar medidas tendentes ao saneamento financeiro da sociedade. Pode assim dizer-se que o actual regime das perdas graves tem uma função eminentemente interna<sup>2</sup>.

### Dever de apresentação da sociedade à insolvência

Não obstante a opção tomada por um regime de perdas graves de modelo informativo, não poderá dizer-se que os interesses de terceiros, designadamente credores, tenham ficado totalmente desprotegidos.

Nos termos dos artigos 18.º e 19.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), incumbe ao órgão de administração da sociedade a obrigação de a apresentar à insolvência dentro dos 30 dias seguintes à data do conhecimento da situação de insolvência.

Ora, de acordo com o disposto no número 2 do artigo 3.º do CIRE, no caso das pessoas colectivas “por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma directa ou indirecta” a situação de insolvência é também aferida através do chamado critério do balanço, nos termos do qual tais pessoas colectivas (máxime, sociedades comerciais de responsabilidade limitada) são também consideradas insolventes “quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis”.

Conclui-se, portanto, que ao órgão de administração de uma sociedade (e aos seus sócios) importa atentar, lógica e sequencialmente, em dois indicadores de alerta por referência ao valor do património social: um primeiro, com função primordialmente interna, vertido no artigo 35.º do CSC, que funciona como primeiro aviso sobre o qual se pode ou não ser tomar medidas correctivas; e um segundo, com função primordialmente externa, contido no que o número 2 do artigo 3.º do CIRE, que funciona como alarme definitivo e não mais negligenciável, impondo uma acção pronta dos actores envolvidos, nomeadamente apresentando a sociedade à insolvência.

<sup>2</sup> Ainda que subsista a obrigação de mencionar, em todos os actos externos da sociedade (v.g. contratos, correspondência, publicações, sites na internet, etc.), o montante do capital próprio segundo o último balanço aprovado, sempre que este for igual ou inferior a metade do capital social (cfr. artigo 171.º, n.º 2, do CSC).



MANUEL REBANDA (SÓCIO)  
manuelrebanda@mrpmadv.pt

## INSTRUMENTOS DE FINANCIAMENTO E RECAPITALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES



### INTRODUÇÃO

Nesta breve súmula sobre instrumentos de financiamento e recapitalização das Sociedades vamos abster-nos de referir os mais clássicos meios de recapitalização das Sociedades, designadamente os vários modos de aumento de capital nos diversos tipos de sociedades comerciais.

Faremos apenas uma breve referência às prestações suplementares de capital, que são, como é sabido, contribuições em dinheiro efectuadas pelos sócios à Sociedade e que carecem sempre de ser deliberadas em Assembleia Geral dos sócios.

As prestações suplementares distinguem-se dos suprimentos ou empréstimos de sócios, não só pelo facto de apenas poderem ter por objecto dinheiro, mas também, pelo facto de fazerem parte dos capitais próprios da Sociedade, constituindo, assim, um activo, ao contrário dos suprimentos que se inscrevem no balanço no lado do passivo, na medida em que são empréstimos dos sócios à Sociedade.

Posto isto, passamos em revista as mais recentes medidas do governo que têm em vista o financiamento e a recapitalização das empresas.

1 – Linha de crédito a PMEs, no montante global de dois mil milhões de Euros, dos quais duzentos milhões serão canalizados para o sector agrícola: Trata-se de uma linha de crédito direccionada para o financiamento de curto prazo de PMEs (fundo de maneio e apoio à actividade exportadora) ou para financiamento de médio prazo.

2 – Linha PME Capitalização: Trata-se de uma linha de recapitalização para PMEs viáveis, mas com uma situação de carência de capital e por isso se trata de financiamento a prazo mais alargado.

3 – Linha Obrigações PMEs – Emissões Primárias no Alternex: consiste no lançamento de emissões grupadas de obrigações de PMEs, num valor global de cem milhões de Euros, privilegiando as emissões com garantia mútua, cujo objecto é assegurar o acesso das PMEs ao mercado de capitais, diversificando fontes de financiamento.

4 – Recapitalização de PMEs: Trata-se de uma linha de noventa milhões de Euros disponibilizada pelas instituições bancárias que tiveram acesso a fundos públicos e que, como contrapartida, devem disponibilizar esse montante para recapitalização das PMEs.

5 – Introdução do chamado “IVA de caixa”: medida já aprovada pelo Governo, para entrar em vigor em Outubro, para as microempresas (até € 500.000 de facturação anual) que consiste no facto de a entrega do IVA ao Estado ocorrer apenas após o recebimento da factura e não após a sua emissão, o que permite aliviar as restrições de liquidez das microempresas.

6 – Seguros de crédito à exportação: medidas que consistem no prolongamento das linhas de Seguros de Crédito à exportação com garantia do Estado e que se destinam a beneficiar empresas que pretendam a cobertura de risco comercial para clientes de países da OCDE e fora da OCDE, para os quais não obtenham garantia concedida pela seguradoras de crédito

A presente Nota Informativa destina-se a ser distribuída entre Clientes e Colegas e a informação nela contida é prestada de forma geral e abstracta, não devendo servir de base para qualquer tomada de decisão sem assistência profissional qualificada e dirigida ao caso concreto. O conteúdo desta Nota Informativa não pode ser reproduzido, no seu todo ou em parte, sem a expressa autorização do editor. Caso deseje obter esclarecimentos adicionais sobre este assunto contacte **Tomás Pessanha (tomas.pessanha@plmj.pt)**.

