

A QUALIDADE DE SÓCIO/ACIONISTA EM SEDE DE SUPRIMENTOS: OS INDÍCIOS MATERIAIS

A qualidade de sócio/acionista em sede de suprimentos: os indícios materiais

Não obstante tratar-se de figura paradigmática no contexto do financiamento societário, é com naturalidade que se descobre hoje a desatualização e desadequação de alguns dos vértices do regime do contrato de suprimento – pensado para uma realidade societária parcialmente obsoleta, desenhada à medida do século XX. Com efeito, um dos maiores desafios de hoje em matéria de suprimentos prende-se com a identificação do verdadeiro credor/mutuante para lá do critério da qualidade formal de sócio/acionista.

PALAVRAS-CHAVE

Sócio/acionista; suprimento; financiamento; participação social; indícios materiais.

The shareholder's quality in the shareholders' loan regime

Notwithstanding being a key figure in corporate financing, today is quite natural to discover some outdated and inadequate angles of the shareholders' loans regime – conceived for a partially obsolete corporate reality custom designed for the 20th century. In fact, one of today's biggest challenges regarding shareholders' loans is to identify the true creditor/lender beyond the criterion of the formal quality of shareholder.

KEY WORDS

Shareholder; shareholders' loan; financing; shareholding; material evidence.

Fecha de recepción: 3-5-2016

Fecha de aceptación: 30-5-2016

CONTRATO DE SUPRIMENTO

Enquadramento

O contrato de suprimento é hoje uma figura amiúde debatida na doutrina e na jurisprudência, tratando-se de contrato nominado e típico cujo respetivo quadro normativo se desdobra além do Código das Sociedades Comerciais (CSC) – assumindo crescente relevância, por exemplo, no Direito da Insolvência. No entanto, é naquele diploma que encontramos a sua definição legal: «*Considera-se contrato de suprimento o contrato pelo qual o sócio empresta à sociedade dinheiro ou outra coisa fungível, ficando aquela obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade, ou pelo qual o sócio convencionou com a sociedade o diferimento do vencimento de créditos seus sobre ela, desde que, em qualquer dos casos, o crédito fique tendo carácter de permanência*» (cf. artigo 243.º, n.º 1, do CSC). Este contrato, que hoje encontra assento legal no regime das sociedades por quotas, representa, na verdade, uma das mais antigas práticas de financiamento societário, sendo relativamente pacífico na doutrina o entendimento de que estamos perante uma espécie dentro do contrato de mútuo – contrato de que deriva uma multiplicidade de outras formas de «empréstimos». Com efeito, esta especialidade radica essencialmente na própria estrutura subjetiva genética do contrato de suprimento. Assim, e sem prejuízo de outros elementos (designadamente, o «*carácter de permanência*»), a qualificação de determinado mútuo como se tratando de contrato de suprimento resultará impreterivelmente da específica qualidade das partes, ou seja, como esclarece o pre-

ceito citado, considerar-se-ão suprimentos os mútuos em que «*o sócio empresta à sociedade*». A qualidade das partes é, por isso, um *elemento essencial típico* do próprio contrato. Apesar da tipificação no seio do regime das sociedades por quotas, atualmente é também amplamente defendido que se trata de instituto cuja *ratio* não só não exclui como justifica a aplicação analógica do regime no contexto do financiamento das sociedades anónimas. Neste sentido, consideraremos indistintamente o mutuante como se tratando de sócio ou acionista.

Os sujeitos do contrato de suprimento na base do regime

Deste elemento essencial típico não se pode dissociar a função do contrato: o financiamento societário. Este propósito, todavia, é prosseguido através de um meio em que se descobre na pessoa do mutuante uma bipolaridade ímpar face às restantes prestações de capital típicas ao alcance dos sócios/acionistas (nomeadamente: entradas de capital, prestações suplementares e prestações acessórias). De facto, quando um sócio/acionista efetua suprimentos à sociedade está a dotá-la de meios patrimoniais para que esta exerça a sua atividade comercial, o que significa que, em rigor, aquele suprimento está na verdade a desempenhar a função de *capital próprio* da sociedade porquanto provém de um dos seus titulares e visa alimentar o acervo patrimonial da empresa – ou seja, visa *suprir* uma necessidade de capital na prossecução do objeto social. Contudo, ao fazê-lo por meio de um

empréstimo, o sócio/acionista está simultaneamente a rejeitar a afetação do empréstimo ao regime do capital social visto que, como se infere pela tautologia inerente, o sócio/acionista espera a restituição daqueles meios patrimoniais segundo determinadas condições (por si acordadas com a sociedade). Assim, o sócio/acionista pretende que lhe seja reconhecido um crédito sobre a sociedade equivalente à quantia ou objeto mutuado (eventualmente acrescido dos respetivos juros) o que significará, inevitavelmente, que será também um credor social. Como cedo se apontou na doutrina nacional: «[o] sócio quer, por um lado, ser empresário e, por outro lado, evitar o risco empresarial; quer ser sócio e simultaneamente aparecer perante a sociedade com um credor estranho» (cf. RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. II, Almedina, 1989, pág. 85).

O regime do contrato de suprimento nasce, pois, da tensão que resulta entre dois princípios basilares do CSC: por um lado, a *autonomia da vontade das sociedades comerciais e dos seus sócios/acionistas*, que impõe que se reconheça aos últimos um espaço de liberdade no financiamento das sociedades e que significa que estes poderão eleger o mais adequado meio de financiamento de acordo com a sua vontade; e, por outro lado, a *proteção dos credores sociais*, que neste campo imporá uma tutela destes face aos sócios/acionistas que decidem financiar a sociedade recorrendo a suprimentos através da diferenciação entre ambos. É que, como é fácil de ver, dificilmente um sócio/acionista concorrerá em situação de igualdade na restituição dos seus créditos quando comparado com um comum credor social. Em regra, um sócio/acionista gozará de um leque de direitos sociais que lhe permitirá um mais preciso e permanente estado de informação sobre a situação financeira da sociedade – podendo inclusive gozar de poderes de direção sobre os negócios da sociedade –, desta forma sendo capaz de exigir os seus créditos em situação privilegiada face aos demais credores sociais. Do equilíbrio entre estes dois vetores nasce o regime dos suprimentos, procurando flexibilizar as opções de financiamento das sociedades comerciais sem que tal coloque em xeque a proteção dos credores sociais.

Da qualidade de sócio/acionista: delimitação do tema

Muitas outras questões de indelével interesse surgem em torno do contrato de suprimento, porém,

trataremos de abordar apenas de forma breve algumas questões relacionadas com o elemento contratual ora em análise – no que respeita ao mutuante. Cumpre desde já frisar que estes problemas partilham entre si um fundamento comum: a desadequação do critério formal da detenção de participação social e consequente necessidade de reforço da proteção dos credores sociais (e, inclusive, da própria sociedade) face a potenciais abusos da responsabilidade limitada dos sócios/acionistas. Com efeito, nestes desvios ao critério formal da participação social estamos perante situações em que resulta gorada a qualificação do mutuante por referência à sua qualidade formal de sócio/acionista visto que outros motivos concorrem para a determinação da verdadeira parte no contrato de suprimento. Face ao crescente desenvolvimento da realidade societária, a par da sua também progressiva complexificação, deparamo-nos atualmente com várias situações em que a detenção, ou não detenção, de participação social na sociedade comercial mutuária não representa o fator determinante para a averiguação de quem é, materialmente, o verdadeiro mutuante. Nestes casos deverá ser considerado um conjunto de circunstâncias e de indícios materiais através dos quais se consegue (e deve) descortinar quem na verdade financia a sociedade enquanto sujeito ativo no projeto societário em questão.

A QUALIDADE DE SÓCIO/ACIONISTA: INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO FORMAL DA DETENÇÃO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Ponto de partida: participação social (ir) relevante

O primeiro vértice do polígono onde se agrupam os desvios ao critério formal de qualificação do contrato de suprimento nasce da indagação sobre a relevância da medida da participação social detida pelo suposto mutuante. Uma vez que o regime do contrato de suprimento se dirige *formalmente* àqueles sujeitos que revistam a qualidade de sócio/acionista, então, à partida, este regime será aplicável quer ao sócio que detém uma participação maioritária na sociedade, quer também ao acionista detentor de uma única ação. Denota-se, pois, uma certa iniquidade nesta formal e mecânica aplicação do regime do contrato de suprimento. Neste sentido, não é recente a constatação da desadequação daquele critério – com ênfase para o financiamento nas sociedades anónimas, a cuja aplicação analógi-

ca do regime do contrato de suprimento motivou a presente discussão –, tendo surgido no ordenamento jurídico alemão a teoria que distingue entre o *acionista empresário* e o *acionista investidor*. Reside esta diferenciação na afirmação da disparidade entre o acionista que detém uma diminuta participação social como mero investimento de capital de que espera obter rendimento, e, antagonicamente, o acionista que, por estar empenhado no projeto empresarial da sociedade comercial, detém uma participação social relevante, posicionando-se como um dos «titulares» do negócio. Em regra, este último acionista tem um muito superior grau de envolvimento nos assuntos da empresa, não só gozando de direitos que melhor lhe permitem conhecer o *status* (financeiro, económico, etc.) da sociedade como, eventualmente, gozando também de poderes de administração dos negócios da empresa. Entende-se, por conseguinte, «*que pode abrir-se distinção entre a titularidade de acções como simples meio de colocação de capitais e a titularidade de acções com fins verdadeiramente societários e, feito isso, limitar à segunda hipótese o regime dos suprimentos*» (cf. RAÚL VENTURA, Ob. Cit., pág. 88). Assente nesta lógica surgiu a noção de *interesse empresarial* – inicialmente na doutrina alemã, por influência da jurisprudência do *Bundesgerichtshof* (BGH). O denominado interesse empresarial apresenta-se perante o sistema como uma chave na interpretação do financiamento societário pelos sócios/acionistas, fundando-se na premissa de que haverá no acionista empresário um interesse empresarial que faltará ao acionista investidor e que, por conseguinte, este interesse deverá ser o diapasão na avaliação da sujeição, ou não, de determinado crédito ao regime dos suprimentos – é, pois, em função do interesse empresarial do acionista que se descobre a sua responsabilidade pelo financiamento da empresa e o papel de capital próprio desempenhado pelo objeto do empréstimo por si concedido à sociedade.

— Participação social mínima

Porém, esta chave hermenêutica peca originariamente pela sua própria incongruência. Com efeito, a doutrina alemã desenvolveu este conceito com base na detenção *formal* de uma determinada percentagem do capital da sociedade, ou seja, enunciou como reflexo da existência do dito interesse empresarial a titularidade de uma participação social mínima. Por outras palavras, propôs-se a resolver a desadequação de um critério formal com a exigência da verificação de um novo requisito cumulati-

vo, todavia, também ele assente num critério formal. Num primeiro estágio de desenvolvimento a doutrina alemã defendeu que só a partir da detenção de 25% do capital social se poderia afirmar existir no acionista um interesse empresarial. Vozes críticas em Portugal defenderam que se tratava de limiar arbitrário e desproporcional, propondo, ao invés, uma participação mínima de 10% do capital da sociedade com base em normas aplicáveis à designação de órgãos sociais onde «*o interesse societário do accionista é manifesto*» (cf. RAÚL VENTURA, Ob. Cit., pág. 88). Alicerçado nesta corrente doutrinária, o Supremo Tribunal de Justiça iniciou e inspirou, em meados dos anos noventa do século passado, uma linha de decisões judiciais no mesmo sentido. Mais recentemente, por força de alteração legislativa, também o ordenamento jurídico germânico passou a considerar a detenção de 10% do capital da sociedade como medida do interesse empresarial. Não obstante, permanece neste critério a desadequação promovida pela sua formalidade. A medida da participação social poderá conduzir a conclusões erradas não só em função da própria cifra do capital social (onde a regra do capital social livre das sociedades por quotas e a banalização da subcapitalização societária impedem que se possa determinar com rigor o interesse empresarial de um sócio em função da percentagem do capital social que detém), como também por força das diferenças na consideração do peso de uma participação social na estrutura do capital social de uma sociedade por quotas e de uma sociedade anónima. De facto, «*um critério baseado num determinado montante de participação social, além de ser facilmente contornável (...) articula-se mal (...) com o fundamento (reconhecido) para o nosso regime do contrato de suprimento*» (cf. ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do Contrato de Suprimento*, Almedina, 2002, pág. 272).

— A importância dos indícios materiais

Em resposta à evidenciada inadequação surge o reforçado valor dos já mencionados indícios materiais, isto é, aquele conjunto de circunstâncias que, no caso concreto, permitirão uma correta ponderação da situação. Assim, para além daquela qualidade formal devem considerar-se outros indícios que permitam concluir que determinado empréstimo ou deferimento de créditos se deve sujeitar ao regime do contrato de suprimento – à luz da *ratio* que lhe é subjacente, em particular, em matéria de proteção

dos credores sociais. Desde logo, o eventual interesse empresarial de um mutuante mais facilmente se descobrirá através do *montante do empréstimo ou diferimento* do que, propriamente, em função da percentagem da sua participação social. Por exemplo, numa sociedade subcapitalizada em que a atividade comercial é suportada por empréstimos de um sócio/acionista, os créditos deste sobre a sociedade não poderão deixar de se considerar suprimentos – independentemente do montante da sua participação social –, visto que de outra forma aquele estaria a transferir para os credores sociais o risco empresarial subjacente à atividade da qual retirará os proveitos. A mesma lógica valerá para os casos em que o financiamento societário não é fornecido pelo sócio/acionista mas dele provém as *garantias* que o tornam possível. Inversamente, um pequeno acionista que adquiriu ações de uma sociedade com vista à realização de mais-valias não deverá ver qualificados como suprimentos, em princípio, eventuais deferimentos sobre os dividendos a que tenha direito. O mesmo se dirá quanto à própria *situação financeira da sociedade*. Se uma sociedade recebe um empréstimo de um sócio/acionista em condições que não conseguiria obter no mercado, então, resulta claro que este empréstimo visa financiar a sociedade e que não se poderá tratar de simples alocação temporária de fundos. Impera, pois, que estes empréstimos se considerem suprimentos visto que desempenham a mesma função.

Por outro lado, os direitos e vantagens do sócio/acionista em matéria de *informação sobre a sociedade* colocam-no em posição privilegiada na retirada dos suprimentos em vésperas de uma eventual situação financeira adversa que possa afetar a restituição do empréstimo. Ora, do ponto de vista da proteção dos credores sociais exigir-se-á que este critério prevaleça sobre o montante do capital social detido quando se comprove que aquele não espelha o superior grau de conhecimento do mutuante face aos demais credores sociais. O mesmo sucede, por exemplo, em matéria de direitos e vantagens no campo da *gerência/administração da sociedade*. Se o mutuante é capaz de se imiscuir no destino dos negócios da sociedade, então, também este critério deverá considerar-se apto a suplantar a importância do montante da participação social detida quando assim se justifique. Paralelamente, ainda que detenha uma participação social representativa de uma pequena porção do capital da sociedade, se um

sócio/acionista for capaz de exercer uma *influência considerável no processo deliberativo* da sociedade (quer através da direta detenção de direitos de voto, quer também pela concertação do sentido de voto através de acordos) então dir-se-á que aquele sócio/acionista poderá influenciar empresarialmente o rumo da sociedade, conseguindo inclusivamente influenciar deliberações sobre a própria restituição de suprimentos. Parece inegável que também nestes casos o fundamento do regime do contrato de suprimento encontra aplicabilidade.

Sociedades coligadas e participações sociais indiretas

Nos últimos anos ganharam cada vez maior protagonismo no quotidiano empresarial as ditas estruturas plurissocietárias, sendo hoje bastante comuns os financiamentos entre sociedades coligadas (cf. artigo 482.º, do CSC). O tratamento desta questão nasce igualmente na jurisprudência do BGH e deriva da tese segundo a qual sociedade financiadora e sociedade participante (na sociedade mutuária) constituem, conjuntamente, uma *unidade económica*. Esta fórmula, embora representando um importante instrumento na análise destes financiamentos, necessita, contudo, de ser concretizada através de critérios objetivos, ou seja, também neste âmbito a aplicabilidade do regime do contrato de suprimento se socorre de indícios materiais. Ora, também neste grupo de situações o critério primordial neste exercício analítico será o montante da participação social detida na sociedade mutuária. Neste particular, dir-se-á que relevará para o efeito uma participação maioritária, não se aplicando o regime do contrato de suprimento, em princípio, aos financiamentos entre sociedades em relação de simples participação ou em relação de participações recíprocas – isto, claro, pressupondo que não estaremos perante uma participação direta da mutuante na mutuária (hipótese que não suscitaria dúvidas quanto à qualificação do empréstimo como suprimento). Ora, o limite quantitativo exigido prende-se, no essencial, com a existência de uma relação de domínio, que será indício bastante se estivermos perante sociedades em relação de domínio total ou quase total. Porém, onde aquela relação não se verifique outros indícios terão de ser considerados para que se descubra existir entre as sociedades uma *influência dominante*. Neste sentido, e tal como se enunciou anteriormente (cf. ponto 2.1.2 *supra*), vários indícios poderão ser avaliados, sendo preponderante o grupo de indícios referente aos direi-

tos de voto, bem como aos direitos sociais em sede de acesso à informação e de gerência/administração da sociedade. Com efeito, a ligação entre as sociedades (i.e., a existência de uma *unidade económica*) será tanto mais evidente quanto mais intensos forem os direitos e poderes da mutuante na sociedade participante (no capital da mutuária) em matéria de acesso à informação societária, ingerência nos negócios da sociedade e influência no processo de deliberação. Assim, uma sociedade que, mesmo indiretamente, goze de uma maioria (simples ou qualificada) na assembleia geral ou no conselho de administração da sociedade participante, representará, em conjunto com esta, uma mesma *unidade económica*.

Todavia, exigir-se-á pelo menos uma participação indireta na sociedade mutuária, ou de outro modo estaremos perante uma situação já distante do fundamento do regime do contrato de suprimento. Frequentemente se encontram financiamentos em que uma determinada sociedade não detém diretamente qualquer participação na sociedade mutuária, participando, contudo, numa outra sociedade que, por seu turno, detém uma participação social na sociedade mutuária (ou, em esquemas mais complexos, em que se assiste a uma intermediação em vários graus, i.e., relações societárias em cascata). Nestes financiamentos em que a mutuante não detém diretamente uma participação social na mutuária, estamos perante financiamentos em que, *formalmente*, não existe um sócio/acionista. No entanto, também nestes casos a situação material não deverá ser arredada da qualificação do financiamento como suprimento, devendo os indícios materiais ser convocados para clarificar o caso concreto. Quer se trate de intermediação por motivos fraudulentos ou simplesmente de uma situação em que a empresa financiadora detém – através de uma ou mais empresas que controla – uma participação na empresa financiada, deverá ser indagada a possibilidade de estarmos (ou não) perante uma dotação patrimonial substitutiva do capital social da empresa que foi efetuada por quem – por força de direitos que exerça (ainda que indiretamente) – se coloca em posição privilegiada face aos demais credores sociais. A mutuante poderá não constar do elenco de sócios/acionistas da mutuária e ainda assim ter acesso a informação que os restantes credores sociais não têm. Poderá igualmente ser capaz de influenciar a tomada de decisões da mutuária ou decidir como deverão ser conduzidos os seus negócios. Nestes casos estaremos perante verdadeiros suprimentos. No entanto, esta intermediação

deixou de ser um fenómeno exclusivamente societário visto que se tornou frequente que esta se efetue recorrendo também a outro tipo de entidades (inclusivamente entidades destituídas de personalidade jurídica – vulgarmente, fundos de investimento). Suponhamos que a mutuante não detém qualquer participação no capital social da mutuária, mas, ainda assim, detém o controlo da entidade gestora de um fundo de investimento – o mesmo valerá, claro, se a mutuante desempenhar ela própria as funções de entidade gestora do fundo de investimento. Se este fundo de investimento detiver uma participação social relevante na mutuária, então, está aberta a porta para que se analise se, no caso concreto e à luz dos indícios referidos, estamos ou não perante um contrato de suprimento.

Casos de especial proximidade

Pode também agrupar-se um conjunto de situações que partilham entre si uma característica específica: a especial proximidade entre o mutuante (pessoa singular) que não é sócio/acionista e determinado sócio/acionista da mutuária. Em primeiro lugar surgem as hipóteses de financiamentos por pessoas em relação de parentesco com o sócio/acionista da mutuária. Formalmente estaríamos perante casos em que não se devem considerar existir suprimentos, contudo, por força do artigo 8.º, n.º 2, do CSC, considerar-se-ão como efetuados pelo sócio os empréstimos que recorram a bens que se considerem se também seus (nomeadamente por serem bens comuns do casal). Por maioria de razão, é com base neste critério que a doutrina nacional encontra solução para as restantes relações de parentesco: «[a] melhor solução será, pois, qualificar como suprimentos apenas os empréstimos (ou diferimentos de créditos) realizados por parentes do sócio, com meios que efectivamente provém do sócio» (cf. ALEXANDRE MOTA PINTO, Ob. Cit., pág. 282). Neste contexto merece também um breve apontamento a hipótese de empréstimos concedidos por gerentes/administradores de uma sociedade em favor desta. Neste particular, um elemento fundamental concorre para a não qualificação do empréstimo como suprimento: a total ausência de participação social. Contrariamente às hipóteses que temos vindo a analisar, nestes casos o mutuante não gozará do proveito empresarial típico de um sócio/acionista. De facto, o gerente/administrador que é mutuante não lucrará com o sucesso empresarial da sociedade da mesma forma que o fará um sócio/acionista (ainda que a sua remuneração possa estar ligada ao desem-

penho da sociedade). Assim, apesar deste mutuante assumir uma posição de relevo no seio da sociedade mutuária, ele não é um sócio/acionista e não poderá estar a fornecer à sociedade capitais em substituição dos capitais próprios desta. Por conseguinte, e salvo situações em que se descubram motivações fraudulentas, estes empréstimos serão, à partida, meros empréstimos. Finalmente, já foi também discutida pela doutrina a hipótese em que uma sociedade financia outra sem que qualquer uma das duas participe no capital da outra, mas em que têm entre si o(s) mesmo(s) sócio(s) – pessoa(s) singular(es). De acordo com os indícios materiais deverá concluir-se pela extensão do regime do contrato de suprimento sempre que se constate existir por parte do(s) sócio(s) comum(ns) uma influência determinante sobre a sociedade mutuária, isto é, sempre que se constate que sem a influência do(s) sócio(s) comum(ns) a sociedade decidiria ou atuaria de modo diverso.

Alienação do crédito de suprimentos e oneração da participação social

Existe ainda um conjunto de situações em que o regime do contrato de suprimento deverá também ser estendido a terceiros. No plano da *cessão de créditos* de suprimentos cumpre salientar que este crédito, como a generalidade dos créditos, goza de certa autonomia face à fonte de que deriva, razão pela qual é destacável da própria participação social. Desta forma, o sócio/acionista poderá ceder a terceiro o seu crédito sem que para tal careça do consentimento da sociedade (cf. artigo 577.º do Código Civil). Todavia, esta cessão não pode implicar o afastamento do regime do contrato de suprimento. É que, para além dos meios patrimoniais continuarem a desempenhar a mesma função de capital próprio, de um ponto de vista prático não só solução diversa promoveria situações de rutura financeira (com o imediato pedido de restituição daqueles créditos), como, aliás, propiciaria também que os sócios/acionistas agissem fraudulentamente, cedendo créditos que queriam ver restituídos mas que não conseguiriam exigir ao abrigo do regime do contrato de suprimento. Esta solução é, em rigor, consentânea com o regime civil consagrado para a cessão de créditos, segundo o qual o devedor pode opor ao novo credor os meios de defesa de que gozava face ao anterior credor (cf. artigo 585.º do Código Civil) – *i.e.* a qualidade de sócio/acionista. Por sua vez, em matéria de oneração de participações sociais existem dois casos paradigmáticos: o

usufruto e o penhor sobre participação social. No primeiro caso, em regra, o usufrutuário gozará de direitos suficientes para que se considere apto a realizar suprimentos, sendo o direito aos lucros um indício bastante de se trata de pessoa que tira proveito do desempenho da sociedade, pelo que os seus empréstimos poderão desempenhar a função de capital próprio da sociedade. Simultaneamente, também o proprietário de raiz continua a ser sócio/acionista da mutuária e por isso, em regra, os empréstimos realizados por ambos serão qualificados como suprimentos. Finalmente, um credor pignoratício, visto que apenas goza do direito de se fazer pagar pelo valor da participação social, não será, em regra, um sujeito apto a realizar suprimentos. Não obstante, nem por isso deverão deixar de se procurar eventuais indícios materiais – como seja, por exemplo, a reserva do exercício dos direitos de voto (ou de outros direitos sociais) a favor do credor pignoratício – que possam sustentar que existe uma participação ativa e determinante na sociedade mutuária e que demonstre que o credor pignoratício atua, afinal, como se fosse um sócio/acionista. Uma vez avaliados os indícios materiais concretos, também aqui poderemos estar perante suprimentos.

Conclusão

Tal como se procurou mostrar, é hoje cada vez mais evidente a insuficiência e conseqüente inadequação do critério tradicionalmente utilizado, da detenção de uma participação no capital da sociedade mutuária, para a qualificação de determinado mútuo ou diferimento de créditos como se tratando de contrato de suprimento. Ora, as realidades económicas e societárias contemporâneas exigem que esta qualificação não se baste com a detenção de participação social na sociedade mutuária, devendo aquela qualificação ser precedida de uma rigorosa avaliação casuística de uma série de indícios materiais que permitam distinguir e diferenciar o empréstimo feito por um *acionista empresário* daquele que seja feito por um *acionista investidor*. Com efeito, nestes indícios encontra-se o conjunto de pistas que conduzirá à descoberta da solução adequada ao caso concreto. Assim, em jeito de remate, cumpre por ora elencar de forma sumária os indícios materiais tratados no presente estudo.

Como primordial indício, e ponto de partida da nossa análise, deverá sempre ser considerado o montante da participação social detida na socieda-

de mutuária, ao qual poderão/deverão ser acrescentados, designadamente, os seguintes indícios materiais: (i) os direitos do mutuante no processo deliberativo da sociedade mutuária e a sua capacidade para exercer nesta uma influência determinante; (ii) os direitos/vantagens do mutuante em matéria de gerência/administração da sociedade mutuária; (iii) os direitos/vantagens do mutuante em matéria de acesso à informação na sociedade mutuária; (iv) a situação financeira da sociedade mutuária e a contraposição entre as condições do empréstimo e as condições de mercado para um empréstimo similar; e ainda (v) o montante do empréstimo concedido ou garantido ou do diferi-

mento de créditos aceite. Finalmente, importa ainda referir que para além da natureza não taxativa deste elenco e da sua inevitável dimensão casuística, estamos perante uma realidade que, nos termos gerais da lei, deverá ceder perante a autonomia da vontade que assiste às partes, isto é, mutuante e mutuária poderão optar por sujeitar determinado financiamento ao regime do contrato de suprimimento, desta forma qualificando o respetivo crédito emergente como se tratando de crédito subordinado – mesmo que à luz do CSC não o devesse necessariamente ser.

PEDRO FERREIRA MALAQUIAS E MANUEL BARBOSA MOURA*

* Abogados de las Áreas de Derecho Mercantil y Fiscal y Laboral (respectivamente) de Uría Menéndez Proença de Carvalho (Lisboa).