

Comentários preliminares ao Regime Jurídico da Conversão de Créditos em Capital

DR. ORLANDO VOGLER GUINÉ*

SUMÁRIO: 1. Enquadramento. 2. Notas introdutórias. 3. Comentários: Artigo 1.º (Objeto); Artigo 2.º (Âmbito de aplicação); Artigo 3.º (Proposta de conversão); Artigo 4.º (Deliberação dos sócios); Artigo 5.º (Suprimento judicial); Artigo 6.º (Aquisição subsequente do capital); Artigo 7.º (Processo de insolvência da sociedade); Artigo 8.º (Entrada em vigor).

1. Enquadramento

Tive o maior gosto em aceitar o convite que me foi dirigido pelo Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, para lecionar uma sessão sobre Mecanismos de Reestruturação e Recapitalização Interna em 16 de janeiro de 2018, no âmbito do IV Curso de Pós-Graduação em *Corporate Finance*, promovido pelo CDIP.

No contexto desta sessão, o último tema abordado foi justamente o (novo) Regime Jurídico da Conversão de Créditos em Capital (“RJCCC”), do qual era já conhecida uma versão praticamente final à data da aula. O Regime foi entretanto publicado em Diário da República (cfr. Lei n.º 7/2018, de 2 de março).

* O autor é advogado, sendo associado-coordenador das áreas de prática de Bancário e Financeiro e de Mercado de Capitais da Vieira de Almeida & Associados Sociedade de Advogados, SP RL. De todo o modo, as posições e indicações contidas no presente texto são feitas a título puramente pessoal. Aproveito para agradecer a preciosa ajuda das minhas colegas Ana Falcão Afonso e Joana Mascarenhas, do departamento de Gestão de Conhecimento do escritório, na monitorização do processo legislativo e observações que me transmitiram, às minhas colegas Teresa Pitorra e Catarina Carvalho Cunha, da área de prática de Contencioso e Arbitragem, pelos seus comentários, e ainda à nossa assistente Filipa Correia, no apoio à formatação e edição do texto.

RDS X (2018), 2, 289-317

O RJCCC surge no âmbito do Programa Capitalizar, inserindo-se num conjunto de outras medidas, incluindo o Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (cfr. Lei n.º 8/2018, de 2 de março) e o Estatuto do Mediador de Recuperação de Empresas (cfr. Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro), cujos processos-legislativos tramitaram lado-a-lado com aquele Regime.

Dada a novidade do RJCCC, entendeu-se que seria pertinente dar à estampa um conjunto de comentários preliminares que o mesmo suscita, esperando que possam ser úteis nesta etapa inicial da vigência do diploma.

Considerando a origem deste texto e os condicionamentos temporais de forma a permitir a sua publicação oportuna, o presente artigo foi redigido em jeito de texto corrido, sem anotações ou especiais referências doutrinárias ou outras, salvo artigos que expressamente trataram deste tema específico à data da entrega deste texto para publicação. De forma a melhor permitir uma análise e leitura consolidada do Regime, optou-se por, onde aplicável, intercalar os comentários com cada número ou números relevantes. Os comentários aqui veiculados são, por natureza, preliminares e sujeitos a posteriores reflexões do autor, esperando que possam, em qualquer caso, contribuir para a reflexão jurídica sobre o diploma e sua aplicação prática.

2. Notas introdutórias

O RJCCC tem os seus méritos e um desiderato útil, embora o articulado suscite um conjunto de questões que porventura poderiam ter sido tratadas ou resolvidas de outra forma¹. Esta circunstância gera algumas incertezas, que naturalmente as partes contrapostas (credores, sociedade e sócios) poderão explorar, na defesa dos seus interesses. De todo o modo, o certo é que o RJCCC consagra um regime de intrusão muito forte na vida da sociedade e no equilíbrio da estrutura de sócios e que as referidas incertezas (e imprevisibilidade das decisões dos tribunais sobre as mesmas) são uma álea tanto para uns

¹ Para uma visão muito crítica dos termos do regime, conforme este então se encontrava em consulta pública (e que no fundamental se manteve), v. JOSÉ FERREIRA GOMES/CATARINA MONTEIRO PIRES, *Resposta à consulta pública relativa ao projeto de proposta de lei que aprova o Regime Jurídico de Conversão de Créditos em Capital*, RDS IX (2017, p. 143ss), começando justamente por notar que o fim do regime é claramente positivo, mas o meio previsto para o alcançar deveria ser revisto, de acordo com princípios fundamentais societários e insolvenciais e garantias processuais basilares. Também com forte crítica ao projeto, v. RUI PINTO DUARTE, *A conversão em capital social de suprimidos e de outros créditos – Notas sobre o Dec.-Lei 79/2017, de 30 de junho, e sobre um projeto legislativo relativo à conversão de créditos de terceiros em capital social*, IV Congresso de Direito da Insolvência, Almedina, 2017, p. 331ss.

como para outros. Assim, o recurso a este regime, e ainda que o mesmo não seja prosseguido até ao fim pelos credores, poderá servir de incentivo forte para motivar a sociedade e os seus sócios a encetar negociações sérias de reestruturação (fora do RJCCC), seja ao abrigo do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, seja fora desse último regime.

Num eventual recurso do RJCCC os credores não deverão também deixar de ter presente os enquadramentos fiscais aplicáveis, quanto à sua situação e quanto à situação da sociedade, antes e após a conversão, i.e. as diferenças existentes entre deter créditos (e que dão lugar tipicamente a pagamento de juros) ou participações sociais (que dão lugar a pagamento de dividendos), incluindo matérias como sejam retenções na fonte, taxas de imposto, imposto de selo, dedutibilidade na esfera da sociedade dos encargos financeiros, etc. E bem assim é de notar que o enquadramento regulatório a que certos credores se encontrem sujeitos (instituições de crédito e outras financeiras) poderá ditar um incentivo ou desincentivo em aceitarem propor a troca de créditos (ainda que em incumprimento) por participações sociais, o que os poderá sujeitar a diversos limites, incluindo a diferentes ponderadores de riscos para efeitos de cálculo de fundos próprios. De todo o modo, este Regime permitirá também aos credores tornados sócios vender as suas participações sociais (nomeadamente, tendo já antes da conversão em perspectiva um determinado negócio) ou, ao invés, vender os seus créditos a investidores interessados em depois os converterem em participações sociais. Por fim, outras circunstâncias poderão também ser relevantes na tomada de decisão dos credores, como seja a existência de cláusulas de *change of control* ou de *ownership* (em financiamentos e outros contratos) que, na sequência de diluição da posição dos sócios em resultado da conversão de créditos, possam dar lugar a direitos de denúncia, resolução, vencimento antecipado ou modificação contratual às suas contrapartes, e sobre o que a generalidade dos credores poderá ter pouca ou nenhuma visibilidade. Recorde-se também que a conversão de créditos, quando beneficiem de garantias, libertará essas garantias (já que deixarão de ter créditos que garantam), podendo os ativos em causa ser depois utilizados em garantia de novos financiamentos, que poderão ser importantes para o sucesso da reestruturação financeira da sociedade.

3. Comentários

Artigo 1.º

Objeto

A presente lei cria o regime jurídico da conversão de créditos em capital.

Comentário:

O objeto do RJCCC é descrito de forma muito ampla, embora depois seja concretizado nos artigos seguintes e dessa forma se restringindo o seu âmbito, tanto objetiva como subjetivamente.

Nos termos deste artigo 1.º, quaisquer “créditos” podem ser objeto de conversão, independentemente da sua forma de representação ou origem. Tanto podem emergir de contratos, como estar documentados sob a forma de valores mobiliários, ou podem ainda decorrer diretamente da lei. A lei aplicável à relação creditícia também pode ser portuguesa como estrangeira.

Artigo 2.º

Âmbito de aplicação

1. A presente lei consagra o regime da conversão em capital de créditos detidos sobre uma sociedade comercial ou sob forma comercial com sede em Portugal, adiante designadas por sociedade.

Comentário:

Este n.º 1 apresenta-nos uma primeira restrição ao objeto (amplíssimo) dado pelo artigo 1.º. Os sujeitos passivos (devedores) dos créditos em causa deverão ser sociedades comerciais ou sob forma comercial com sede em Portugal. Portanto, não está o regime ao dispor de sociedades com sede no estrangeiro.

Por outro lado, o regime também não está ao dispor de outras pessoas coletivas (e que igualmente contabilizam passivo e capital, ou rubricas de conteúdo equivalente, no lado direito do balanço), como sejam associações, fundações, cooperativas, sociedades civis (que sejam pessoas coletivas e não assumam forma comercial), mas um regime como este naturalmente não se adequa a tais tipos de entidades.

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

Comentário:

Este número opera um conjunto de exclusões subjetivas adicionais, relativas ao tipo de devedor em causa. Encontra-se, salvo no que respeita às sociedades abertas (cfr. no final deste comentário), em grande medida linha com o artigo 2.º/2 do CIRE.

Não se aplica a um conjunto de entidades do setor financeiro – empresas de seguros, instituições de crédito, sociedades financeiras, empresas de investimento. São razões prudenciais e sistémicas que estão na base desta exclusão, mas também jurídicas (e motivadas por essas razões). Estas entidades estão sujeitas a regulamentação complexa, muita com origem no ordenamento da União Europeia, incluindo regimes próprios de intervenção regulatória e liquidação, que não se compaginariam com um regime como este.

O RJCCC também não se aplica a sociedades que se integrem no setor público empresarial, o que se compreende também à luz da especial função que as empresas públicas têm, ou é suposto terem, na ordem jurídica e económica portuguesa, e às limitações que o respetivo regime lhes aporta, incluindo em matéria de privatizações. Mas cfr. comentário ao n.º 5.

Este número aporta uma outra exclusão: as sociedades abertas. O princípio subjacente percebe-se, claro: as sociedades abertas, tipicamente terão o capital disperso no público, circunstância que se coaduna menos bem, ou não se coaduna de todo, com um regime como este. No entanto, é suscetível de crítica se, para atingir esse desiderato o conceito mais apropriado seria efetivamente o de sociedade aberta, conceito amplo e que consta do artigo 13.º do CVM, ao invés, por exemplo, do conceito de sociedade com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado (vulgo, sociedade cotada) – isto é o que, na prática, seria o essencial que se quereria salvaguardar, um âmbito, aliás, em que existe também legislação da União Europeia mais difícil de compatibilizar com um regime como este.

Acresce que o conceito de sociedade aberta é nacional e depende sempre de uma determinada conexão com Portugal, e que, nos termos definidos naquele artigo, não ocorre no caso de uma sociedade portuguesa sem conexão com uma oferta pública realizada em Portugal e sem admissão à negociação das suas ações em Portugal, embora tal oferta ou admissão possam ter ocorrido noutro país.

Por fim, note-se também que muitas sociedades continuam a ser formalmente sociedades abertas apenas por nunca terem chegado a solicitar a perda desse estatuto, e, em alguns casos, já nem as sociedades, nem os seus acionistas ou credores têm essa circunstância presente. Aliás, a característica de sociedade aberta não é registável no registo comercial, e a lista que encontramos no sítio da CMVM é indicativa apenas (mas é sempre importante como primeiro meio de despistagem), pelo que não é de excluir que uma de tais sociedades possa vir a ser objeto deste RJCCC e apenas após facto consumado (isto é, após registo comercial das alterações societárias decorrentes) se concluir que, afinal, se tratava de uma sociedade aberta – nesse caso, e especialmente já decorrido algum tempo com a sociedade atuando no comércio jurídico, não parece que outra deva ser a solução que não seja manter no ordenamento jurídico a conversão efetuada.

Por outro lado, não é de excluir liminarmente que sociedades, que não sejam, à data, sociedades abertas, possam querer aceder a esse estatuto, considerando as vias disponibilizadas pelo artigo 13.º do CVM, de forma a, preventivamente, inviabilizar a sua sujeição ao RJCCC.

3. Não são suscetíveis de conversão em capital nos termos previstos na presente lei os créditos detidos por entidades públicas, excetuando-se as entidades integradas no setor público empresarial.

Comentário:

Tal como noutros contextos, o legislador entendeu incluir uma exclusão quanto aos créditos detidos pelo Estado. Em todo o caso, a parte final exclui os créditos detidos por entidades integradas no setor público empresarial, embora se deva atender ao disposto no n.º 5.

Na versão deste número da Proposta de Lei n.º 85/XIII excecionavam-se do âmbito restritivo empresas de seguros, instituições de crédito ou sociedades financeiras, o que se percebe, já que tipicamente se inserem num contexto de mercado e plena concorrência com os operadores privados e devem assim ter ao dispor os mesmos meios. Essa exceção acabou por não ficar aqui plasmada, estou a crer que por lapso, devendo, assim, em coerência sistemática com o disposto no n.º 2 (bem como com o artigo 14.º/6 do Decreto-Lei n.º 133/2013, de 13 de outubro, sobre o setor público empresarial do Estado), entender-se que essas entidades, ainda que possam qualificar-se como entidades integradas no setor público empresarial, se encontram excecionadas.

4. Não são suscetíveis de conversão em capital nos termos previstos na presente lei os créditos sobre sociedades cujo volume de negócios, tal como resultante das últimas contas de exercício aprovadas, seja inferior a € 1 000 000.

Comentário:

Não é imediata a razão de ser desta exclusão.

Considerando o tecido empresarial português, uma boa parte das nossas empresas (e considerando também o estado de sobre-endividamento de uma grande parte destas) não estará abrangido pelo RJCCC, o que significa que um instrumento que poderia ser útil para que empresas viáveis não cheguem a um estágio de maiores dificuldades ou insolvência mesmo não estará ao dispor de um grande número de empresas. É esta uma discriminação negativa destas empresas? Ou uma discriminação positiva dos proprietários dessas empresas, que deixam de estar sujeitos a um regime cogente de conversão de créditos em capital?

Porventura, e uma vez que é previsto um mecanismo de suprimento judicial urgente (artigo 5.º, quando não haja deliberação social, que seja devida), poderá desta forma poupar-se os tribunais a uma multiplicidade de processos de reduzida dimensão e que poderão atrasar o despacho de processos de empresas maiores. No entanto, muitas dessas situações poderão depois redundar em insolvência (que porventura poderia ter sido evitada através do RJCCC) e acabar nos tribunais competentes para julgar a insolvência, e que são os mesmos competentes para o suprimento judicial (cfr. artigo 4.º/3).

De todo o modo, foi esta a opção legislativa.

Uma última nota para assinalar que o critério de mensuração do volume de negócios é aferido em função das últimas contas (individuais, naturalmente) de exercício aprovadas, podendo na realidade suceder (ainda que contra a lei e sob graves cominações – cfr. artigos 66.º ss e 528.º/1 do CSC e artigo 186.º/3, b), do CIRE) que as últimas contas aprovadas não sejam recentes e a situação atualmente existente seja substancialmente diferente. À partida, as últimas contas aprovadas estarão depositadas na conservatória do registo comercial; não estando (e o que os credores dificilmente terão forma de saber), deverá entender-se que os credores podem, para este efeito, confiar nas últimas aí depositadas como as últimas existentes, em linha com os princípios subjacentes ao registo comercial.

5. A aplicação do presente regime às entidades integradas no setor público empresarial depende de autorização prévia do membro do Governo responsável pela área das finanças e do cumprimento dos princípios e regras aplicáveis ao setor público empresarial.

Comentário:

Este número é equívoco quanto ao seu âmbito.

Embora intercalado pelo n.º 4, poderá interpretar-se como referindo-se ao n.º 3, que estabelece na sua parte final uma exceção à regra geral de exclusão dos créditos detidos por entidades públicas. Seria, portanto, uma qualificação (condição adicional) a essa parte final (créditos detidos por entidades integradas no setor público empresarial). Outra hipótese é este n.º 5 dirigir-se também, ou exclusivamente, ao n.º 2, que exclui as entidades integradas no setor público empresarial dos devedores suscetíveis deste regime. Atenta aquela que parece ser a *ratio* da prevista exclusão do n.º 2, parece-me improvável que o n.º 5 se lhe dirija.

6. O presente regime não prejudica a aplicação de outros mecanismos de conversão de créditos em capital, seja esta operada de modo voluntário, seja por aplicação do

previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), aprovado em anexo ao Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março.

Comentário:

Trata-se de uma salvaguarda eventualmente desnecessária, mas que não deixa de ser útil para que não haja dúvidas.

Artigo 3.º

Proposta de conversão

1. Os credores podem propor à sociedade, nos termos previstos no presente artigo, a conversão dos seus créditos em capital social, quando se verificarem, cumulativamente, os seguintes pressupostos:

a) O capital próprio da sociedade, tal como resultante das últimas contas de exercício aprovadas ou, caso existam, de contas intercalares elaboradas pelo órgão de administração e aprovadas há menos de três meses, seja inferior ao capital social;

b) Se encontrem em mora, superior a 90 dias, créditos não subordinados sobre a sociedade de valor superior a 10% do total de créditos não subordinados ou, caso estejam em causa prestações de reembolso parcial de capital ou juros, desde que estas respeitem a créditos não subordinados de valor superior a 25% do total de créditos não subordinados.

Comentário:

Como determina o proémio do n.º 1, a conversão é de créditos em capital social e não noutros instrumentos de capital próprio. Tem desde logo a vantagem de o objeto convertido ser de fácil perceção e um instrumento de capital próprio da melhor qualidade possível.

As duas alíneas seguintes enumeram pressupostos cumulativos para uma proposta de conversão por credores (ou credor²), nos demais termos previstos no artigo. Nenhum deles é a insolvência da sociedade, embora em muitos casos estas situações se possam vir a precipitar mais tarde numa insolvência. Também pode naturalmente suceder que não se verifique nenhuma dessas situações e a sociedade seja considerada insolvente à luz do artigo 3.º do CIRE³.

² Se um único credor reunir os pressupostos necessários, não parece que pelo facto de ser um só e não mais do que um (“credores”) obste à aplicação do regime, embora o ponto pudesse ter ficado clarificado na lei; cfr. a propósito RUI PINTO DUARTE (2017), p. 338.

³ Muito críticos do pressuposto legal, em particular do segundo, por dessa forma não se distinguirem situações em que os créditos em mora não são substanciais, caso em que não se justificaria a sobreordenação dos interesses dos credores faces aos dos sócios, das situações em que os créditos em mora são substanciais (e em que se estaria, em princípio, numa situação de insol-

Alínea a):

Quanto à primeira alínea, toma-se por referência o capital próprio e o capital social da sociedade, devendo o primeiro ser inferior ao capital social. É um teste (muito) menos severo do que o previsto no artigo 35.º do CSC, para os efeitos aí previstos⁴.

O teste deverá realizar-se com base nas últimas contas (individuais, naturalmente) de exercício aprovadas, podendo na realidade suceder (ainda que contra a lei e sob graves cominações – cfr. artigos 66.º ss e 528.º/1 do CSC e artigo 186.º/3, b) do CIRE) que as últimas contas aprovadas não sejam recentes e a situação atualmente existente seja substancialmente diferente. À partida, as últimas contas aprovadas estarão depositadas na conservatória do registo comercial; não estando (e o que os credores dificilmente terão forma de saber), deverá entender-se que os credores podem, para este efeito, confiar nas últimas aí depositadas como as últimas existentes, em linha com os princípios subjacentes ao registo comercial.

Quanto existam contas intercalares aprovadas pela administração há menos de três meses (também não se percebe a razão dos três meses, por que não quatro cinco ou mais, desde que mais atuais do que as últimas aprovadas), devem ser essas as utilizadas; cfr. n.º 5 a este respeito.

Alínea b):

Quanto à segunda alínea, o universo geral de créditos relevantes são apenas créditos não subordinados sobre a sociedade, vulgo créditos seniores (expressão que usarei indistintamente), ou seja, que não se encontrem subordinados legal ou contratualmente; cfr. o n.º 2. Portanto, créditos subordinados não serão elegíveis para o pressuposto legal desta alínea b) (sem prejuízo da sua (eventual) relevância em sede do artigo 3.º/3). Quanto à visibilidade para os credores do universo dos créditos não subordinados, cfr. n.ºs 5 e 6.

vência), em que tal sobreordenação já se justificaria, sem prejuízo de alterações a introduzir no projeto de diploma, v. JOSÉ FERREIRA GOMES/CATARINA MONTEIRO PIRES (2017), p. 143ss; para uma proposta alternativa de pressuposto para a alínea b), cfr. p. 147. A p. 148s pode encontrar-se uma comparação entre um conjunto de aspetos do regime proposto e do regime de insolvência, com propostas de alteração. Note-se que, de acordo com a Proposta de Lei n.º 85/XIII, na sua Exposição de Motivos, a lei visaria assegurar a reestruturação de empresas com “capitais próprios negativos”, conceito que se encontra ausente do pressuposto legal do artigo 3.º/1; como salienta RUI PINTO DUARTE (2017), p. 331 em nota, o regime poderá mesmo aplicar-se a sociedades cuja saúde financeira não esteja muito abalada.

⁴ Como nota também RUI PINTO DUARTE (2017), p. 338, notando que não deverá ser uma qualquer diferença que justifique o preenchimento deste pressuposto. De todo o modo, existe sempre a necessidade de preenchimento do segundo pressuposto.

Esta alínea *b*) contém uma disjuntiva (“ou”), isto é, prevê alternativas para a verificação deste pressuposto. A primeira alternativa é clara, sendo composta por um requisito temporal (créditos seniores em mora superior a 90 dias) e um requisito quantitativo (tais créditos serem superiores a 10% da totalidade da dívida sénior).

A segunda alternativa não prima pela mesma clareza. Atenta a segunda parte da alínea *b*) (“caso estejam em causa...”), esta alternativa relaciona-se com prestações de reembolso de capital (“parcial” – já veremos como este termo cobra sentido adiante) ou juros, trata assim essencialmente (parece) de financiamentos (mútuos/empréstimos)⁵. Resta saber se a posição do legislador foi de favorecer ou não estes credores.

Pressupõe-se que a *ratio* que o legislador terá querido prosseguir foi justamente privilegiar os financiadores face a outros credores. Efetivamente, entre os credores de uma sociedade, teremos essencialmente financiadores, por um lado, e fornecedores, trabalhadores, outros prestadores de serviços, locadores, por outro. Considerando que tipicamente a maior (ou uma grande) parte do passivo de uma sociedade é de financiadores (nomeadamente, da banca) e que estes condicionam decisivamente, na grande maioria dos casos, os processos de reestruturação voluntários e judiciais (PER, em sede de processo de insolvência, etc), desta forma o legislador terá, pressuponho, querido favorecer essa gama de credores, de forma a favorecer reestruturações ao abrigo do RJCCC.

Com este pressuposto, o mais plausível, nesta parte, parece ser considerar o segundo segmento (“caso estejam em causa...”) como uma alternativa de parte do primeiro segmento, sem dispensar, assim, a necessidade de mora por mais de 90 dias. Neste caso, a interpretação mais razoável para a segunda alternativa nesta alínea *b*) parece ser a seguinte:

(1) Se encontrem em mora superior a 90 dias créditos não subordinados sobre a sociedade (2) que sejam créditos por incumprimento de reembolso parcial (de capital) ou de pagamento de juros, (3) créditos esses que respeitem a créditos (i.e. financiamentos) não subordinados que (i.e. o conjunto de tais financiamentos) sejam de valor superior a 25% do total de créditos não subordinados.

Desta forma se percebe a referência a reembolso “parcial” no lugar de apenas reembolso (total ou parcial) nesta alínea. Assim, antes de suscitar o vencimento antecipado de um empréstimo (i.e. incumprimento do reembolso total) o financiador terá esta possibilidade de aceder ao regime de conversão, em linha com a *ratio* legislativa acima pressuposta.

⁵ Assim também RUI PINTO DUARTE (2017), p. 338, embora o texto legal beneficiasse com maior clareza.

Mora:

O que poderá também suscitar discussão é o conceito de mora aplicável neste caso⁶.

Se o termo for entendido no seu sentido técnico (artigo 804.º/2 do CC), em linha com a letra da lei, esta depende de o não cumprimento da prestação (que ainda seja possível) em tempo devido se dever a causa imputável ao devedor.

Já será mais operativo o quadro do RJCCC se o mesmo for utilizado no sentido de não realização (factual, apenas) da prestação (isto é, “incumprimento”, termo que, no entanto, o legislador não usou), sendo que estaria também mais alinhado com o tipo de verificação realizada por um ROC, nos termos do n.º 3, que, pela sua natureza, se presta mais a verificações factuais do que à emissão de juízos jurídicos. Por outro lado, também não se pode levar a letra da lei nesta parte ao extremo, de contrário as situações de incumprimento definitivo (que, em bom rigor, já não são situações de mera mora) não estariam abrangidas no pressuposto legal, o que nos pode indicar que o termo “mora” aqui, de facto, não tenha de ser usado no seu sentido mais técnico, mas antes com o sentido de falta de cumprimento no tempo devido (seja ou não imputável ao devedor e seja ou não possível ainda a realização da prestação).

Será interessante vermos como esta questão será tratada pelos operadores jurídicos.

2. Para efeitos da presente lei, consideram-se créditos subordinados e não subordinados aqueles assim qualificados nos termos do disposto nos artigos 47.º e 48.º do CIRE.

Comentário:

O conceito de “créditos subordinados” é utilizado no RJCCC com o sentido que tem no CIRE. Em alguns casos terá de se ficcionar que a sociedade foi declarada insolvente, pois de contrário alguns dos critérios no CIRE não poderão operar (em alternativa, tais critérios não seriam aplicáveis de todo, o que parece pouco provável que estivesse nas cogitações do legislador). Nomeadamente, atente-se no disposto logo na primeira alínea do artigo 48.º e a sua referência para o artigo seguinte (49.º/2), nomeadamente créditos de administradores ou gerentes, créditos intragrupo, etc.

Considerando o que antecede, os créditos por suprimentos (que são créditos subordinados – artigo 245.º/3, a), do CSC) não serão considerados “créditos não subordinados” (cfr. n.º 1, b) e n.º 3, proémio). De todo o modo,

⁶ V. a propósito RUI PINTO DUARTE (2017), p. 338.

relembre-se que, com o Decreto-Lei n.º 79/2017, de 30 de junho, o CSC passou a conter um regime especial para a conversão de suprimentos em capital (cfr. artigo 87.º, n.ºs 4 e 5 do CSC), que é não impactado pelo RJCCC.

Para referência, já que se trata de uma matéria de relevância prática, a subordinação contratual encontra-se salvaguardada pelo disposto no artigo 48.º, c), do CIRE.

3. A proposta referida no n.º 1 deve ser subscrita por credores cujos créditos constituam, pelo menos, dois terços do total do passivo da sociedade e a maioria dos créditos não subordinados, e deve ser acompanhada dos seguintes elementos:

a) Relatório elaborado por revisor oficial de contas que demonstre a verificação dos pressupostos referidos no n.º 1;

b) Documento contendo as propostas de alteração do capital social da sociedade, aplicando-se o disposto no artigo 28.º do Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro.

Comentário:

O proémio do n.º 3 determina requisitos subjetivos dos credores proponentes: (i) cujos créditos representem pelo menos 2/3 do total do passivo (isto é, da soma dos créditos seniores e dos subordinados); e (ii) representem a maioria dos créditos seniores, o que deve entender-se como a maioria do passivo sénior (i.e. maioria do valor)⁷ e não como maioria do número de créditos ou credores – a interpretação mais literal teria pouca razão de ser e seria contra-sistemática, face ao primeiro requisito e à forma como no CIRE este princípio maioritário (com referência ao valor) é calculado (nos termos e para os efeitos e nos termos previstos nesse Código, naturalmente). Nenhum destes requisitos é qualificado, aqui, pela existência de mora, sem prejuízo do disposto no n.º 1, b), para o efeito aí previsto. Em teoria, até poderiam os proponentes ser titulares unicamente de créditos que não se encontrassem em mora.

Vide também o n.º 4 quanto aos créditos do Estado, que determina deverem estes ser desconsiderados do primeiro requisito e, em coerência, do segundo também.

Não parece excluir-se a hipótese de existirem credores subordinados que sejam proponentes; por exemplo, numa determinada sociedade um terço do seu passivo é sénior e dois terços é passivo subordinado; neste caso, subscrevendo, designadamente, todos os credores seniores (o que perfaz mais do que a maioria da dívida sénior) e credores que representem metade da dívida subor-

⁷ Essa também parece ser a leitura de RUI PINTO DUARTE (2017), p. 338.

dinada (o que corresponde a um terço do passivo da sociedade, e juntamente com os seniores perfazendo dois terços do passivo total), parece que se deverá considerar cumprido o requisito da elegibilidade subjetiva deste n.º 3. (De contrário, o RJCCC apenas seria aplicável quando mais de 2/3 do passivo fosse sénior, o que limitaria o âmbito do regime, e não estaria linha com a letra da lei, que apenas usa a adjetivação “não subordinados” no segundo segmento e não no primeiro – “passivo”).

Esta elegibilidade subjetiva não se confunde com a elegibilidade objetiva prevista no n.º 1 (que exige a mora de créditos), sendo que em nenhum dos números 1 ou 3 se indica que os proponentes devem ser os titulares dos créditos não subordinados referidos no n.º 1, e sendo que poderá existir um interesse digno de tutela dos credores que não estejam em mora que, ao verem a sociedade começar a entrar em mora perante outros credores, possam querer evitar uma precipitação da situação, recorrendo ao RJCCC. O contra-argumento a esta tese encontra-se no n.º 8, *c*) (uma norma de teor mais instrumental), que relaciona o objeto da conversão dos credores proponentes em participações sociais com “créditos não subordinados”. Já o artigo 3.º/14, ao referir, no seu contexto, a “prioridade que lhes caiba” parece suportar a tese de que poderá haver credores proponentes subordinados, pois de contrário não haveria prioridade a observar entre credores. Do artigo 5.º/3 retira-se um argumento adicional neste último sentido, uma vez que aí se determina que, em sede de suprimimento judicial (e, por igualdade de razão, fora dele), qualquer credor pode participar no processo de conversão.

Note-se que os credores não têm de entrar na proposta com todos os seus créditos (por exemplo, podem entrar com os não-garantidos e deixar os garantidos de fora, ou podem entrar apenas com uma parte dos seus créditos de cada tipologia). O disposto no 6.º, na sua parte final, confirma essa possibilidade, quando refere os créditos remanescentes dos credores proponentes. É uma forma de incentivar os credores à participação nestes processos, ao não terem de converter a totalidade da exposição creditícia.

ROC:

Quanto à alínea *a*), o objeto do relatório do ROC é comprovar os pressupostos do n.º 1. Compreende-se a opção, de ter uma certificação externa e independente sobre a matéria⁸; compreende-se pior por que razão também não deve atestar a verificação dos requisitos do proémio do n.º 3.

⁸ O projeto inicialmente posto em consulta pública previa em alternativa ao ROC a possibilidade de verificação por contabilista certificado independente. O legislador tomou a boa opção ao eliminar essa alternativa; v. JOSÉ FERREIRA GOMES/CATARINA MONTEIRO PIRES (2017), p. 151s.

A alínea *b*) contém uma referência cruzada para o disposto no artigo 28.º do CSC, relativo às entradas em espécie no capital social de uma sociedade, e que estão sujeitas, em geral, a verificação por ROC. Esta remissão para o regime geral aporta algumas questões.

Nomeadamente, um dos requisitos gerais no CSC (aliás, o requisito de que fundamentalmente trata esse artigo) é a verificação das entradas por ROC, requisito que se dirá que igualmente aqui se deverá aplicar, uma vez que se tratam de entradas em espécie, que carecem tipicamente de avaliação. Ora, nos termos do artigo 28.º/1 do CSC, esse ROC deve ser nomeado/deliberado pelos sócios que não realizem as entradas, de forma a que o ROC não seja influenciado (ou não seja visto como podendo ter sido influenciado na sua atuação) pelo primeiro interessado na avaliação, isto é, pelo contribuinte em espécie, e evitando que, em virtude dessa influência, possa sobrevalorizar os ativos objeto da entrada em espécie. Tal aponta naturalmente para que, no presente caso, os credores não possam nomear o ROC que lhes avalie os créditos. Nesse caso, poderá e deverá incluir-se na proposta para deliberação social, nos termos do artigo 4.º, a aprovação do ROC em causa para efeitos do artigo 28.º/1 do CSC, mas a questão é se os sócios podem recusar esse ROC sem mais ou recusar esse ROC e nomear outro. Pelo menos a primeira hipótese colocará em causa a efetividade do regime, ficando os credores, na prática (em tempo útil), sujeitos à inércia (provável) dos sócios.

Considerando que esta é uma lei especial e a sua teleologia e que o ROC, ainda que seja nomeado pelos credores, está sujeito a regras legais e deontológicas de interesse público (e que, ainda nos termos do artigo 28.º/1 do CSC, não deve ter “interesses na sociedade”), uma interpretação possível poderá passar por entender a lei no sentido de permitir que esse relatório seja emitido pelo ROC nomeado pelos credores (e que já assume esse papel por determinação legal expressa para efeitos da alínea *a*)), não obstante estes serem parte interessada. Ou, doutra forma, poderá entender-se que os sócios não possam deixar de aprovar, no âmbito do artigo 4.º, a nomeação do ROC proposto pelos credores para efeitos do artigo 28.º do CSC, ou pelo menos sem nomearem outro ROC. Ou poderá porventura mesmo tratar-se do próprio ROC da sociedade (quando exista) a empreender esta verificação? Resta saber nesse caso qual o incentivo que o mesmo terá em alinhar pelo lado dos credores, em contrapartida em alinhar pelo lado dos sócios e da sociedade.

Como circunstância relevante a ter em conta também em suporte da interpretação que antecede, note-se que, normalmente, os ROCs avaliam, para efeitos de entradas no capital de uma sociedade, os créditos sobre a própria sociedade, em especial que tenham integralmente dado lugar no passado a entradas em caixa na sociedade, pelo respetivo valor nominal, o que significa

que, estatisticamente, independentemente de quem tiver efetivamente escolhido o ROC, o resultado será tendencialmente o mesmo.

Este último aspeto convoca, porventura, uma outra possível interpretação. Esta tendência que se verifica na avaliação de créditos próprios para entradas no capital social terá nomeadamente por base, a meu ver, o facto de, para efeitos de contabilização no passivo da sociedade, os créditos serem essencialmente aferidos ao respetivo valor nominal (porque esse é o valor que a sociedade efetivamente deve aos seus credores). E é também dessa perspetiva que são valorizados para efeitos do artigo 2.º/1 do RJCCC, para onde remete este artigo 2.º/3, a). De alguma forma, seria incoerente atribuir-lhes um valor diverso para efeitos da sua conversão em capital. Nesta perspetiva, o que estaria em causa seria essencialmente a realocação das rubricas contabilísticas onde o valor dos créditos se encontra inscrito (do passivo, onde se encontram, passarem para o capital próprio). Se esse foi o pressuposto e intenção do legislador, poderá até entender-se, porventura, que se poderá prescindir (sempre ou em parte dos casos) de uma nomeação autónoma de ROC para efeitos do artigo 28.º do CSC, o que seria a solução mais eficaz do ponto de vista do funcionamento do RJCCC. Ou, pelo menos, que a verificação por ROC se poderá bastar com a simples constatação dos elementos referidos no n.º 4 do artigo 89.º do CSC.

Sem prejuízo da posição que se tome sobre o que antecede em matéria de nomeação de ROC, à restante parte do artigo 28.º do CSC, e que possa ser cumprida sem pôr em causa o funcionamento eficiente do RJCCC, deverá dar-se seguimento, com adaptações onde necessário.

O legislador deveria, obviamente, ter tratado expressamente desta questão, pois de uma forma ou de outra poderá sempre ser fonte potencial de litígio.

Quanto às despesas de nomeação do ROC, a lei nada diz, mas, numa perspetiva prática da situação, a solução mais razoável parece ser que corram por conta dos credores, que desencadeiam o regime da conversão por sua própria iniciativa.

4. No cálculo do passivo da sociedade referido no número anterior não se computam os créditos referidos no n.º 3 do artigo anterior.

Comentário:

Deverá porventura ressaltar-se o caso das entidades integradas no setor empresarial do Estado, quando exista uma autorização prévia nos termos do artigo 1.º/5.

Note-se que a referência é unicamente para o número anterior (e em coe-rência com a desconsideração do primeiro requisito ali previsto “2/3 do pas-

sivo” igualmente se deverá entender desconsiderar para o segundo “maioria dos créditos”) e não para o n.º 1.

5. O órgão de administração da sociedade tem o dever de prestar aos credores a informação por estes solicitada com vista à elaboração da proposta referida no n.º 1.

Comentário:

O n.º 5 visa suprir a situação de falta de visibilidade da informação sobre a qual assentam os pressupostos de aplicação do regime previstos no n.º 1, impondo à administração um dever de prestação de informação. Esta informação deve ser prestada no prazo de 10 dias a contar da solicitação dos credores, pelo menos no que respeita à alínea *b*) (cfr. n.º 6).

Deveria a lei ter previsto expressamente as consequências (que deveriam ser graves) para o incumprimento desta norma, em vez de deixar para as regras gerais, de forma a incentivar efetivamente os administradores/gerentes a cumprirem, e cumprirem bem, o seu dever.

Fica a dúvida sobre o que fazer quando os administradores prestem informação falsa, incorreta ou incompleta, nomeadamente quando os credores disponham de elementos de prova manifestos de que outra é a situação da sociedade. Nesse tipo de casos, parece que tais elementos, e assim o disposto no número seguinte, deverá prevalecer, mas é uma interpretação à luz da teleologia do RJCCC e dos princípios gerais de boa-fé e de proibição de condutas abusivas, o que se presta a contra-argumentação naturalmente.

Por outro lado, resta saber (e o que o legislador deveria ter tratado mais expressamente) que requisitos deverão ser cumpridos ou demonstrados pelos credores para suportar o pedido ao órgão de administração, considerando que se trata de uma forma intrusiva e eficiente de obter informação sobre a sociedade. Pelo menos o instituto do abuso de direito permitirá reagir nas situações mais extremas, de abuso deste direito de informação. Por outro lado, parece ser razoável que se exija que os credores solicitantes reúnam, no seu conjunto, os requisitos numéricos (de valor) previstos no n.º 3 e que, de contrário, a administração não se encontra obrigada a dar seguimento ao pedido, nem os credores poderão recorrer ao disposto no número seguinte.

*6. Não sendo prestada a informação referida no número anterior no prazo de 10 dias a contar da data em que a mesma seja solicitada, os pressupostos referidos na alínea *b*) do n.º 1 são aferidos pelo revisor oficial de contas, em função dos elementos fornecidos pelos credores no que respeita aos montantes em mora, e das últimas contas aprovadas, no que respeita à proporção entre os montantes em mora e o passivo da sociedade.*

Comentário aos n.ºs 5 e 6:

O n.º 5 visa suprir a situação de falta de visibilidade da informação sobre a qual assentam os pressupostos de aplicação do regime previstos no n.º 1, impondo à administração um dever de prestação de informação. Esta informação deve ser prestada no prazo de 10 dias a contar da solicitação dos credores, pelo menos no que respeita à alínea b).

O n.º 6 visa suprir a falta de colaboração da administração, concretamente quanto ao n.º 1, b). Quanto à alínea a), de alguma forma os credores estão mais salvaguardados pois poderão respaldar-se nas últimas contas (individuais) aprovadas.

Na falta de prestação da informação no prazo de 10 dias a contar da solicitação dos credores (essa é uma condição legal prévia para a validade do procedimento seguido no n.º 6), pelo menos no que respeita à alínea b), o ROC aferirá os pressupostos dessa alínea b): (i) em função dos elementos fornecidos pelos credores no que respeita aos montantes em mora, e (ii) das últimas contas aprovadas, no que respeita à proporção entre os montantes em mora e o passivo da sociedade.

Podem suscitar-se, perante o n.º 6, um potencial abuso pelos credores na gestão e fornecimento dessa informação ao ROC, mas o que se encontra mitigado por o n.º 6 ser um sucedâneo de falta de colaboração da administração da sociedade, ao abrigo do n.º 5.

7. O aumento de capital social pode ser precedido de redução prévia do capital social para cobertura de prejuízos, incluindo para zero ou outro montante inferior ao mínimo estabelecido na lei para o respetivo tipo de sociedade, caso seja de presumir que, em liquidação integral do património da sociedade, não subsistiria qualquer remanescente a distribuir pelos sócios.

Comentário:

Uma operação harmónio é típica em reestruturações, tendo o legislador decidido expressamente reconhecer essa realidade neste contexto. Cfr. também parte final do n.º 10.

8. O documento a que se refere a alínea b) do n.º 3 deve:

- a) Descrever o conteúdo concreto da operação;*
- b) Quando aplicável, prever a redução do capital social e respetiva justificação, nos termos do número anterior;*
- c) Prever o montante do aumento do capital social a subscrever pelos credores proponentes, mediante a conversão dos créditos não subordinados de que sejam titulares em participações sociais, bem como a fundamentação do rácio de conversão do crédito em capital.*

9. Quando aplicável, o relatório do revisor oficial de contas referido na alínea a) do n.º 3 deve demonstrar a verificação do requisito previsto no n.º 7 para a redução prévia do capital social.

10. A proposta a que se refere o presente artigo deve ser acompanhada de projetos de alteração dos estatutos da sociedade, e, quando aplicável, pode prever a transformação da sociedade noutra de tipo distinto, bem como a exclusão de todos os sócios, desde que as participações sejam destituídas de qualquer valor.

Comentário aos n.º 8, 9 e 10:

No essencial, estes números qualificam o conteúdo da documentação da proposta nos termos do n.º 3 (ou aditam-lhe elementos), nada a apontar. A exigência de ROC no n.º 9 é a boa opção⁹.

11. Após o aumento, o capital próprio da sociedade tem de ser superior ao valor do capital social à data da proposta.

Comentário:

É o capital próprio (e não o novo capital social) que, após a operação, deve ser superior ao antigo capital social.

É suscetível de crítica o segundo referencial ser o capital social e não capital próprio¹⁰. Por exemplo, imagine-se uma sociedade que tem o capital social muito alto mas também um volume acumulado de prejuízos muito grande, o que implica que o seu capital próprio seja bastante inferior ao capital social ou negativo mesmo. Ora, poderão os credores ter interesse em realizar uma operação harmónica, para “limpar” os prejuízos com uma redução de capital inicial, seguida de um aumento de capital, convertendo créditos sobre a sociedade; o resultado será certamente que o seu capital próprio será superior ao anterior; simplesmente, pode não ser possível superar o seu capital social anterior. Por outro lado, sem uma prévia redução de capital (a 1.ª parte de uma operação harmónica) que permita “limpar” do balanço as anteriores participações sociais e o seu proporcional no capital social, os credores poderão não ter interesse em avançar.

Este n.º 11 não confere, assim, a flexibilidade que seria desejável para acomodar todas as situações relevantes.

Um caminho alternativo poderia, por exemplo, ter sido fixar como segundo referencial o capital próprio anterior ou o capital social deduzido dos prejuízos acumulados, ou o capital social após eventual redução para cobertura de prejuízos nos termos do n.º 7 acima.

⁹ V. JOSÉ FERREIRA GOMES/CATARINA MONTEIRO PIRES (2017), p. 153s.

¹⁰ Criticando também a norma noutra linha, cfr. RUI PINTO DUARTE (2017), p. 339.

De todo o modo, perante a letra da lei, e no caso de uma sociedade anónima (e recorde-se que o n.º 10 prevê a possibilidade de no processo existir uma transformação da sociedade numa de outro tipo), o que haverá a fazer neste tipo de casos poderá porventura passar por desnominalizar primeiro as ações (quando as ações tenham originariamente valor nominal, o que é o mais habitual) e emitir as novas ações a um preço por ação que dilua de tal forma os anteriores acionistas que se atinja um efeito similar a uma operação harmónio (resta saber se, por analogia, tal implicará igualmente uma verificação pelo ROC), mas permita cumprir o disposto neste n.º 11.

12. Os sócios gozam sempre de preferência no aumento de capital, entendendo-se que, nesse caso, o aumento deve ser realizado em dinheiro, que é obrigatoriamente aplicado na amortização dos créditos que, nos termos da proposta, seriam convertidos em capital.

13. Se nem todos os sócios exercerem o seu direito de preferência, podem os preferentes subscrever a parte de capital que caberia aos demais, na proporção das suas ações.

14. Caso não haja intenções de subscrição correspondentes à totalidade das novas entradas, o valor das entradas em dinheiro que sejam efetivamente realizadas é aplicado na amortização dos créditos que não sejam convertidos em capital, proporcionalmente ao montante dos mesmos e com respeito pela prioridade que lhes caiba.

Comentário aos n.ºs 12, 13 e 14:

Estes três números preveem um regime de direito de preferência dos sócios existentes, de forma a que possam manter a sua posição (ou até aumentá-la – n.º 13), salvaguardando assim a intrusão no corpo de sócios por parte de credores.

A subscrição preferente dos sócios é para realizar o mesmo capital (ou parte dele) proposto, ao respetivo preço por participação das novas participações sociais (é dessa forma, extensiva ou corretivamente, que o termo “ações” deve ser aqui interpretado naturalmente, ou deixaria de fora as sociedades por quotas indevidamente¹¹; já o artigo 6.º inclui ambas as realidades no termo “capital” que emprega). O valor de subscrição deve ser usado para amortizar (todos ou parte dos) créditos que de outra forma seriam convertidos e por isso os sócios terão de realizar as suas entradas em dinheiro (n.ºs 12 e 14).

Uma questão interessante respeita ao valor por que é feita essa amortização dos créditos, ou seja, ao valor nominal dos créditos ou ao valor por que estes foram avaliados para efeitos de conversão (que poderá, porventura, depen-

¹¹ Assim também RUI PINTO DUARTE (2017), p. 335 em nota.

dendo dos critérios e pressupostos assumidos na avaliação dos créditos, ser inferior ao valor nominal dos créditos).

A interpretação mais equilibrada parece apontar claramente para a segunda hipótese (valor da avaliação), considerando que é a situação que mais favorece os interesses da própria sociedade e que o RJCCC visa prosseguir (o seu balanço fica na mesma face à situação de conversão dos créditos que havia sido proposta). É também uma posição que está em linha com o valor que os credores assumem, atestado por ROC, que os créditos têm nesse momento, portanto, é uma solução justa e não um qualquer locupletamento de valor à custa alheia.

Não obstante, é de notar que, em certos casos, poderá constituir um incentivo pernicioso para a sociedade, isto é, não pagar na expectativa de que os credores recorram a uma proposta de conversão, de forma a que os sócios depois possam pagar os créditos abaixo do par (isto no caso de a avaliação do ROC apontar para uma avaliação dos créditos abaixo do valor nominal). Poderá, no entanto, retorquir-se que, se for uma sociedade com boa capacidade financeira, os credores recorrerão antes a processo executivo para recuperar a totalidade do crédito ou, se recorrerem a uma proposta de conversão, o valor dos créditos estará previsivelmente em linha com o valor nominal.

Artigo 4.º

Deliberação dos sócios

1. Uma vez recebida a proposta de conversão, deve ser imediatamente convocada assembleia geral da sociedade, a qual tem lugar no prazo de 60 dias a contar da data de receção da proposta, com o objetivo de aprovar ou recusar as deliberações nela referidas.

Comentário:

O sentido de urgência do legislador nesta matéria é óbvio, quando determina que a assembleia geral para deliberar a aprovação da proposta seja convocada “imediatamente”.

Naturalmente, dificilmente se poderá exigir que o seja no próprio dia da receção – a assembleia deverá ser convocada tão rápido quanto razoavelmente possível pelo presidente da mesa (ou, na sua ausência ou inexistência, a quem compita essa função), mas de forma minimamente responsável, isto é, após avaliação (*prima facie* e de um ponto de vista formal, pelo menos) de que os requisitos, previstos no artigo 3.º, para que a proposta deva ser aceite, se encontram reunidos. Essa avaliação dificilmente se compagina com um par de horas de intervalo entre a receção da proposta e a convocação da assembleia.

Resta saber o que fazer quando essa avaliação seja negativa ou dela resultem dúvidas. Nesse caso, uma posição prudente poderá passar por o presidente da mesa (ou quem aplicável) não se substituir aos sócios, ou ao tribunal (cfr. artigo seguinte), nessa avaliação jurídica, convocando assim a assembleia, mas transmitindo aos sócios as dúvidas ou questões resultantes dessa avaliação, deixando a estes o papel de soberanamente decidir. Naturalmente, esta matéria terá de ser objeto de uma ponderação caso-a-caso, pois poderá haver certamente situações em que, manifestamente, nem sequer se justifique a convocação da assembleia.

O legislador poderia ter resolvido aqui de forma expressa uma outra questão que se poderá colocar na prática, concretamente se esta deliberação deverá respeitar os quóruns constitutivos e deliberativos previstos, nos termos do CSC, para uma alteração estatutária como esta. De todo o modo, (i) na ausência de uma norma derogatória expressa do disposto naquele Código, e (ii) em atenção ao objeto da deliberação em causa e a sua importância para a vida da sociedade, (iii) de forma a reduzir a possibilidade de litígio sobre esta questão dos quóruns, e (iv) bem assim pelo facto de, na ausência de deliberação, quando esta for devida, a lei prever um mecanismo de suprimento judicial (artigo seguinte), parece-me que o entendimento mais razoável será a aplicação dos quóruns previstos nos termos do CSC.

Este artigo 3.º/1 impõe, assim, uma obrigação à sociedade de deliberar (se todos os pressupostos legais estiverem verificados), mas não lhe impõe quais os requisitos internos dessa deliberação; serão os aplicáveis à sociedade em questão, com base no disposto no CSC e nos seus estatutos. Naturalmente, a sociedade poderá deliberar em assembleia geral convocada ou fora de assembleia geral, nos termos do artigo 54.º do CSC, outra interpretação seria irrazoável¹².

Por outro lado, a apresentação da proposta não impede naturalmente a sociedade de saldar (parte dos) créditos em mora (ao valor nominal) e dessa forma fazer ruir o pressuposto do artigo 3.º/1, *b*) e assim desobrigando, naturalmente, a sociedade de aceitar a proposta. Pelo menos até ao momento em que a deliberação seja tomada (ou, em caso de processo de suprimento, a circunstância superveniente do pagamento poder ser levada ao processo), a sociedade (ou terceiro, nos termos legais) poderá sempre realizar pagamentos ao abrigo dos créditos, uma vez que o RJCCC não paralisa ou suspende o regime geral das obrigações.

Quanto ao pressuposto no artigo 3.º/1, *a*), este refere-se às últimas contas de exercício aprovadas ou contas intercalares da administração com menos de três meses. Esta última alternativa abre a porta à sociedade de poder sanar este

¹² Cfr. a propósito JOSÉ FERREIRA GOMES/CATARINA MONTEIRO PIRES (2017), p. 156.

pressuposto, após a data de fecho do exercício, bastando que, por exemplo, realize um aumento de capital social com prémio ou uma redução de capital social, que permita ao capital próprio vir a superar o novo capital social. Considerando os capitais sociais mínimos previstos na lei, poderá não ser difícil de sanar. Suscita a dúvida se essa sanção deva poder ocorrer já em momento posterior ao momento da proposta de conversão (ou mesmo ao pedido de informação dos credores previsto no artigo 3.º/5) ou se deverá ser anterior.

2. A sociedade pode acordar modificações à proposta com os credores, as quais, no entanto, devem ser facultadas aos sócios com a antecedência correspondente ao prazo legal ou contratual de convocação da assembleia geral da sociedade.

Comentário:

Salvaguarda-se neste número a possibilidade de a sociedade poder negociar com os credores alterações à proposta, desde que comunicadas aos sócios com a antecedência que seria aplicável à convocação de uma assembleia geral. Considerando o n.º 1, e os prazos legais de convocatória, na prática, existirão pelo menos 30 dias para negociar, o que é razoável. De todo o modo, nada impede que haja negociações entre sociedade e credores em momento prévio ao envio da proposta dos credores.

3. Sendo recusada a proposta, com as eventuais modificações resultantes do disposto no número anterior, não sendo realizada assembleia geral ou não sendo aprovadas ou executadas as deliberações nela previstas no prazo de 90 dias a contar da data da sua receção, podem os credores proponentes requerer ao tribunal competente para o processo de insolvência o suprimento judicial da deliberação de alteração social, nos termos do artigo seguinte.

Comentário:

Não se realizando a assembleia ou não aprovando esta a conversão, ou tendo-a aprovado mas não tendo sido executada essa deliberação, no prazo de 90 dias contados da receção da proposta, os credores podem suprir judicialmente essa situação (cfr. artigo seguinte).

No fundo, apenas obstará ao mecanismo de suprimento judicial da deliberação (quando esta seja devida) se a deliberação tiver sido tomada e executada. Efetivamente, não podem os credores depois ficar sem acesso a este mecanismo se a deliberação foi tomada mas não executada, seria um forma fácil de a sociedade protelar indevidamente a situação. Uma vez que a execução da deliberação terá por consequência a atualização do registo comercial, uma declaração da sociedade de que a deliberação foi adotada (termo utilizado no artigo 5.º/1,

b)), e não estando o registo comercial atualizado com o resultante da conversão dos créditos, apenas permitirá concluir que ela foi deliberada e não que foi executada.

Embora, como referido em comentário ao artigo 3.º/1, não seja pressuposto para o acionamento do RJCCC uma situação de insolvência, considerou o legislador que o tribunal competente para o suprimento judicial será o tribunal que seria competente para o processo de insolvência da sociedade. O RJCCC pretende justamente evitar que muitas vezes a situação se precipite para uma insolvência, pelo que se compreende esta opção legislativa sobre a determinação da competência.

Pode também questionar-se a partir de que grau de relevância a aprovação de proposta de conversão com alterações face ao proposto pelos credores deve ter os efeitos de uma não aprovação da proposta, para efeitos de suprimento judicial.

Artigo 5.º

Suprimento judicial

1. Para os efeitos da presente lei, o processo de suprimento judicial da deliberação social inicia-se pela apresentação de requerimento pelos credores proponentes da alteração do capital social, acompanhado dos seguintes elementos:

- a) A proposta de conversão, acompanhada de todos os documentos que a instruem;*
- b) O comprovativo da recusa da proposta, quando tal tenha ocorrido, o comprovativo da não realização da assembleia geral, declaração subscrita pela sociedade ou ata da assembleia geral que comprove que a proposta não foi adotada;*
- c) Uma lista de credores conhecidos para além dos proponentes.*

Comentário geral:

Este artigo trata do suprimento judicial quando a deliberação social, referida no número anterior, devesse ter sido tomada e não o foi. Note-se que a ausência de deliberação não levará necessariamente ao suprimento judicial; os credores podem acabar por decidir não levar por diante a conversão através do suprimento ou podem decidir levar por diante e o tribunal concluir que, afinal, não se encontram preenchidos os requisitos respetivos (cfr. n.º 6).

Trata-se de um processo urgente (n.º 9) e, em consonância, prevendo-se um conjunto de prazos curtos no seu âmbito (n.ºs 3, 4, 5 e 6)¹³.

¹³ Para uma crítica sobre a falta de contraditório no processo de suprimento, bem como aos prazos, v. JOSÉ FERREIRA GOMES/CATARINA MONTEIRO PIRES (2017), p. 150s. Cfr. também p. 154ss sobre a (des)articulação e (de)mérito dos prazos previstos no regime.

Comentário ao n.º 1:

O processo inicia-se com um requerimento, subscrito pelos credores proponentes, que deve ser acompanhado dos documentos referidos nas alíneas.

Ao abrigo da alínea *a*), devem ser juntos todos os documentos que comprovem que os pressupostos e condições previstos no artigo 3.º se encontravam cumpridos, pelo que a sociedade deveria ter deliberado nos termos do artigo 4.º.

Ao abrigo da alínea *c*), deverá juntar-se uma lista de credores conhecidos dos proponentes. Quanto à interação com os credores para além dos proponentes, cfr. os números seguintes.

A alínea *b*) foi deixada neste comentário para último, pois merece algumas considerações adicionais¹⁴. Aqui se prevê que deverá ser junto um comprovativo de um de vários factos alternativos, e cuja prova depende em última instância da colaboração da sociedade. Ora, se não houve deliberação social, quando a mesma fosse devida, é de suspeitar que a sociedade também poderá não se mostrar muito cooperante nesta fase subsequente, que visa suprir essa falta.

Em resumo, se a sociedade não recusar a proposta, então não é possível juntar comprovativo de recusa; se a sociedade não entregar uma declaração ou cópia da ata que comprove que a proposta não foi adotada, também não é possível juntar tal comprovativo.

Por fim, e será o ponto mais crítico, como podem os credores comprovar documentalmente a não realização da assembleia no caso de a sociedade (sócios/presidente da mesa eventualmente) não emitir um tal comprovativo? Trata-se de um facto negativo. Conforme a doutrina processualista salienta, trata-se de uma *diabolica probatio*.

Uma solução que se afigura razoável, e porventura será dessa forma que a lei deva aqui ser interpretada, é aceitar que os credores possam alegar e provar certos factos positivos e indiciadores desse facto negativo (cabendo depois à sociedade a prova do facto contrário, se aplicável, isto é, que afinal a deliberação foi tomada), nomeadamente juntando o comprovativo do envio da proposta à sociedade, nos termos do artigo 4.º/1, há mais de 90 dias e certidão do registo comercial que mostre a falta de registo de alterações no registo comercial.

2. Recebidos os documentos mencionados no número anterior, o juiz nomeia um administrador judicial provisório, devendo a secretaria:

a) Notificar os credores não proponentes que constem da lista de créditos relacionados pelos requerentes da proposta, ficando esta disponível na secretaria do tribunal para consulta;

¹⁴ Cfr. também JOSÉ FERREIRA GOMES/CATARINA MONTEIRO PIRES (2017), p. 156.

b) *Publicar no portal Citius a lista provisória de créditos, nos termos previstos no n.º 4.*

3. *Qualquer credor dispõe de 20 dias a partir da data de publicação no portal Citius do despacho a que se refere o número anterior para relacionar os seus créditos e para referir se pretende igualmente converter os seus créditos em capital, devendo as comunicações ser remetidas ao administrador judicial provisório, que, no prazo de cinco dias, elabora uma lista provisória de créditos.*

Comentário:

Percebe-se o racional, dar oportunidade a outros credores de converterem. No entanto, esta opção suscita algumas reservas.

Sendo o suprimimento judicial o sucedâneo da aprovação pelos sócios nos termos do artigo anterior, por que razão então é que nesse caso não existe um direito similar dos demais credores?

Por outro lado, como se compatibiliza este n.º 3 com as exigências do artigo 3.º? Deve entender-se que para relacionar os seus créditos estes credores devem aplicar *mutatis mutandis* o disposto nesse artigo 3.º? Nomeadamente, caso se entenda aplicável a necessidade de nomeação autónoma de ROC (para efeitos do artigo 28.º do CSC), pode ser um ROC diferente? Note-se que a avaliação de créditos não é uma ciência exata e ROCs diferentes podem chegar a conclusões diversas (números diferentes) sobre um mesmo tipo de realidade.

De uma forma ou de outra, em qualquer um dos cenários, teremos sempre subjacente um tratamento diferenciado de credores. Dificilmente havendo uma solução perfeita, porventura teria sido mais ajustado (de uma perspetiva de coerência e também de viabilidade prática) cingir o âmbito do suprimimento judicial aos credores proponentes.

4. *A lista provisória de créditos é imediatamente apresentada na secretaria do tribunal e publicada no portal Citius, podendo ser impugnada no prazo de 10 dias úteis.*

5. *Após o decurso do prazo a que se refere o número anterior, o juiz dispõe de cinco dias úteis para decidir sobre as impugnações formuladas.*

6. *Não sendo impugnada no prazo previsto no n.º 4, a lista provisória de créditos converte-se de imediato em lista definitiva, procedendo o juiz, no prazo de 10 dias, à análise da proposta, devendo homologá-la se respeitar a maioria prevista no n.º 3 do artigo 3.º e se se verificarem as demais condições previstas na presente lei.*

7. *A lista a que se refere o número anterior é apenas considerada para os efeitos previstos no presente artigo.*

Comentário:

Trata-se de um aspeto de cariz clarificador, mas importante, de forma a que não subsista qualquer dúvida a esse respeito. A lista fixada para efeitos deste suprimento judicial é apenas relevante nesse âmbito (para efeitos da conversão de créditos em capital nesse processo) e não para quaisquer outros efeitos, nomeadamente para efeitos de confirmação ou reconhecimento da existência jurídica ou não de créditos, em sede de outros processos (de insolvência, executivos ou outros) ou extraprocessualmente.

8. A sentença homologatória constitui título bastante para a redução de capital, aumento de capital, modificação dos estatutos, transformação e exclusão de sócios, bem como para a realização dos respetivos registos.

Comentário:

Não parece que o resultado devesse ser outro na ausência de norma expressa, mas numa matéria destas é sempre útil que fique expressamente tratada e evita discussões e litígios desnecessários, seja entre as partes, seja junto das conservatórias.

9. O processo de suprimento judicial a que se refere o presente artigo tem natureza urgente.

Artigo 6.º

Aquisição subsequente do capital

Os sócios podem, no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado da sentença homologatória, adquirir ou fazer adquirir por terceiro por si indicado o capital da sociedade resultante da alteração, pelo respetivo valor nominal, desde que igualmente adquiram ou paguem na totalidade os créditos remanescentes sobre a sociedade, detidos pelos credores proponentes.

Comentário:

Este artigo é o sucedâneo do direito de preferência, previsto no artigo 3.º, n.ºs 12, 13 e 14, para o caso em que não se chega ao suprimento judicial. Mas não trata o tema da mesma forma.

No prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado da sentença homologatória, referida no artigo anterior, os sócios (havendo mais de um, deverá ratear-se, na medida necessária, considerando a dimensão da participação social de cada sócio interessado) podem adquirir (ou fazer adquirir por terceiro – para o credor “convertido” é indiferente financeiramente) as novas participações sociais (teria sido este o termo tecnicamente mais correto, ao invés de “capital”,

parece-me, mas o resultado interpretativo é o mesmo), resultantes da alteração no capital da sociedade.

O respetivo valor de aquisição será o valor nominal dessas participações (e não, por via das dúvidas, o valor nominal que os créditos convertidos tinham).

Sujeita-se, contudo, a operação a uma condição adicional: que adquiram ou paguem a totalidade dos créditos remanescentes (se existirem, naturalmente) dos credores proponentes (podendo questionar-se se apenas esses ou se também os demais credores convertidos, com recurso ao disposto no artigo 5.º/3). Efetivamente, o artigo 3.º não implica que os credores convertam a totalidade dos seus créditos. Em atenção ao artigo 6.º, poderá até ser uma opção estratégica manter alguns créditos sobre a sociedade, de forma a poder beneficiar desta condição. Incentivará também os sócios a exercerem os seus direitos de preferência em sede de artigo 3.º, evitando que os credores tenham de se tornar sócios. Por outro lado, não se vê razão para que os titulares dos créditos remanescentes não possam renunciar a essa condição, uma vez que é erigida em seu benefício.

Resta saber por que preço deve ser feito o reembolso ou aquisição dos créditos remanescentes dos créditos. Na falta de acordo entre as partes, deverá ser ao valor nominal dos mesmos. Efetivamente, não houve aqui qualquer avaliação sobre os mesmos que possa suportar um entendimento de que os credores aceitaram que os mesmos teriam um valor diferente e que lhes deva ser imposto.

Verificado o pressuposto da norma, a sua consequência (aquisição das novas participações sociais e, se aplicável, dos créditos remanescentes) é cogente. Agora, na falta de cooperação/intervenção voluntária da contraparte (credor que passou a titular das novas participações sociais em causa), resta saber como solucionar essas situações. Note-se que tanto se poderá ter de suprir a falta de declaração para a alienação das novas participações sociais como, se aplicável (isto é, se existirem e, à partida, não se tratando de pagamento, mas antes de aquisição), de créditos remanescentes.

Uma primeira hipótese seria entender-se aplicável um regime similar à aquisição potestativa (cfr. artigo 490.º do CSC), mas esse é um regime excepcional (cfr. artigo 11.º do CC) e o artigo 6.º também não dá qualquer indicação (como poderia dar) de que a intenção do legislador foi respaldar-se nesse regime.

Uma outra hipótese será lançar mão dos termos previstos no artigo 830.º do CC, uma vez que está essencialmente em causa a falta da emissão de uma declaração de vontade do obrigado à transmissão.

Artigo 7.º

Processo de insolvência da sociedade

1. Caso a sociedade seja declarada insolvente, produzem-se os seguintes efeitos:
 - a) Caducam imediatamente, consoante os casos, a proposta prevista no artigo 3.º e os efeitos da deliberação prevista no artigo 4.º;
 - b) Estando pendente o processo de suprimimento judicial previsto no artigo 5.º, extingue-se a respetiva instância.

Comentário:

Caso a sociedade seja declarada insolvente, produzem-se os efeitos previstos nas alíneas a) e b). Prevalcem nesses casos os interesses e finalidades subjacentes ao CIRE sobre as finalidades subjacentes ao RJCCC.

Deve entender-se que, caso tenha sido obtido suprimimento judicial, e ainda assim tenha sido declarada insolvente a sociedade, prevalecem os efeitos desta última declaração, considerando que o suprimimento judicial produz os efeitos da deliberação (que não foi tomada) dos sócios; cfr. alínea a), parte final.

2. Uma vez registadas as alterações ao capital social nos termos da presente lei, a sociedade deve comunicar imediatamente as mesmas e o seu registo a qualquer processo de insolvência que se encontre pendente, extinguindo-se a respetiva instância, caso não haja ainda sido declarada a insolvência.

Comentário:

Após se encontrarem as alterações no capital social resultantes do disposto na deliberação social referida no número anterior (ou do respetivo suprimimento), o legislador pretende favorecer a manutenção da empresa, daí o disposto neste n.º 2.

Agora, a operativa do n.º 2 não exclui liminarmente poder ter havido registo das alterações sociais e, nomeadamente por não ter sido suficientemente lesta a comunicação ou por serem ocorrências quase simultâneas, ter ainda assim sido declarada a insolvência. Concorrendo ambos os factos na mesma situação, parece dever dar-se prevalência aos efeitos da declaração de insolvência, conforme artigo 7.º/1, a) e a salvaguarda final neste artigo 7.º/2.

Considerando o disposto no artigo 28.º do CIRE, nos termos do qual a apresentação à insolvência por parte do devedor (a sociedade) implica o reconhecimento por este da sua situação de insolvência, e devendo esta ser declarada até ao 3.º dia útil seguinte (ao da distribuição da petição inicial ou, existindo vícios corrigíveis, ao do respetivo suprimimento), a sociedade (respetiva administração) acabará por, em várias situações (sempre que a sociedade

se encontre efetivamente em situação de insolvência), poder ter o controle final do resultado do procedimento seguido ao abrigo do RJCCC, nomeadamente deixando correr o tempo e custos que o procedimento acarreta para todos os envolvidos para, num momento mais final, recorrer a um processo de insolvência nestes termos. Naturalmente, a apresentação do devedor à insolvência não desobriga o tribunal de analisar o caso e averiguar se efetivamente, em resultado dos elementos juntos ao processo pelo devedor, a sociedade se encontra insolvente, o que mitiga o risco de condutas abusivas do devedor (e da sua administração). Por outro lado, recorde-se que o artigo 3.º/1 não pressupõe a existência de uma situação de insolvência, e naturalmente que há princípios de boa-fé, etc, cuja infração pela sociedade ou seus administradores ou gerentes não deixarão de poder ter certas consequências. Em termos práticos, no entanto, pode por esta via frustrar-se, em vários casos, a utilidade do RJCCC.

Artigo 8.º
Entrada em vigor

A presente lei entra em vigor no dia seguinte ao da sua publicação.

Comentário:

Considerando que o diploma esteve um tempo considerável em discussão (e com um projeto de diploma publicamente acessível e sujeito a consulta pública, seguido da publicação da proposta de lei respetiva) e assim que o público em geral e, em especial, as empresas, seus sócios e credores, tiveram oportunidade de previamente se aperceberem que viria a existir um regime deste tipo, nada tenho a apontar à ausência de uma *vacatio legis* superior.