

de la venta bajo coste o precio de adquisición que a configurar su reproche. Como se ha reiterado en tantas ocasiones por los Tribunales y la doctrina, la LCD no puede utilizarse para calificar como desleales aquellas prácticas concurrenciales incómodas o molestas para el resto de los competidores.

DIEGO SOLANA (*)

PORTUGAL

OS MEDIA E A JUSTIÇA - BREVE REFLEXÃO A PROPÓSITO DE UM “MEGA PROCESSO”

Introdução ao problema

É vasta e conturbada a polémica em torno dos chamados processos mediáticos. Uma polémica que resulta das relações que se estabelecem entre a justiça e a comunicação social, especialmente em causa quando a firmeza e perseverança do tribunal se tornam objecto de permanente ponderação e apreciação públicas, como nestes casos tão comum se tem vindo a tornar.

Se tradicionalmente a cobertura mediática se encontrava reservada aos litígios que, envolvendo figuras públicas, não deixavam o público indiferente —e, por isso, de gerar receitas— a verdade é que, actualmente, os *media* têm vindo a conceder maior relevância àqueles processos que, de natureza cível ou criminal, e em atenção aos interesses atingidos ou a atingir ou aos factos em apreciação, apelam ao interesse e curiosidade do público, revelando-se particularmente polémicos, não só em vista da ressonância pública que por si só assumem, mas também do alarmismo social que a ela se associa.

É o caso dos chamados “mega processos”, a que os *media* dedicam as mais apelativas manchetes jornalísticas, uma realidade que se tem vindo a tornar cada vez mais comum na justiça portuguesa e a que a nossa experiência profissional não ficou indiferente.

Na verdade, a perturbação da justiça, e do normal decorrer de um processo judicial, por parte da comunicação social assume proporções que importa evidenciar, sobretudo porque a tranquilidade e serenidade essenciais aos vários intervenientes pro-

cessuais —e portanto a demandante e demandado ou à defesa e acusação— são consideravelmente postas em causa, nomeadamente quando em questão esteja um processo, que, pela sua singular natureza e consequências, sempre vem assumindo maior e mais premente protagonismo.

Na realidade, neste tipo de processos parece comum a tendência para inverter as posições em jogo. O tribunal, enquanto julga, desde cedo é avaliado pelo público, que, segundo as coordenadas diariamente avançadas pelos meios de comunicação social, aprecia —positiva ou negativamente— a firmeza e afinco judicial.

A esta situação acrescem, ainda, as já tão comuns situações em que a comunicação social não se limita à estrita divulgação de informação —seja esta divulgação legítima ou não—, mas antes se apresenta como uma verdadeira consciência moral do público, que com ele acusa, defende, julga e decide.

Um mega processo mediático - breve notícia

Foi exactamente isso que sucedeu num processo mediático de mega fraude fiscal (até hoje o maior julgado em Portugal) em que representámos uma empresa de grande relevo no respectivo sector económico e em que assumiu especial protagonismo a polémica em torno da responsabilidade penal das pessoas colectivas, amplamente discutida no âmbito do direito penal secundário.

A defesa da empresa arguida revelou-se, muito por causa dos *media*, uma tarefa de dificuldade acrescida, especialmente tendo em conta que a nossa representada foi como que presente a um duplo julgamento: um, em praça pública, em que se presumia culpada e um outro, no próprio Tribunal, em que se presumia inocente —o que, aliás, se veio confirmar através da absolvição em 1ª instância, apesar da condenação que repetidamente os *media* vinham anunciando.

Foi fundamental, por isso, e para bem acautelar os interesses da empresa em causa, adoptar uma linha estratégica de patrocínio e defesa, que forçosamente se teve de ajustar às necessidades de protecção da mesma, fossem elas dentro ou fora da sala de audiências, ou seja, quer no âmbito do tribunal, quer no dos *media*.

Assim, o facto de desde cedo os mais variados órgãos de comunicação social terem dedicado muitas e tendenciosas manchetes e notícias ao processo (saliente-se que o início do julgamento foi notícia

* Abogado del Departamento de Comunicación, Salud y Derecho Industrial de Uría & Menéndez (Madrid).

de abertura de todos os telejornais desse dia!) — cuja referência era, única e simplesmente, o nome de uma das empresas arguidas, precisamente a que representávamos e que era apenas uma de entre mais de cem arguidos, entre pessoas singulares e colectivas - impôs a adopção de diversas e necessárias medidas junto dos *media*: - num primeiro momento optou-se pela elaboração e envio de cartas para vários meios de comunicação que diariamente referiam o processo, mas pouco depois e já num segundo momento, foi necessário alterar essa situação — e bem, hoje podemos afirmar — a través do recurso a uma equipa de profissionais de comunicação que, desde essa altura, acompanhou o desenrolar da audiência de julgamento (que se arrastou por mais de oito meses, com várias e sucessivas sessões semanais).

A empresa de comunicação contratada ocupou-se, assim, e sempre em estreita colaboração connosco — como responsáveis do patrocínio e da defesa da empresa — dos contactos e elaboração de diversas notas e comunicados de imprensa que muito contribuíram para estabelecer o necessário equilíbrio entre a protecção pública, por um lado, e judicial, por outro, da empresa em causa.

De referir, ainda, será que quando se alude a este tipo de mega processos, em causa está uma realidade muito distinta da normal vivência de um tribunal, uma realidade bastante diversa daquela que serve de cenário a um vulgar processo judicial.

Os tribunais como os que falamos suscitam, desde logo, fenómenos bastante curiosos. Dentro das salas de audiência, muitas vezes “construídas” em estruturas que são adaptadas em instalações com dimensão própria para o efeito, como sucedeu no processo a que supra nos referimos, a multiplicidade de arguidos e advogados presentes — distribuídos estes por uma variedade de bancadas para tanto criadas — são um importante contributo para a enorme expectativa que nestes processos se vive. Em cenários como este todos os pormenores assumem uma inegável ressonância. Se o silêncio revela uma dignidade rara, significativos — e muito — são os momentos de intervenção judicial, especialmente importantes nestes casos, em que é fundamental uma voz autoritária que, sem se deixar intimidar por uma larga e evidente heterogeneidade de pessoas e sentimentos, imponha um tribunal respeitador mas respeitado e que, também assim, estabeleça uma justiça dinâmica e corajosa. Do mesmo modo, peculiar é também a forma como os advogados — no caso em questão, cerca de cem — se têm de organizar para acompan-

har e intervir em todas as fases que, em julgamentos como estes e com um ritmo e ritual muito próprios, naturalmente se vão sucedendo.

Os jornalistas e a especificidade dos processos de natureza criminal

No âmbito de processos de natureza criminal, um dos mais fundamentais princípios do nosso Estado de Direito Democrático, e que determina que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, encontra-se estabelecido no n.º 2 do artigo 32º da Constituição da República Portuguesa e surge reafirmado no Estatuto do Jornalista e na generalidade dos códigos deontológicos dos jornalistas europeus.

Muitas são as vozes que se levantam no sentido de defender que este princípio não se aplica, para este efeito, aos jornalistas, a quem apenas se impõe — dizem — o rigor da informação, incompatível com presunções de qualquer natureza. O jornalista deve tratar o arguido/suspeito com todo o rigor informativo, como suspeito da prática de um crime, como indiciado pela prática de um crime e alheio a quaisquer presunções, de culpa ou de inocência, reservando-se esta presunção legal unicamente ao juiz, a quem cabe a tarefa de julgar.

No entanto, o desrespeito por tais regras é tanto maior quanto maior é a pressão que nestes casos recai sobre os tribunais. Na verdade, e tendo em conta os juízos que desde cedo nestes processos se tecem, quer pelos *media*, quer pelo público, os julgamentos decorrem com uma grande expectativa social sobre a firmeza do tribunal, cuja decisão irá ser lida, apreciada e comentada por todos aqueles que — assumindo o papel de verdadeiros acusadores públicos ou ecos da consciência e moral pública — determinaram já, *quicá* antes mesmo de ter sido apresentada ou deduzida qualquer acusação, se houve crime e quem o cometeu.

O segredo de justiça

Outra das questões que, neste tipo de processos, não se pode ignorar é a que se prende com o segredo de justiça, cuja violação consubstancia a prática de um crime punido com a aplicação de uma pena de prisão até dois anos ou de multa até 240 dias, nos termos do artigo 371º do Código Penal.

O segredo de justiça encontra-se constitucionalmente consagrado, desde a revisão constitucional de 1997, no n.º 3 do artigo 20º da Constituição da

República Portuguesa, que estabelece que “A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça”, e existe com vista a assegurar a eficácia das investigações criminais e a dignidade e bom nome dos arguidos, razão pela qual o processo —penal— só é público a partir da decisão instrutória ou do momento em que esta já não possa ser requerida, conforme estabelece o artigo 86º do Código de Processo Penal.

Pois bem, como o mesmo artigo esclarece, “o segredo de justiça vincula todos os participantes processuais, bem como as pessoas que, por qualquer título, tiverem tomado contacto com o processo e conhecimento de elementos a ele pertencentes”. No entanto, esta não é a concepção que tem sido adoptada. Com efeito, se é pacífico o entendimento de que o segredo de justiça vincula toda a máquina judicial —magistrados, advogados, defensores, autoridades judiciais, funcionários de justiça, órgãos de polícia criminal, partes civis, testemunhas, peritos, consultores técnicos, entre outros, muitas são as vozes que se pronunciam no sentido de admitir que os jornalistas não devem ter impedimentos para que revelem as informações de que tomem conhecimento. Na verdade, é jurisprudência estabelecida que, para um jornalista ser inculcado por violação de segredo de justiça, terá de demonstrar-se (o que muitas vezes é difícil) que o mesmo teve contacto directo com o processo, pelo que se revela necessária a prova de que obteve a informação através de pessoas envolvidas no processo —caso em que estas poderão ser igualmente responsabilizadas.

Mesmo quando em questão estejam actos não abrangidos pelo segredo de justiça e que, por isso, sejam públicos, nomeadamente a própria audiência de julgamento, pode o juiz decidir —nos termos do artigo 87º do Código de Processo Penal e quando se presume que a publicidade causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso do acto— restringir a livre assistência do público ou que o acto, ou parte dele, decorra com exclusão da publicidade. É o caso dos chamados *juízos à porta fechada*, bastante comuns nos processos mediáticos, de que vimos a tratar, e em que os próprios magistrados reconhecem os malefícios que a comunicação social pode provocar na aplicação da justiça.

De referir, ainda neste âmbito, é o artigo 88º do aludido diploma legal, especialmente dedicado aos meios de comunicação social e que permite “a narração circunstanciada do teor de actos processuais que se não encontrem cobertos por segredo de justiça ou a cujo decurso for permitida a assistência do público em geral”, estabelecendo-se, claro está, diversos requisitos para

que tal narração possa revelar-se lícita, sob pena de se incorrer no crime de desobediência simples.

Breve notícia sobre a situação no Reino Unido e nos E.U.A.

Cientes dos perversos efeitos que a comunicação social e a mediatização da justiça podem acarretar e com vista a acautelar os mesmos, foram diversos os países que procederam já à adopção de medidas várias no sentido de salvaguardar a isenção e imparcialidade dos julgamentos e de, por isso, minorar os respectivos danos. No Reino Unido, por exemplo, foi criado o *contempt of court*, procedimento que permite que se possa impedir a divulgação de factos sobre processos judiciais em curso, quando tal divulgação possa significar um risco grave para a serenidade e imparcialidade do julgamento.

Também nos Estados Unidos da América —onde a interferência na justiça pelos órgãos de comunicação social assume outros níveis e criou acrescentado tipo de problemas— se criou a *gag order*, mecanismo semelhante ao que vigora no Reino Unido e que consiste numa proibição judicial (mais ou menos rigorosa) de se falar publicamente sobre um processo. Além disso, a *American Bar Association* aprovou, em 1968, o “*Fair Trial and Free Press Standards*”, uma compilação de regras e procedimentos a adoptar pelos polícias, procuradores, oficiais de justiça, juízes e advogados na sua relação com os *media*.

A situação em Portugal

Em Portugal —e apesar dos procedimentos estabelecidos no Estatuto da Ordem dos Advogados, relativos aos advogados e à discussão pública de questões profissionais— não foi criado, ainda, qualquer mecanismo legal deste tipo. Na verdade, na grande parte dos casos —mesmo naqueles em que se pode reconhecer ter existido uma inegável perturbação da justiça— a conduta assumida pela comunicação social acaba por sair incólume.

De todo o modo, de entre os caminhos a percorrer na defesa do interveniente processual visado, destaca-se o recurso à Alta Autoridade para a Comunicação Social (AACS), órgão independente que funciona junto da Assembleia da República a quem cumpre, entre outras atribuições, incentivar a aplicação, pelos órgãos de comunicação social, de critérios jornalísticos ou de programação que respeitem os direitos individuais e os padrões éticos exigíveis, que poderá apreciar, por iniciativa própria ou mediante queixa de qualquer pessoa —singular ou colectiva—, os comportamen-

tos susceptíveis de configurar violação das normas aplicáveis aos órgãos de comunicação social.

Cumprido sublinhar, ainda, a possibilidade de recurso a procedimentos criminais vários, nomeadamente contra o jornalista autor do texto ou da imagem em questão, bem como contra o director, director-adjunto ou subdirector, que, podendo, não se tenha oposto à respectiva publicação, pela eventual prática de crimes contra a honra e consideração (vulgarmente designados como crimes de abuso de liberdade de imprensa), nos termos do Código Penal e da Lei da Imprensa, Lei nº 2/99, de 13 de Janeiro.

Conclusão

O relacionamento da comunicação social e da justiça assume, como sinteticamente se referiu, contornos tão mais polémicos quanto maior é a mediatização do processo em questão —como é o caso dos aludidos mega processos. Importa, contudo, procurar evitar que —como se vem observando— o desenrolar de um processo judicial se torne o julgamento da própria justiça, pelo menos nos termos em que tal vem ocorrendo. E que, em situações como as relatadas e na perspectiva da melhor defesa e protecção —quer jurídica, quer económico-social—, sempre se dê primazia a uma imprescindível ponderação do interesse do representado. Na certeza, porém, de que a estratégia de actuação judicial tem, nesse tipo de processos, de ser igualmente auxiliada de uma não menos fundamental estratégia a acompanhar e desenvolver, paralela e simultaneamente, nos *media* e, sobretudo, através da colaboração estreita do advogado com profissionais de comunicação social devidamente habilitados para o efeito.

ASSUNÇÃO MAGALHÃES E MENEZES
E TITO ARANTES FONTES (*)

INSTRUMENTOS FINANCEIROS ESTRUTURADOS

A doutrina jurídica e económica de um modo geral, caracteriza os Instrumentos Financeiros Estruturados como sendo aqueles que combinam elementos típicos dos valores mobiliários, com características próprias dos instrumentos financeiros derivados. Em comum, estes instrumentos apresentam uma construção que assenta num determinado activo (o

activo subjacente). A este propósito escreve Randal Dood “*structured securities are a rapidly growing segment of the derivatives markets. They typically combine features of both conventional securities and derivatives. The term “structured” refers to attached or embedded derivative or derivatives*”.

Incluem-se nesta categoria, entre outros, os *warrants* autónomos, os certificados, os valores mobiliários convertíveis (incluindo, os valores mobiliários obrigatoriamente convertíveis e os valores mobiliários convertíveis por opção do emitente (*reverse convertibles*)) e os valores mobiliários condicionados por eventos de crédito (*credit-linked notes*).

Para além dos instrumentos enunciados a que corresponde um tipo legalmente definido, o actual regime jurídico português —artigo 1.º, alínea (g), do Código dos Valores Mobiliários (“Cód.V.M.”)— consagra a possibilidade de serem criados e oferecidos em Portugal instrumentos financeiros atípicos, desde que preenchidos os requisitos de qualificação estabelecidos naquele dispositivo legal: serem (i) documentos representativos de situações jurídicas homogêneas, (ii) susceptíveis de transmissão em mercado. No ponto seguinte comentaremos de forma breve a génese desta norma.

Evolução dos conceitos legais e dos mercados bolsistas

O advento dos Instrumentos Financeiros Estruturados em Portugal surge ligado à aprovação do regime jurídico dos *warrants* autónomos, através do Decreto-Lei nº 172/99, de 20 de Maio.

A introdução dos *warrants* constituiu um factor impulsionador do desenvolvimento do mercado de capitais nacional. Não obstante, o seu regime legal depressa se revelou insuficiente para abranger os instrumentos financeiros que entretanto, fruto da inovação financeira, e da forte concorrência dos mercados internacionais, haviam surgido.

Neste contexto, já em 2002, foram igualmente reconhecidos como valores mobiliários no direito português, os certificados, os valores mobiliários convertíveis e os valores mobiliários condicionados por eventos de crédito.

Apesar do contributo indiscutível destes novos instrumentos para a dinamização do mercado nacional, o legislador foi forçado a reconhecer os constrangimentos à sua evolução (e a inerente perda de competitividade) colocados pelo conceito legal típico de valor mobiliário consagrado na versão original do Cód.V.M., aprovado em Novembro de 1999.

* Advogados do Departamento Processual de Uría & Menéndez (Lisboa).

A diversificação dos instrumentos financeiros estruturados negociados em Portugal, ficou deste modo marcada pelo abandono do “princípio da tipicidade dos valores mobiliários” e a consagração, em seu lugar, de um “princípio de liberdade na criação destes valores”, que constituiu um dos pilares fundamentais da reforma do Cód.V.M. aprovada pelo Decreto-Lei nº 66/2004, de 24 de Março.

Assim, todos aqueles instrumentos financeiros (incluindo *turbo warrants*, *inline warrants*, *mini-long*, *mini-short*, *discount certificates*, *sprint certificates*, *double up certificates*, etc.) cuja negociação em mercado a funcionar em Portugal estivera até então vedada, por não se enquadrarem em nenhum dos tipos legalmente previstos, passaram a poder ser aí livremente oferecidos e negociados.

A introdução do “novo” conceito de valor mobiliário, foi ainda acompanhada por mudanças não menos importantes no panorama bolsista português, com a criação em 2003 do PEX, o primeiro mercado não regulamentado de valores mobiliários promovido por entidades privadas, gerido pela OPEX - Sociedade Gestora de Mercados de Valores Mobiliários Não Regulamentado, S.A. (“OPEX”), e a entrada em funcionamento, em 1 de Outubro de 2004, do Mercado Estruturados, o primeiro mercado não regulamentado do Grupo Euronext reservado exclusivamente à negociação de instrumentos financeiros estruturados, recentemente rebaptizado “*Easynext by Euronext Lisbon*”.

Regime jurídico

A matriz da regulamentação legal aplicável aos Instrumentos Financeiros Estruturados está contemplada no regime jurídico dos *warrants* autónomos previsto no Código das Sociedades Comerciais, no Cód.V.M., no Decreto-Lei nº 172/99, de 20 de Maio (com a redacção dada pelo Decreto-Lei nº 70/2004, de 25 de Março) e no Regulamento da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (“CMVM”) nº 05/2004, aplicável aos demais Instrumentos Financeiros Estruturados naquilo que não contrariar a respectiva regulamentação específica (Regulamento nº 7/2002 (certificados); Regulamento nº 15/2002 (valores mobiliários convertíveis); Regulamento 16/2002 (valores mobiliários condicionados por eventos de crédito)).

Adicionalmente, os Instrumentos Financeiros Estruturados estão também sujeitos ao regime geral aplicável, nomeadamente, em matéria de ofertas, admissão à negociação e deveres de informação,

consagrado no Cód.V.M. e respectiva legislação complementar, incluindo regulamentos da CMVM (Regulamento da CMVM nº 10/2000 (Ofertas e Emitentes); Regulamento da CMVM nº 04/2004 (Deveres de Informação), regulamentos e avisos da Euronext Lisbon e regulamentos e circulares da Interbolsa - Sociedade Gestora de Sistemas de Liquidação e de Sistemas Centralizados de Valores Mobiliários, S.A..

Nos pontos seguintes abordaremos sumariamente alguns dos principais aspectos do mencionado regime jurídico. Não referimos aqui o tratamento fiscal dos Instrumentos Financeiros Estruturados, não obstante constituir também este um factor essencial para a dinamização, competitividade e sucesso do mercado de capitais português neste domínio.

Emitentes

Os Instrumentos Financeiros Estruturados podem ser emitidos pelas entidades legalmente habilitadas para o efeito, incluindo bancos. Podem ainda emitir *warrants*, o Estado, sociedades de investimento e outras instituições de crédito e sociedades financeiras de corretagem (sem prejuízo das normas legais e regulamentares que regem as respectivas actividades, desde que previamente autorizadas pelo Banco de Portugal). Além destas, a CMVM pode, por regulamento, permitir que sejam emitidos Instrumentos Financeiros Estruturados por entidades que não se integrem em qualquer das categorias indicadas, desde que o cumprimento das suas obrigações seja assegurado por garantia adequada prestada por entidade idónea.

Activos subjacentes

Os activos subjacentes sobre os quais poderão ser emitidos Instrumentos Financeiros Estruturados estão tipificados no regime legal aplicável, incluindo, nomeadamente, valores mobiliários cotados, índices, índices de índices, cabazes de valores mobiliários, divisas, taxas de juro e mercadorias.

Admissão à negociação

Os Valores Mobiliários Estruturados podem ser admitidos à negociação em mercado regulamentado, no *Eurolist* (anteriormente denominado Mercado de Cotações Oficiais) gerido pela Euronext Lisbon, e em mercado não regulamentado, no PEX e no *Easynext*, geridos pela OPEX e pela Euronext Lisbon, respectivamente.

A admissão à negociação está sujeita ao cumprimento dos requisitos gerais e especiais estabelecidos na regulamentação aplicável ao mercado ao qual a admissão dos Valores Mobiliários Estruturados for solicitada.

Adicionalmente, a admissão à negociação de valores mobiliários, em mercado regulamentado e não regulamentado, depende de decisão da respectiva entidade gestora, mediante requerimento apresentado pelas entidades habilitadas para o efeito.

O pedido de admissão deve ser instruído com os elementos necessários para a prova dos requisitos acima mencionados. Em particular, previamente à admissão à negociação no caso do *Eurolist*, o emitente deverá divulgar um prospecto aprovado pela CMVM. Ao abrigo do artigo 144.º do Cód.V.M., a entidade emitente poderá submeter anualmente à aprovação da CMVM um prospecto de referência (“Prospecto de Referência”), contendo informação sobre a sua situação económica e financeira, que substitui parcialmente o prospecto exigível em posterior admissão à negociação ou em oferta pública de distribuição de valores mobiliários (“Prospecto Complementar”). O Prospecto de Referência é válido por um prazo de 12 (doze) meses contados dos documentos de prestação de contas anuais em que se baseie.

Conclusão. Perspectivas futuras

A curto prazo, as alterações mais aguardadas a nível legal respeitam à transposição para o direito interno português das directivas comunitárias, com particular destaque para a Directiva dos Prospectos (Directiva 2003/71/CE do Parlamento e do Conselho, de 4 de Novembro de 2003) cujo prazo de transposição termina em 1 de Julho de 2005, data a partir da qual será directamente aplicável em todos os Estados-Membros o Regulamento (CE) 809/2004 da Comissão, de 29 de Abril de 2004 que estabelece normas de aplicação da mencionada Directiva.

De acordo com o entendimento actual da CMVM, ainda que não expresso formalmente, os emitentes que até 1 de Julho de 2005 realizem ofertas públicas de valores mobiliários e/ou solicitem a sua admissão à negociação em mercado regulamentado a funcionar em Portugal, poderão optar entre a estrutura do prospecto consagrada na legislação nacional vigente (Cód.V.M. e Regulamento da CMVM nº 10/2000) ou, em alternativa, adoptar a estrutura prevista na legislação comunitária. Os emitentes que optem pela primeira solução, terão de alterar os respectivos prospectos, a partir de 1 de Julho de 2005, por

forma a obedecer ao modelo do mencionado Regulamento (CE) 809/2004.

Em termos de mercado, augura-se que o futuro traga para o mercado de capitais português não só novos instrumentos financeiros, como também novos emitentes e oferentes, que contribuam para o crescimento e sofisticação do investimento nacional.

CARLOS COSTA ANDRADE E ANA SÁ COUTO (*)

O NOVO REGIME DO ARTIGO 35º DO CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS

O regime do artigo 35º do Código das Sociedades Comerciais (“CSC”) insere-se no âmbito das medidas de protecção do capital social, traduzindo-se num dos corolários do principio da conservação do capital social, como forma de garantia patrimonial dos credores. Em concreto, o referido preceito legal respeita às situações de desequilíbrio patrimonial em caso de perdas resultantes da exploração da empresa.

O artigo 35º consta da redacção inicial do CSC de 1986, por força da transposição da Segunda Directiva sobre Direito das Sociedades (Directiva 77/91/CEE, de 13 de Dezembro de 1976 - “Segunda Directiva”). A vigência foi, no entanto, diferida face ao difícil panorama económico das empresas portuguesas.

A sua entrada em vigor através do Decreto-Lei nº 237/2001, de 30 de Agosto, foi envolta em grande polémica, quer pela forma como foi efectuada — no âmbito de um diploma legal que tinha em vista problemas distintos — quer porque não teve em conta a situação económica do país.

Assim, menos de um ano depois, a redacção do artigo 35º viria a ser mais uma vez alterada, através do Decreto-Lei nº 162/2002, de 11 de Julho (“DL 162/2002”). O regime consagrado neste diploma legal era, porém, muito mais gravoso, pois consagrava a dissolução imediata da sociedade que, durante dois anos consecutivos, registasse uma situação de perda de metade do capital social (capital próprio inferior a metade do capital social). Contudo, esta consequência apenas produziria efeitos a partir de 2005, com a aprovação das contas do exercício encerrado em 31 de Dezembro de 2004, por força do período de adaptação então concedido.

* Advogados do Departamento de Mercado da Capitais do Uría & Menéndez (Lisboa).

Finalmente, com a publicação do Decreto-Lei nº 19/2005, de 18 de Janeiro (“DL 19/2005”), procedeu-se a uma nova e muito esperada alteração ao regime do artigo 35º, que incluiu não só a alteração ao próprio artigo 35º, mas também aos artigos 141º e 171º do CSC.

O novo regime visou, essencialmente, eliminar a sanção da dissolução imediata das sociedades comerciais que, durante dois exercícios consecutivos, tivessem um capital próprio inferior a metade do capital social.

Pôs-se, assim, termo a uma longa discussão e contestação ao regime da dissolução imediata instituído pelo DL 162/2002, que se afigurava uma solução exagerada, sem consagração, nem na Segunda Directiva, nem nas legislações mais próximas da portuguesa, já que poderia representar uma solução não desejada pelos sócios e pelos terceiros, designadamente credores.

O novo regime legal

O novo regime do artigo 35º aproxima-se mais da Segunda Directiva que, no seu artigo 17º, impõe apenas o dever de convocação de uma assembleia geral no caso de se verificar uma situação de “*perda grave do capital subscrito*”, remetendo para as legislações dos Estados membros as soluções para remediar a referida situação. O legislador comunitário não impôs, pois, a adopção de qualquer medida para remediar a situação mas somente o dever de informar os sócios por forma a que estes, querendo, adoptem as medidas necessárias tendentes ao saneamento financeiro da sociedade.

O legislador português foi, porém, mais longe: para além do referido dever de informação interna consagrou, também, um dever de informação externa. Na verdade, o diploma em análise procedeu, igualmente, à alteração da redacção do artigo 171º do CSC que passou a prever a obrigação das sociedades por quotas, anónimas e em comandita por acções indicarem em todos os actos externos o montante do capital próprio sempre que este for igual ou inferior a metade do capital social.

O novo regime legal instituído pelo DL 19/2005 consiste, em resumo, no seguinte:

- (i) Instituição do dever do órgão de administração (gerentes, administradores ou directores) de convocar ou requerer a convocação de assembleia geral —consoante o tipo de sociedade—, quando se verificar estar perdida metade do capital social;
- (ii) Definição do conceito de perda do capital

social como a situação em que o capital próprio é igual ou inferior a metade do capital social;

(iii) Definição do momento em que compete aos membros do órgão de administração da sociedade convocar ou requerer a convocação de assembleia geral: (a) contas do exercício, (b) contas intercalares, e (c) qualquer momento em que haja fundadas razões para admitir que se verifica a perda de metade do capital social;

(iv) Imposição da obrigação de as sociedades publicitarem a situação de perda de metade do capital social em todos os seus actos externos;

(v) Admissão da redução do capital social apenas nos casos em que o capital social não se torne inferior ao capital próprio da sociedade.

Relativamente ao regime anterior, é de salientar que deixam de ser consideradas, para efeitos de apuramento da situação de perda de metade do capital social, apenas as contas do exercício, prevendo-se expressamente as contas intercalares. De notar, porém, que a alteração introduzida implica o risco de se considerarem como situações de perdas estruturais as perdas meramente fortuitas ou ocasionais, que ocorrem em toda a normal actividade comercial.

Por outro lado, o conceito de perda de metade do capital social passa a incluir a situação em que o capital próprio seja igual a metade do capital social, e já não apenas inferior, conforme fixava a anterior redacção da norma.

É de referir, ainda, que o órgão de administração deixou de ter o dever de mencionar a situação de perda de metade do capital social no relatório de gestão, obrigação que constava da anterior redacção do artigo. Os membros do órgão de administração passam agora a ter apenas a obrigação de fazer constar do aviso convocatório da assembleia geral as medidas referidas no número 3 do artigo em análise (dissolução da sociedade, redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio e realização de entradas pelos sócios para reforço da cobertura do capital).

É de notar, também que a obrigação de publicitação externa introduzida pelo DL 19/2005 poderá levantar problemas práticos para a normal actividade das sociedades. De facto, poderá implicar que as sociedades tenham de mudar, pelo menos uma vez por ano, os respectivos papel timbrado, facturas, recibos, entre outros documentos externos.

Finalmente, salienta-se, que as alterações introduzidas pelo novo regime legal produzem efeitos retroactivos a 31 de Dezembro de 2004, evitando, assim,

a dissolução imediata de um grande número de sociedades que encerraram o exercício de 2004 em situação de perda de metade do capital social pela segunda vez consecutiva.

Consequências do não cumprimento do novo regime legal

De acordo com o novo regime legal, a única obrigação dos membros do órgão de administração é a de dar conhecimento aos sócios e aos terceiros da situação de desequilíbrio financeiro da sociedade, quando esta se traduza em perda de metade do capital social.

Os membros do órgão de administração poderão ser civilmente responsáveis pelos prejuízos que o incumprimento daquela obrigação causar à sociedade, a terceiros ou aos próprios sócios, uma vez verificados os pressupostos de que depende a aplicação dos artigos 72º, 78º e 79º do CSC. No entanto —insista-se— essa responsabilidade restringir-se-á, necessariamente, ao incumprimento do mencionado dever de informação.

No que respeita à responsabilidade criminal, é de notar que até à data não foi aprovada qualquer alteração ao artigo 523º do CSC (nos termos da qual o não cumprimento do disposto no números 1 e 2 do artigo 35º constitui crime público, punível com pena de prisão até três meses e multa até noventa dias), por forma a adaptá-lo à nova redacção do artigo 35º.

Já no que respeita ao órgão de fiscalização, mantém-se o dever de alertar o órgão de administração para a situação de perda de metade do capital social, no âmbito dos deveres de prevenção e vigilância que lhe estão cometidos nos termos dos artigos 262º-A e 420º-A do CSC. O incumprimento deste dever acarreta responsabilidade civil, uma vez preenchidos os pressupostos previstos nos artigos 81º, 82º e 420º-A do CSC.

Finalmente, é de referir que os sócios apenas têm a obrigação de se pronunciar quanto às medidas constantes do aviso convocatório da assembleia geral. De facto, não estão obrigados a adoptar quaisquer medidas que visem o saneamento financeiro e o reequilíbrio patrimonial da sociedade, nem tão pouco a promover a dissolução da sociedade. Caso não sejam adoptadas quaisquer medidas, a única consequência traduz-se na obrigação de publicitação externa da situação de perda de metade do capital social.

Medidas com vista ao saneamento financeiro

O número 3 da actual redacção do artigo 35º refere, expressamente, três tipos de medidas: (i) a dissolu-

ção da sociedade; (ii) a redução do capital social para montante não inferior ao capital próprio; (iii) a realização de entradas pelos sócios para reforço da cobertura do capital.

No que respeita à dissolução, à semelhança do que já sucedia nas anteriores redacções do artigo em análise, esta medida continua a figurar em primeiro lugar embora, em regra, seja encarada como última *ratio*. Obedece ao regime geral do artigos 141º e seguintes do CSC.

Quanto à redução do capital social, mantém-se a possibilidade de reduzir o capital social para montante inferior ao mínimo legal, desde que essa redução fique condicionada à efectivação de um posterior aumento, nos termos do disposto no número 1 do artigo 96º do CSC.

No entanto, limita-se agora, expressamente, o montante da redução ao capital próprio da sociedade, ou seja, a redução do capital deve ser de montante igual ao valor da perda, de modo a que depois da operação de redução o capital próprio fique com um valor equivalente ao do capital social.

No caso da redução do capital ser de montante superior ao dos prejuízos, essa operação ficará sujeita ao regime geral do artigo 95º do CSC, nomeadamente quanto à autorização judicial.

Finalmente, no que respeita à realização de entradas pelos sócios, é de referir que as principais alterações se traduzem na eliminação da exigência da cobertura de, pelo menos, dois terços do capital social, bem como na eliminação da referência às entradas em dinheiro. Clarifica-se, assim, a admissão das entradas em espécie.

Continuam, assim, a admitir-se como medidas para remediar a situação de perda de metade do capital social o aumento do capital social —quer em dinheiro, quer em espécie— e a realização de prestações suplementares ou acessórias no caso das sociedades anónimas (sujeitas ao regime das prestações suplementares).

Conclusão

Conclui-se, assim, que o DL 19/2005 introduziu importantes e relevantes alterações ao regime do artigo 35º do CSC, das quais se destacam a eliminação da ameaçadora e muito contestada sanção da dissolução imediata, que foi substituída pela instituição do dever de publicitação da situação de perda de metade do capital social e do montante dessa perda em todos os actos externos.

Por outro lado, restringiu-se a obrigação dos membros do órgão de administração ao dever de informar os sócios da referida situação de perda de meta-de do capital social.

Desta forma, o legislador procurou assegurar, quer os interesses dos credores sociais, quer dos próprios sócios.

As restantes alterações introduzidas destinam-se, em geral, a clarificar algumas questões que poderiam suscitar dúvidas ao intérprete.

MAFALDA BARREIROS PAVIA (*)

LATINOAMÉRICA

LA NUEVA LEY DE QUIEBRAS DE BRASIL

La presente nota tiene por objeto el análisis de la Ley número 11.101 de 9 de febrero de 2005 (la “nueva Ley de Quiebras” o la “nueva Ley”) que introduce importantes cambios en la regulación de la quiebra empresarial conforme al Derecho brasileño (“quiebra”).

En virtud de las citadas modificaciones, se ha modernizado el arcaico sistema de quiebra brasileño quedando eliminado el procedimiento de *concordata* y creándose en su lugar dos nuevos sistemas en favor de la continuidad de las empresas: la *recuperación judicial* de empresas y la *recuperación extra-judicial* de empresas.

Asimismo, la nueva Ley ha transformado el sistema procesal de la quiebra, con el objetivo de modernizar la ejecución concursal. A tal fin se ha modificado el orden de prelación de créditos y se regula un procedimiento que agiliza la enajenación de los bienes del quebrado.

En los siguientes apartados se analiza cada una de las novedades citadas.

Recuperación judicial

La *recuperación judicial*, que sustituye al antiguo sistema de *concordata*, es objeto de regulación en el capítulo III, artículos 47 a 74, de la nueva Ley de Quiebras. A pesar de la eliminación de la *concordata*,

ta, el legislador toma algunos de los principios de aquella para disciplinar la *recuperación judicial*.

A continuación se hace análisis comparativo entre la *recuperación judicial* y la antigua *concordata* y se señalan las novedades que supone la *recuperación judicial*.

En primer lugar, cabe destacar que la *concordata* era un derecho de todo empresario siempre que se cumplieran las condiciones establecidas en la ley para solicitarla, con independencia de si existía o no posibilidad de recuperación económica. En cambio, sólo los empresarios que prueben que la reorganización de su actividad económica es viable, pueden acudir al sistema de *recuperación judicial*. De esta forma se evita que empresas que hayan constatado la imposibilidad de su recuperación económica, recurran a procedimientos concursales con el único fin de eludir el pago a sus acreedores.

En segundo lugar, se debe señalar que la *concordata* únicamente producía efectos frente a los acreedores quirografarios que son aquellos cuyos créditos no son privilegiados conforme el orden de prelación de créditos. Por el contrario, participan del plan de *recuperación judicial* que el acreedor debe presentar en el correspondiente proceso judicial todos los acreedores que integren el llamado “cuadro de acreedores” (compuesto por los acreedores que acrediten la existencia de un crédito contra el deudor).

Otro aspecto que merece ser destacado es el trato que se da al acreedor en la *recuperación judicial* con respecto a la *concordata*. En el caso de la *concordata*, se permitía al deudor proponer al acreedor la forma de pago, para lo cual podía modificar las condiciones de pago inicialmente pactadas dentro de los límites establecidos legalmente, quedando el acreedor obligado a aceptar las nuevas condiciones. De conformidad con el mecanismo de *recuperación judicial* regulado en la nueva Ley de Quiebras, no existe limitación legal para la negociación de las deudas con los acreedores pero el sistema de pago propuesto por el deudor se incluirá en el plan de *recuperación judicial* que debe ser aprobado por todas las clases de acreedores.

En cuanto a las novedades que la *recuperación judicial* supone, el artículo 50 enumera, de forma no exhaustiva, algunos medios de *recuperación judicial*, tales como la citada concesión de plazos y condiciones especiales para el pago de las obligaciones, la fusión, la escisión, la absorción y la transformación de la sociedad e incluso la constitución de nuevas filiales, la cesión de participaciones o acciones, la

* Advogada do Departamento de Direito Comercial do Uría & Menéndez (Oporto).