

Proibição de "assistência financeira" no contexto dos mecanismos de proteção de credores

PAULO DE TARSO DOMINGUES
PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DO PORTO

Sumário e indicações legislativas e bibliográficas

Sumário

1. Proibição da assistência financeira: fundamentos do regime. Análise crítica
2. O direito comunitário
3. O regime legal português: o artigo 322º CSC. Requisitos objetivos e requisito subjetivo
 - 3.1. Financiamento pela sociedade
 - 3.2. Subscrição ou aquisição de ações
 - 3.3. Nexó entre o financiamento e a subscrição/aquisição de ações
4. Exceções à proibição
 - 4.1. Operações correntes de Bancos
 - 4.2. Aquisição de ações pelo pessoal da sociedade
 - 4.3. Salvaguarda da intangibilidade do capital social
5. Regime sancionatório
6. Aplicação às SQ?
7. (Outros) casos duvidosos

-----OO-----

Código das sociedades comerciais

Artigo 322.º

Empréstimos e garantias para aquisição de acções próprias

1. Uma sociedade não pode conceder empréstimos ou por qualquer forma fornecer fundos ou prestar garantias para que um terceiro subscreva ou por outro meio adquira acções representativas do seu capital.
2. O disposto no n.º 1 não se aplica às transacções que se enquadrem nas operações correntes dos bancos ou de outras instituições financeiras, nem às operações efectuadas com vista à aquisição de acções pelo ou para o pessoal da sociedade ou de uma sociedade com ela coligada; todavia, de tais transacções e operações não pode resultar que o activo líquido da sociedade se torne inferior ao montante do capital subscrito

acrescido das reservas que a lei ou o contrato de sociedade não permitam distribuir.

3. Os contratos ou actos unilaterais da sociedade que violem o disposto no n.º 1 ou na parte final do n.º 2 são nulos.

A redação deste artigo foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 280/87, de 8 de julho e o n.º 3 foi retificado pelo Decreto-Lei n.º 257/96, de 31 de dezembro, que procedeu à seguinte retificação: No n.º 3 do artigo 322.º, onde se lê «que violem o disposto no número anterior são nulos» deve ler-se «que violem o disposto no n.º 1 ou na parte final do n.º 2 são nulos».

Redação original:

Artigo 322.º

(Empréstimos e garantias para aquisição de acções próprias)

1. Uma sociedade não pode conceder empréstimos ou por qualquer forma fornecer fundos ou prestar garantias para que um terceiro subscreva ou por outro meio adquira acções representativas do seu capital.
2. Os contratos ou actos unilaterais da sociedade que violem o disposto no número anterior são nulos.
3. É aplicável o disposto no artigo 316.º, n.os 4, 5 e 6.
4. Uma sociedade não pode adquirir acções próprias em seu nome e por conta de terceiros, mas pode adquirir acções próprias destinadas a distribuição ao seu pessoal ou das sociedades com as quais esteja em relação de domínio ou de grupo, devendo a distribuição ser feita no ano seguinte à aquisição.

Segunda Diretiva ou Diretiva do Capital:¹

Artigo 23.º [hoje, artigo 25.º]

1. Caso os Estados-Membros permitam que uma sociedade, directa ou indirectamente, adiante fundos, conceda empréstimos ou preste garantias para que um terceiro adquira as suas acções, tais operações devem realizar-se com observância das condições estabelecidas nos segundo, terceiro, quarto e quinto parágrafos.

As operações devem realizar-se sob a responsabilidade do órgão de administração ou de direcção, em condições justas de mercado, especialmente no que diz respeito aos juros pagos à sociedade e no que se refere às garantias que lhe são oferecidas pelos empréstimos e os adiantamentos a que se refere o primeiro parágrafo. A situação em termos de fiabilidade creditícia do terceiro ou, no caso de operações com múltiplas partes, de cada contraparte deve ter sido devidamente analisada. As operações devem ser submetidas pelo órgão de administração ou de direcção à aprovação prévia da assembleia geral que delibera em conformidade com as regras de quórum e de maioria definidas no artigo 40.º. O órgão de administração ou de direcção deve apresentar à assembleia geral um relatório escrito, indicando as razões da operação, o interesse da

¹ A Segunda Diretiva sobre sociedades, Diretiva 77/91/CEE, publicada no JO L 026, de 30/01/77 foi recentemente revogada e substituída pela Diretiva 2012/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, publicada no JO L 315/74, de 14 de novembro de 2012. Esta revogação insere-se na política, que está a ser seguida a nível comunitário, de consolidação oficial dos atos normativos que tenham sido objeto, no passado, de diversas alterações, como ocorreu com a Diretiva do Capital.

sociedade na realização dessa operação, as condições em que a operação é efectuada, os riscos que a operação implica para a liquidez e solvabilidade da sociedade e o preço a que o terceiro adquirirá as acções. O referido relatório deve ser enviado ao registo comercial para publicação em conformidade com o disposto no artigo 3.º da Directiva 68/151/CEE.

A assistência financeira global concedida a terceiros nunca deve ocasionar a redução dos activos líquidos para um nível inferior ao montante especificado nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 15.º, tendo também em conta qualquer redução dos activos líquidos que possa ter ocorrido em virtude da aquisição de acções próprias pela sociedade ou por sua conta em conformidade com o n.º 1 do artigo 19.º. A sociedade deve incluir no passivo do seu balanço uma reserva, cuja distribuição é vedada, no montante da assistência financeira global. Sempre que as acções próprias da sociedade, na acepção do n.º 1 do artigo 19.º, sejam adquiridas por um terceiro, ou as acções emitidas durante um aumento do capital subscrito sejam subscritas por um terceiro, através da assistência financeira da sociedade, essa aquisição ou subscrição deve efectuar-se a um preço justo.

2. O disposto no n.º 1 não se aplica às transacções que se enquadrem nas operações correntes dos bancos ou de outras instituições financeiras, nem às operações efectuadas com vista à aquisição de acções pelo ou para o pessoal da sociedade ou de uma sociedade coligada com ela.

Todavia, destas transacções e operações não pode resultar que o activo líquido da sociedade se torne inferior ao montante referido no n.º 1, alínea a), do artigo 15.º.

3. O disposto no n.º 1 não se aplica às operações efectuadas para a aquisição das acções mencionadas no n.º 1, alínea h), do artigo 20.º.

(a redacção do n.º 1 foi dada pela Directiva 2006/68/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Setembro de 2006)

Redacção original:

Artigo 23º

1. Uma sociedade não pode adiantar fundos, conceder empréstimos, ou prestar garantias para que um terceiro adquira as suas acções.

2. O disposto no n.º 1 não se aplica às transacções que se enquadrem nas operações correntes dos bancos ou de outras instituições financeiras, nem às operações efectuadas com vista à aquisição de acções pelo ou para o pessoal da sociedade ou de uma sociedade coligada com ela. Todavia, destas transacções e operações não pode resultar que o activo líquido da sociedade se torne inferior ao montante referido no n.º 1, alínea a) do artigo 15.º.

3. O disposto no n.º 1 não se aplica às operações efectuadas para a aquisição das acções mencionadas no n.º 1, alínea h) do artigo 20.º.

Bibliografia:

- ANDRADE, MARGARIDA COSTA – “Artigo 322.º”, em Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Almedina, Coimbra, vol. 5, 2012, p. 446-456;
- BAYONA GIMÉNEZ, RICARDO – *La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias*, Aranzadi, Navarra, 2002;
- FERNÁNDEZ DEL POZO, LUIS – “Revisión crítica de la prohibición de asistencia financiera (art. 81 LSA)”, *RdS*, 1994, 3, p. 169-189;
- FLORES DOÑA, MARÍA DE LA SIERRA – *Adquisición de acciones financiada por la sociedad*, Edersa, Madrid, 2006;
- LEITE, INÊS PINTO – “Da proibição de assistência financeira. O caso particular dos Leverage Buy-outs”, *Direito das Sociedades em Revista*, 2011, 5, p. 129-170;
- MARIMÓN DURÁ, RAFAEL – *La Asistencia Financiera de una Sociedad Limitada a sus Socios, Administradores y a Otras Sociedades de su Grupo*, Navarra, Aranzadi, 2006;
- OSÓRIO, JOSÉ DIOGO HORTA – *Da tomada do controlo de sociedades (takeovers) por leveraged buy-out e a sua harmonização com o direito português*, Almedina, Coimbra, 2001;
- ROCHA, MARIA VICTÓRIA RODRIGUES VAZ FERREIRA DA – *Aquisição de acções próprias no código das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 1994;
- SILVA, MARIANA DUARTE – “Assistência financeira – no âmbito das sociedades comerciais”, *RDS*, 2010, n.ºs 1/2, p. 145-236;
- TORRES, ISABEL PINHEIRO – *Da aplicação da proibição de assistência financeira às sociedades por quotas*, Tese de mestrado, inédita, UCP-Porto, 2011;
- TRABULO, RITA – “As acções próprias – O regime da aquisição de acções próprias e a prestação de assistência financeira para a aquisição de acções próprias”, *Temas de direito das sociedades*, coordenadores Manuel Pita, António Pereira de Almeida, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 355-494;
- VAQUERIZO ALONSO, ALBERTO – *Asistencia Financiera para la Adquisición de Acciones Propias*, Madrid, Civitas Ediciones, 2003;
- VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO – *Negocios con acciones y participaciones propias*, Lex Nova, Valladolid, 2000, “La adaptación del derecho español a la reforma de 2006 de la segunda directiva sobre la constitución y el capital de la sociedad anónima”, *Revista de Derecho de Sociedades*, 2008, 2, p. 117-139;
- VENTURA, RAÚL – “Acções próprias”, *Estudos vários sobre sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 337-408.
- VENTURA, RAÚL – “Auto-participação da sociedade: acções próprias”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 38, III, Almedina, 1978, p. 428-478;