

# CONFERÊNCIA

O Plano de Recuperação e Resiliência  
para a Justiça Económica  
e a transposição da Diretiva  
2019/1023, do Parlamento  
Europeu e do Conselho

17 Novembro

2021

*E-book*



REPÚBLICA  
PORTUGUESA

JUSTIÇA

# **FICHA TÉCNICA**

**Título:** Conferência “O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho”

**Edição:**

[Ministério da Justiça](#)

[Secretaria-Geral do Ministério da Justiça](#)

**Coordenação:**

Gabinete da Ministra da Justiça

Divisão de Apoio Especializado da Secretaria-Geral do Ministério da Justiça (SGMJ)

**Colaboração:**

Alexandra Louro (Chefe de Divisão de Apoio Especializado da SGMJ)

Graça Correia (Técnica Superior da Divisão de Apoio Especializado da SGMJ)

Sara Soares (Técnica Superior da Divisão de Apoio Especializado da SGMJ)

**Revisão final:**

Cátia Araújo (Técnica Especialista do Gabinete do Ministro de Estado, da Economia e da Transição Digital)

Fernando Taínhas (Adjunto do Gabinete da Ministra da Justiça)

**Ano de publicação:** 2022

# ÍNDICE

Introdução .....	3
Abertura da Conferência .....	5
As Alterações ao Processo Especial de Revitalização: um novo processo? .....	13
Exoneração do Passivo Restante - o novo período de cessão, suas vicissitudes e a liquidação do ativo superveniente .....	68
As Medidas Concretizadoras do Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e outras aceleradoras da marcha processual .....	79
Encerramento .....	100

# Introdução

Considerando a conjuntura económica, decorrente da pandemia originada pela doença COVID-19, e a subsistência de constrangimentos jurídico-processuais, o Governo, dando cumprimento ao previsto no «Plano de Recuperação e Resiliência - relativo à «Justiça Económica e Ambiente de Negócios», apresentou à Assembleia da República a Proposta de Lei n.º 115/XV/3.<sup>a</sup>, que, no essencial, visava imprimir maior agilidade aos processos de insolvência e de recuperação, tornando, assim, o sistema de justiça económica mais eficaz e resiliente, em benefício de empresas, trabalhadores e credores.

Simultaneamente, a proposta de lei visava, igualmente, transpor a Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, introduzindo relevantes alterações no regime vigente do Processo Especial de Revitalização ordenadas à recuperação de empresas viáveis, bem como no instituto da exoneração do passivo restante, garantindo de forma mais rápida o acesso dos devedores insolventes, que sejam pessoas singulares, a uma segunda oportunidade.

Tendo em vista fomentar o debate na sociedade civil em torno da referida proposta de lei, designadamente junto das empresas, trabalhadores, credores, profissionais do foro e demais interessados nas matérias da recuperação de empresas e insolvência, o Ministério da Justiça promoveu, no dia 17 de novembro de 2021, uma conferência intitulada “O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho”, que, contando com eminentes especialistas nesta área do Direito, pretendeu ser um fórum público de discussão das diversas soluções vertidas no projeto.

Realizada a mencionada conferência e já publicada em Diário da República a Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro<sup>1</sup>, o Ministério da Justiça decidiu publicar em formato e-book as intervenções das Senhoras e Senhores Oradores que tendo participado na conferência tiveram, além do mais, a generosidade de partilhar, conforme os casos, notas das suas apresentações, o seu suporte escrito ou, então, textos reflexivos construídos *a posteriori* sobre a versão final do diploma.

<sup>1</sup> que estabelece medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento, transpõe a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, e altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, o Código das Sociedades Comerciais, o Código do Registo Comercial e legislação conexa.

A publicação do presente *e-book* pretende, em síntese, documentar para futuro a discussão jurídica em torno da proposta de lei que originou a Lei n.º 9/2022, na convicção de que estes textos poderão também constituir elemento relevante para a interpretação da referida lei.

# Abertura da Conferência



## MINISTRA DA JUSTIÇA

Francisca Van Dunem



[Sessão da manhã](#) (minutos: 13:43 a 38:30)

Muito bom dia a todos,

A justiça económica assume, no contexto maior do sistema de justiça, um papel fulcral para o desenvolvimento harmonioso e sustentável da economia de um Estado. Uma justiça económica que responda, com prontidão, às necessidades de resolução de litígios de empresas, investidores e trabalhadores garante uma economia mais resiliente, como se diz hoje, e mais capaz de atrair investimento estrangeiro, que potencie o emprego e as oportunidades de negócio.

Nessa medida, o Governo tem vindo a desenvolver, de forma continuada, desde a anterior legislatura, um trabalho no sentido de melhorar o ambiente de negócios e resolver dificuldades associadas ao endividamento das famílias.

Eu queria aqui fazer notar que cerca de 70% dos processos de execução, que nós tínhamos pendentes, eram relacionados com endividamento de famílias e, portanto, essa é efetivamente uma dimensão, também, da justiça económica a que é necessário dar uma atenção particular.

Mas o Governo começou a trabalhar, primeiramente, sob a égide do “Programa Capitalizar” e, nesse contexto, criou um conjunto de instrumentos de que eu referiria, em primeiro lugar, um instrumento próprio para a reestruturação da dívida das pessoas singulares. E aí está a questão das insolvências das pessoas singulares e das dúvidas que havia sobre a possibilidade de aplicação do PER (Processo Especial de Revitalização) às pessoas

singulares. E, portanto, chamou-se a isto PEAP - Processo Especial para Acordo de Pagamento. E criou, também, um novo mecanismo extrajudicial de recuperação de empresas, o RERE (Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas).

Paralelamente e ao mesmo tempo que se retirou do PER as pessoas singulares, credibilizou-se o PER, que tinha sido criado já em 2012 - portanto não é uma conquista do "Capitalizar" - numa lógica de impedir que as empresas insolventes recorressem abusivamente a esse instrumento, que era na altura o diagnóstico que se fazia.

Paralelamente, criou-se a figura do mediador de recuperação de empresas, que é alguém que num contexto de uma situação de recuperação pode ajudar o empresário a encontrar caminhos. E finalmente, queria também referir aqui, criou-se um sistema de alerta precoce.

Tudo isto acontece entre 2017 e 2019.

Entretanto, mais recentemente e na sequência da inesperada e repentina crise económica provocada pela Covid-19, o Governo foi adotando várias medidas de apoio às empresas e de apoio aos cidadãos, visando, obviamente, preservar a atividade económica e, consequentemente, o emprego. E dessas medidas as mais conhecidas são, como sabem, as moratórias ou o regime de lay-off simplificado.

Mas neste plano da justiça económica em particular e, obviamente, a acrescer a outros mecanismos de recuperação de empresas foi criado um processo especial de viabilização de empresas, o PEVE 1 (Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas). Porquê? Porque nós entendemos que havia um conjunto de mecanismos que serviam para o período de normalidade, mas que aquela circunstância específica justificaria que se criasse um mecanismo muito particular para responder às dificuldades das empresas que entravam em dificuldades apenas por causa da pandemia.

E, simultaneamente, pensou-se que era necessário injetar dinheiro na economia. E, para esse efeito, instituiu-se os rateios parciais obrigatórios em todos os processos de insolvência pendentes, em que houvesse um produto de liquidação superior a € 10 000,00 e cuja titularidade não fosse controvertida. Ou seja, nestes casos em que havia já dinheiro e em que não havia dúvidas sobre a titularidade, a quem se devia entregar, obviamente não se esperava pelo final, mas passou-se a fazer rateios parciais. Esta medida foi, no entanto, criada no contexto da Covid e como medida provisória - e vamos ver qual é a evolução que ela depois começa a ter. Este mecanismo

---

<sup>1</sup> Através da Lei n.º 75/2020, de 27 de novembro

específico, obviamente, revelou-se de grande importância nesta altura da crise, na medida em que permitiu libertar recursos financeiros que de outra maneira ficariam cativos no processo de insolvência. Eu queria aqui dar nota de que até meados do mês passado tinham sido publicados cerca de 850 mapas de rateio.

E estávamos a falar das intervenções que tivemos, intervenções muito particulares, associadas à crise provocada pela Covid-19.

A proposta de lei que, obviamente, deu o mote a esta Conferência assim como o PRR (Plano de Recuperação e Resiliência) insere-se, no fundo, nesta linha de ação - e que é uma mesma linha - que tem por objetivo continuar a robustecer um conjunto de institutos que já existem, no âmbito da justiça económica e sobretudo eliminar entropias e permitir que esses institutos possam não só ser conhecidos, como ser usados pelas empresas e pelos particulares/pessoas singulares que deles necessitem.

Este diploma, esta proposta de lei estrutura-se, assim, em três pilares fundamentais. Um deles tem a ver com a execução de medidas do Plano de Recuperação e Resiliência e queria chamar aqui a atenção para o seguinte: o Plano de Recuperação e Resiliência não é apenas um pacote financeiro. O Plano de Recuperação e Resiliência é um pacote que envolve reformas profundas nas áreas que foram identificadas do Semestre Europeu como sendo áreas carecidas de intervenção e, obviamente, envolve também, a par, um envelope financeiro que tem a ver com medidas que têm impacto financeiro que é preciso adotar no contexto dessas reformas.

E, portanto, há um conjunto de medidas legislativas que estão integradas, previstas, na Componente 18 do PRR, que se intitula «Justiça Económica e Ambiente de Negócios», e que visam simplificar a tramitação dos processos de insolvência e de recuperação. Este é o primeiro pilar, digamos, da proposta;

o segundo é a transposição de uma Diretiva muito relevante, da União Europeia (UE), sobre a reestruturação preventiva e o perdão de dívidas;

e o terceiro foi, no fundo, o aproveitar a oportunidade, foi aquilo que aconteceu, para introduzirmos algumas normas que clarificam aspetos processuais ou aspetos substantivos sobre os quais há imprecisão na lei ou necessidade de intervenção em função de decisões já tomadas, nomeadamente, pelo Tribunal Constitucional.

Eu ia agora entrar um pouco no detalhe das medidas que se enquadram nos vários pilares. E no que diz respeito às medidas do PRR eu começaria por destacar:

a redução da restrição ao exercício de funções de administrador judicial, mediante a eliminação da fixação obrigatória do número de candidatos ao estágio a ministrar em cada processo de recrutamento;

depois, a atribuição ao administrador da insolvência da responsabilidade de, conjuntamente com a lista de créditos reconhecidos, apresentar uma proposta de graduação, permitindo ao juiz, em caso de concordância com

esta proposta e, obviamente, desde que não haja impugnações, limitar-se a homologar os dois documentos, agilizando-se, assim, a tramitação processual;

em terceiro lugar, a atribuição ao administrador da insolvência da tarefa de elaborar um plano de liquidação de venda de bens que constituem a massa insolvente, com metas temporalmente definidas, porque o tempo é, de facto, um dos grandes problemas que nós temos do ponto de vista processual, seja nesta área seja noutras;

e, finalmente, a consagração definitiva dos rateios parciais obrigatórios que tinham sido instituídos provisoriamente no quadro das medidas provisórias decretadas no âmbito da Covid.

No essencial são um conjunto de medidas que visam responder às entropias diagnosticadas nas fases de liquidação do ativo e de verificação do passivo do devedor, no processo de insolvência, com impacto na fase do pagamento dos credores. Porque, de facto, há aqui uma lógica que é importante e é a recuperação do valor. Nós temos a constatação de que, quando as empresas deixam arrastar uma situação crónica de grandes dificuldades, não utilizam os instrumentos preventivos que têm, chegam à fase insolvencial e é extremamente difícil os credores recuperarem os respetivos créditos. As taxas de recuperação são baixíssimas, são na ordem dos 4%, portanto, isto é efetivamente dramático quer para empresas quer para os credores.

Esta proposta, num segundo plano, dá cumprimento à obrigação de transposição daquela Diretiva, de que já lhes falei, que é a de reestruturação e perdão de dívidas, que obviamente se traduz logo, em primeira linha, em ajustamentos ao PER. Porquê? Esta Diretiva sobre a reestruturação preventiva contém um conjunto de obrigações que Portugal, de alguma forma, já havia concretizado e assumido no âmbito do “Capitalizar” e, portanto, nós não tivemos que transpor tudo, mas, de alguma maneira melhorar, se assim se pode dizer, ou fazer confluir, tornar mais congruente com a Diretiva alguns instrumentos que já tínhamos e criar outros. E, portanto, a primeira coisa que fizemos foi ajustar as regras do PER, assegurando a sua plena conformidade com a Diretiva.

Uma das principais notas de inovação desta Diretiva consiste na obrigação de regras que obrigam à classificação dos credores afetados pelo plano de recuperação em categorias distintas, em função da existência de suficientes interesses comuns. Em consequência, nós tivemos também que definir as correspondentes regras - novas regras - de formação de maiorias de aprovação do plano de recuperação, reiterando a regra dos dois terços dos votos emitidos. Isto é um princípio que a Diretiva estabelece, mas que permite alguma margem de modelação dos Estados.

E nós aqui, em Portugal, por considerarmos que é uma medida que rompe com a tradição jurídica nacional e, também, por considerarmos a particular condição do nosso tecido económico, formado essencialmente por micro,

pequenas e médias empresas, permitimos que este universo pudesse optar por não tratar as partes afetadas em categorias distintas de credores, sendo-lhes aplicável as regras vigentes de aprovação por maiorias de credores.

Queria também referir, porque é relevante no contexto desta transposição, a obrigatoriedade de suspensão das medidas de execução na pendência das negociações entre a empresa e os seus credores - como é óbvio, isto é perfeitamente compreensível, já tínhamos previsto isso num contexto determinado, mas aqui há de facto e este diploma é obviamente para durar, não é uma lei temporária: mas obsta-se à instauração de quaisquer ações executivas para cobrança de créditos contra a empresa, durante o período das negociações – esse período não pode ultrapassar os quatro meses – e são suspensas as execuções que já estejam em curso, com idêntica finalidade.

Faço aqui notar que estão excluídas deste regime de suspensão, de ação executiva, as ações executivas pendentes para cobrança de créditos de trabalhadores, em homenagem, obviamente, às finalidades particulares dos créditos laborais.

Depois, alarga-se também o conceito de contratos executórios essenciais, protegidos no âmbito do PER. Antes, no PER, nós já prevíamos que esse conceito abrangesse os serviços públicos essenciais, mas nós agora alargamos e consideramos todos os contratos referentes ao prosseguimento de atividades que sejam necessárias, à continuação, ao exercício corrente da atividade da empresa, garantindo, durante o período de suspensão - esse período de suspensão, no fundo, de proteção da empresa - assegurando que ela não vê cortados os serviços essenciais, assegurando que durante esse período não se pode colocar termo aos contratos de fornecimento de serviços essenciais com fundamento exclusivo na falta de pagamento. É normal, se a empresa está em dificuldades, é natural que não possa fazer determinados pagamentos, mas cortar-lhe a possibilidade de obter serviços essenciais à sua atividade é, de alguma forma, matá-la à partida.

Obviamente nós percebemos que há outro lado, nós estamos a dizer os fornecedores devem continuar a fornecer e não podem executar apenas com base na falta de pagamento. Mas, em contrapartida, garante-se que o preço, que o custo desses bens essenciais à atividade da empresa, que foram prestados durante esse período, são considerados dívida da massa insolvente no processo de insolvência que venha a ser decretado nos dois anos posteriores ao termo do prazo de suspensão das medidas de execução.

Depois, tendo em vista a proteção da empresa e à semelhança do que acontece hoje quanto à insolvência, estabeleceu-se a nulidade das cláusulas contratuais que: atribuam ao pedido de abertura do PER; à efetiva abertura do PER; ao pedido de prorrogação da suspensão das medidas de execução ou à sua concessão, o valor de condição resolutiva do negócio ou que, nesse caso, confirmam à parte contrária um direito de indemnização,

de resolução ou de denúncia do contrato. Esta norma aplica-se a situações muito concretas e prende-se, no fundo, com a proteção das empresas e também com a proteção dos credores.

Continuamos ainda no segmento da transposição da Diretiva, mas, em cumprimento das obrigações de transposição, densificou-se o conteúdo do plano de recuperação, que passa agora a incluir, nomeadamente, uma exposição de motivos, que tem a descrição das causas e da extensão das dificuldades da empresa e deve também, esse plano, explicar as razões pelas quais se considera que existe uma perspetiva razoável de o plano de recuperação evitar a insolvência daquela empresa em concreto e de garantir a sua viabilidade.

Consagra-se, ainda, numa resposta que, no fundo, já foi adotada no caso do PEVE, a obrigatoriedade de o administrador judicial provisório remeter ao Tribunal, com a documentação do resultado da votação dos credores, um parecer fundamentado sobre se o plano apresenta perspetivas razoáveis de evitar a insolvência da empresa ou perspetivas de assegurar a sua viabilidade. O juiz, na decisão de homologação, deve aferir da razoabilidade dessas perspetivas que lhe são apresentadas e elas devem funcionar como fundamento para a homologação do plano aprovado.

Por força destas alterações, e em síntese, a homologação de um plano de recuperação em PER passa a ficar dependente da formulação de um juízo de prognose positivo da aptidão do plano de recuperação para evitar a insolvência da empresa ou para garantir a sua viabilidade.

De acordo com a Diretiva - que reflete um juízo económico que nos parece perfeitamente adequado - apenas as empresas viáveis devem ter acesso aos instrumentos de recuperação preventiva. Ou seja, só as empresas viáveis é que devem ser objeto de recuperação, as demais, aquelas que são manifestamente inviáveis, devem ser liquidadas no mais curto espaço de tempo para benefício da economia e para proteção de credores e trabalhadores.

E esse objetivo de salvação das empresas viáveis conduziu, também, à criação de regras de proteção do financiamento da empresa, no decurso do PER ou na execução do plano de recuperação aprovado. E, nesse quadro, assegura-se que aqueles credores que financiem a atividade da empresa e que disponibilizem capital para a sua revitalização - que é, de facto, uma das grandes dificuldades que normalmente essas empresas têm, é a capitalização no momento da dificuldade - quem é que injeta dinheiro numa empresa em dificuldade? E, portanto, aquilo que se fez foi considerar que os credores que financiam a atividade da empresa e que disponibilizam capital para a sua revitalização gozam de um crédito sobre a massa insolvente; um crédito até ao

valor correspondente a 25% do passivo não subordinado do devedor à data da declaração da insolvência, se esta ocorrer no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão de homologação.

Mas estabelece, também, que os créditos disponibilizados a empresas nestas condições e acima daquele valor, gozam de um privilégio mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores que é ainda extensível aos sócios. E com esta medida, em particular, como referi já, aquilo que se pretende é criar um incentivo ao investimento das empresas, designadamente por parte dos sócios.

Esta Diretiva impõe, ainda, que se assegure o acesso dos devedores a instrumentos de alerta precoce - e eu disse-lhes que nós tínhamos já, no âmbito do “Capitalizar”, criado esse instrumento. Portanto, basicamente, aquilo que os instrumentos de alerta precoce visam é alertar para a existência de circunstâncias suscetíveis de configurar um risco, uma probabilidade de insolvência e que permitam avisar os devedores no sentido de eles agirem sem demora.

Nós estávamos já alinhados, nessa matéria, com a legislação europeia, uma vez que tínhamos trabalhado nisso no âmbito do “Capitalizar”, mas, não obstante, por forma a garantirmos a transposição integral da Diretiva procedeu-se ao alargamento do mecanismo de alerta precoce a todas as empresas - não apenas às micro, pequenas e médias empresas - mas incluímos, também, as empresas que não evidenciem sequer sinais de atividade.

Ainda a Diretiva, que é de facto muito extensa, no âmbito da exoneração do passivo restante, o designado - ou normalmente chamado - “perdão das dívidas”, aplicável a pessoas singulares, sejam elas empresárias ou não, procedeu-se à redução significativa do prazo de cessão de cinco anos para trinta meses, o que vai permitir o acesso mais rápido de um devedor insolvente a uma segunda oportunidade. Nós tínhamos um prazo de cinco anos e aquilo que fizemos foi propor a redução do prazo para trinta meses, para que a pessoa possa regressar a ter a sua atividade normal e, no fundo, ter mais cedo uma segunda oportunidade de reiniciar a sua vida.

Mas, para além da redução desse prazo, prevê-se a possibilidade de, finda a liquidação do ativo, ser ainda possível, e durante o período de cessão, o fiduciário apreender e vender os bens que integram o património do devedor e, posteriormente, afetar o produto da venda aos credores, nos mesmos moldes do rendimento disponível, evitando a criação de situações de enriquecimento sem causa.

Por último, a proposta tem, como disse logo no início, um conjunto de alterações ao CIRE - Código da Insolvência e Recuperação de Empresas - que, no essencial, aquilo que pretendem fazer é clarificar aspectos substantivos e aspectos processuais sobre os quais existe imprecisão na lei, dissenso na jurisprudência ou na doutrina, evitando, obviamente, o arrastamento injustificado e não desejável da litigância e consequente elevação da tutela dos credores e devedores.

E entre essas alterações, que foram determinadas por este elenco de razões, que eu aqui enunciei, basicamente, o conhecimento das orientações jurisprudenciais e as dificuldades que há na prática de aplicação de certos institutos, destaca-se: o esclarecimento da natureza taxativa do elenco de créditos subordinados; o reforço da transparência dos procedimentos a adotar pelos administradores judiciais quanto aos recebimentos para a massa insolvente; e a atribuição aos administradores judiciais da incumbência de apresentar uma proposta de rateio final – o que, de resto, corresponde a uma prática hoje já corrente nos nossos tribunais.

Esta minha exposição foi muito extensa, mas eu pretendi fazer aqui, de um modo mais exaustivo possível, a explicitação de todas as matérias que integram esta proposta de lei, que do nosso ponto de vista é fundamental para os tempos que se avizinharam. Para a estabilização económica de um tecido que já era frágil e que conheceu um estremecimento muito forte agora no contexto da pandemia.

Eu finalizo, deixando uma palavra de vivo reconhecimento às Senhoras e Senhores oradores e moderadores, que sei que são reputados especialistas em matéria de Direito da Insolvência e da Recuperação, e que tiveram a gentileza, a generosidade, de aceitar o nosso convite para intervir nesta conferência. E queria, obviamente, agradecer a participação e a presença de todos os que quiseram intervir, seja presencialmente seja à distância através do sistema de videoconferência.

Desejo a todos uma boa sessão de trabalhos e uma profícua discussão em torno destes temas que, penso que como viram, são essenciais para o desenvolvimento económico e para o futuro de Portugal.

Muito obrigada.

# As Alterações ao Processo Especial de Revitalização: um novo processo?



Moderador  
**Nuno Lousa**

Advogado



**Catarina Serra**

Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho e Juiz Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça



**Fátima Reis Silva**

Juiz Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa



**David Sequeira Dinis**

Advogado



**Jorge Calvete**

Administrador Judicial

## As Alterações ao Processo Especial de Revitalização: um novo processo?



Catarina Serra

Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho e Juiz Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça

 [Sessão da manhã](#) (minutos: 45:24 a 1:08:55)

### Formação de categorias e aprovação do plano de recuperação no quadro do Processo Especial de Revitalização - Primeiras observações críticas à Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro

#### 1. Notas iniciais

Não podendo o presente texto transcender a abordagem do tema a que está subordinado, deixam-se, apesar de tudo, três breves notas sobre a Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro<sup>1</sup>, em geral - uma nota de enquadramento e duas notas críticas<sup>2</sup>.

A Lei n.º 9/2022 visa, em primeira linha, a transposição da Diretiva sobre reestruturação e insolvência<sup>3</sup> para o ordenamento jurídico português. Como se reconheceu noutra altura, a Diretiva tem uma extensão e um grau de complexidade consideráveis<sup>4</sup>. Na versão impressa, ela ocupa um total de trinta e oito páginas, correspondendo metade aos considerandos e a metade restante ao articulado e dividindo-se este em seis títulos: disposições gerais (cfr. arts. 1.º e 2.º da Diretiva); regimes de reestruturação preventiva (cfr. arts. 3.º a 19.º da Diretiva); perdão de dívidas e inibições (cfr. arts. 20.º a 24.º da Diretiva); medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas (cfr. arts. 25.º a 28.º da Diretiva); acompanhamento dos processos relativos à reestruturação, à insolvência ao perdão de dívidas (cfr. arts. 29.º e 30.º da Diretiva) e disposições finais (cfr. arts. 31.º a 35.º da Diretiva).

<sup>1</sup> Trata-se da Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, que estabelece medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento, transpõe a Diretiva (UE) 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, e altera o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, o Código das Sociedades Comerciais, o Código do Registo Comercial e legislação conexa.

<sup>2</sup> O presente texto tem a sua origem na intervenção oral realizada no dia 17 de novembro de 2021 na Conferência “O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a Transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho”, organizada pelo Ministério da Justiça e realizada no Auditório da Polícia Judiciária (Lisboa). Comentava-se, na altura, ainda a Proposta de Lei n.º 115/XIV/3.ª (Gov), na versão da Proposta de alteração do PS + PSD (<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=121187>).

<sup>3</sup> Trata-se, naturalmente, da Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 (Diretiva sobre reestruturação e insolvência).

<sup>4</sup> Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2021 (2.ª edição), pp. 560 e s.

A Diretiva não deixa intocada nenhuma área do Direito da Insolvência. E mais: tomando as empresas como seus destinatários principais ou naturais, a Diretiva produz ainda um impacto direto sobre princípios e regras de ramos do Direito que com as empresas contendem, como o Direito das Sociedades<sup>5</sup> e o Direito do Trabalho. Por isso, só um legislador que tenha pleno domínio do Direito da insolvência, designadamente no plano do Direito comparado (espáciao-temporal), pode compreender todas as opções e fazer as escolhas certas.

A maior dificuldade na transposição da Diretiva é o seu carácter minimalista e, consequentemente, a liberdade que deixa aos legisladores nacionais. De facto, algumas medidas não são obrigatórias e as que o são consistem, na maioria das vezes, na imposição de limiares mínimos. Também é usual as medidas compreenderem ressalvas ou admitirem a possibilidade de derrogações. Isto transforma as medidas obrigatórias, na prática, em medidas alternativas ou mesmo facultativas. Em particular no âmbito da reestruturação de empresas, e contrariando as expectativas, não se disponibiliza um modelo normativo, mas somente um catálogo de medidas ou uma caixa de ferramentas (*tool box*), que os Estados-membros são livres de acolher com variações e combinar como quiserem.

Tudo isto põe em causa o propósito de, através da Diretiva, se atingir “*um maior grau de harmonização*”, tal como enunciado no considerando 8 da Diretiva e, naturalmente, aumenta a responsabilidade dos legisladores nacionais.

Como é natural, agravadas as dificuldades de interpretação da Diretiva pela compressão do tempo, a transposição que é realizada pela Lei n.º 9/2022 tem aspetos menos felizes, desde logo, quanto aos pressupostos em que assenta.

Em primeiro lugar, adota uma perspetiva excessivamente redutora, partindo do princípio de que a reestruturação preventiva se esgota no Processo Especial de Revitalização (PER)<sup>6</sup>.

A Diretiva refere-se, reiteradamente, à “*negociação de um plano de reestruturação*” e regula de forma autónoma (i.e., independentemente de elas serem aplicadas no quadro de processos judiciais ou de regimes jurídicos unitários) diversas medidas de reestruturação, como a suspensão das ações executivas. Dir-se-ia, por isso, que ela abrange a - ou até que se dirige preferencialmente à - reestruturação extrajudicial.

Ora, o legislador português concentrou-se no PER e nem sequer prevê alterações ao Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE), não obstante este ser, vendo bem, o regime que mais se aproxima do modelo subjacente à Diretiva - *rectius*: que mais se concilia com o espírito aí dominante<sup>7</sup>. Tão-pouco se introduzem ou

<sup>5</sup> Na Diretiva, parece, de facto, configurar-se o Direito das Sociedades como a contraparte do Direito da Reestruturação (cfr., em particular, considerando 96).

<sup>6</sup> Isto é (bem) assinalado no Parecer da Associação dos Mediadores da Recuperação de Empresas (AMRE) à Proposta de Lei, sendo considerado “*um claro e grave erro de enviesamento*”, “*o erro original*” ou “*o erro que resulta na cascata de erros*” da Proposta de lei (na versão oriunda da Presidência do Conselho de Ministros). Cfr. Contributo - AMRE (<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailheIniciativa.aspx?BID=121187>).

<sup>7</sup> Não é possível falar, com propriedade, num modelo subjacente à Diretiva pois não se desenha nem se disponibiliza aí um processo ou regime de reestruturação supletivo mas apenas um catálogo de medidas. Ainda assim, não há qualquer dúvida de que a Diretiva visa também, ou até a título principal, a harmonização do quadro de instrumentos extrajudiciais.

se alteram medidas avulsas de reestruturação, respeitantes, por exemplo, ao sistema de alerta precoce ou ao recurso a profissionais da reestruturação.

Esta visão redutora não é só um mal em si mesmo mas também a causa de vários problemas. Dela decorrem, desde logo, casos de má transposição, como ilustra, por exemplo, o novo regime da proibição das chamadas “cláusulas *ipso facto*”. Veja-se brevemente este exemplo.

No art. 17.º-E, n.º 13, do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE)<sup>8</sup>, determina-se a nulidade das cláusulas que atribuam ao pedido de abertura de um PER, à abertura de um PER, ao pedido de prorrogação da suspensão das medidas de execução ou à prorrogação da suspensão das medidas de execução o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confirmam à outra parte um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia do contrato. A norma é homóloga da constante do art. 119.º, n.º 2, aplicável no processo de insolvência. Se o fundamento daquela norma está globalmente em linha com o disposto no art. 7.º, n.º 5, als. a) a d), da Diretiva, o certo é que não se conforma na íntegra com o considerando 40 da Diretiva, do qual decorre que também deve ser determinada a nulidade das cláusulas que atribuam à *negociação de um plano de reestruturação* o mesmo valor resolutivo ou indemnizatório. A omissão desta hipótese, digna de tutela por identidade de razões, é um resultado da visão excessivamente redutora do legislador português, em que - mais uma vez - a reestruturação preventiva parece esgotar-se no PER e nas medidas que o compõem.

Acresce que, em face disto, tudo o que transcenda o quadro da reestruturação judicial fica de alguma forma desvalorizado. Lembre-se, por exemplo, o Mediador da Recuperação de Empresas (MRE), criado pela Lei n.º 6/2018, de 22 de fevereiro, portanto há quatro anos<sup>9</sup>. Apresentado, no art. 2.º desta Lei, como “*a pessoa incumbida de prestar assistência a uma empresa devedora que [...] se encontre em situação económica difícil ou em situação de insolvência, nomeadamente em negociações com os seus credores com vista a alcançar um acordo extrajudicial de reestruturação para a sua recuperação*”, ele gerou elevadas expectativas quanto à utilidade alternativa dos mecanismos extrajudiciais de reestruturação. Sem pretensão de indagar qual foi o papel do MRE durante estes anos (o passado pertence ao passado), é legítimo manifestar dúvidas quanto ao seu futuro.

Não quer isto dizer - que fique claro - que se discorda da opção de não criar um novo processo pré-insolvencial. Além de a Diretiva não disponibilizar um modelo em sentido próprio, deve ter-se presente que já existem suficientes instrumentos para a reestruturação preventiva de empresas no Direito português [além do PER e do RERE, o Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE)]. Aquilo que falta é o seu pleno aproveitamento. Aquilo que se lamenta é que não se tivesse usado a oportunidade para os apurar.

A segunda nota crítica à Lei n.º 9/2022 prende-se com o seu alcance, mais precisamente a falta de um regime especial ou, pelo menos, de regras especiais para Micro e Pequenas Empresas (MPE) / Micro Pequenas e Médias Empresas (MPME).

<sup>8</sup> Salvo indicação em contrário, todos os artigos referidos no presente texto são do CIRE.

<sup>9</sup> Sobre o MRE cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 510-521.

Num contexto de insolvência ou de pré-insolvência, as empresas mais pequenas enfrentam problemas que são comuns às outras empresas mas agravados, bem como problemas exclusivos, resultantes das suas características especiais. Tendo em conta a sua importância absoluta (o seu número) e relativa (o papel que desempenham na economia), elas deveriam ter sido o alvo da reforma legislativa.

Vem sendo afirmado, no plano internacional, e ao mais alto nível, que é necessário criar instrumentos específicos para estas empresas e, nomeadamente, conceber um processo único (admitindo a alternativa reestruturação / liquidação), *simplificado* (com prazos curtos e compreendendo não mais do que as medidas e os órgãos estritamente necessários à dimensão e às características deste tipo de empresas) e *modular* (dependendo a configuração do processo, em última análise, da vontade das partes e cabendo a estas decidir sobre a inclusão ou a exclusão de certas medidas como a suspensão das ações dos credores ou a nomeação de profissionais)<sup>10</sup>.

E já é possível encontrar concretizações destas propostas no Direito comparado. Veja-se, por exemplo, o Projeto de lei espanhol<sup>11</sup>, que incorpora na *Ley Concursal (LC)* (cfr. *Libro Tercero*) um processo especial para as microempresas (ou MPME)<sup>12</sup>, único, simplificado e modular, através do qual se tenta imprimir máxima flexibilidade processual, reduzir custos supérfluos e promover o recurso às novas tecnologias, entre outras medidas tendentes à conservação das microempresas viáveis e à liquidação mais eficaz das restantes<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Enumerem-se algumas das iniciativas dos organismos internacionais e estudos especializados mais recentes: Comunicação da Comissão, de 10.03.2020 - "Uma Estratégia para as PME com vista a uma Europa Sustentável e Digital"; Resolução do Parlamento Europeu 2131, de 16 de Dezembro de 2020, sobre uma nova estratégia para as PME europeias; Relatório preparado sob a égide do Fundo Monetário Internacional - FEDERICO J. DÍEZ / ROMAIN DUVAL / JIAYUE FAN / JOSÉ GARRIDO / SEBNEM KALEMLI-ÖZCAN / CHIARA MAGGI / SOLEDAD MARTINEZ-PERIA / NICOLA PIERRI, "IMF Staff Discussion Note - Insolvency Prospects Among Small and Medium Enterprises in Advanced Economies: Assessment and Policy Options" (<https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2021/03/25/Insolvency-Prospects-Among-Small-and-Medium-Sized-Enterprises-in-Advanced-Economies-50138>); "World Bank. 2021. Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes", 2021 Edition, World Bank, Washington, DC (<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35506>); "Draft text on a simplified insolvency regime" (<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.V/WP.172>) e "Addendum" (<https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.V/WP.172/Add.1>); RONALD DAVIS / STEPHAN MADAUS / ALBERTO MAZZONI / IRIT MEVORACH / RIZ MOKAL / BARBARA ROMAINE / JANIS SARRA / IGNACIO TIRADO, "The Modular Approach to Micro, Small, and Medium Enterprise Insolvency", Allard Faculty Publications, Allard Research Commons, 2016 ([http://commons.allard.ubc.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1317&context=fac\\_pubs](http://commons.allard.ubc.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1317&context=fac_pubs)) e "Instrument of the European Law Institute - Rescue of Business in Insolvency Law" ("Business Rescue Project") (Reporters: BOB WESSELS / STEPHAN MADAUS), 2017, pp. 363 e s. ([http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/Instrument\\_INSOLVENCY.pdf](http://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf)). Cfr., sobre tudo isto, com desenvolvimento, CATARINA SERRA, "Nova reestruturação de empresas: perspetivas e coordenadas em tema de Micro e Pequenas Empresas (para depois da Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro)", in: *VI Congresso - Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2022 (em curso de publicação).

<sup>11</sup> Trata-se do *Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)*. A versão mais recente é a aprovada em Conselho de Ministros, publicada no *Boletín Oficial de las Cortes Generales* n.º 84-1, Serie A, de 14 de janeiro de 2022, pp. 1 e s.

<sup>12</sup> Determina-se, para estes efeitos, que microempresas (ou MPME) são as empresas que tenham empregado durante o ano anterior à sua apresentação ao processo uma média de menos de dez trabalhadores e que tenham um volume de negócios anual inferior a dois milhões de euros ou um passivo inferior a dois milhões de euros segundo as últimas contas encerradas no exercício anterior àquela apresentação (cfr. art. 685, 1, da *LC*).

<sup>13</sup> Para uma primeira análise a este processo cfr. IGNACIO TIRADO, "El procedimiento especial para microempresas. Una consideración inicial", in: *Revista General de Insolvencias & Restructuraciones*, 2021, n.º 3 (Número Extraordinario - El Anteproyecto de Ley de reforma del Texto Refundido de la Ley concursal y transposición de la Directiva UE 2019/1023), pp. 211 e s.

Não obstante este movimento internacional, e a despeito da referência que se faz às MPME logo na primeira frase da Exposição de Motivos da Proposta de Lei na versão oriunda da Presidência do Conselho de Ministros<sup>14</sup>, a atenção que é dispensada às MPME na Lei n.º 9/2022 é meramente pontual (num único ponto) e, mesmo assim, não inteiramente satisfatória, como se verá.

## 2. As grandes áreas de intervenção no PER

Circunscrevendo a atenção ao PER, é possível dividir as áreas de intervenção legislativa em cinco grandes grupos: a formação de categorias e a aprovação do plano [cfr. arts. 17.º-C, n.º 3, al. d), e 17.º-F, n.º 5, al. a)]; os novos poderes-deveres do juiz em matéria de homologação do plano (cfr. art. 17.º-F, n.º 7) e, em especial, o controlo judicial da viabilidade do plano [cfr. art. 17.º-F, n.º 7, al. g)]; os efeitos processuais (a chamada “*suspensão das medidas executivas*”) [cfr. art. 17.º-E, n.ºs 1 a 8 e n.º 9, als. a) e b)]; os efeitos substantivos ou efeitos sobre os contratos (conformação e execução dos contratos), incluindo os efeitos relativos aos negócios em curso ou sobre os denominados “*contratos executórios essenciais*” [cfr. art. 17.º-E, n.º 9, al. c), e n.ºs 10 a 12] e o regime das cláusulas *ipso facto* (cfr. art. 17.º-E, n.º 13); e as garantias ao financiamento para a reestruturação (novo financiamento e financiamento intercalar) (cfr. art. 17.º-H).

A reforma legislativa suscita, inevitavelmente, questões e dúvidas em todas as áreas identificadas. Esta análise incide apenas sobre a primeira, sem prejuízo de um ou outro comentário que se mostre oportuno a respeito das áreas restantes.

## 3. Formação de categorias e aprovação do plano

### 3.1. Formação de categorias

O regime da formação de categorias resulta do novo art. 17.º-C, n.º 3, al. d), e n.º 4, e convoca, principalmente, o disposto nos arts. 2.º, n.º 1, 2) e 3), e 9.º e nos considerandos 43 a 47 e 58 da Diretiva.

Antes de mais, diga-se que, de acordo com o considerando 44 da Diretiva, por categoria deve entender-se “*o agrupamento de partes afetadas para efeitos da adoção de um plano de modo a refletir os direitos e o grau de prioridade dos seus créditos e interesses*”.

<sup>14</sup> Proposta de Lei 115/XIV/3 - Estabelece medidas de apoio e agilização dos processos de reestruturação das empresas e dos acordos de pagamento e transpõe a Diretiva (UE) 2019/1023, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições (<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalhIniciativa.aspx?BID=121187>).

É sabido que na génese da formação de categorias está a ideia de que o melhor plano é aquele que melhor (em maior extensão e em maior grau) concilia todos os interesses presentes e de que a reestruturação não deve fracassar apenas por vontade exclusiva de algum / alguns credor(es)<sup>15</sup>.

Na prática, a formação de categorias facilita a aprovação do plano. Com efeito, é mais fácil, em princípio, atingir a aprovação quando os indivíduos estão agrupados em categorias do que quando não o estão, pela simples razão de que, entre outras coisas, não é preciso confrontar o tratamento de cada indivíduo com o tratamento dos restantes mas apenas com o tratamento que é dispensado aos indivíduos da mesma categoria ou das categorias com o mesmo grau<sup>16</sup>.

Além disso, a formação de categorias é pressuposto daquilo que na Diretiva se designa como “*reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores*” (também conhecido como “*cross-class cram-down*”), ou seja, a imposição do plano a categorias discordantes, verificadas certas condições, através da sua homologação judicial.

Na al. d) do n.º 3 do art. 17.º-C, que conserva a epígrafe “*Requerimento e formalidades*”, prevê-se que a empresa apresente no tribunal:

“[p]roposta de classificação dos credores afetados pelo plano de recuperação em categorias distintas, de acordo com a natureza dos respetivos créditos, em credores garantidos, privilegiados, comuns e subordinados e querendo, de entre estes, refletir o universo de credores da empresa em função da existência de suficientes interesses comuns, designadamente, nos seguintes termos:

- i) Trabalhadores, sem distinção da modalidade do contrato;
- ii) Sócios;
- iii) Entidades bancárias que tenham financiado a empresa;
- iv) Fornecedores de bens e prestadores de serviços;
- v) Credores públicos”.

E no n.º 4 da mesma norma estabelece-se uma ressalva, respeitante às MPME:

<sup>15</sup> Cfr., neste sentido, REINHARD DAMMANN, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive - Article-by-Article Commentary*, München / Oxford / Baden-Baden, Beck / Hart / Nomos, 2021, p. 148.

<sup>16</sup> Cfr., neste sentido, CATARINA SERRA, “Satisfação dos direitos dos credores no âmbito do PER: são os credores todos iguais?”, in: *Católica Law Review*, 2021, p. 35 e pp. 39-40. Explica-se aí que a divisão em categorias distancia o princípio da igualdade dos credores individualmente considerados ou *uti singuli* (dos credores-indivíduos) e remete-o para o plano das categorias. Assim sendo, é mais fácil sindicar o respeito pelo princípio da igualdade. Desde logo, não há que confrontar o tratamento de cada sujeito com o tratamento de todos os sujeitos restantes mas apenas com os sujeitos restantes da sua categoria ou das categorias do mesmo grau (*deve existir igualdade intra-categorias e igualdade entre categorias do mesmo grau*). Depois, as diferenças de tratamento entre categorias são, em princípio, compreensíveis (*a desigualdade entre categorias é justificada*).

*“As micro, pequenas e médias empresas, na aceção do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, estão dispensadas da obrigação de apresentar o documento indicado na alínea d) do número anterior, podendo, porém, fazê-lo, se assim entenderem”.*

O primeiro comentário à norma do art. 17.º-C, n.º 3, al. d), respeita às dúvidas que se levantam quando ela é objeto de referência legal. Como se viu, faz-se uma referência a ela logo no n.º 4 (“*no caso de classificação dos credores em categorias distintas, nos termos da alínea d) do n.º 3 do artigo 17.º-C*”). E adiante, surgem mais referências, pese embora com variações, sempre com o mesmo intuito de identificar uma hipótese [nos arts. 17.º-D, n.ºs 3, 5 e 6, e 17.º-F, n.º 1, al. d), e), n.º 5, al. a), e n.º 7, als. b), c) e d)]. Prevendo aquela norma, em rigor, duas classificações dos sujeitos afetados, que hipótese pretende o legislador identificar?

De facto, tanto quanto é possível compreender, a lei portuguesa admite duas classificações: uma primeira classificação (indispensável em todos os casos, incluídos os casos de MPME<sup>17</sup>), que assenta nas *classes* já conhecidas do art. 47.º (credores garantidos, privilegiados, comuns e subordinados), e uma segunda classificação (opcional ou facultativa para todas as empresas, incluídas as empresas que não sejam MPME<sup>18</sup>, e adicional à primeira), que implica a formação de *categorias*, designadamente das categorias referidas na lei (trabalhadores, sócios, bancos, fornecedores e credores públicos)<sup>19 20</sup>.

A razão pela qual a divisão nas classes do art. 47.º é indispensável terá a ver com o facto de as regras de aprovação do plano pressuporem, em qualquer caso, uma (mínima) divisão em classes. O apuramento do resultado da votação implica, quando existam categorias, a identificação dos “*credores garantidos*” e dos “*credores não*

<sup>17</sup> Que esta classificação é indispensável (e nem mesmo as MPME podem passar sem ela) decorre da leitura conjunta dos arts. 17.º-C, n.º 3, al. d), e 17.º-F, n.º 1, al. c). Com efeito, não obstante dispor-se, no art. 17.º-C, n.º 3, al. d), que “[a]s micro, pequenas e médias empresas, na aceção do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, estão dispensadas da obrigação de apresentar o documento indicado na alínea d) do número anterior, podendo, porém, fazê-lo, se assim entenderem”, adiante, no art. 17.º-F, n.º 1, al. c), determina-se que “[a]té ao último dia do prazo de negociações, a empresa deposita no tribunal a versão final do plano de recuperação, contendo, pelo menos, as seguintes informações (...): (...) No caso previsto no n.º 4 do artigo 17.º-C, as partes afetadas pelo conteúdo do plano, designadas a título individual e repartidas por classes de créditos nos termos do artigo 47.º (...).” Na prática, a diferença entre as MPME e as outras empresas é que as primeiras podem limitar-se a indicar as partes afetadas repartidas nas classes do art. 47.º na versão final do plano que deve ser apresentada até ao último dia do prazo das negociações [cfr. art. 17.º-F, n.º 1, al. c)] enquanto as segundas têm de apresentar uma proposta de divisão dos credores nas classes do art. 47.º logo aquando do requerimento de abertura do PER [cfr. art. 17.º-C, n.º 3, al. d)].

<sup>18</sup> Que esta classificação é opcional ou facultativa (para todas as empresas e não só para as MPME) resulta da leitura dos arts. 17.º-C, n.º 3, al. d) (dever de apresentar a proposta de classificação dos credores em categorias distintas “querendo”, de entre as classes do art. 47.º, refletir o universo de credores da empresa em função da existência de suficientes interesses comuns), 17.º-C, n.º 4 (as MPME estão dispensadas de apresentar a proposta de classificação em categorias distintas, “podendo, porém, fazê-lo, se assim entenderem”) 17.º-D, n.º 1 (dever de depositar a proposta de classificação dos credores na secretaria do tribunal “sendo o caso”), 17.º-D, n.º 3 (dever de o administrador judicial provisório elaborar uma lista provisória dos créditos indicando a classificação dos créditos de acordo com a proposta da empresa “quando aplicável”), 17.º-D, n.ºs 5 e 6 (dever de o juiz decidir sobre a conformidade de formação das categorias de créditos, “caso aplicável” ou “se aplicável”), e 17.º-F, n.º 1, als. d) e e) (dever de fazer constar da versão final do plano as partes afetadas e não afetadas pelo plano em categorias “se aplicável” ou “consoante o caso”).

<sup>19</sup> Adota-se aqui o termo “*classes*” para os grupos que resultem da classificação do art. 47.º e o termo “*categorias*” para os grupos que resultem da classificação baseada no critério dos suficientes interesses comuns.

<sup>20</sup> Estabelecendo no art. 17.º-C, n.º 3, al. d), que a “[p]roposta de classificação dos credores afetados pelo plano de recuperação em categorias distintas, de acordo com a natureza dos respetivos créditos, em credores garantidos, privilegiados, comuns e subordinados [pode], de entre estes, refletir o universo de credores da empresa em função da existência de suficientes interesses comuns” (sublinhados nossos), a lei portuguesa sugere que, primeiro, se proceda à divisão em classes e, depois, à divisão em categorias. Esta é a metodologia pretendida pela Diretiva. Cfr., neste sentido, REINHARD DAMMANN, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, European Restructuring Directive - Article-by-Article Commentary, cit., p. 157. Afirmam estes autores que o critério da existência de suficientes interesses comuns só adquire (só deve adquirir) relevância para o efeito da criação de categorias adicionais.

subordinados” [cfr. art. 17.º-F, n.º 5, al. a), ii), iii) e iv)], mas, mesmo nos demais casos, não dispensa a identificação dos “*credores não subordinados*” [cfr. art. 17.º-F, n.º 5, al. b), ii), e al. c), ii)].

Respondendo, por fim, à questão acima formulada, dir-se-ia que a referência à al. d) do n.º 3 do art. 17.º-C no n.º 4 da mesma norma significa que as MPME estão dispensadas de apresentar *qualquer* proposta de classificação dos sujeitos afetados nesta fase [cfr., porém, art. 17.º-F, n.º 1, al. c)]. Quanto às referências constantes das outras normas, entende-se que o legislador quis referir-se à classificação em categorias e estabelecer para ela regras especiais, nomeadamente no âmbito da homologação do plano / imposição do plano a categorias discordantes.

O segundo comentário prende-se com a referência que é feita na norma a “*credores afetados*” e a “*respetivos créditos*” em vez de a “*partes afetadas*” e “*respetivos créditos ou interesses*”. A desatenção faz duvidar de que haja plena consciência do que agora está em causa - (já) não estão apenas em causa credores e direitos de crédito mas também sócios / detentores de participações sociais e interesses inerentes a esta qualidade. Receia-se, por isso, que a referência do legislador aos sócios no elenco exemplificativo das categorias tenha um significado distinto daquele que é pretendido na Diretiva - que se tome os sócios enquanto credores e não, como deve ser, enquanto detentores de participações sociais.

O terceiro e último comentário - talvez o mais importante - dirige-se a destacar a ausência de regras / critérios para a formação das categorias. A circunstância não deve surpreender tendo em conta que se decidiu regular - pode dizer-se: *contra naturam* - uma matéria desta natureza numa norma cuja epígrafe é - já se disse - “*Requerimento e formalidades*”.

A Diretiva remete para a necessidade de regulação da formação de categorias referindo-se à necessidade de as categorias serem “*definidas com base em critérios verificáveis e nos termos do direito nacional*” (cfr. art. 9.º, n.º 4, 1.º parágrafo, da Diretiva), o que aponta para a necessidade de as leis internas disponibilizarem critérios gerais e objetivos<sup>21</sup>. Não é possível dizer que o legislador português o tenha feito, tendo optado antes por disponibilizar um elenco exemplificativo.

Antecedido do advérbio “*designadamente*”, não há dúvidas de que se trata um elenco exemplificativo - o que é sempre melhor, para estes efeitos, do que um elenco taxativo. Ainda assim, um elenco exemplificativo é suscetível de condicionar - inibir mesmo - o devedor na conceção das categorias em concreto. Quer dizer: por mais que se saiba que as categorias legalmente previstas não são obrigatórias nem taxativas (que podem formar-se categorias alternativas ou adicionais), é provável que o elenco legal seja visto como um padrão ou como um modelo, acabando por funcionar, na maioria dos casos, como o elenco supletivo das categorias.

Em síntese, e em poucas palavras: teria sido mais eficaz ter-se concebido uma norma autónoma com a divisão (mínima) em classes e a fixação do(s) critério(s) para a formação de categorias.

<sup>21</sup> Cfr. REINHARD DAMMANN, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive - Article-by-Article Commentary*, cit., p. 158.

Optando-se, como se optou, por um elenco exemplificativo, e para prevenir o efeito perverso acima referido, deveria ter-se tornado claro que, mais do que possível, é conveniente, dependendo dos casos, formarem-se outras categorias. Ocorrem de imediato outras categorias possíveis, tão básicas como as constantes da enumeração legal: a dos pequenos credores (consumidores e MPME), a dos novos financiadores da empresa (credores por novo financiamento e financiamento intercalar), bem como, no caso de empresas de maior dimensão ou complexidade, a dos credores obrigacionistas, a dos investidores de capital de risco, a dos fundos de pensões, etc.

Olhando para o desenho das leis estrangeiras neste ponto, confirma-se que a disciplina da formação das categorias na lei portuguesa é dissonante. Nos regimes legais estudados, há o cuidado de enunciar, ainda que minimalisticamente, os critérios para a formação de categorias e, principalmente, de não “rematar” o assunto com um elenco excessivamente desenvolvido e, portanto, inibidor.

Na lei alemã - a *Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz (StaRUG)*<sup>22</sup> -, existe uma norma dedicada à divisão das partes afetadas pelo plano em classes / categorias - o § 9. Dispõe-se aí que para a determinação dos direitos das pessoas afetadas pelo plano devem formar-se classes / categorias (*Gruppen*) na medida em que sejam atingidas pessoas com diferentes posições jurídicas [cfr. § 9 (1) da *StaRUG*]. Deve distinguir-se entre: titulares de uma expectativa de satisfação separada (credores garantidos isto é, credores que, se o devedor fosse declarado insolvente, teriam direito a uma satisfação separada do seu crédito); titulares de créditos que, no caso de abertura de um processo de insolvência, seriam tratados como créditos da insolvência não subordinados (credores comuns ou credores simples da reestruturação); titulares de créditos que, no caso de abertura de um processo de insolvência, seriam tratados como créditos (da insolvência) subordinados (credores subordinados da reestruturação) (*nachrangige Restrukturierungsgläubiger*), entre os quais, para cada classe hierárquica (*Rangklasse*), deve formar-se uma classe / categoria; e titulares de direitos de participação social. Caso a parte dispositiva do plano de reestruturação seja suscetível de afetar direitos de crédito com garantias internas à classe / categoria (ou seja, com garantias prestadas por empresas relacionadas), os credores assim atingidos devem formar classes / categorias autónomas.

Prevê-se que estas classes / categorias sejam subdivididas de acordo com os interesses económicos mas as novas classes / categorias devem ser delimitadas objetivamente e os critérios da divisão indicados no plano [cfr. § 9 (2) da *StaRUG*]. Os pequenos credores devem ser agrupados em classes / categorias autónomas, no quadro das já formadas segundo § 9 (1) da *StaRUG*. São pequenos credores, em especial, os consumidores e as MPME (*Verbrauchern, Klein- und Kleinstunternehmen oder mittleren Unternehmen*) [cfr. § 8 (2) da *StaRUG*].

Na lei francesa definem-se as partes afetadas e a divisão em classes / categorias no *Article L626-30* do *Code de Commerce*, tal como modificado pela *Ordonnance n.º 2021-1193 du 15 septembre 2021*. Cabe ao administrador judicial repartir, com base em critérios objetivos verificáveis, as partes afetadas, em classes / categorias (*classes*) representativas de uma comunidade de interesse económico suficiente (cfr. *Article L626-30, III*). As

<sup>22</sup> A *StaRUG* está integrada na *Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz (SanInsFoG)*, em vigor desde o dia 1 de janeiro de 2021, e introduziu, pela primeira vez, um processo de reestruturação preventiva do Direito alemão.

regras mínimas a respeitar são: os credores titulares de garantias reais sobre os bens do devedor e os outros credores devem ser divididos em classes / categorias distintas; a divisão deve ter em conta a subordinação convencional dos créditos; e os detentores do capital devem formar uma ou mais classes / categorias.

Finalmente, lendo o Projeto de lei espanhol, verifica-se que também aí os critérios gerais de formação de classes / categorias são regulados numa norma autónoma - o art. 623 da *LC*. Dispõe-se na norma em causa que a formação de classes / categorias (*clases*) deve atender à existência de um interesse comum aos integrantes de cada classe / categoria determinado de acordo com critérios objetivos (cfr. art. 623, 1, da *LC*), considerando-se que existe um interesse comum entre os créditos de igual grau determinado segundo a ordem de pagamento na liquidação em processo de insolvência (cfr. art. 623, 2, da *LC*). Quer dizer: prevêem-se as classes / categorias básicas dos credores privilegiados, credores comuns e credores subordinados, devendo, em regra, os créditos com garantia real sobre os bens do devedor e os créditos das entidades públicas formar, cada um, uma classe / categoria única (cfr. arts 624 e 624 *bis* da *LC*).

Por sua vez, as classes / categorias básicas podem dividir-se em classes / categorias distintas quando se justifique, sendo que, para estes efeitos, pode atender-se, em particular, à natureza financeira ou não financeira do crédito (dizendo-se, evidentemente, o que deve entender-se por créditos de natureza financeira e créditos de natureza não financeira), ao conflito de interesses que possa existir entre os credores que formam parte das distintas classes / categorias e à forma como os créditos venham a ser afetados pelo plano de reestruturação (cfr. 623, 3 e 4). Sublinhe-se que, quando os credores sejam PME e o plano implique para elas um sacrifício superior a 50% do montante do seu crédito, deverão elas formar uma classe / categoria separada (cfr. 623, 3, *in fine*).

Voltando à lei portuguesa e focando agora a atenção exclusivamente nos aspetos processuais da disciplina da formação de categorias, destaca-se o facto de o ónus de apresentar a proposta de classificação recair sobre a empresa (cfr. art. 17.º-D, n.º 1, *in fine*). Caberá, depois, ao administrador judicial provisório a elaboração da lista provisória tendo em conta esta proposta (cfr. art. 17.º-D, n.º 3). A classificação pode ser impugnada pelos credores que, neste caso, têm o ónus de apresentar a proposta alternativa de classificação (cfr. art. 17.º-D, n.º 4, *in fine*). Por fim, competirá ao juiz decidir sobre a conformidade da formação de categorias, mais precisamente, a suscetibilidade de as categorias refletirem o universo de afetados<sup>23</sup> e a existência de suficientes interesses comuns entre eles (cfr. art. 17.º-D, n.ºs 5 e 6).

Quanto a este último ponto cabe esclarecer que mesmo que não haja impugnação o juiz pode determinar a alteração da classificação proposta, sempre que considere que as categorias propostas pelo devedor não refletem o universo de afetados ou a existência de suficientes interesses comuns entre eles. Esta interpretação não deixa de ter enquadramento no art. 17.º-D, n.ºs 5 e 6, e é, sem dúvida, aquela que permite o melhor exercício dos poderes-deveres judiciais que antecedem a homologação do plano [cfr. art. 17.º-F, n.º 7, als. *b*, *c* e *d*].

<sup>23</sup> Corrigé-se aqui deliberadamente a lei, substituído “credores” por “afetados”.

### 3.2. Aprovação do plano

#### 3.2.1. O equívoco em matéria de aprovação e de homologação do plano

O regime da aprovação do plano no caso de formação de categorias resulta do art. 17.º-F, n.º 5, al. a), e deve ser apreciado, em especial, à luz do disposto no arts. 9.º e 11.º e nos considerandos 53 a 56 da Diretiva.

Pode ler-se no art. 9.º, n.º 6, 1.º parágrafo, da Diretiva:

*“[o] plano de reestruturação é adotado pelas partes afetadas mediante obtenção de uma maioria do montante dos respetivos créditos ou interesses em cada uma das categorias. Os Estados-Membros podem, além disso, exigir a obtenção de uma maioria do número de partes afetadas em cada categoria”.*

Estabelece esta norma como que uma premissa: o plano é adotado (aprovado) - só é adotado (aprovado) - quando é aprovado por todas as categorias. É o que a doutrina especializada designa como “*consensual plan*”<sup>24</sup>. Cabe aos Estados-membros somente escolher como se atinge a aprovação em cada categoria. É admissível que o sistema adotado assente numa única maioria (maioria do valor dos créditos e interesses em causa) ou numa dupla maioria (com *head count* e, portanto, maioria *per capita*<sup>25</sup>), havendo, neste último caso, apenas uma exigência adicional, que não altera aquela premissa.

Para a hipótese de o plano não ser adotado (aprovado) nos termos descritos (de ele ser um *non-consensual plan*) prevê a Diretiva que o plano possa ser confirmado (homologado) de forma a ser imposto / tornar-se vinculativo também para as categorias em que o plano não obteve aprovação. É, como se sabe, aquilo que na Diretiva se designa como “*reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores*”. Mas é preciso, desde logo, que o plano supere o chamado “teste do apoio mínimo” (*minimum support test*<sup>26</sup>): ser aprovado por uma maioria das categorias desde que pelo menos uma das categorias seja uma categoria de credores garantidos ou tenha precedência sobre a categoria de credores comuns não garantidos ou, se não for o caso, por pelo menos uma das

<sup>24</sup> Cfr., por exemplo, TOMÁŠ RICHTER / ADRIAN THERY, “INSOL Europe Guidance Note on the Implementation of Preventive Restructuring Frameworks under EU Directive 2019/1023 - Claims, Classes, Voting, Confirmation and the Cross-Class Cram-Down”, INSOL Europe, 2020, p. 9 (<https://www.insol-europe.org/publications/guidance-notes>). Segundo estes autores, o plano consensual tem por base a ideia, não de unanimidade, mas de maioria e pressupõe a participação, não de sujeitos individualmente considerados, mas de categorias, formando os sujeitos a vontade da categoria a que pertencem. A regra de maioria deve assegurar o equilíbrio entre dois riscos opostos: o risco de abusos de maioria e o risco de abusos de minoria (poder de veto) (cfr. ob. cit., p. 24) Cfr. ainda, para o uso da expressão, MICHAEL VEDER, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive - Article-by-Article Commentary*, cit., pp. 178 e s.

<sup>25</sup> A maioria *per capita* significa uma maioria (em número) de sujeitos afetados em cada categoria. Tipicamente, esta hipótese serve para contrabalançar a excessiva influência dos maiores credores na decisão sobre o destino da empresa. Cfr. REINHARD DAMMANN, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive - Article-by-Article Commentary*, cit., p. 164.

<sup>26</sup> Cfr. MICHAEL VEDER, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive - Article-by-Article Commentary*, cit., p. 183.

categorias de partes prejudicadas que não seja a categoria dos sócios ou qualquer outra que seja “out-of-the-money”<sup>27</sup>.

Dispõe-se, precisamente, no art. 11.º, n.º 1, al. b), da Diretiva:

*“[o]s Estados-Membros asseguram que um plano de reestruturação que não seja aprovado pelas partes afetadas nos termos do artigo 9.º n.º 6, em cada categoria votante possa ser confirmado por uma autoridade judicial ou administrativa sob proposta do devedor ou com o acordo do devedor, e tornar-se vinculativo para as categorias votantes discordantes, caso esse plano de reestruturação respeite, no mínimo, as seguintes condições:*

(...)

b) *Ter sido aprovado:*

i) *por uma maioria das categorias votantes de partes afetadas, desde que pelo menos uma dessas categorias seja uma categoria de credores garantidos ou tenha precedência sobre a categoria de credores comuns não garantidos, ou, se não for o caso,*

ii) *por, pelo menos, uma das categorias votantes de partes afetadas ou, se o direito nacional assim o previr, de partes prejudicadas, que não seja uma categoria de detentores de participações nem qualquer outra categoria que, após a avaliação do devedor como empresa em atividade, não recebesse qualquer pagamento nem conservasse qualquer interesse ou, se o direito nacional assim o previr, se possa razoavelmente presumir que não receberia qualquer pagamento nem conservaria qualquer interesse se fosse aplicada a ordem normal das prioridades de liquidação nos termos do direito nacional (...).”*

Ora, na parte aqui relevante, o art. 17.º-F, n.º 5, al. a), tem o seguinte teor:

*“(...) considera-se aprovado o plano de recuperação que:*

a) *No caso de classificação dos credores em categorias distintas, nos termos da alínea d) do n.º 3 do artigo 17.º-C, seja votado favoravelmente em cada uma das categorias por mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos, não se considerando como tal as abstenções, obtendo desta forma:*

i) *O voto favorável de todas as categorias formadas;*

ii) *O voto favorável da maioria das categorias formadas, desde que pelo menos uma dessas categorias seja uma categoria de credores garantidos;*

iii) *Caso não existam categorias de credores garantidos, o voto favorável de uma maioria das categorias formadas, desde que pelo menos uma das categorias seja de credores não subordinados;*

iv) *Em caso de empate, o voto favorável de pelo menos uma categoria de credores não subordinados”.*

<sup>27</sup> Isto é, categorias de sujeitos que, após a avaliação do devedor como empresa em atividade, não receberiam qualquer pagamento nem conservariam qualquer interesse, ou seja, de presumir que não receberiam qualquer pagamento nem conservariam qualquer interesse se fosse aplicada a ordem normal das prioridades de liquidação.

Em rigor, só a primeira regra [cfr. art. 17.º-F, n.º 5, al. a), i)], em que se determina que o plano se considera aprovado quando é aprovado em todas as categorias, respeita à aprovação do plano e está em plena consonância com o disposto art. 9.º, n.º 6, 1.º parágrafo, da Diretiva. As restantes regras [cfr. art. 17.º-F, n.º 5, al. a), ii), iii) e iv)] são, na arquitetura desenhada pela Diretiva, condições da homologação (confirmação) do plano.

Parece, assim, que o art. 17.º-F, n.º 5, al. a), assenta num equívoco, erigindo em requisitos (alternativos) de aprovação do plano aquelas que, no sistema concebido pela Diretiva, são condições de homologação (confirmação) do plano e, portanto, da imposição do plano a categorias discordantes.

Mais uma vez: teria sido mais acertado conceber uma norma independente em que se enunciasse a regra de aprovação *stricto sensu*, deixando para outra norma a definição das condições da homologação do plano (as respeitantes ao teste do apoio mínimo e as demais condições).

O que se destaca não é tanto o equívoco em si mesmo mas as suas consequências, designadamente o prejuízo que daí decorre para a tutela que, nos termos da Diretiva, deveria ser concedida às MPME e assim parece ficar inviabilizada, como de seguida se verá.

### 3.2.2. A imposição do plano “contra as MPME”

No considerando 58 da Diretiva, pode ler-se:

*“[o]s detentores de participações em PME que não sejam simples investidores, mas antes os proprietários da empresa, e contribuam para a empresa de outra forma, por exemplo, com competências de gestão, poderão não se sentir incentivados a avançar para a reestruturação nestas condições. Por este motivo, o mecanismo de reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores deverá permanecer facultativo para os devedores que sejam PME”.*

O que através deste considerando se visa evitar é a imposição do plano a categorias discordantes contra a vontade das MPME<sup>28</sup>. Como, em regra, os empresários ou os sócios destas empresas não têm uma posição de meros investidores na sociedade e contribuem com outros ativos para além do capital, o risco de lhes impor um plano de reestruturação pode provocar efeitos contraproducentes, designadamente incentivando-os à apresentação da empresa à insolvência. Por esta razão, deve assegurar-se que o plano só seja quando seja aprovado também por elas.

Pode surpreender que uma regra deste tipo tenha por fonte exclusiva um considerando, mas a verdade é que assim é. É sabido que os considerandos são mecanismos de interpretação de normas, que ajudam a compreender o fim dos instrumentos normativos, e não deixam de ter, eles próprios, uma função normativa, se bem que

<sup>28</sup> Note-se que, de acordo com o artigo 2.º, n.º 2, al. c), da Diretiva, o conceito de PME abrange as microempresas.

complementar (*supplementary normative role*<sup>29</sup>)<sup>30</sup>. Este considerando, em particular, faz parte do quadro normativo da “reestruturação forçada”, complementando ou completando o disposto no articulado (ressalvando as MPME da obrigatoriedade da “reestruturação forçada”).

Como se viu, a lei portuguesa permite que, quando haja classificação em categorias, o plano se considere aprovado em qualquer das modalidades fixadas no art. 17.º-F, n.º 5, al. a), o que significa que, mesmo quando o plano não é aprovado por todas as categorias, ele possa considerar-se aprovado desde que obtenha aprovação em qualquer dos termos alternativos fixados na norma. Ora, aprovado o plano em qualquer desses termos, fica automaticamente preenchida a primeira condição da homologação do plano enunciada na al. a) do n.º 7 do art. 17.º-F (a aprovação do plano nos termos do n.º 5).

Já se vislumbra o problema: o facto de se admitir que o plano se considere aprovado mesmo quando não é aprovado por todas as categorias faz com que a opção pela formação de categorias<sup>31</sup> arraste sempre consigo a possibilidade de homologação do plano e, com isso, de imposição do plano às categorias discordantes.

Perante este quadro, a “reestruturação forçada” não pode manter-se facultativa para as MPME. A opção pela classificação em categorias conduz necessariamente à hipótese de homologação desde que haja aprovação do plano e independentemente da vontade das MPME, aferindo o juiz simplesmente das condições enunciadas nas als. a) a g) do n.º 7 do art. 17.º-F (a condição de aprovação do plano nos termos do n.º 5 do art. 17.º-F e as restantes condições) e, quando conclua que elas se verificam, homologando o plano.

Porventura involuntário, este aspeto do regime representa não só um verdadeiro *drawback* relativamente ao movimento internacional de promoção da tutela especial das MPME,atrás referido, como também - o que é mais grave - consubstancia uma dissonância relativamente ao disposto na Diretiva.

Em contraste, note-se que, por exemplo, no Projeto de lei espanhol a posição das MPME é acautelada através de um conjunto de regras (cfr. *Livro Segundo, Título V*), entre as quais se destaca, justamente, a regra de que, quando o devedor é uma MPME, a homologação do plano só pode ser requerida se o devedor ou, se for o caso, os sócios da sociedade devedora a tiverem aprovado (cfr. art. 684, 2, da *LC*)<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Cfr. ROBERTO BARATTA, “Complexity of EU Law in the Domestic Implementing Process”, in: *The Theory and Practice of Legislation* (formerly Legisprudence: International Journal of Legislation European Union Legislation, Volume 2, Issue 3, 2014), pp. 296-298 (<https://pdfslide.net/documents/the-theory-and-practice-of-legislation-unimcit-theory-and-practice-of-legislation.html>).

<sup>30</sup> O que, definitivamente, os considerandos não têm é um efeito normativo independente ou autónomo do articulado que complementam, ou seja, não podem estabelecer regras à margem ou completamente dissociadas do articulado a que respeitam. Cfr., neste sentido, TADAS KLIMAS / JFLRATE VAITIUKAIT, “The Law of Recitals in European Community Legislation”, in: *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2008, 15(1) pp. 85 e s. (<https://nsuworks.nova.edu/ilsajournal/vol15/iss1/6/>).

<sup>31</sup> Não se perca de vista que, em conformidade com o previsto na Diretiva (cfr art. 9.º, n.º 4, 3.º parágrafo, e considerando 45 da Diretiva), a formação de categorias é dispensável no caso das MPME (cfr. art. 17.º-C, n.º 4). O que não é dispensado em caso algum (nem sequer no caso das MPME) é, como se disse, a divisão nas classes do art. 47.º.

<sup>32</sup> Segundo o Projeto de lei, o art. 684 da *LC* faz parte do conjunto de regras especiais do *Título IV* do *Livro Segundo*. De acordo com o art. 682 da *LC*, tais regras são aplicáveis às empresas cujo número médio de trabalhadores empregados durante o exercício anterior à sua apresentação ao processo de reestruturação não seja superior a quarenta e nove pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço geral anual não exceda os dez milhões de euros e não são aplicáveis quando a sociedade pertença a um grupo sujeito a consolidação de contas nem quando o devedor tenha a qualidade de microempresa e deva ficar sujeito ao (já referido) processo especial para microempresas regulado no *Livro Tercero*. Quanto a este processo, deve esclarecer-se que, como diz IGNACIO TIRADO (“El procedimiento especial para

### 3.2.3. O aligeiramento da aprovação do plano e a sua repercussão na homologação do plano

Para terminar a apreciação da disciplina, resta dizer que nem no plano dito “quantitativo” a aprovação do plano se apresenta completamente isenta de críticas.

É geralmente entendido que, em contraste com aquilo que acontece no processo de insolvência, nos processos de reestruturação, porque não existe um controlo judicial forte, é preciso justificar o desvio à regra *pacta sunt servanda* com exigências de maioria mais elevadas<sup>33</sup>.

Ora, no proémio da al. a) do n.º 5 do art. 17.º-F dispõe-se, que, para a aprovação do plano em cada uma das categorias, é preciso que ele seja votado favoravelmente em cada uma das categorias por mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos, não se considerando como tal as abstenções.

Será que foi mesmo deliberado dizer-se “votos correspondentes a dois terços dos votos emitidos” e não “votos correspondentes a dois terços do total dos créditos ou interesses com direito de voto”?

É que se prevalecer a letra da lei, a maioria exigida para o plano se considerar aprovado em cada categoria não assegura a maioria do total dos direitos de voto.

Nas leis estrangeiras estudadas, a maioria de aprovação é de dois terços ou até de três quartos mas *do total dos créditos ou interesses com direito de voto*.

Na lei francesa determina-se que a aprovação é obtida em cada classe por maioria de dois terços dos votos detidos pelos respetivos membros com direito de voto (cfr. [Article L626-30-2](#) do *Code de Commerce*, tal como modificado pela *Ordinance n.º 2021-1193 du 15 septembre 2021*).

No Projeto espanhol dispõe-se que o plano de reestruturação se considera aprovado por uma classe de créditos afetados quando tenha votado a favor mais de dois terços do montante do passivo correspondente a essa classe (cfr. art. 629, 1, da *LC*); no caso de a categoria em causa ser de créditos com garantia real, o plano de reestruturação só se considera aprovado quando tenha votado a favor três quartos do montante do passivo correspondente a essa classe (cfr. art. 629, 2 da *LC*).

Por fim, na lei alemã, a exigência é ainda mais alta: para a aprovação de um plano de reestruturação é necessário que em cada categoria os membros da categoria favoráveis ao plano representem pelo menos três quartos dos direitos de voto (cfr. § 25 da *StaRUG*).

---

microempresas. Una consideración inicial”, cit., p. 213), ele é exclusivo e excluente: “(...) solo las microempresas pueden tener acceso al procedimiento, pero es el único procedimiento que los deudores más pequeños pueden utilizar para reestructurar su deuda o liquidar su patrimonio”.

<sup>33</sup> Cfr. REINHARD DAMMANN, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive - Article-by-Article Commentary*, cit., p. 164.

O pior de tudo é que esta excessiva facilitação da aprovação do plano se repercute na homologação do plano. A consequência é a excessiva facilitação, por sua vez, da homologação do plano e da imposição do plano às categorias discordantes.

Como se viu, na Diretiva exige-se para haver “reestruturação forçada” que o plano supere o teste do apoio mínimo (*minimum support test*), isto é, que ele seja aprovado por um mínimo de categorias ou, melhor dizendo, por um mínimo de categorias “significativas”. Admite-se, além da hipótese em que o plano é aprovado por uma maioria das categorias<sup>34</sup> [cfr. art. 11.º, n.º 1, al. *b*), *i*], da Diretiva], que o plano seja aprovado, em última análise, por uma única categoria<sup>35</sup> [cfr. art. 11.º, n.º 1, al. *b*), *ii*], da Diretiva].

Na lei portuguesa, a primeira condição da homologação do plano é a sua aprovação nos termos - em qualquer dos termos - do n.º 5 do art. 17.º-F [cfr. art. 17.º-F, n.º 7, al. *a*)]. De acordo com esta norma, o plano considera-se aprovado, como se viu, não só quando obtém o voto favorável de todas as categorias formadas (regra de aprovação *stricto sensu*) [cfr. art. 17.º-F, n.º 5, al. *a*), *i*)], mas também quando obtém o voto favorável da maioria das categorias e pelo menos uma delas é uma categoria de credores garantidos [cfr. art. 17.º-F, n.º 5, al. *a*), *ii*)] ou, quando não existam categorias de credores garantidos, pelo menos uma delas é uma categoria de credores não subordinados [cfr. art. 17.º-F, n.º 5, al. *a*), *iii*)] ou ainda, em caso de empate, quando obtém o voto favorável de pelo menos uma categoria de credores não subordinados<sup>36</sup> [cfr. art. 17.º-F, n.º 5, al. *a*), *iv*)].

Quer isto dizer que o plano pode ser homologado tendo sido aprovado apenas por metade das categorias (o que não é, em rigor, uma maioria mas não deixa de ser admitido pela Diretiva) e sem que - é isto o que se critica - tenha sido aprovado nesta(s) categoria(s) por votos correspondentes a uma maioria do total dos direitos de voto. De facto, não é possível assegurar que “*dois terços dos votos emitidos*” correspondem a uma maioria (nem simples nem, muito menos, qualificada) do total dos direitos de voto existentes em face do passivo total da empresa. Nestas circunstâncias, será, todavia, possível impor-se o plano aos sujeitos que não o aprovaram, não obstante estes poderem ser mais representativos em termos do valor total do passivo da empresa do que aqueles que o aprovaram.

As probabilidades de este resultado negativo ser corrigido ou atenuado através dos testes que representam as restantes condições de homologação do plano são remotas. É ilustrativo, por excelência, o teste da viabilidade do plano (*viability test*), isto é, o controlo judicial sobre a aptidão do plano para evitar a insolvência da empresa e garantir a sua viabilidade [cfr. art. 17.º-F, n.º 7, al. *g*]<sup>37</sup>]. Desde logo, e muito sinteticamente, além da óbvia

<sup>34</sup> Isto desde que “pelo menos uma dessas categorias seja uma categoria de credores garantidos ou tenha precedência sobre a categoria de credores comuns não garantidos”.

<sup>35</sup> Isto desde que esta “não seja uma categoria de detentores de participações nem qualquer outra categoria que, após a avaliação do devedor como empresa em atividade, não recebesse qualquer pagamento nem conservasse qualquer interesse ou, se o direito nacional assim o previr, se possa razoavelmente presumir que não receberia qualquer pagamento nem conservaria qualquer interesse se fosse aplicada a ordem normal das prioridades de liquidação nos termos do direito nacional”.

<sup>36</sup> Note-se que isto pode significar uma única categoria a aprovar o plano - quando existam apenas duas categorias (por exemplo, uma categoria de credores não subordinados e uma categoria de credores subordinados).

<sup>37</sup> Trata-se do dever de o juiz aferir se o plano apresenta perspetivas razoáveis de evitar a insolvência da empresa e de garantir a sua viabilidade. Note-se que, em rigor, no art. 17.º-F, n.º 7, al. *g*), a exigência é alternativa: “*de evitar a insolvência da empresa ou de garantir a sua viabilidade*” (sublinhados nossos). E o mesmo acontece nos art. 17.º-F, n.ºs 4 e 6. Já não é, assim, contudo, no art. 17.º-F, n.º 1, al. *jj*), onde, falando-se sobre o conteúdo mínimo do plano, a exigência é cumulativa: “*evitar a insolvência da empresa e garantir a sua viabilidade*”

dificuldade inerente a todos os prognósticos (prever o futuro)<sup>38</sup>, o teste da viabilidade do plano é confrontado com três grandes problemas. O primeiro é a alegada falta de legitimidade do juiz para se substituir aos credores ou, mais precisamente, para desconsiderar a vontade dos credores manifestada aquando da aprovação do plano<sup>39</sup>. Os dois outros são de natureza prática e prendem-se com os custos (tempo e dinheiro) que uma avaliação séria e rigorosa (a única que interessa) implica e que fazem com que esta avaliação apareça como um objetivo difícil de se concretizar<sup>40</sup>.

#### 4. Notas finais

Todos os aspetos mencionados dão, para já, muito que pensar. E o certo é que respeitam apenas - lembra-se - a uma das áreas de intervenção da Lei n.º 9/2022.

Sendo irreversível a publicação da lei e estando a respetiva entrada em vigor prevista para daqui a poucos meses, resta ver se e como a aplicação do regime será suscetível de “reconformar” as regras e, passados mais alguns meses, voltar a apreciá-la. Como se sabe, não raras vezes a prática encontra formas insuspeitas de ultrapassar as dúvidas e os problemas ou até de demonstrar que as suspeitas de dúvidas e de problemas não tinham razão de ser. Oxalá seja a última hipótese.

Seja como for, há uma circunstância que é sempre bom ter presente e que é útil para o caso de futuras intervenções. Uma das principais causas de ininteligibilidade das leis é o articulado ser composto de artigos excessivamente longos, que se desenrolam em vários números e, depois, em várias alíneas e subalíneas, em resultado de sucessivos aditamentos sem qualquer preocupação sistemática<sup>41</sup>. Normas concebidas em momentos distintos refletem, inevitavelmente, distintos *modi loquendi e cogitandi*. Decompor os artigos para que eles não

---

(sublinhados nossos). A falta de uniformidade deriva com toda a probabilidade do texto da Diretiva. No art. 10.º, n.º 3, da Diretiva a exigência é alternativa (bem como no considerando 50). Mas noutros pontos a exigência é cumulativa [cfr. arts. 1.º, n.º 1, al. a), 4.º, n.º 1, e 8.º, n.º 1, al. h)]. Na necessidade de uniformizar, deve entender-se que a exigência é cumulativa. É dispensável explicar por que outra coisa não faria sentido.

<sup>38</sup> Cfr., neste sentido, NICOLAES TOLLENAAR, *Pre-insolvency Proceedings - A Normative Foundation and Framework*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 229-230.

<sup>39</sup> Cfr., neste sentido, LORENZO STANGHELLINI / RIZ MOKAL / CHRISTOPH G. PAULUS / IGNACIO TIRADO (editors), *Best Practices in European Restructuring - Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law*, Milano, Wolters Kluwer, CEDAM, 2018, pp. 203 e s., e FRANCISCO GARCIMARTIN, in: CHRISTOPH PAULUS / REINHARD DAMMANN, *European Restructuring Directive - Article-by-Article Commentary*, cit., p. 175.

<sup>40</sup> Cfr., sobre o teste de viabilidade no âmbito do PEVE, CATARINA SERRA, “The new extraordinary proceedings for the economic sustainability of businesses: the viability or feasibility test”, in: *PoLaR - Portuguese Law Review*, 2021, vol. 5, n.º 1, pp. 1 e s., e CATARINA SERRA, “La nuova procedura straordinaria per la sostenibilità economica delle imprese. La fattibilità dell’accordo di ristrutturazione e la sua verifica da parte del giudice”, in: STEFANIA PACCHI / ANDREA PISANESCHI (a cura di), *Le norme emergenziali per il COVID-19 in ausilio alle imprese nel Diritto comparato*, Osservatorio Internazionale sul Debito, Siena, G. Giapponetti Editore, 2022 (em curso de publicação).

<sup>41</sup> O já referido artigo 17.º-F, subordinado ao título “Conclusão das negociações com a aprovação de plano de recuperação conducente à revitalização da empresa”, é exemplo paradigmático. Composto de 14 números, ele é um repositório de regras que têm tão pouco em comum como seria possível que tivessem regras tão diversas como as que versam os requisitos mínimos do conteúdo do plano (n.º 1, com 10 alíneas), o poder de os credores alegarem com vista à não homologação do plano (n.º 2), a possibilidade de a empresa alterar e depositar nova versão do plano na sequência destas alegações (n.ºs 2 e 3), o poder de os credores requerem a não homologação do plano (n.º 3), a aprovação do plano por unanimidade e o dever de o administrador judicial provisório elaborar parecer sobre a viabilidade do plano (n.º 4), a aprovação do plano sem unanimidade (n.º 5, com 3 alíneas e, respetivamente, 4, 2 e 2 subalíneas em cada uma das alíneas), a votação e, de novo, o dever de o administrador judicial provisório elaborar parecer sobre a viabilidade do plano (n.º 6), o dever de o juiz decidir a homologação do plano e aferir condições da homologação (n.º 7, com 7 alíneas), o poder de o juiz determinar a avaliação da empresa por um perito (n.º 8, com 2 alíneas), o regime aplicável à não homologação do plano (n.ºs 9 e 10), os efeitos da decisão de homologação do plano (n.º 11), o regime das custas do processo de homologação (n.º 12), o regime do incumprimento do plano (n.º 13) e o regime de recurso sucessivo ao PER (n.º 14).

se tornem demasiado extensos, ordená-los consoante as matérias que realmente versam e dar-lhes as epígrafes que realmente manifestam o seu teor e o seu alcance é um passo essencial para diminuir as dificuldades de aplicação prática e aumentar as probabilidades de sucesso de qualquer disciplina.

## As Alterações ao Processo Especial de Revitalização: um novo processo?



Fátima Reis Silva

Juiz Desembargadora do Tribunal da Relação de Lisboa

🕒 [Sessão da manhã](#) (minutos: 1:08:58 a 1:38:20)

**Proposta de Lei 115/XIV/3.<sup>a</sup> - na versão da proposta conjunta do GPPSD e GPPS - Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro<sup>1</sup>**

**A visão de um juiz nacional**

1. O propósito da harmonização - duas breves palavras;
2. Opção tomada: a adaptação do PER;
3. Uma primeira análise do regime de formação das classes de credores sob o ponto de vista processual;
4. Os novos conteúdos da decisão de homologação.

### 1. O propósito da harmonização:

A harmonização é um dos objetivos principais da diretiva<sup>2</sup>. No entanto, a respetiva transposição vai assegurar uma harmonização muito relativa (nomeadamente quando comparada com outras matérias profundamente harmonizadas a nível comunitário).

Os Estados Membros partem de pontos muito diferentes entre si, e além das diferentes perspetivas legais temos que contar com os fatores culturais e problemas locais.

Ainda assim, após a transposição, todos os Estados Membros terão um procedimento pré-insolvencial de reestruturação, voto por classes de credores, reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores (*cross class cram down*), proteção de novo financiamento e de financiamento intercalar, exoneração para

<sup>1</sup> A lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro foi, entretanto, publicada entre a data da apresentação desta comunicação e a sua redação para publicação, pelo que optámos por inserir já, e também, as normas entretanto aprovadas, promulgadas e publicadas.

<sup>2</sup> Cfr. considerando 8.

empresários insolventes e recolha de dados dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas.

Chegados a este ponto no tempo, em que temos já uma lei, efetuando a transposição da diretiva, muito do que internamente já discutimos em relação às opções a tomar na mesma, carece agora de utilidade, pelo que o que prefiro fazer hoje e aqui é realçar o que a Diretiva nos traz, realmente de novo face ao que já fazemos e aos regimes de que já dispomos.

Trata-se de uma visão rápida e pessoal, obviamente, fundada na experiência na tramitação do procedimento nacional.

## 2. A opção tomada - a adaptação do PER

A opção tomada - a Diretiva, nesse aspeto, deu total latitude<sup>3</sup> aos Estados Membros, entre criar procedimentos novos ou adaptar regimes já existentes - foi de adaptar o PER às regras ora impostas.

A meu ver, bem já que a dimensão do nosso mercado e a respetiva composição (cerca de 99% são pequenas e médias empresas), não aconselham uma profusão de instrumentos legais paralelos que deixem os nossos empresários hesitantes nos momentos de dificuldade em que mais precisam de assertividade, certezas e caminhos seguros.

Há, claro, vantagens e desvantagens.

O facto de já levarmos quase 10 anos de prática de um determinado procedimento, com determinadas características cria hábitos e “deforma” a nossa visão das coisas, com o risco, mais na fase inicial, de retroversão das novas regras legais por parte dos órgãos da insolvência com responsabilidade legal - falo não só dos magistrados e dos administradores judiciais, mas também dos advogados.

O nosso legislador usou a possibilidade de exencionar as MPMEs de um aspetos mais inovadores - para a nossa ordem jurídica - do regime da Diretiva, a aprovação por classes de credores (art. 17.º-C n.º 4, 17.º-F, n.º 1, al. c) e 17.º-F n.º 5, al. b) do CIRE, na redação dada pela Lei n.º 9/2022). Art. 17.º-C n.º 4  
«4 - As micro, pequenas e médias empresas, na aceção do anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, **estão dispensadas** da obrigação de apresentar o documento indicado na alínea d) do número anterior, podendo, porém, fazê-lo, se assim entenderem.»

Isso significa que, a opção da maioria dos devedores, que se qualifiquem como MPMEs, determina que a aprovação de planos se fará nos termos já conhecidos e já familiares - por maioria de créditos, em duas fórmulas possíveis, com ponderação dos créditos subordinados e não subordinados.

<sup>3</sup> Cfr. art. 4.º, n.º 5, da Diretiva e considerando 16.

### 3. Uma primeira análise do regime de formação das classes de credores sob o ponto de vista processual

Todo o regime de classificação dos credores e de aprovação por categorias de credores é estranho ao nosso direito nacional.

Estão previstas e têm lastro histórico entre nós as classes tradicionais de créditos - garantidos, privilegiados, comuns e subordinados<sup>4</sup> - mas a formação de maiorias no nosso direito nacional sempre se fez por maioria de créditos com uma exigência relativa à proporção entre créditos subordinados e não subordinados.

A Diretiva estabelece um *plafond* mínimo de transposição no art. 9.º n.º 4 (credores garantidos e não garantidos), mas uma série de outras previsões mostram-nos, logo no texto da Diretiva e dos respetivos considerandos, a necessidade de criação de classes adicionais.

A própria definição de formação de categorias (que consta não no texto legal, mas no considerando 44): “agrupamento de partes afetadas para efeitos da adoção de um plano de modo a refletir os direitos e o grau de prioridade dos seus créditos e interesses”. o indica.

As categorias de credores são uma verdadeira unidade motriz do esquema jurídico estabelecido na Diretiva e a opção pela transposição minimalista sempre me pareceu irrealista para um sistema como o nosso.

A matéria das classes de credores foi desenhada na Lei n.º 9/2022 pela seguinte forma (esquemática):

Em **primeiro lugar**, o devedor (não dispensado) é obrigado a juntar aos autos com o requerimento inicial uma proposta de classificação dos credores afetados pelo plano que distinga as quatro categorias de créditos previstas no art. 47.º do CIRE - art. 17.º-C n.º 3, al. d);

Em **segundo lugar**, o devedor pode, de entre as quatro categorias básicas, subdividir por forma a refletir o seu universo de credores em função da existência de suficiente interesse comum, dando a lei um exemplo de possibilidade de subdivisão entre:

- i) Trabalhadores, sem distinção da modalidade do contrato;
- ii) Sócios;
- iii) Entidades bancárias que tenham financiado a empresa;
- iv) Fornecedores de bens e prestadores de serviços;
- v) Credores públicos.

<sup>4</sup> A designação só surgiria com o CIRE, em 2004, mas o nosso direito já previa um regime similar para alguns créditos, como os suprimentos, nos termos do art. 245.º n.º 3, al. a) do CSC.

A classificação básica em credores garantidos, privilegiados, comuns e subordinados, que, chamo a atenção, é uma classificação específica do CIRE, que é o direito subsidiariamente aplicável ao PER, garante que no momento da homologação, o juiz fica em condições de avaliar o cumprimento da regra da prioridade relativa.

É essa a razão pela qual me parece evidente que, qualquer que seja a subdivisão apresentada, ela terá que respeitar sempre as quatro categorias básicas, nem que seja por referência - muitas vezes será esta proposta o único elemento que o tribunal terá para analisar a regularidade da formação das categorias e a aplicação da regra da prioridade relativa.

Optou-se assim pela formação precoce das categorias<sup>5</sup>, o que se afigura como a opção mais segura - para o próprio devedor, que mais cedo alcança totalmente a composição do universo votante de credores e também para os credores, que assim compreenderão mais cedo a sua posição relativa e as probabilidades que têm de influenciar o resultado da votação;

O passo seguinte é o da previsão de que o administrador judicial provisório passa a incluir a classificação dos créditos na relação provisória de créditos - art. 17.º-D n.º 3;

Em quarto lugar, a impugnação da lista provisória pode ter por conteúdo a incorreta classificação do crédito, prevendo-se que, neste caso, o credor deve apresentar uma proposta alternativa de classificação dos créditos - art. 17.º-D n.º 4 na redação dada pela Lei n.º 9/2022:

«4 – A lista provisória de créditos é imediatamente apresentada na secretaria do tribunal e publicada no portal Citius, podendo ser impugnada, no prazo de cinco dias úteis, com fundamento na indevida inclusão ou exclusão de créditos ou na incorreção do montante, da qualificação ou da classificação dos créditos relacionados, **designadamente por inexistência de suficientes interesses comuns, devendo a impugnação, nos casos de incorreção da classificação dos créditos relacionados, ser acompanhada de proposta alternativa de classificação dos créditos.**»

Trata-se de uma norma bastante aberta - na boa tradição do PER, aliás, - que me parece permitir a qualquer credor desafiar não só a classificação do seu crédito como, desde que afete a sua posição, a dos demais. Ou seja, aplicando as regras gerais, sempre que tenha interesse em agir, o credor pode pôr em causa a classificação dos créditos, apenas se vislumbrando como inaceitável uma impugnação que não seja, por qualquer dos motivos suscitados, suscetível de afetar a sua posição e expectativa<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Possibilidade conferida pelo 2.º parágrafo do n.º 5 do art. 9.º da Diretiva.

<sup>6</sup> Temos consciência da amplitude da solução defendida, mas, na realidade, dificilmente se poderá excluir esta possibilidade em abstrato, já que a expectativa do credor é sempre a satisfação dos seus interesses que pode coincidir com o interesse na recuperação do devedor ou, relativamente aos quais a recuperação do devedor pode ser condição necessária. Nessa perspetiva qualquer alteração na classificação que seja suscetível de alterar o peso ou importância de qualquer crédito pode afetar, ao menos reflexamente, esses interesses, positiva ou negativamente. Assim, propomos uma avaliação em concreto, à luz do interesse em agir.

A regra faz, de imediato, surgir a questão: Qual a consequência para o credor que impugne a classificação e não junte proposta alternativa de classificação de créditos? Ainda numa análise superficial, creio que a regra da oficiosidade da apreciação da classificação que consta no n.º 7 do art. 17.º-D, a fazer pelo juiz, mesmo que a classificação não tenha sido impugnada, leva à conclusão de que não poderemos interpretar esta regra como impondo a junção da proposta alternativa sob pena do não conhecimento da impugnação.

A utilidade da previsão parece, assim, ser a de configurar uma manifestação do princípio da cooperação e do cumprimento dos princípios da RCM n.º 43/2011<sup>7</sup>.

Finalmente, em **quinto lugar**, o controlo judicial sobre a formação das categorias é efetuado no momento previsto para o conhecimento das impugnações à lista provisória, seja por via do conhecimento das impugnações, seja, na ausência de qualquer impugnação, no momento em que a lista se torna definitiva - n.ºs 6 e 7 do art. 17.º-D;

O facto de se ter feito coincidir o conhecimento da regularidade da classificação dos créditos para efeitos de votação com o da impugnação da lista provisória indica que o juiz disporá, para o conhecimento destas questões, dos mesmos meios que para o conhecimento das impugnações da lista, beneficiando de todo o já intenso labor da doutrina e jurisprudência sobre este tema, mais a mais quanto a uma decisão que, sem qualquer dúvida, é puramente interna do PER e não tem qualquer efeito exógeno;

A Lei n.º 9/2022 não replica para a classificação de créditos, a válvula de escape que a lei prevê para a atribuição de votos a créditos impugnados (sem que as impugnações tenham sido conhecidas) constante do art. 17.º-F n.º 5, proémio.

Ainda assim, não me parece necessária a introdução de uma regra prevendo a apreciação da formação de categorias no momento da homologação, caso não tenha sido efetuada antes<sup>8</sup> (é esse o momento regra previsto na diretiva - art. 9.º n.º 5, 1º §). E isto porque a avaliação que deve ser feita no momento da homologação nos termos das alíneas b) e c) do art. 17.º-F n.º 7 na redação dada pela Lei n.º 9/2022, implica necessariamente, sob pena de nulidade, nos termos do art. 615.º, n.º 1, al. d) do CPC, aplicável *ex vi* art. 17.º n.º 1 do CIRE, a análise dos argumentos que tenham sido apresentados pelos interessados.

«7 – Nos 10 dias seguintes à receção da documentação mencionada nos números anteriores, o juiz decide se deve homologar o plano de recuperação ou recusar a sua homologação, aplicando, com as necessárias adaptações, as regras previstas no título IX, em especial o disposto nos artigos 194.º a 197.º, no n.º 1 do artigo 198.º e nos artigos 200.º a 202.º, 215.º e 216.º, e aferindo:

a) Se o plano foi aprovado nos termos do n.º 5;

<sup>7</sup> Que aprovou os Princípios Orientadores da Recuperação Extrajudicial de Devedores, publicada no DR n.º 205/2011, Série I de 2011-10-25.

<sup>8</sup> Estamos a referir-nos a situações anómalas em que o juiz não tenha conhecido das impugnações da lista provisória existentes e em que, por não haver lista definitiva, também não fez a apreciação no momento previsto no n.º 6 do art. 17.º-D. Diz-nos a experiência, por referência ao atual mecanismo de impugnação da lista provisória, ser raro, mas possível. Serão, porém, situações excepcionais.

- b) Se, no caso de classificação dos credores em categorias distintas, nos termos da alínea d) do n.º 3 do artigo 17.º-C, os credores inseridos na mesma categoria são tratados de forma igual e proporcional aos seus créditos;
- c) Se, no caso de classificação dos credores em categorias distintas, nos termos da alínea d) do n.º 3 do artigo 17.º-C, as categorias votantes discordantes de credores afetados recebem um tratamento pelo menos tão favorável como o de qualquer outra categoria do mesmo grau e mais favorável do que o de qualquer categoria de grau inferior;
- (...)»

#### 4. Os novos conteúdos da decisão de homologação

A decisão de homologação - ou de confirmação, na linguagem da Diretiva - é uma decisão mais vasta naquela que na proposta do direito nacional por excluir várias matérias em relação às quais foram tomadas opções de não transposição ou foram tomadas outras opções permitidas.

A decisão de homologação tem agora novos conteúdos, previstos no art. 17.º-F n.º 7, em linha com os arts. 9.º, 10.º, 11.º, 17.º e 18.º da diretiva.

Não foi transposta a possibilidade de validação de transações relacionadas com a reestruturação na decisão de homologação - art. 18.º n.º 2; e dado que no nosso sistema se manteve o controlo judicial em todos os processos, não se tornou necessário acrescentar qualquer norma relativa à validação dos planos que impliquem a perda de mais de 25% de mão-de obra - art. 10.º n.º 1, al. c) da Diretiva.

Como já referimos, não existe previsão de análise da formação de categorias, dado que esta é efetuada em momento anterior.

Os demais novos elementos constam das alíneas do n.º 7, abrindo com a verificação de se o plano foi aprovado - que já hoje é pressuposto da decisão de homologação<sup>9</sup>:

- as regras relativas à verificação do princípio da igualdade e da prioridade relativa para os casos de classificação dos credores em categorias distintas; neste ponto recordo que o “nosso” PER é mais flexível, permitindo, em concreto, à luz do princípio da igualdade, acordos que provavelmente não passariam no crivo da prioridade relativa. No geral, porém, a aplicação do princípio da igualdade como tem vindo a ser entendido pela nossa doutrina e pela jurisprudência quadra bem com a regra da prioridade relativa - que, recordo, pode ser postergada pelos próprios interessados.

- o *best interest test* para as mesmas circunstâncias; e

<sup>9</sup> A própria aprovação será em si uma decisão judicial em vários casos, já hoje em dia, por depender do preenchimento de determinados conceitos e da atribuição de direitos de voto a créditos impugnados ou a créditos sob condição suspensiva, só para dar dois exemplos. Veja-se, neste sentido o Ac. TRL de 27/04/2021 (Amélia Rebelo) disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Cremos que, aplicando-se a aprovação por classes ou categorias de credores, os casos em que a aprovação encerra em si um juízo e não apenas a confirmação do que é transmitido pelo administrador, se multiplicarão, pelo menos até termos o esquema compreendido e a funcionar.

- a apreciação dos novos financiamentos - quanto a estes, embora já fosse defendido entre nós por alguma doutrina (e principalmente aplicado na prática), a tese de que a inclusão dos financiamentos no plano os fazia cobrir pelo juízo de homologação, esta regra traz a inovação de que é necessária a apreciação autónoma pelo juiz: i) da necessidade do financiamento para a execução plano; e ii) de que o financiamento não prejudica injustamente os interesses dos credores.

Neste último ponto cremos ser de fazer a ponderação entre o interesse do devedor, o interesse comum dos credores e os interesses individuais dos credores, fazendo com que as situações de prejuízo injusto releváveis tenham que ser patentes ou demonstradas e vistas em contexto.

Por outro lado, e sempre numa primeira análise, a exigência de que o financiamento seja necessário à execução do plano leva-me a pensar que o não preenchimento destes dois requisitos levará à não homologação do plano e não à “exclusão” do financiamento.

Antes de passar a uma primeira análise do aditamento mais relevante, do ponto de vista do juiz, o juízo de mérito sobre a viabilidade do plano, noto que todos estes pontos serão de controlo oficioso, mas que podem também ser arguidos pelos interessados na não homologação.

#### **O juízo de mérito sobre a viabilidade do plano:**

Uma das inovações mais profundas da Diretiva é a do juízo de mérito exigido pelo art. 10.º n.º 3 da mesma:

«Os Estados-Membros asseguram que as autoridades judiciais ou administrativas possam recusar-se a confirmar um plano de reestruturação caso este não apresente perspetivas razoáveis de evitar a insolvência do devedor ou de garantir a viabilidade da empresa.»

Este juízo de mérito é um juízo direto sobre a potencialidade do plano enquanto instrumento de recuperação - se o plano tem a capacidade de evitar a insolvência ou se garante a viabilidade da empresa ( controlo técnico e económico). Note-se que, pese embora o uso da disjuntiva “ou”, ambos os aspetos têm necessariamente que ser avaliados.

No direito português (e não só) este juízo sempre foi cometido aos credores, desde que há instrumentos legais de recuperação. No nosso direito atual a lei comete ao juiz uma larga franja de recusa oficiosa de homologação (cfr. art. 215.º do CIRE) mas que não passa por um juízo técnico deste tipo, exceto quando atinja a inexequibilidade pura e notória.

Mesmo que os juízes sejam devidamente assessorados nesta tarefa, no fim do dia será sempre uma decisão do juiz, o mesmo juiz que no direito societário está limitado pela *business judgement rule*, por não ser considerado a pessoa mais bem colocada para avaliar decisões (passadas) de gestão. E que agora recebe o encargo de avaliar, rigorosamente, o futuro.

É claramente uma nova função - e um desafio - que põe sob outro foco a especialização e a educação dos juízes.

O modelo aqui presente, na minha opinião, é o modelo do juiz profissional do meio, o melhor colocado para a aferição de mérito, mas que claramente não bate certo com a nossa organização judiciária.

A Diretiva deixou aqui uma área *cinzenta*, já que, no considerando 50<sup>10</sup>, se refere que não será exigido aos Estados Membros que esta apreciação de mérito seja oficiosa, mas tal não ficou estabelecido no texto legal. De facto, essa não exigência não ficou expressa no art. 10.º, ou noutra local, pelo que me parece que a opção do nosso legislador era a única possível, consagrando a oficiosidade do controlo do mérito do plano (art. 17.º-F, n.º 7, al. g) do CIRE na versão da Lei n.º 9/2022).

Logo no número seguinte da Diretiva (10.º n.º 4) se estabelece que esta decisão terá que ser tomada com a eficiência necessária para garantir a celeridade do respetivo tratamento, ou seja, sem prejuízo da celeridade necessária<sup>11</sup>.

Já sabemos os custos da celeridade porque já os aplicamos no nosso procedimento doméstico - alguma limitação de contraditório, prazos muito curtos e, se necessário o uso de peritos (admitido pela Diretiva) que terão que ser previamente assegurados para poderem ser rapidamente acionados.

Aliás a advertência de que o uso de peritos não pode prejudicar a celeridade consta expressamente do considerando 63 (a propósito da avaliação prevista no art. 14.º):

«Se for tomada a decisão de proceder a uma avaliação, os Estados-Membros deverão poder prever regras especiais, distintas do direito processual civil geral, para uma avaliação em casos de reestruturação, a fim de garantir que esta seja realizada de forma célere.»

A Diretiva prevê, no art. 8.º, n.º 1, al. h) a necessidade de que seja incluída no plano de reestruturação apresentado para adoção ou para confirmação:

“(h) Uma exposição de motivos que explique as razões pelas quais há uma perspetiva razoável de o plano de reestruturação evitar a insolvência do devedor e garantir a viabilidade da empresa, incluindo as condições prévias necessárias para o êxito do plano. Os Estados-Membros podem exigir que a exposição de motivos seja elaborada ou validada por um perito externo ou pelo profissional no domínio da reestruturação, caso tal profissional seja nomeado.”

<sup>10</sup> Onde se lê: “As autoridades judiciais ou administrativas deverão poder recusar-se a confirmar os planos de reestruturação que não apresentem perspetivas razoáveis de evitar a insolvência do devedor ou de garantir a viabilidade da empresa. Todavia, não deverá ser exigido aos Estados-Membros que assegurem que tal apreciação seja realizada oficiosamente.”

<sup>11</sup> O aumento da eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas é um dos objetivos da Diretiva, como resulta do respetivo art. 1.º, n.º 1, al. c) e considerandos 5 e 29 - Cfr. Christoph G. Paulus e Reinhard Damman em European Preventive Restructuring, Directive (EU) 2019/1023, Article-by-Article Commentary, Beck, Hart, Nomos, 2021, pg. 3.

A Diretiva não deixou senão estas “indicações” quanto a esta avaliação, sendo certo que sabemos quão diversos são os modelos judiciários de país para país. Mas a obrigação ficou, de que seja a autoridade a avaliar este mérito do pano.

A decisão vai continuar a ser da autoridade, no caso português, do juiz. Mas continua a ser um juízo a exigir educação e formação, já que os tribunais não têm por função, nem por tradição, chancelar opiniões de terceiros.

Friso porém, que o que se exige não é uma certeza absoluta de viabilidade, mas apenas uma perspetiva razoável.

A última alínea do art. 17.º-F n.º 7 da Lei n.º 9/2022 consagra o **juízo de mérito** previsto no n.º 3 do art. 10.º da Diretiva a que já aludi, obrigando à aferição pelo juiz «g) *Se o plano de recuperação apresenta perspetivas razoáveis de evitar a insolvência da empresa ou de garantir a viabilidade da empresa.*»

A Lei n.º 9/2022 operacionaliza a forma de efetuar este juízo de mérito em três passos:

- em primeiro lugar, e em linha com a alínea h) do n.º 1 do art. 8.º da Diretiva, o devedor tem que juntar com o Plano (art. 17.º-F n.º 1, al. j) «j) *Uma exposição de motivos que contenha a descrição das causas e da extensão das dificuldades da empresa e que explique as razões pelas quais há uma perspetiva razoável de o plano de recuperação evitar a insolvência da empresa e garantir a sua viabilidade, incluindo as condições prévias necessárias para o êxito do plano.*»
- depois o administrador, juntamente com o plano aprovado e a documentação que o atesta, remete ao tribunal o «*seu parecer fundamentado sobre se o plano apresenta perspetivas razoáveis de evitar a insolvência da empresa ou de garantir a viabilidade da empresa,*» (art. 17.º-F n.º 4), seguindo-se desta forma um dos caminhos indicados na Diretiva;
- finalmente o juiz procede à aferição prevista na al. g) do n.º 7 do art. 17.º-F munido de todos estes elementos.

A lei não dá qualquer valor qualificado a qualquer dos elementos “auxiliares” (o elemento principal, aqui será o plano), a exposição e o parecer, o que, na minha opinião, possibilita que o juiz, caso o entenda, se socorra de outros elementos, nomeadamente assessorando-se, nos termos do artigo 601.º do CPC (com muitas adaptações, claro!) ou recorrendo à opinião de um perito independente, caso se justifique. No entanto terá de o fazer nos quadros gerais do procedimento - urgente e simplificado, garantindo a celeridade, a eficiência e sendo o devedor a suportar os custos.

No geral, ou seja, na maioria dos processos, a conjugação da exposição, de um parecer favorável e da aprovação do plano pela maioria dos credores, será suficiente<sup>12</sup>, em especial se, como na maioria dos casos, estivermos ante um plano com incidência no passivo.

Confiro neste ponto, não poderia deixar de o fazer, sendo eu um produto da minha cultura jurídica, um especial relevo à posição assumida pelos credores. Se a maioria dos credores aprovar, é porque, à partida, o plano tem viabilidade.

A viabilidade é um conceito relativo: depende da conjugação de vários fatores, muitos dos quais imprevisíveis - é um risco, uma aposta num determinado cenário futuro (se quiserem é um filme e não uma fotografia). Para mim os credores, que estão no mercado com o devedor, que sabem as suas próprias condicionantes e que, para tomar posição, assumem os respetivos riscos, continuam a ser os mais bem colocados para fazer esta avaliação.

Posto isto admito desde já que tenhamos que aperfeiçoar esta regra no futuro: ela é ampla e parece conceder um grande grau de discricionariedade ao juiz em matéria na qual, com o devido respeito, ele não está, em geral, preparado para lidar<sup>13</sup>. Mas a verdade é que este grau de discricionariedade vem diretamente da Diretiva, sendo um dos seus aspetos muito debatidos e controvertidos.

No fundo, é um caminho a ser testado, que foi ensaiado, mas não verdadeiramente testado, no PEVE - art. 9.º n.º 3 e n.º 4, al. b), subalínea ii) da Lei n.º 75/2020 de 27/11.

Lisboa, 24 de janeiro de 2022

<sup>12</sup> No mesmo sentido, em comentário ao n.º 3 do art. 10.º da Diretiva, se pronunciaram Cristoph G. Paulus e Reinhard Damman, local citado, pg. 175.

<sup>13</sup> Ver também Catarina Serra em The Extraordinary Proceedings for the Economic Sustainability of Businesses: The Viability or Feasibility Test, pgs. 5 a 8, PoLaR Portuguese Law Review - vol. 5 - n.º 1. Disponível em: Grupo Almedina, Grupo Almedina (Portugal), 2021.

## As Alterações ao Processo Especial de Revitalização: um novo processo?



David Sequeira Dinis

Advogado

 [Sessão da manhã](#) (minutos: 1:38:23 a 2:10:15)

### *Stand-still, cláusulas ipso facto e new money* após a transposição da Diretiva

O presente artigo corresponde, no essencial, à intervenção que fizemos na conferência organizada pelo Ministério da Justiça, a propósito da consulta prévia que antecedeu a publicação da Lei n.º 9/2022, de 11 de janeiro, embora com diversas atualizações.

Nessa intervenção, coube-nos tratar de várias questões novas no quadro insolvencial português, que aqui reproduzimos, ainda que de forma mais aprofundada.

Para terminar esta introdução, deixamos três notas finais. A primeira para explicar que, do ponto de vista metodológico, o presente artigo foi elaborado como se fosse um comentário ao texto legal, contrastando-o com a lei anterior. Parece-nos que esta é a forma que melhor facilita a apreensão das alterações legislativas e, principalmente, a exposição das nossas ideias. A segunda nota para deixar claro que as opiniões aqui expressas apenas vinculam o signatário (e ninguém mais, incluindo a firma de advogados da qual é sócio) e, mesmo em relação a este, são opiniões iniciais que seguramente ainda serão amadurecidas fruto do estudo teórico e da experiência prática que se seguirá. A última para reiterar o agradecimento pelo convite que nos foi dirigido, pessoalizando tal agradecimento institucional no Senhor Dr. Fernando Taínhas. Tivemos muita honra e orgulho em poder participar.

Sem mais demoras, entremos no comentário às novidades legislativas.

### TEXTO LEGAL

**Texto antigo**

1 - A decisão a que se refere o n.º 4 do artigo 17.º-C obsta à instauração de quaisquer ações para cobrança de dívidas contra a empresa e, durante todo o tempo em que perdurarem as negociações, suspende, quanto à empresa, as ações em curso com idêntica finalidade, extinguindo-se aquelas logo que seja aprovado e homologado plano de recuperação, salvo quando este preveja a sua continuação.

**Novo texto**

1 - A decisão a que se refere o n.º 5 do artigo 17.º-C obsta à instauração de quaisquer ações executivas contra a empresa para cobrança de créditos durante o período de negociações, que não pode exceder quatro meses, e suspende quanto à empresa, durante o mesmo período, as ações em curso com idêntica finalidade.

2 - A requerimento fundamentado da empresa, de um credor ou do administrador judicial provisório, desde que deduzido no prazo de negociações, o juiz pode prorrogar o prazo de vigência da suspensão prevista no número anterior, por um mês, caso se verifique uma das seguintes situações:

- a) Ocorreram progressos significativos nas negociações do plano de reestruturação;
- b) A prorrogação se revela imprescindível para garantir a recuperação da atividade da empresa; ou
- c) A continuação da suspensão das medidas de execução não prejudique injustamente os direitos ou interesses das partes afetadas.

3 - No decurso do período suplementar de suspensão, determinado nos termos do número anterior, o juiz pode determinar o seu levantamento nos seguintes casos:

- a) A suspensão deixe de cumprir o objetivo de apoiar as negociações sobre o plano de recuperação; ou
- b) A pedido do devedor ou do administrador judicial provisório.

**4 - O disposto nos números anteriores não é aplicável a ações executivas para cobrança de créditos emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação.**

(...)

**9 - Durante o período de suspensão das medidas de execução, nos termos dos n.ºs 1 e 2, suspendem-se, igualmente:**

- a) *Os processos de insolvência em que anteriormente haja sido requerida a insolvência da empresa, desde que não tenha sido proferida sentença declaratória da insolvência;*
- b) *Os processos de insolvência em que seja requerida a insolvência da empresa;*
- c) *Todos os prazos de prescrição e de caducidade oponíveis pela empresa.*

#### COMENTÁRIO

**1.** As alterações em causa têm a sua fonte no artigo 6.º da Diretiva.

**2.** Começando pela alterações referentes ao n.º 1 do artigo 17.º-E do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (“CIRE”), cumpre referir que a substituição da expressão “ações para cobrança de dívidas contra a empresa” pela expressão “ações executivas contra a empresa para cobrança de créditos” torna claro que a previsão legal apenas se aplica a ações executivas e não a ações declarativas.

Não obstante, estamos em crer que subsistem várias questões por esclarecer, algumas das quais já se colocavam no passado. Assim, quando o legislador se refere a “ações executivas”, reporta-se apenas a execuções para pagamento de quantia certa? O que quer dizer “quaisquer ações executivas contra a empresa para cobrança de créditos”? E quais os efeitos da norma em apreço sobre procedimentos cautelares, se alguns?

Pela nossa parte, não vemos razões para modificar o entendimento sustentado anteriormente, segundo a qual “o artigo 17.º-E, n.º 1, abrange **apenas as ações executivas** para pagamento de quantia certa (e as demais execuções sempre e quando se verifique a conversão das mesmas nos termos previstos nos artigo 867.º ou 869.º do Código de Processo Civil) e os **procedimentos cautelares antecipatórios de ações que deveriam ser**

**suspensas ao abrigo do citado normativo legal.** Encontram-se excluídas, pois, do âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 17.º-E, as ações declarativas, as ações executivas para entrega de coisa certa, as ações executivas para prestação de facto e a generalidade dos procedimentos cautelares.” (cfr. Nuno Salazar Casanova / David Sequeira Dinis, “PER - O Processo Especial de Revitalização”, Coimbra Editora, pág. 97).

Se este já era o nosso entendimento em face do texto legislativo pretérito, as alterações entretanto introduzidas parecem reforçar tal opinião. A nosso ver, não se poderá deixar de retirar um sentido normativo específico do facto de o legislador nacional ter optado por incluir a expressão “para cobrança de créditos”, quando a tal não estava obrigado pelo legislador europeu. E, a nosso ver, o sentido da dita alteração não pode deixar de ser o de limitar o âmbito das execuções abrangidas àquelas em que se pretende cobrar créditos, ou seja, as execuções para pagamento de quantia certa.

É certo que se poderia defender que a referência a “cobrança de créditos” não seria argumento definitivo, pois também existiria um crédito a satisfazer numa execução para entrega de coisa certa ou para prestação de facto. O que dizer?

Em nossa opinião, tal argumento não pode colher por várias ordens de razão. Primeiro, porque a opção legislativa não pode ser desmerecida, especialmente atento o debate que o texto legal pretérito manteve na doutrina e na jurisprudência. No quadro desse debate, a alteração legislativa ganha um sentido específico e a referência inovadora (e não imposta pelo legislador europeu) a “cobrança de créditos” traduz um sentido específico. Segundo, porque a expressão cobrança de créditos remete-nos imediatamente para e inculca a ideia de cobrança de uma dívida pecuniária. Mais uma vez, cremos que foi isso que legislador quis significar. Por fim, porque o espírito e *ratio* da norma assim o impõem, remetendo-se para o referido na nossa obra *supracitada*, que é aplicável com as devidas adaptações.

Por último, reitera-se que, em nossa opinião, apenas são abrangidos pelos efeitos inibitórios da norma em questão os **procedimentos cautelares antecipatórios de ações que deveriam ser suspensas ao abrigo do citado normativo legal.**

Contra esta conclusão muitas vezes argumenta-se que os procedimentos cautelares podem prejudicar o processo de recuperação da empresa, especialmente quando impliquem a remoção de ativos ou bens essenciais à continuação da atividade empresarial. Sob esta égide, é muitas vezes sustentada uma interpretação amplíssima dos efeitos inibitórios da norma em apreço.

Tudo sopesado, parece-nos que esta argumentação não deve proceder. Primeiro, porque o elemento literal - especialmente agora! - aponta no sentido que consideramos mais correto. Segundo, porque o argumento teleológico acima considerado que aponta para uma interpretação tão ampla quanto possível da norma legal esbarra no princípio da tutela jurisdicional efetiva. É que, se de um lado está em causa um interesse socialmente relevante e com dignidade constitucional - a recuperação das empresas, com todos os seus benefícios socioeconómicos -, a verdade é que, do outro lado, se encontra um interesse igualmente valioso do ponto de vista constitucional - a proteção do credor carecido de tutela cautelar.

Salvo melhor opinião, o justo balanço destes interesses não tem sido adequadamente realizado. Frequentemente hiperboliza-se o interesse da recuperação, olvidando que, em via de regra, o decretamento de providências cautelares depende não só de decisão judicial, como só ocorre após o contraditório. Bem vistas as coisas, existe um interesse do credor - que o tribunal já reconheceu carecido de premente tutela cautelar, pois doutro modo não teria deferido a providência cautelar - merecedor e carecido de adequada tutela. E este problema é tanto mais relevante quanto se reconhecer que, com as novas alterações legislativas, o período de suspensão poderá ascender a 5 meses (ou substancialmente mais, como a experiência já demonstrou).

Por que motivo deverá o arresto destinado a impedir a dissipação de ativos da empresa ser paralisado pelo PER, quando existiu um tribunal que reconheceu, precisamente, o assinalado risco de dissipação? Será adequado e proporcional sacrificar os interesses deste específico credor - cuja pretensão já foi sindicada por um juiz, que confirmou que se encontrava carecido de tutela judicial - face ao objetivo da recuperação? Recorde-se que o arresto só é decretado quando se reconhece perigo de perda da garantia patrimonial, ou seja, quando o tribunal reconheceu que, se não se atuar imediatamente, poderá existir, por exemplo, dissipação de património. Se não se perder de vista que está, precisamente, em causa um meio de conservação da garantia patrimonial, facilmente se concluirá que, em certo sentido, até é benéfico para todos os credores e para a recuperação empresarial que não se dissipe património.

Uma última e breve palavra para o caso dos *leasings* e dos respetivos procedimentos cautelares. A nosso ver, a resposta acima dada é igualmente aplicável nestes casos. Para além do suprarreferido (que é parcialmente aplicável), cumpre ter em conta que o aludido procedimento cautelar é, na generalidade dos casos, requerido após a resolução do contrato de *leasing*, tendo em vista a recuperação da posse pelo seu legítimo proprietário. Ou seja, a providência prevista no regime da locação financeira não serve para “cobrar créditos”, mas antes para recuperar a posse por parte do legítimo proprietário (visto que, entretanto, a locação financeira terá sido resolvida).

3. Do cotejo dos n.ºs 1 e 2 da norma em análise decorre que existe um prazo normal e automático de 4 meses de proteção contra credores, aos quais acresce um prazo extraordinário de 1 mês. No fundo, o *stand-still* poderá tardar até 5 meses, dependendo de autorização judicial.

4. Doutro prisma, poderá perguntar-se se o requerimento de extensão previsto no n.º 2 admite contraditório e recurso? Em nossa opinião a resposta é afirmativa. Não só por força dos princípios gerais, mas porque tal decorre do n.º 3. Se o tribunal pode levantar a suspensão, então também tem que poder recusá-la. E se o pedido de levantamento pode vir de um credor, então também um credor pode demonstrar que não se verificam os pressupostos de aplicação do n.º 2 *ab initio*. Reflexamente, o mesmo valerá para o devedor.

5. O número 4 da norma em apreço exclui do seu âmbito de aplicação as ações executivas para cobrança de créditos emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação. Esta solução está conforme à Diretiva e assenta em razões facilmente comprehensíveis e aceitáveis (cfr. n.º 5 do artigo 6.º da Diretiva) relacionadas com a especial proteção que estes credores merecem.

## 17.º - E

### **Texto antigo**

*8 - A partir da decisão a que se refere o número anterior e durante todo o tempo em que perdurarem as negociações, não pode ser suspensa a prestação dos seguintes serviços públicos essenciais:*

*a) Serviço de fornecimento de água;*

*b) Serviço de fornecimento de energia elétrica;*

*c) Serviço de fornecimento de gás natural e gases de petróleo liquefeitos canalizados;*

*d) Serviço de comunicações eletrónicas;*

*e) Serviços postais;*

f) Serviço de recolha e tratamento de águas residuais;

g) Serviços de gestão de resíduos sólidos urbanos.

9 - O preço dos serviços públicos essenciais prestados durante o período referido no número anterior que não sejam objeto de pagamento pela empresa será considerado dívida da massa insolvente em insolvência da mesma que venha a ser decretada nos dois anos posteriores ao termo do prazo de negociações, sem prejuízo do disposto no artigo 10.º da Lei n.º 23/96 de 26 de julho, alterada e republicada pela Lei n.º 12/2008, de 26 de fevereiro, e alterada pelas Leis n.ºs 24/2008, de 2 de junho, 6/2011, de 10 de março, 44/2011, de 22 de junho, e 10/2013, de 28 de janeiro.

#### **Novo texto**

10 - A partir da decisão a que se refere o n.º 5 do artigo 17.º-C e durante o período de suspensão das medidas de execução a que aludem os n.ºs 1 e 2 os credores não podem recusar cumprir, resolver, antecipar ou alterar unilateralmente contratos executórios essenciais em prejuízo da empresa, relativamente a dívidas constituídas antes da suspensão, pelo único facto de a empresa não as ter pago.

11 - Entende-se por contratos executórios essenciais os contratos de execução continuada que sejam necessários à continuação do exercício corrente da atividade da empresa, incluindo quaisquer contratos de fornecimento de bens ou serviços cuja suspensão levaria à paralisação da atividade da empresa.

12 - O preço dos bens ou serviços essenciais à atividade da empresa prestados durante o período referido no número anterior que não sejam objeto de pagamento é considerado dívida da massa insolvente em insolvência da mesma empresa que venha a ser decretada nos dois anos posteriores ao termo do prazo da suspensão prevista nos n.ºs 1 e 2, sem prejuízo do disposto no artigo 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, na sua redação atual, quanto aos serviços públicos essenciais.

#### **COMENTÁRIO**

1. As alterações em causa têm a sua fonte no artigo 6.º da Diretiva.

2. O atual texto legal levanta várias dúvidas e perplexidades. Dada a complexidade da matéria, tentaremos respondê-las de forma esquemática.

Nos termos do n.º 10.º do artigo em análise, os credores não podem recusar cumprir, resolver, antecipar ou alterar unilateralmente contratos executórios essenciais em prejuízo da empresa, relativamente a dívidas constituídas antes da suspensão, pelo único facto de a empresa não as ter pago.

A primeira questão que se levanta consiste em saber em que se traduz a proibição acima transcrita, nas suas várias vertentes. A nosso ver:

- a expressão *não poder recusar cumprir*, traduz a vontade legislativa de os credores se manterem - nos termos e condições legalmente indicados - vinculados ao cumprimento pontual dos contratos executórios essenciais, impedindo que aqueles invoquem a tradicional exceção de não cumprimento (artigos 428.º e ss. do Código Civil).
- E quanto à exceção de compensação? Pelos seus efeitos, também deverá enquadrar-se nesta proibição? A compensação é uma causa de extinção das obrigações (cfr. artigo 847.º e ss), pelo que poderia enquadrar-se aqui. Mas percebemos que poderão existir dúvidas a este respeito. No limite, deverá caber na proibição de alterar unilateralmente o contrato, dada a amplitude do texto da diretiva e dos fins visados pelo legislador europeu.
- *não poder resolver* afigura-se autoexplicativo, mas a aparente simplicidade da norma não afasta a necessidade de uma indagação mais profunda. Assim, será que proibição legal abrange também a impossibilidade de *denunciar* contratos executórios essenciais? Considerando o amplíssimo elemento literal da Diretiva (que se refere genericamente a “*terminating*”; expressão inglesa que tem um significado jurídico mais amplo do que o instituto da resolução, aproximando-se antes do nosso conceito de cessação), e tendo em conta o espírito subjacente ao regime, somos de opinião que se terá que estender a outras formas de cessação contratual unilateral, como a denúncia. Caso mais complexo é o da oposição à renovação. À partida, poderia parecer um caso idêntico ou paralelo ao da denúncia. Mas efetivamente não será. No caso de oposição à renovação, não está apenas em causa cessar o contrato, mas também evitar a vinculação futura, para além do prazo inicial. Quer isto dizer que, se se entendesse que o credor não se poderia opor à renovação, não apenas estar-se-ia a inibi-lo de fazer cessar o contrato, mas também a forçá-lo a “renovar” um contrato que ele poderá não querer, violando assim a sua liberdade de contratar, de forma desadequada e desproporcional.

- a expressão *não poder antecipar* não se reconduz a nenhum conceito jurídico tradicional entre nós. Da análise da Diretiva, parece que o legislador terá traduzido a expressão “*accelarating*” por antecipar. Se estivermos corretos, o sentido útil a dar à aludida proibição (ou seja, à expressão antecipar) passa por impedir que os credores possam fazer o “*accelaration*” da dívida ou do contrato, ou seja, declarar o vencimento antecipado ou recorrer a instrumentos similares.
- a expressão *não poder alterar unilateralmente* corresponderá, salvo erro, ao texto da Diretiva, onde se pode ler que “*creditors from (...) in any other way modifying executory contracts*”. Cremos que o objetivo será impedir que possam ser “ativadas” cláusulas que permitam operar modificações nos contratos. Se assim não fosse, poder-se-ia, por esta via, alcançar um fim semelhante àquele que a lei pretendeu prevenir com a proibição de fazer cessar contratos (deixando entrar pela janela aquilo que não se quis deixar entrar pela porta).

A segunda questão a analisar passa por perceber que contratos são abrangidos pela norma em análise. Ou, por outras palavras, qual é o âmbito de aplicação da norma.

Neste particular, a primeira observação a fazer é que o regime não é aplicável a todos os contratos, mas apenas aos ditos contratos executórios essenciais. Nos termos da lei, entendem-se por contratos executórios essenciais os contratos de execução continuada que sejam necessários à continuação do exercício corrente da atividade da empresa, incluindo quaisquer contratos de fornecimento de bens ou serviços cuja suspensão levaria à paralisação da atividade da empresa.

A segunda observação que se impõe diz respeito ao facto de a lei excluir os contratos de execução instantânea, o que bem se percebe.

A nossa terceira observação diz respeito ao facto de o legislador se ter afastado - na esteira da Diretiva - do conceito de serviços públicos essenciais, que tantas dificuldades gerou. Já não estão em causa apenas tais contratos, mas todos os contratos - independentemente da natureza pública ou privada dos mesmos ou das entidades envolvidas - que caiam no âmbito de aplicação da norma.

Doutro prisma, refira-se ainda que os contratos, para serem abrangidos pela norma, devem ser “necessários à continuação da atividade da empresa”. Salvo melhor opinião, a referência à “necessidade” tem que ser entendida *cum grano salis*, de modo a prevenir que, nesse conceito, se acabem por incluir casos de mera conveniência. Temos presente que o texto legal segue fielmente o da Diretiva, mas parece-nos que se deverá adotar uma *interpretação exigente* do conceito de necessidade, que afaste do âmbito da mesma a mera conveniência e o aproxime da ideia de indispensabilidade. Bem vistas as coisas, é esta a única forma de equilibrar a posição dos credores - que veem os seus direitos contratuais comprimidos - com a posição da empresa - que beneficia da

proteção dispensada pela lei. Se a proteção legal fosse ao ponto de abranger casos de mera conveniência, então existiria um flagrante desequilíbrio entre as aludidas posições, infligindo-se um sacrifício indevido aos credores, sem justificação bastante.

Nesta senda, refira-se ainda que, em nossa opinião, o excerto final da norma (que refere: “cuja suspensão levaria à paralisação da atividade da empresa”) não se aplica apenas aos contratos de fornecimento de bens ou serviços, mas a todos os contratos. É certo que gramaticalmente poderá parecer que o legislador limitou esta qualificação (“cuja suspensão levaria à paralisação da atividade da empresa”) aos contratos de fornecimento de bens e serviços, mas a correta interpretação da lei imediatamente revela que tal qualificação é aplicável a todos os contratos executórios essenciais. Mais uma vez, depõe neste sentido o imperativo fundamental de não infligir sacrifícios aos credores, salvo quando tal seja verdadeiramente justificado (nomeadamente por estar em causa a paralisação da empresa). Este racional e estas preocupações tanto são aplicáveis aos contratos de fornecimento de bens e serviços, como em geral a todos os contratos executórios essenciais, não se vislumbrando motivos para os distinguir.

Por último cumpre ainda que referir que o preço dos bens ou serviços essenciais à atividade da empresa prestados durante o período referido no número anterior que não sejam objeto de pagamento é considerado dívida da massa insolvente em insolvência da mesma empresa que venha a ser decretada nos dois anos posteriores ao termo do prazo da suspensão prevista nos n.ºs 1 e 2, sem prejuízo do disposto no artigo 10.º da Lei n.º 23/96, de 26 de julho, na sua redação atual, quanto aos serviços públicos essenciais.

A lei estabelece, pois, que o preço dos bens e serviços não pagos consubstanciará uma dívida da massa insolvente, nos termos acima referidos. A solução não é inovadora, indo ao encontro da lei anterior. Pela nossa parte, preocupa-nos a ideia que se vem a proliferar de oneração das futuras massas insolventes. Tal prejudica credores futuros e pode conduzir à insolvência das massas insolventes.

Mas o que mais nos preocupa é o facto de se estar a criar credores forçados, algo que coloca em causa os direitos fundamentais dos credores afetados, como é evidente. Apesar do consenso generalizado a este respeito, a obrigação de fornecer, mesmo sem recebimento, continua a ser algo chocante para nós. É que, habitualmente, pensa-se que o fornecedor será uma grande empresa e o fornecido uma pequena, desesperada de ajuda. Neste contexto, assume-se que a grande empresa poderá sustentar a manutenção do fornecimento mesmo sem pagamento, em homenagem ao fim da recuperação empresarial. Mas não tem de ser assim e muitas vezes efetivamente não o é. Temo-nos deparado na prática com várias situações de utilização abusiva deste instituto. Dito isto, esta matéria merece uma reflexão bastante mais profunda, que escapa ao escopo deste trabalho.

A terceira questão a analisar diz respeito ao requisito do “prejuízo para a empresa”. A nosso ver, este requisito afasta alterações ou impactos inócuos ou irrelevantes para a empresa. Se a cessação contratual for verdadeiramente inócuia, poderá ocorrer.

A quarta questão que se coloca diz respeito a saber quando se aplica a proibição. Recordemos o texto legal: “A partir da decisão a que se refere o n.º 5 do artigo 17.º-C e durante o período de suspensão das medidas de execução a que aludem os n.ºs 1 e 2 os credores não podem recusar cumprir, resolver, antecipar ou alterar unilateralmente contratos executórios essenciais em prejuízo da empresa, relativamente a dívidas constituídas antes da suspensão, pelo único facto de a empresa não as ter pago.”

A lei fala em dívidas constituídas antes da suspensão. Mas isso quer dizer que terá que existir incumprimento dessas mesmas dívidas em momento anterior à suspensão? A nosso ver, não será assim. Basta que as dívidas em causa tenham sido constituídas antes da suspensão. Não é necessário incumprimento anterior. É isso que decorre da lei.

Ao nível da Diretiva, a situação poderá ser menos clara. Parece haver conflito ou, pelo menos, ambiguidade, entre o artigo 7.º, parágrafo 1 e o considerando 41 da Diretiva. A doutrina estrangeira admite que isto confira liberdade ao legislador nacional para escolher solução mais ou menos restritiva. Concordamos com a solução legal. Vai aliás na linha da distinção que sempre propugnámos entre créditos pré e pós PER.

Por outro lado, cumpre ainda salientar algo de muito importante. A lei inibe a invocação dos “remédios contratuais” (terminar, modificar, etc.) aos casos em que os mesmos são aplicáveis pelo único facto (*rectius*, “quando o único fundamento seja”) de a empresa não ter pago as dívidas em causa. Ficam de fora todos os incumprimentos que não estejam relacionados com falta de pagamento (embora isto tenha que ser coordenado com as cláusulas *ipso facto*). Ou seja, poderá existir cessação contratual por força de outros incumprimentos contratuais, como violação de rácios financeiros, de *covenants* financeiros, etc.

A prática bancária é bem conchedora deste tipo de estipulações contratuais, as quais ganharão (ainda mais) relevo no giro bancário, mas também fora dele. Tais estipulações contratuais serão, seguramente, importadas para outros sectores, pois os intervenientes desses sectores pretenderão, também, valer-se da possibilidade de se desvincularem dos contratos com tal fundamento.

Infelizmente, as referidas cláusulas são vistas com alguma desconfiança em Portugal, tendo-nos já cruzado com decisões (em regra de primeira instância, é certo) que procuram impedir o exercício das mesmas com recurso ao abuso de direito e ao regime das cláusulas contratuais gerais, embora sempre com o “background” implícito de que não se poderá fazer cessar um contrato se não existir uma dívida (relevante) de capital ou juros por pagar. Cremos que estará na altura de se reequacionar esta visão, pois, de facto, poderá existir uma situação de cumprimento pontual (no curto prazo), mas, por exemplo, verificarem-se circunstâncias (v.g., desequilíbrio do balanço, incapacidade de pagar à Autoridade Tributária ou à Segurança Social, falta de pagamento aos trabalhadores, incumprimento ou rutura da relação com o principal fornecedor ou com um cliente absolutamente estratégico ou crítico) que objetivamente justifiquem o fim da relação contratual. Dever-se-á, pois, deixar as

válvulas de escape do sistema (como o abuso de direito) para as verdadeiras situações limite e excepcionais que as mesmas visam tutelar.

Por último, poder-se-ia ainda questionar se o legislador deveria ter ido mais além, impedindo o recurso aos ditos “remédios contratuais” sempre que existisse qualquer tipo de incumprimento. Decorre do exposto, que a nossa opinião vai no sentido inverso, achando que tal limitação seria excessiva.

#### 17.º - E

##### **Novo texto**

*13 - É nula a cláusula contratual que atribua ao pedido de abertura de um processo especial de revitalização, à abertura de um processo especial de revitalização, ao pedido de prorrogação da suspensão das medidas de execução ou à sua concessão o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confira, nesse caso, à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia do contrato.*

1. As alterações em causa têm a sua fonte no artigo 7.º da Diretiva.

2. Esta regra é nova no quadro do Processo Especial de Revitalização (“PER”), embora já existisse uma norma (entretanto também alterada) que regulava as chamadas cláusulas *ipso facto* em sede de insolvência. Com efeito, o artigo 119.º do CIRE estipulava, no seu número 2, que “é em particular nula a cláusula que atribua à situação de insolvência de uma das partes o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confira nesse caso à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia em termos diversos dos previstos neste capítulo.” Exacionava, de seguida, no seu número 3 o seguinte: “o disposto nos números anteriores não obsta a que a situação de insolvência possa configurar justa causa de resolução ou de denúncia em atenção à natureza e conteúdo das prestações contratuais”.

O regime do artigo 119.º do CIRE era merecedor de várias críticas, desde logo porque a referência genérica à situação de insolvência como condição de resolução permitia que se defendesse a proibição (quase) total das cláusulas *ipso facto*, problema esse com que nos deparamos várias vezes na vida prática. E uma das interpretações feitas do aludido artigo 119.º do CIRE - da qual discordávamos - levava inclusivamente a estender o âmbito de aplicação do mencionado normativo legal a casos em que a condição para a resolução estivesse relacionada com o início de um PER ou com uma situação de desequilíbrio financeiro da empresa. Mais uma vez, invocando-se os princípios da boa-fé e o objetivo de evitar fraudes à lei.

3. Atualmente, o legislador estabeleceu um regime específico para o PER e repensou igualmente o normativo do artigo 119.º do CIRE, que atualmente prevê no seu n.º 2 o seguinte: “é, em particular, nula a cláusula que atribua à declaração de insolvência de uma das partes o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confira, nesse caso, à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia em termos previstos no presente capítulo”. O número 3 do meu normativo legal acrescenta que “é lícito às partes atribuírem a quaisquer situações anteriores à declaração de insolvência os efeitos previstos no número anterior.”.

Antes de se analisar o regime específico do PER, cumpre referir que o atual artigo 119.º do CIRE corresponde a um avanço significativo face ao regime legal anterior. A lei agora esclarece que a nulidade apenas fulmina as cláusulas que atribuem à declaração de insolvência o valor de condição resolutiva. Ao referir-se especificamente à declaração de insolvência - ou seja, à declaração judicial da insolvência por um tribunal e já não genericamente à situação de insolvência - o legislador deixou claro que, apenas esse evento, não pode licitamente servir de fundamento à verificação de uma condição resolutiva. E, se dúvidas houvesse, o número 3 do artigo 119.º reforça que qualquer evento anterior à declaração de insolvência poderá servir para licitamente desencadear a aplicação de uma condição resolutiva. É, de facto, um avanço no caminho certo, que se saúda.

Neste particular, importa ter presente que a norma em questão é evidentemente excepcional (por se desviar, ou melhor, derogar o princípio da liberdade contratual). Daqui decorre, do ponto de vista metodológico-interpretativo, que a dita norma é insusceptível de aplicação analógica (cfr. artigo 11.º do Código Civil). Haverá, no entanto, que resistir à tentação de, por via interpretativa, se estender o âmbito desta norma, pois o legislador - em face do texto legal anterior e de toda a discussão em torno da mesma - quis restringir o escopo da aludida às situações nela previstas (e nada mais). Esta conclusão é, de resto, confirmada pelo n.º 3 do novo artigo 119.º do CIRE.

Por fim, cumpre referir que existem dificuldades de compaginação entre o atual regime do artigo 119.º do CIRE e o novo n.º 13 do artigo 17.º -E. A dificuldade mais óbvia resulta da redação deste último normativo legal, a qual, salvo melhor opinião, parece contraditar o atual texto do artigo 119.º, permitindo repescar algumas situações de nulidade que o artigo 119.º atual afastou.

4. Focando-nos agora no n.º 13 do artigo 17.º -E do CIRE, levantam-se várias dúvidas. A primeira questão a deslindar é a de ser qual é a *ratio* por detrás do texto legal. A nosso ver, o motivo que preside ao regime é o seguinte: os credores não poderem afastar-se do processo negocial e de reestruturação pelo mero facto de que

o mesmo existe. Toda a lógica subjacente à existência de esquemas de reestruturação voluntária aponta no sentido de não ser possível - *rectius*, de não ser possível de forma ilimitada - as chamadas *ex ante contractual opt-outs*.

A segunda questão a ter em conta diz respeito ao âmbito de aplicação desta norma. Será esta previsão normativa exclusivamente aplicável aos contratos executórios essenciais? A resposta é negativa. Aplica-se a todos e quaisquer contratos em que existam cláusulas violadoras do texto legal.

A este respeito, refira-se que o legislador foi bastante claro ao estabelecer eventos concretos - pedido de abertura de um processo especial de revitalização, abertura de um processo especial de revitalização, pedido de prorrogação da suspensão das medidas de execução ou a sua concessão - cuja verificação não pode licitamente servir de fundamento à verificação de uma condição resolutiva.

À semelhança do *supra* exposto, afigura-se-nos claro que estes e só estes eventos estão banidos pelo legislador. Poder-se-ão licitamente prever cláusulas que permitam a resolução contratual com outros motivos, como por exemplo, *covenants* financeiros, etc. Valem igualmente aqui as considerações acima expostas a respeito do novo artigo 119.º do CIRE, na parte respeitante à insusceptibilidade de aplicação analógica e, igualmente, às cautelas e limitações a ter em conta em sede interpretativa, sob pena de se frustrar o desígnio legislativo.

## 17.º- H do CIRE - Financiamento

### Texto antigo

1 - As garantias convencionadas entre a empresa e os seus credores durante o processo especial de revitalização, com a finalidade de proporcionar àquela os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade, mantêm-se mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a sua insolvência.

2 - Os credores que, no decurso do processo, financiem a atividade da empresa disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização gozam de privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores.

**Novo texto**

1 - As garantias convencionadas entre a empresa e os seus credores durante o processo especial de revitalização, com a finalidade de proporcionar àquela os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade, mantêm-se mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a sua insolvência.

2 - Os credores que, no decurso do processo ou em execução do plano de recuperação, financiem a atividade da empresa, disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização, gozam de um crédito sobre a massa insolvente, até um valor correspondente a 25 % do passivo não subordinado do devedor à data da declaração de insolvência, caso venha a ser declarada a insolvência do devedor no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de recuperação.

3 - Os créditos disponibilizados a empresas nas condições do número anterior, acima do valor nele referido, gozam de um privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores.

4 - Gozam do privilégio referido no número anterior os créditos decorrentes de financiamento disponibilizado à empresa por credores, sócios, acionistas e quaisquer outras pessoas especialmente relacionadas com a empresa em execução do plano de recuperação.

5 - Os atos de financiamento referidos nos números anteriores não podem ser objeto de impugnação pauliana.

6 - O novo financiamento e o financiamento intercalar não podem ser declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução.

7 - Os concedentes do novo financiamento e do financiamento intercalar não podem incorrer, em virtude desse financiamento, em responsabilidade civil, administrativa ou penal, com o fundamento de que tais financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores, salvo os casos expressamente previstos na lei.

**COMENTÁRIO**

1. As alterações em causa têm a sua fonte nos artigos 17.º e 18.º da Diretiva.

2. Antes de mais, cumpre salientar que o regime agora previsto corresponde a um importante passo em frente em matéria de financiamento em situações de *distress*. Até agora, o chamado *rescue finance* era de difícil implementação em Portugal, tendo que se recorrer, muitas vezes, a esquemas tradicionais de financiamento e garantias, por inexistir um verdadeiro regime legal ajustada à especificidade destas situações de *distress*. É

verdade que o artigo 17.º-H já continha regras específicas e concedia benefícios aos financiadores, mas tal era, de forma reconhecida, manifestamente insuficiente.

3. O n.º 1 do artigo 17.º-H permanece inalterado, prevendo que as garantias convencionadas entre a empresa e os seus credores durante o processo especial de revitalização, com a finalidade de proporcionar àquela os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade, se mantém mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a insolvência da empresa. Remetemos aqui para a anotação ao mesmo número e artigo na nossa obra, em coautoria, supracitada (cfr. Nuno Salazar Casanova / David Sequeira Dinis, “PER - O Processo Especial de Revitalização”, Coimbra Editora).

4. O n.º 2 já contém uma importante alteração. Ao abrigo do novo texto legal, os credores que, no decurso do processo ou em execução do plano de recuperação, financiam a atividade da empresa, disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização, gozam de um crédito sobre a massa insolvente, até um valor correspondente a 25% do passivo não subordinado da empresa à data da declaração de insolvência, caso venha a ser declarada a insolvência da empresa no prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de recuperação.

Agora, os credores que financiem a atividade da empresa recebem um importante benefício. Apesar do mérito indiscutível da solução legislativa, subsiste muito por comentar e esclarecer.

Em primeiro lugar, note-se que, na verdade, o que a lei oferece ao financiador é o seguinte: se o credor financiar a atividade da empresa e tal financiamento não for reembolsado, então gozará de um crédito sobre a massa insolvente (nesta medida *super sénior* face aos créditos da insolvência), embora limitado a 25 % do passivo não subordinado, se a empresa for declarada insolvente dentro de determinado prazo. Quer isto dizer que o legislador reforça as possibilidades de reembolso do financiador (e, nesta medida, reduz o risco do mesmo), concedendo-lhe um crédito sobre a massa. Adicionalmente, esta solução tem o mérito de permitir que o financiador possa dispensar a constituição de garantias voluntárias (sendo certo que, muitas vezes, todos os ativos da empresa já se encontram onerados perante outros credores, onerações essas que esgotam todo o valor dos ativos em causa), se confiar suficientemente na recuperação via créditos da massa. Embora meritória, esta solução suscita uma dúvida - podem, por exemplo, credores já existentes (incluindo, credores garantidos com garantias reais) opor-se a este novo financiamento, por recearem que tal os prejudique numa insolvência futura?

Em segundo lugar, refira-se que a lei literalmente restringe esta proteção ao financiamento realizado por credores. Não nos parece que essa seja a conclusão correta. Desde logo, porque não vislumbramos motivo para

se excluir do âmbito de proteção da norma o financiamento realizado por terceiros ao processo (isto é, por entidades que não sejam credoras reclamantes no processo). Bem pelo contrário! Com efeito, se o objetivo confesso da lei é facilitar o financiamento em situações de *distress*, então não faz qualquer sentido que se defenda que apenas os credores (digase, credores pré-existentes) poderão estar protegidos pelo novo texto legal. Se essa fosse a conclusão, estar-se-ia a dissuadir a intervenção e o financiamento por parte de bancos não credores, de fundos, etc. Estar-se-ia, na prática, a excluir do âmbito de potenciais financiadores uma panóplia de potenciais interessados e um sector importante do mercado, que se foca, precisamente, no financiamento a entidades em *distress*. Ou seja, tal conclusão seria, na prática, contraproducente e desarmoniosa com o objetivo legislativo.

Assim sendo, propomos que a expressão “credores” seja interpretada de forma ampla, de modo a abranger tanto credores pré-existentes como credores futuros, cujos créditos nasçam, precisamente, do *new money* que injetarão. A nosso ver, este resultado interpretativo poderá ser alcançado por via de interpretação teleológica (ou, se necessário, por interpretação extensiva), por ter apoio no elemento literal. Não violará os cânones da interpretação por não estar em causa interpretação analógica.

Contra o resultado interpretativo proposto, poder-se-ia defender que apenas os credores pré-existentes estariam protegidos pelo texto legal, pois apenas estes mereceriam tal proteção se se dispusessem a conceder novo financiamento. Como já teriam perdido e estariam na iminência de perder ainda mais no quadro do PER, então a lei conceder-lhes-ia exclusivamente a eles a proteção prevista da norma em análise.

Salvo melhor opinião, este argumentário não convence. Por um lado, porque a lei se preocupa com a recuperação empresarial *tout court* e satisfaz-se com qualquer solução que potencie tal resultado. Por isso, é-lhe indiferente se o novo financiamento é prestado por um credor ou por um terceiro (que, entretanto, se transformará em credor).

Por outro lado, a verdade é que os credores pré-existentes podem sempre proteger a sua posição se se dispuserem a financiar a atividade empresarial em substituição do terceiro financiador.

Esclareça-se, a este respeito, que não acompanhamos as opiniões segundo as quais ter-se-á que conceder uma espécie de direito de preferência ou, pelo menos, conceder oportunidade aos credores pré-existentes de protegerem a sua posição, financiando a empresa em substituição do terceiro financiador. Esta ideia, apesar de aparentemente sedutora, esbarra nos objetivos de celeridade do processo e na liberdade que deve ser reconhecida à empresa de procurar as soluções que mais potenciem a recuperação. De resto, a nossa experiência prática demonstra que a ideia em análise é geradora de enormes dificuldades práticas de implementação, de

atrasos e complexidade negocial e de litigância. Sempre que nos deparámos com esta questão na prática, gerou-se uma enorme litigância.

Em terceiro lugar, coloca-se a questão de saber se o financiamento deve ser aprovado pela administração e pelo administrador judicial provisório apenas? Ou se deverá ser necessariamente aprovado ou ratificado pelo plano de recuperação?

Em nossa opinião, há que distinguir consoante se esteja perante um financiamento intercalar (isto é, o financiamento realizado no decurso do processo) ou um novo financiamento (isto é, o financiamento realizado em execução do plano de recuperação). Nos casos de financiamento intercalar, parece-nos claro que deverá ser suficiente a decisão da administração, devidamente autorizada pelo administrador judicial provisório (por manifestamente estar em causa um ato de especial relevo, dado que se estarão a gerar dívidas da massa insolvente, com todas as consequências daí advenientes). Nos casos de novo financiamento, a lei pressupõe que o mesmo ocorrerá em execução do plano, donde decorre que o financiamento em causa tenha que estar previsto no plano aprovado pelos credores e homologado pelo tribunal.

A este respeito, importa fazer algumas considerações adicionais. A nosso ver, os financiamentos intercalares - para serem válidos, eficazes e beneficiarem da proteção legal - apenas devem seguir o procedimento exposto, não tendo que ser “ratificados” ou “confirmados” pelo plano. É certo que o texto legal poderia conduzir a interpretação diferente, porquanto o prazo de 2 anos a que se reporta a parte final do n.º 2 do artigo 17.º-H do CIRE se conta necessariamente do trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de recuperação. A esta luz, e dado que o citado n.º 2 se refere a ambos os tipos de financiamento, poder-se-ia dizer que a lei quis que todos os financiamentos, para se terem por protegidos, careceriam de validação pelos credores e pelo tribunal.

Salvo melhor opinião, a conclusão não deverá ser essa. Com efeito, o financiamento intercalar ocorre, por definição, numa altura em que o PER está em curso. Ora, é precisamente nesse momento que as empresas habitualmente mais precisam de apoio (porquanto ao apresentarem-se a PER já reconheceram as suas dificuldades, o que levanta reservas sérias à concessão de novo financiamento junto dos seus bancos e fornecedores) e, por isso, e em homenagem ao princípio da recuperabilidade, é nesse momento que se deverá interpretar a lei de forma a potenciar a concessão de financiamento.

Se se disser que o financiamento intercalar prestado nesse momento - recorde-se, no decurso do processo e ainda sem certezas quanto à aprovação e homologação do plano - só será protegido se e quando, no futuro, o plano vier a ser aprovado e homologado por sentença transitada em julgado, então estar-se-á a afugentar todos os interessados em financiar a empresa naquele específico momento difícil. Estar-se-á, no fundo, a voltar ao estado

de coisas da lei pretérita, em que os financiadores não tinham qualquer confiança nem segurança para fazerem financiamentos intercalares.

Como evidentemente não é esse o desiderato legislativo, sustentamos que, conforme exposto, o financiamento intercalar obedeça apenas ao procedimento acima referido. Mas, poder-se-á perguntar: e a posição dos outros credores? Não ficam prejudicados com a concessão de um financiamento que se poderá transformar numa dívida da massa insolvente, sem terem tido oportunidade de se pronunciar e sem que tenha existido uma decisão judicial?

No caso em análise, poderá, de facto, existir uma colisão de direitos ou interesses. Porém, afigura-se-nos que a solução propugnada é justa, equilibrada e protege os vários interesses em jogo, na medida do possível. Comecemos pelo princípio. A ideia basilar é a da recuperação. E, assim sendo, dever-se-á interpretar a lei de forma a facilitar e a potenciar a concessão de financiamento num período em que, como a experiência demonstra, ninguém o quer fazer. A concessão desse financiamento, ao contribuir para a recuperação, vai - pelo menos em tese - traduzir-se numa vantagem para todos os credores, por aumentar as suas possibilidades de recuperação. Acresce que os credores podem sempre dispor-se a realizar o financiamento, protegendo assim a sua posição.

Em quarto lugar, refira-se que a lei não estabelece de forma clara o limite do crédito sobre a massa que poderá ser constituído. Com efeito, a lei refere que é “até a um valor correspondente a 25% do passivo não subordinado da empresa à data da declaração da insolvência”.

Todavia, a redação legislativa não é unívoca. Os 25 % do passivo não subordinado à data da declaração da insolvência, que pode ocorrer no prazo de 2 anos, não permitem fixar, com clareza, o montante máximo protegido à data da concessão do financiamento. Com certeza que poderá fazer-se uma aproximação com base no balanço da empresa à data do PER, mas não deixa de ser verdade que muito poderá ocorrer em dois anos e que os balanços não incluem as responsabilidades *off-balance sheet* que surgirão e serão reclamadas em sede de insolvência.

Em quinto lugar, note-se que o prazo de 2 anos previsto na lei se afigura excessivamente curto e potencialmente gerador de conflitos de interesse entre o novo financiador, por um lado, e a empresa e os demais credores, por outro lado. Basta ver que, com um prazo tão curto, o financiador poderá ter interesse em promover uma insolvência rápida para assegurar a proteção do seu crédito, o que poderá não ser consentâneo com os interesses da recuperação empresarial, da empresa e dos demais credores.

A nosso ver, o prazo deveria ser mais longo, para atrair financiadores de médio e longo prazo.

5. Relativamente ao n.º 3 do artigo 17.º-H do CIRE, cumpre salientar que o mesmo estabelece que os créditos disponibilizados nos termos do n.º 2 já analisados, acima do valor máximo indicado no referido n.º 2, gozam em todo o caso de um privilégio creditório mobiliário geral, graduado antes do privilégio crédito mobiliário geral concedido aos trabalhadores.

No fundo, represtina-se a solução “económica” que já estava vertida na versão anterior do artigo em análise. A experiência prática demonstra que a concessão deste benefício não é elemento relevante ou catalisador da obtenção de financiamento.

6. O número 4 da lei nova vem estabelecer que o suprarreferido privilégio “protege” também os créditos decorrentes de financiamento disponibilizado à empresa por credores, sócios, acionistas e quaisquer pessoas especialmente relacionadas com a empresa em execução do plano de recuperação.

A primeira nota a fazer diz respeito ao facto de discordarmos do facto de a proteção conferida pelo n.º 2 do artigo 17.º-H do CIRE não se estender também a sócios, acionistas e pessoas especialmente relacionadas. Percebemos os motivos da discriminação destas pessoas, mas parece-nos errada. É que se está a desincentivar os principais interessados na recuperação empresarial de intervirem e de financiarem a sua empresa. A nosso ver, todo o *new money* é bem-vindo!

Dito isto, e apesar de considerarmos que faria sentido estender a solução do n.º 2 também ao financiamento intercalar por sócios, acionistas ou pessoas especialmente relacionadas, compreendemos que possam existir reservas, pelo facto de tal financiamento não ter que ser aprovado pelos credores nem pelo tribunal. Mas tais reservas não têm qualquer fundamento no caso de novo financiamento (que obedece ao procedimento mais exigente de aprovação pelos credores e pelo tribunal).

7. No n.º 5 do artigo 17.º-H vem-se clarificar uma dúvida que decorria do anterior texto legal, dizendo-se que os atos de financiamento referidos nos números anteriores não podem ser objeto de impugnação pauliana. Na mesma lógica, o n.º 6 dispõe que o novo financiamento e o financiamento intercalar não podem ser declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução. E, por fim, o n.º 7 do artigo em análise devem imunizar os concedentes do novo financiamento e do financiamento intercalar de responsabilidade civil, administrativa ou penal, salvo nos casos expressamente previstos na lei.

Todas estas regras são de saudar por reforçarem a posição dos financiadores e fomentarem a concessão de novo financiamento.

## As Alterações ao Processo Especial de Revitalização: um novo processo?



Jorge Calvete

Administrador Judicial

 [Sessão da manhã](#) (minutos: 2:10:40 a 2:28:20)

### Impacto das alterações previstas na atividade e funções do Administrador Judicial Provisório, no Processo Especial de Revitalização

(Em cada um dos pontos serão abordados novos desafios, identificados problemas expectáveis e apresentadas sugestões)

- I. Remuneração do Administrador Judicial Provisório Art. 17.º - C, n.º 6 e 7
- II. Elaboração da lista de credores e com classificação de créditos 17.º - D, n.º 3
- III. Conteúdo da proposta de Plano 17.º - F, n.º 1
- IV. Parecer fundamentado do Administrador Judicial Provisório 17.º- F, n.º 4
- V. Abertura de votos e resultado da votação 17.º - F, n.º 6
- VI. Posição do Administrador Judicial Provisório face à impossibilidade de acordo e parecer sobre a solvência ou não: 17.º - G - n.º 1 e n.º 3 a 9
- VII. Avaliação de empresa em caso de pedido de não homologação em determinados casos: Art. 17.º - F, n.º 8

#### I. Remuneração do Administrador Judicial Provisório

6 - A remuneração do administrador judicial provisório é fixada pelo juiz, na própria decisão de nomeação ou posteriormente, e constitui, juntamente com as despesas em que ele incorra no exercício das suas funções, um encargo compreendido nas custas do processo, que é suportado pela empresa, sendo o organismo responsável pela gestão financeira e patrimonial do Ministério da Justiça responsável pelo seu pagamento apenas no caso de a empresa beneficiar de proteção jurídica na modalidade da dispensa do pagamento da taxa de justiça e demais encargos do processo.

7 - Caso a empresa venha a ser declarada insolvente na sequência da não homologação de um plano de recuperação, a remuneração do administrador judicial provisório e as despesas em que este tenha incorrido, que não sejam pagas, constituem créditos sobre a insolvência.

**Problema:**

A fixação da remuneração pelo juiz, colide com o Art. 23.º n.º 1 e 2, que faz referência a uma portaria que até hoje não foi publicada.

Acresce que essa fixação de remuneração, de acordo com o EAJ deve contemplar uma remuneração variável.

O Administrador Judicial Provisório passa a ser credor involuntário se não puder recusar a nomeação, em caso de insolvência da empresa (?)

**Sugestão:**

Possibilidade do Administrador Judicial Provisório recusar a nomeação, podendo considerar-se, em caso de recusa, que está emitido o primeiro parecer relativamente à viabilidade de recuperação da empresa... não me parece que não acreditando na recuperação algum profissional esteja disposto a ser credor comum num processo de insolvência.

**II. Elaboração da lista de credores e com classificação de créditos 17.º - D, n.º 3**

O administrador judicial provisório elabora, no prazo de cinco dias, uma lista provisória de créditos, indicando, quando aplicável, a classificação dos créditos de acordo com a proposta da empresa, nos termos da alínea d) do n.º 3 do artigo anterior.

5 dias para elaboração da lista de credores, com indicação da classificação dos créditos propostos pelo devedor, pode dar origem a mais impugnações, sendo que o juiz só tem 5 dias para decidir sobre impugnações.

**Sem sugestões.**

**III. Conteúdo da proposta de Plano 17.º - F, n.º 1**

A proposta de plano quer-se bastante completa, e capaz de possibilitar a todos os intervenientes uma posição face à exequibilidade, da proposta a fazer aos credores.

**Sugestão:**

Formulário com campos de preenchimento obrigatório, de forma a tornar a análise dos planos mais fácil, permitindo aos devedores efetuar as explicações julgadas convenientes em campos de texto livre.

Também facilitaria a implementação dos planos na contabilidade dos credores.

#### **IV. Parecer fundamentado do Administrador Judicial Provisório 17.º - F, n.º 4**

Concluindo-se a votação com a aprovação unânime de plano de recuperação conducente à revitalização da empresa, em que intervenham todos os seus credores, este é de imediato remetido ao processo, para homologação ou recusa do mesmo pelo juiz nos termos do n.º 7, acompanhado da documentação que comprova a sua aprovação, atestada pelo administrador judicial provisório nomeado, e do seu parecer fundamentado sobre se o plano apresenta perspetivas razoáveis de evitar a insolvência da empresa ou de garantir a viabilidade da empresa, produzindo tal plano de recuperação, em caso de homologação, de imediato, os seus efeitos.

Parecer fundamentado do Administrador Judicial Provisório carece de especiais conhecimentos de gestão financeira e projetos de viabilidade económica e financeira previsionais, e há, por força da formação académica e da experiência profissional, de cada um, Administradores Judiciais, que não estão habilitados a elaborar pareceres fundamentados sobre a viabilidade da empresa e sobre a adequação do PER.

Este parecer servirá o juiz do processo para cumprir al. g) do Art. 17.º - F

Os Administradores Judiciais, ao contrário do que já aconteceu com os Gestores e Liquidatários Judiciais, não estão hoje divididos entre os que estão especialmente habilitados a praticar atos de gestão e os que não estão.

##### **Sugestão:**

Divisão dos administradores judiciais em 2 classes distintas:

1. Administrador Judicial (antigo gestor judicial), especialmente habilitado à tramitação de processos de recuperação, que só intervém na liquidação das empresas em que desempenharam funções no PER.
2. Administrador Judicial (antigo liquidatário judicial).

#### **V. Abertura de votos e resultado da votação 17.º - F, n.º 6**

A votação efetua-se por escrito, aplicando-se-lhe o disposto no artigo 211.º, com as necessárias adaptações, e sendo os votos remetidos ao administrador judicial provisório, que os abre em conjunto com a empresa e elabora um documento com o resultado da votação, que remete de imediato ao tribunal, acompanhado do seu parecer fundamentado sobre se o plano apresenta perspetivas razoáveis de evitar a insolvência da empresa ou de garantir a viabilidade da empresa.

Abertura de votos em conjunto com a empresa, (não funciona)... os votos são só emitidos por email para o Administrador Judicial.

Para elaborar documento com resultado da votação, deveria ter o resultado das impugnações em seu poder e capacidade de análise imediata da ponderação a atribuir aos créditos sob condição.

**Sugestão:**

Aplicação informática de cálculo do resultado da votação, disponível via Citius, onde o juiz e o Administrador Judicial podem atribuir peso aos créditos impugnados e aos créditos sob condição respetivamente.

**VI. Posição do Administrador Judicial Provisório face à impossibilidade de acordo e parecer sobre a solvência ou não: 17.º - G - n.º 1 e n.º 3 a 9**

**N.º 1**

O Administrador Judicial Provisório tem que estar ainda mais atento à impossibilidade de alcançar acordo e por termo ao processo, de forma a evitar qualquer manobra dilatória.

**N.º 3 a 9**

O parecer do Administrador Judicial, depois de ouvir credores (que raramente respondem) e a própria empresa, que se pode opor posteriormente, aquando da notificação pela secretaria, Art. 17.º - G, n.º 5, não pode ser contraditório com a posição defendida no parecer do Art. 17.º - F, n.º 4.

O Administrador Judicial Provisório tem que ter uma posição muito sustentada e coerente desde a sua nomeação, desde logo porque vai aceitar trabalhar sem saber por quanto e sem qualquer noção se vai ou não receber... tem muito ângulo para correr mal!

Pelo que estabelece o Art. 17.º - F, n.º 5 e 6, quem acaba por na prática decidir se está insolvente ou não é a própria devedora.

**Sugestão:**

Basta perguntar ao devedor.

**VII. Avaliação de empresa em caso de pedido de não homologação em determinados casos Art. 17.º - F, n.º 8**

O juiz pode determinar a avaliação da empresa, por um perito, se for pedida a não homologação do plano de recuperação por um credor discordante, com algum dos seguintes fundamentos:

- a) A situação dos credores ao abrigo do plano é menos favorável do que seria num cenário de liquidação da empresa, ou
- b) Desrespeito das regras de aprovação previstas nas subalíneas iii) e iv) da alínea a) do n.º 5.

Para efetuar esta análise, não se pode falar em avaliação da empresa, por um perito avaliador de empresas.

**Sugestão:**

Introduzir o que já está previsto para o Plano de Insolvência no Art. 195, n.º 2, d) O impacte expectável das alterações propostas, por comparação com a situação que se verificaria na ausência de qualquer plano de insolvência;

Ou seja, deverá ser necessário simular a liquidação em cenário de insolvência, até à previsão de rateio, com cálculo de passivos não registados na contabilidade, como sejam indemnizações laborais ou outras, e execuções de garantias bancárias.

**Fora do PER**

Art. 55.º n.º 2 e 3

Contratação de serviços nem sempre é coadjuvação.

Art. 158.º

10 dias depois da Assembleia de Credores é necessário apresentar um plano de liquidação contendo metas temporalmente definidas das diligências concretas a encetar.

Art. 167.º

Contas bancárias movimentadas por Administrador Judicial e outro credor: Desconfiança absoluta no desempenho do Administrador Judicial.

# Exoneração do Passivo Restante - o novo período de cessão, suas vicissitudes e a liquidação do ativo superveniente



Moderador  
**João Pedro Pinto-Ferreira**

Professor convidado da NOVA School of Law



**Ana Filipa Conceição**  
Professora Adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do  
Instituto Politécnico de Leiria



**Carolina Furtado**  
Administradora Judicial

# A Exoneração do Passivo Restante - o novo período de cessão, suas vicissitudes e a liquidação do ativo superveniente



Ana Filipa Conceição<sup>1</sup>

Professora Adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do Instituto Politécnico de Leiria



[Sessão da tarde](#) (minutos: 22:10 a 51:40)

## A exoneração do passivo restante - o novo período de cessão, suas vicissitudes e a liquidação do ativo superveniente<sup>2</sup> - A Proposta de Lei n.º 115/XIV/3.<sup>3</sup>

### 1. A relevância da exoneração do passivo restante no regime jurídico-insolvencial português

A importância do mecanismo da exoneração do passivo restante revela-se, em especial, a partir de 2011. Essa importância é demonstrada por vários fatores - pelo aumento dos processos de insolvência de pessoas singulares, fruto da crise financeira 2007-2008 e suas consequências globais; pelo facto de desde tal data constituírem a maioria dos processos de insolvência no nosso país, superando largamente os números de pessoas coletivas insolventes<sup>3</sup>; e ainda pela circunstância de a interpretação das normas constantes do CIRE ter conduzido, não só no que tange às condições de acesso à exoneração, mas particularmente no que concerne à fixação do rendimento disponível, a uma abundância de decisões jurisprudenciais nos tribunais superiores.<sup>4</sup>

Estas três situações demonstram que a exoneração do passivo restante é uma solução essencial do panorama insolvencial português, tendo abarcado pessoas singulares provenientes de um grupo heterogéneo que inclui consumidores, pequenos empresários, profissionais liberais e autónomos, bem como garantes pessoais, tanto no âmbito do financiamento das sociedades comerciais, como no crédito à habitação - particularmente pelo facto do plano de pagamentos previsto no CIRE nunca ter alcançado números expressivos, fazendo da exoneração do passivo restante a única solução disponível<sup>5</sup>; contudo, são de notar as dificuldades dos tribunais na aceitação do mecanismo, refletindo-se na jurisprudência de linha dura que, muitas vezes, apresentou um pendor penalizador de insolventes que, para todos os efeitos, se encontram de boa-fé, caso preencham os requisitos previstos no artigo 238.º CIRE.

Na ausência de estudos que demonstrem os resultados concretos do pós-exoneração do passivo restante a nível pessoal, profissional e patrimonial, é certo que o cruzamento de alguns dados permite extrair algumas conclusões prévias - o insolvente pessoa singular recorre sistematicamente à exoneração do passivo restante, em detrimento do plano de pagamentos, conduzindo à perda dos seus bens; o facto da maior dos processos não apresentar

qualquer massa insolvente parece indicar que o insolvente, em geral, recorre tardiamente aos mecanismos previstos na lei, não havendo possibilidade ou intenção de recorrer ao plano de pagamentos; o processo especial para acordo de pagamento (PEAP) não parece ser suficiente para afastar esta tendência de inoperância dos mecanismos de pré-insolvência e, finalmente, a cessão de rendimentos, obrigatória em todos os processos com exoneração, permite recuperar apenas uma percentagem reduzida de créditos, a juntar ao valor recuperado pela liquidação (sempre que existam bens).<sup>6</sup>

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
<b>Despacho inicial</b>	4523	6295	5779	6780	7519	8433	8885	7962	6404	4742
<b>Despacho de exoneração</b>	306	307	217	263	540	1459	2696	5909	6458	6590
<b>Cessação antecipada</b>	18	37	43	125	226	423	625	808	900	777
<b>Recusa de exoneração</b>	-	-	-	-	-	-	362	216	489	459
<b>Revogação da exoneração</b>	7	10	10	6	36	43	34	36	3	12

Tabela 1: A evolução dos processos com exoneração do passivo restante

Fonte: Portal CITIUS - Anúncios -pesquisa efetuada até ao dia 14 de novembro de 2021

Atentado aos valores da tabela acima, consegue-se ainda descortinar que o aumento das cessações antecipadas da exoneração, ao longo dos últimos anos, vem ainda apontar para as dificuldades sentidas pelos insolventes em manter, durante um período muito extenso, a cessão de rendimentos; noutra nota; o relativamente reduzido número de recusas e de revogações da exoneração do passivo restante parece atestar que, de facto, a exoneração se destina ao insolvente de boa-fé, ficando esta demonstrada ao longo do processo, afastando-se desta solução aqueles que não reúnem os requisitos essenciais para obter um novo começo.

Tem-se também assistido a uma evolução das percepções dos principais intervenientes no processo de insolvência acerca da pertinência e bondade da solução da exoneração do passivo restante, incluindo magistrados, advogados, credores e administradores judiciais. Na tabela abaixo, podemos comparar distintas ideias provenientes de dados recolhidos empiricamente, nos anos de 2010, tal como consta no Estudo de Avaliação Sucessiva da DGPJ<sup>7</sup>; e de 2018, nas entrevistas conduzidas pela equipa do projeto europeu ACURIA<sup>8</sup>:

<b>Entrevistas 2010</b>	Os credores bancários opõem-se porque os devedores não cumprem o acordado A exoneração funciona como um prémio, devendo o acesso ser dificultado A exoneração deveria ser vedada a sócios e administradores de sociedades insolventes O ónus da prova deveria passar para os requerentes Necessidade de objetivação dos critérios de atribuição do rendimento disponível Incumprimento recorrente no período de 5 anos, desprotegendo os credores Incompreensível proteção dos créditos tributários Necessidade de revisão do instituto
-------------------------	--

<b>Entrevistas 2018</b>	<p>O fiduciário é uma figura vazia de funções, deveria repensar-se o seu modelo</p> <p>A culpa das insolvências de pessoas singulares é muitas vezes dos credores</p> <p>A insolvência de pessoas singulares empresárias ou ligadas a sociedades deveria ter um tratamento diferenciado</p> <p>Os devedores não são avisados dos deveres que deverão cumprir durante o período de cessão</p> <p>Os insolventes acabam por ir parar à exoneração porque os principais credores não querem negociar</p> <p>O período de cessão é demasiado longo e funciona como uma sanção</p> <p>Existem problemas sociais graves que não são tidos em conta na insolvência de pessoas singulares</p>
-------------------------	---

Tabela 2: Síntese das entrevistas acima indicadas.

Desta feita, verificamos que a aceitação progressiva da exoneração do passivo restante e a avaliação crítica dos seus resultados coloca o legislador numa posição privilegiada, como veremos abaixo, para proceder a modificações sustentadas no regime jurídico daquela. Note-se ainda, que esta aceitação configura uma menor estigmatização associada ao mecanismo, contribuindo para a eficácia do sistema que, como teremos oportunidade de analisar, deverá englobar um equilíbrio justo entre os interesses dos credores (o seu resarcimento) e dos devedores insolventes (a sua recuperação económica e segunda oportunidade).

## 2. A Diretiva 2019/1023 e a exoneração do passivo restante

É neste contexto que deveremos analisar os aspetos relacionados com a transposição da Diretiva 2019/1023 - Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência.<sup>9</sup> A Diretiva, que se pretendeu de mínimos, vem estabelecer um conjunto de medidas essenciais para corresponder aos princípios basilares definidos internacionalmente para a insolvência de pessoas singulares<sup>10</sup> (ainda que no caso da Diretiva nos centremos nos empresários, as medidas podem ser extensíveis a todos os devedores por opção nacional). Estes princípios, apesar de apontarem uma preferência pela prevenção e pela renegociação (extrajudicial) de dívidas, preveem expressamente a necessidade de um mecanismo de *discharge* para as situações mais gravosas, sendo a Diretiva bastante generosa na forma como estabelece a organização das diferentes opções (como se constata no seu considerando 75).

Desta feita, todos os Estados-Membros disporão, a partir da entrada em vigor da nova legislação, de um mecanismo de exoneração, isolado ou combinado com um plano de pagamentos - algo que não existiria, até à data da aprovação da Diretiva, em todos os Estados-Membros da EU<sup>11</sup>. Compreende-se ainda que a Diretiva

demonstre grande flexibilidade na definição dos mecanismos e regras, pelo que poderemos encontrar diferentes soluções a nível nacional, o que não permite, de forma cabal, cumprir o objetivo de evitar a saída para ordenamentos mais favoráveis, não se conseguido contornar a questão do *forum shopping* pela simples transposição da Diretiva.<sup>12</sup> Aliás, as diferentes tradições jurídicas nacionais, bem como a forma de estabelecer o equilíbrio entre credores e devedores insolventes, que acima se referiu, impediriam que a Diretiva impusesse uma forma de tratamento única para a insolvência de pessoas singulares.

De forma relevante (e sumaríssima) extrai-se da Diretiva que, nesta matéria, deverá existir um mecanismo de exoneração, com ou sem plano de pagamentos, com ou sem liquidação (artigos 20.º e 21.º); que o máximo de um período de cessão possa ser de 3 anos, ainda que o início da contagem do prazo seja escolhido pela lei nacional (artigo 21.º/1); que se possam estabelecer inibições de acesso à atividade empresarial (art.º 22.º); e que, ainda, os EM poderão derrogar as regras mínimas - nomeadamente o prazo referido - tendo por base um conjunto de princípios que conjugam o respeito pelos direitos dos credores, o respeito pela exigência da boa-fé do insolvente como critério básico de acesso à exoneração e os critérios de dívidas exoneráveis, baseados na socialização do risco<sup>13</sup> (artigo 23.º), a fixar pela lei nacional<sup>14</sup>.

### 3. As medidas constantes da Proposta de Lei n.º 15/XIV/3.<sup>a</sup>

A proposta de Lei n.º 15/XIV/3.<sup>a</sup> traz-nos então o resultado da reflexão feita pelo legislador a propósito do mecanismo da exoneração, sem romper com a tradição jurídica instalada. O regime português, *tried and tested*, ainda que com alguns problemas identificados, como vimos, beneficia assim da existência prévia, desde 2004, da exoneração do passivo restante, pelo que a transposição da Diretiva não representa um desafio legislativo complexo, nem uma mudança de paradigma, mas apenas um esforço de adaptação e melhoria, ainda que o Estado Português tenha beneficiado da extensão do prazo de prorrogação previsto no art.º 34.º/2 da Diretiva.

Vejamos:

- a) a opção do legislador foi promover a **alteração legislativa para todas as pessoas singulares**, e não apenas para os empresários, tal como permitido pelo art.º 1.º n.º 4 da Diretiva;
- b) a principal alteração surge com a nova redação do artigo 235.º CIRE (e artigo 237.º b) CIRE), com a **redução do período de cessão de 5 anos para 30 meses**, ou seja, metade da duração anterior e, inclusivamente, inferior aos 36 meses estabelecidos no artigo 21.º n.º 1 da Diretiva.

Sabemos que a existência de um período de cessão e a sua duração depende de elementos diversos, de política económico-social, mas também por razões éticas, nomeadamente para evitar o risco moral de um perdão precipitado e que seja chocante para o remanescente da sociedade.<sup>15</sup> O legislador deve então equilibrar os interesses dos credores (e da sociedade, em segundo plano), com a proteção do devedor endividado, afastando ainda a noção de que a insolvência pessoal é imoral e, consequentemente, estigmatizante para o insolvente<sup>16</sup>,

como se a exoneração fosse um benefício por bom comportamento. Além disso, períodos de cessão longos, para além do estigma já referido, trazem dificuldades de ordem prática, nomeadamente quanto à recuperação económica do devedor e à dificuldade de cumprimento, impedindo a segunda oportunidade que estes mecanismos supostamente pretendem, para além de, em termos sociais e psicológicos, trazerem desgaste aos indivíduos e ao seu agregado familiar, aumentando inclusivamente o risco de exclusão social.<sup>17</sup>

Desta feita, na Europa, com exceção do Reino Unido e da Irlanda, que permitiam a exoneração de forma muito rápida<sup>18</sup>, os restantes países estabeleciam prazos ou de cessão, ou de planos de pagamentos, acima do prazo agora estabelecido como mínimo (com o máximo de um plano de pagamentos de 10 anos, na Finlândia, por exemplo, caso se conservasse a casa de morada de família<sup>19</sup>) ou, em casos extremos, não previam a exoneração, pelo que a Diretiva parece ir de encontro a um prazo razoável que permita o cumprimento do equilíbrio em jogo<sup>20</sup>.

Pensamos que os 30 meses propostos vão de encontro aos requisitos em jogo, na perspetiva de que o plano de pagamentos e a exoneração se mantém como soluções separadas e não em conjunto (como parece ser a opção em Espanha, por exemplo, que estabelece a possibilidade de o devedor manter os seus bens e aprovar um plano de pagamentos, com o prazo máximo de 3 anos, ou optar pela liquidação, sendo a exoneração concedida de imediato, não havendo bens, sem oposição de credores e administrador de insolvência, ou terminando a liquidação com a venda dos bens do devedor<sup>21</sup>).

Infelizmente, a proposta de alteração dos grupos parlamentares do PS/PSD parece, sem razão maior que não seja o uso do prazo estabelecido na Diretiva, demonstrar uma incompreensão relativamente ao instituto da exoneração, alargando o prazo para os 3 anos ali propostos. Entendemos que o acréscimo de 6 meses não melhora substancialmente a situação dos credores mas, ao invés, impõe um maior sacrifício ao devedor, sem justificação social ou económica.

c) a proposta traz ainda a **clarificação de alguns aspectos operacionais**, como sejam a necessidade da existência de uma sentença de verificação e graduação de créditos para que se proceda à distribuição dos valores pelos credores (art.º 241.º/1 d CIRE); o prazo para que seja requerida a fiscalização pelo fiduciário (art.º 241.º/3 CIRE); uma redução, para seis meses, do prazo para apresentação de requerimento tendente à cessação antecipada da exoneração (art.º 243.º/2 CIRE), alteração que se aplaude, de forma a obter uma maior segurança jurídica; a fixação do valor da causa, para efeitos de recurso, no valor do passivo a exonerar, nos termos do novo artigo 248.º-A CIRE;

d) a proposta introduz ainda **uma liquidação superveniente sempre que o processo esteja encerrado com o despacho inicial de exoneração do passivo restante** (na ausência de bens para liquidar, nos termos do artigo 230.º n.º 1 e), nos termos do novo art.º 241.º-A, solução que aplaudimos ao invés da solução de revogação do perdão prevista na Diretiva (no considerando 80), trazendo transparência e justiça social ao processo, e minorando o risco moral, ainda que se preveja a escassez da sua aplicação;

e) a Diretiva permite, nos termos do referido artigo 23.º, que se possam estabelecer prazos mais longos do que os 3 anos, sempre que existam motivos justificados, nomeadamente a má-fé do devedor, a violação de deveres processuais, quando a casa de morada de família não for liquidada ou sempre que se pretenda estabelecer um equilíbrio entre os interesses de devedor e credores, para dar alguns exemplos. Todavia o legislador português vem, de forma mais constrita, introduzir um novo artigo, o 242.º-A, no qual estabelece que, caso o devedor tenha violado os deveres que lhe cabem por força do artigo 239.º e, com tal violação, tenha prejudicado o pagamento de créditos, possa ser estendido o período de cessão por um prazo máximo de 36 meses, a requerimento do próprio devedor, fiduciário, credores da insolvência ou administrador de insolvência. Trata-se de uma medida interessante, verdadeiramente de segunda oportunidade, evitando que o devedor, com as exceções previstas no artigo 243.º/3, seja imediatamente afetado com a cessação antecipada. Por outro lado, apela-se para que a prorrogação se faça na exata medida do incumprimento, por forma a evitar uma aplicação demasiado punitiva da prorrogação. Com a redação introduzida pelos grupos parlamentares do PS/PSD, a prorrogação pode inclusivamente ultrapassar o anterior prazo de 5 anos, o que nos parece incompreensível. Também aqui se estabelece um prazo de seis meses, no n.º 2, para desencadear o pedido de prorrogação;

f) de notar ainda o **regime transitório**, que aplica o prazo mais favorável aos processos em curso, nos termos do art.º 9.º/3 da proposta.

#### 4. Apreciação crítica e propostas de alteração

*Grosso modo*, o legislador português apresenta uma proposta de alteração equilibrada, ainda que ténue, em linha de conta com os mínimos dispostos na Diretiva. Gostaríamos de referir que pode ter sido perdida uma oportunidade para reestruturar os mecanismos de insolvência de pessoas singulares, tendo em consideração os os princípios vertidos não só na Diretiva mas a nível internacional, como indicámos acima, por forma a tornar o sistema mais eficaz na recuperação de créditos e na proteção dos devedores insolventes.

Ousamos, pois, deixar algumas sugestões, ademais das já indicadas:

- face à parca utilização do plano de pagamentos, e à existência efetiva de profissionais especializados, como os conciliadores do SISPACSE ou os mediadores de recuperação de empresas, poderia ponderar-se uma alteração mais profunda que permitisse ao insolvente obter informação e apoio específicos que, na redação atual da lei, não existem no plano de pagamentos, seja através de balcões dedicados nos tribunais, serviços administrativos descentralizados ou, como já ocorre com o SISPACSE, em ambiente virtual, criando um sistema organizado, coeso e eficaz de renegociação de dívidas, que pudesse culminar com a homologação judicial do plano, tal fosse essa a pretensão das partes. Da forma como o sistema se encontra desconectado, não se augura sucesso nem ao SISPACSE, nem um maior recurso ao PEAP ou ao plano de pagamentos;

- dever-se-ia ponderar a exoneração imediata após a liquidação, deixando-se o período de cessão para situações de negociação do passivo que permita ao devedor manter os seus bens, em linha de conta com o sistema de

derrogações do art.º 23.º da Diretiva e verdadeiramente possibilitando ao pequeno empresário a manutenção do seu negócio; como indicámos, o período de cessão, em caso de ausência de bens e rendimentos, é ineficaz tanto para credores como para os devedores insolventes - os primeiros não recuperam créditos e os segundos não regressam ao mercado. E, face aos critérios de acesso previstos na lei, não pode indicar-se o abuso do acesso à exoneração como um fator para a manutenção do período de cessão em todos os casos, uma vez que cumpre aos tribunais a análise cuidada do merecimento da exoneração;

- retirar os créditos tributários da lista de créditos não exoneráveis, em linha de conta com os princípios internacionais e com a própria Diretiva, tendo em conta a possibilidade da socialização do risco e o facto de representarem uma percentagem elevada de créditos neste tipo de insolvência, inviabilizando a segunda oportunidade quando se apresentem indisponíveis; entende o Banco Mundial, por exemplo, que o Estado deverá também contribuir para o sucesso do sistema de exoneração, para além de que os créditos tributários já detém, normalmente, prioridade, tornando duplamente injusta a não exonerabilidade<sup>22</sup>; em 2017 apenas na Alemanha (não na totalidade), Espanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália (não na totalidade) e Portugal, as dívidas tributárias não estavam abrangidas pela exoneração<sup>23</sup>;
- tratamento específico da casa de morada de família, evitando a sua liquidação, uma vez que representa a maior percentagem de endividamento dos insolventes pessoas singulares;
- possibilidade de tratamento conjunto da insolvência da pessoa coletiva com a insolvência dos seus administradores e garantes;
- reformulação das funções do fiduciário, com consequências na sua remuneração, significando as tarefas que, na prática, exerce sem previsão legal específica, como seja o acompanhamento e a prestação de informações aos insolventes, podendo ponderar-se ainda a extensão das suas funções no que tange à autorização de despesas extraordinárias do insolvente, por exemplo;
- eliminação da taxa de justiça para apresentação à insolvência de pessoas singulares, de forma a facilitar o acesso ao processo e a estimular uma apresentação atempada dos devedores.

Santarém, novembro de 2021

<sup>1</sup> Investigadora colaboradora no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Investigadora colaboradora do Instituto Jurídico Portucalense; Professora Adjunta no Politécnico de Leiria.

<sup>2</sup> Este texto corresponde, com ligeiras alterações e indicação de fontes bibliográficas, à comunicação realizada na Conferência O Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e a Transposição da Diretiva 2019/1023, do Parlamento Europeu e do Conselho, no dia 17 de novembro de 2021, com organização do Ministério da Justiça.

<sup>3</sup> Em 2011 a insolvência de pessoas singulares representou uma percentagem de 52,8% dos processos; em 2019 representava 77,3%, de acordo com o último Destaque Estatístico Trimestral, disponível em [https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20211029\\_D93\\_FalenciasInsolvencias\\_2021\\_T2.pdf](https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Destaques/20211029_D93_FalenciasInsolvencias_2021_T2.pdf). Para maior desenvolvimento sobre questões estatísticas veja-se, por exemplo, Branco, J.M. (2017) Uma abordagem estatística ao fenómeno da insolvência: evolução e tendências. Quem a pede e que respostas recebe do sistema judicial, *Revista de Direito da Insolvência*, n.º1, Almedina, pp. 245-267;

<sup>4</sup> Para maior desenvolvimento sobre esta matéria, veja-se Conceição, A.F. (2016) A Jurisprudência Portuguesa dos Tribunais Superiores sobre a Exoneração do Passivo Restante, *Julgar*, junho, disponível em <http://julgar.pt/a-jurisprudencia-portuguesa-dos-tribunais-superiores-sobre->

[exoneracao-do-passivo-restante/](#); e Oliveira Martins, C. (2016) O Procedimento de Exoneração do Passivo Restante - controvérsias jurisprudenciais e alguns aspectos práticos", *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0, Coimbra, Almedina, pp. 213-231

<sup>5</sup> Defendemos que a exoneração do passivo restante e o plano de pagamentos não são soluções alternativas, mas antes se destinam a insolventes com diferentes características; a primeira destina-se primacialmente a insolventes que não disponham de bens ou rendimentos suficientes para negociação de dívidas ou que pretendam liquidar os seus bens; o segundo destina-se a insolventes com rendimentos, que pretendam manter os seus bens ou preservar uma atividade empresarial. Veja-se, a este propósito, Conceição, A.F. (2013), Disposições específicas da insolvência de pessoas singulares no CIRE, *I Congresso de Direito da Insolvência* (coord: Catarina Serra), Coimbra, Almedina, 2013, p. 61.

<sup>6</sup>De acordo com o último Destaque Estatístico Trimestral, 50,6% dos processos de insolvência não apresenta qualquer pagamento aos credores e o número de PEAP entrados no ano de 2019 foi de 165.

<sup>7</sup>Estudo de Avaliação Sucessiva do Regime Jurídico da Insolvência e Recuperação de Empresas, Ministério da Justiça, em [https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Estudos%20AIN%20DGPJ/Regime\\_Insolvencias\\_dezembro\\_2010.pdf](https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Estudos%20AIN%20DGPJ/Regime_Insolvencias_dezembro_2010.pdf)

<sup>8</sup>Mais informação sobre o projeto ACURIA - Assessing Courts' Undertaking of Restructuring and Insolvency Actions: best practices, blockages and ways of improvement, 2017-2019, em <https://acuria.eu/> e <https://ces.uc.pt/en/investigacao/projetos-de-investigacao/projetos-financiados/acuria>

<sup>9</sup> Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 (Diretiva sobre reestruturação e insolvência), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=EN>

<sup>10</sup>Vejam-se, entre outros, o *Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons* (2014), do Banco Mundial, disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17606>; o *Consumer Debt Report II* da Insol International (2011) ou o *Legislative Guide da UNCITRAL - Parts One and Two* (2005), disponível em [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/05-80722_ebook.pdf)

<sup>11</sup>Como ocorria, por exemplo, na Bulgária, Croácia ou Malta. Para maior desenvolvimento veja-se, AA.VV. (2019) *A Guide to Consumer Insolvency Proceedings*, Elgar Publishing, e McCormack, G.; Keay, A. & Brown, S. (2016), *European Insolvency Law: Reform and Harmonization*, Elgar Publishing.

<sup>12</sup> Criticando a falta de harmonização e a grande amplitude de possibilidades deixada à discricionariedade do legislador nacional, veja-se Garrido, J. et al., (2021), *Restructuring and Insolvency in Europe: Policy Options in the Implementation of the EU Directive*, *IMF Working Paper*, n.º 2021/152, disponível em <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2021/05/27/Restructuring-and-Insolvency-in-Europe-Policy-Options-in-the-Implementation-of-the-EU-50235>

<sup>13</sup>Para maior desenvolvimento sobre o conceito de socialização do risco, veja-se, entre outros, Huls, N. (1997) «Overindebtedness and overlegalization: Consumer Bankruptcy as a Field for Alternative Dispute Resolution», *Journal of Consumer Policy*, n.º 20, Kluwer Academic Publishers, pp. 143-159 e García-Vicente, J.-R. (2010), «¿Un régimen especial para el concurso de consumidor? Notas sobre la exoneración de deudas pendientes», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 20, Civitas, pp. 205-234

<sup>14</sup> Para maior desenvolvimento veja-se Fernandes, M. (2021) *Perdão de Dívida e Inibições - O Que Mudou, A Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência - Reflexão e Críticas*, Almedina, pp. 31-44.

<sup>15</sup>Trata-se, nas palavras de Carvalho Fernandes e Labareda, “[...] um prazo que o legislador entendeu adequado para viabilizar uma razoável satisfação dos créditos sobre a insolvência”, a propósito dos cinco anos estabelecidos no CIRE. Carvalho Fernandes, L.A. e Labareda, J. (2009), A exoneração do passivo restante na insolvência de pessoas singulares, *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Quid Juris, p. 300.

<sup>16</sup> A propósito do estigma e do processo de insolvência, veja-se Frade, C. e Conceição, A.F. (2013), A reprodução do estigma na insolvência das famílias, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, pp. 135-152, disponível em <https://journals.openedition.org/rccs/5396>

<sup>17</sup> Para maior desenvolvimento, veja-se Cordeiro Santos, A., (coord.), (2015), *Famílias Endividadas - Uma abordagem de economia política e comportamental*, Almedina

<sup>18</sup> No caso do Reino Unido, 12 meses, tal como indicado em <https://www.gov.uk/government/publications/guide-to-bankruptcy/guide-to-bankruptcy>; e na Irlanda, 1 ano em caso de insolvência e 3 anos no caso de um *Debt Relief Notice*, tal como se pode consultar em [https://www.citizensinformation.ie/en/money\\_and\\_tax/personal\\_finance/debt/personal\\_insolvency/personal\\_insolvency\\_options.html](https://www.citizensinformation.ie/en/money_and_tax/personal_finance/debt/personal_insolvency/personal_insolvency_options.html)

<sup>19</sup> McCormack, G.; Keay, A. & Brown, S. (2016), *European Insolvency Law*, op. cit. p. 396

<sup>20</sup> Afirmava Kilborn, a propósito do regime holandês do plano de pagamentos, que um prazo máximo de três anos seria mais eficaz, em comparação com o congénere alemão, mais extenso, uma vez que com um prazo mais longo a possibilidade de incumprimento é mais pronunciada, levando ao aumento do endividamento, não sendo ainda responsável, do ponto de vista social, sujeitar o devedor a viver com um orçamento familiar muito diminuto por um prazo superior a três anos. Cfr. Kilborn, J.J. (2007), *Comparative Consumer Bankruptcy*, Carolina Academic Press, p. 85

<sup>21</sup>Artigo 486.º e ss. do Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestruturação preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestruturação, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestruturação e insolvencia).

<sup>22</sup> Para além dos já citados princípios vertidos pelo Banco Mundial, referidos na nota de fim IX, designou-se este como um regime ultraprivilegiado. Cfr. Gonçalves Ferreira, J. (2013), *A exoneração do passivo restante*, Coimbra Editora, p. 352. Tal como afirma Catarina Serra,

os créditos não exoneráveis parecem ter como elemento comum o facto de provirem de fonte legal. Cfr. Serra, C. (2021), *Lições de Direito da Insolvência*, 2.ª Ed., Almedina, p. 627

<sup>23</sup> McCormack, G.; Keay, A. & Brown, S. (2016), *op.cit.* pp. 116-117

## A Exoneração do Passivo Restante - o novo período de cessão, suas vicissitudes e a liquidação do ativo superveniente



Carolina Furtado

Administradora Judicial



[Sessão da tarde](#) (minutos: 51:44 a 1:08:58 )

# As Medidas Concretizadoras do Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e outras aceleradoras da marcha processual



Moderadora  
**Isabel Vaz**

Vogal do Conselho Diretivo do IAPMEI, I. P.



**Maria do Rosário Epifânio**

Docente da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa



**Fernando Taínhas**

Juiz de Direito e Adjunto do Gabinete da Ministra da Justiça



**Nuno Gundar da Cruz**

Advogado



**Raul Gonzalez Benito**

Administrador Judicial

## As Medidas Concretizadoras do Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e outras aceleradoras da marcha processual



**Maria do Rosário Epifânia**

Docente da Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa

 [Sessão da tarde](#) (minutos: 1:47:10 a 2:07:20)

### As alterações ao incidente de qualificação da insolvência e à suspensão do dever de apresentação à insolvência

No âmbito da temática do painel “As medidas concretizadoras do Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e outras aceleradoras da marcha processual”, restringirei a minha apresentação às alterações ao incidente de qualificação e à suspensão do dever de apresentação à insolvência contidas na Proposta de Lei n.º 115/XIV/3<sup>a1</sup> (doravante, apenas Proposta ou Proposta de Lei).

Optei por sistematizar as alterações em 4 categorias, a saber: o regime procedural do incidente de qualificação da insolvência, os pressupostos da qualificação da insolvência como culposa, os efeitos da qualificação da insolvência como culposa e a suspensão do dever de apresentação. A finalidade que subjaz a cada uma delas é diversa: nuns casos, curou-se de transpor a Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Diretiva (UE) 2017/1132 (Diretiva sobre reestruturação e insolvência); outros aproveitou-se o ensejo para apaziguar a jurisprudência que, no âmbito do Direito da Insolvência, tem encontrado um terreno fértil para a produção de Acórdãos de Uniformização de Jurisprudência (e nessa medida, na minha opinião, andou bem o legislador).

<sup>1</sup> Foi considerada a versão da Proposta de texto de Substituição da Proposta de Lei n.º 115/XIV/3<sup>a</sup>, apresentada conjuntamente pelos grupos parlamentares do PS e do PSD -

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalhIniciativa.aspx?BID=121187>.

## I. Tramitação do incidente de qualificação da insolvência

Começando pela disciplina procedural do incidente de qualificação da insolvência como culposa, a Proposta de Lei introduz duas modificações.

### 1. Abertura do incidente

Desde logo, quanto à abertura do incidente.

*Artigo 188.º*

*Tramitação*

1 - *Até 15 dias após a assembleia de apreciação do relatório ou, no caso de dispensa da realização desta, após junção aos autos do relatório a que se refere o artigo 155.º, O administrador da insolvência ou qualquer interessado pode alegar, fundamentadamente, por escrito, em requerimento autuado por apenso, o que tiver por conveniente para efeito da qualificação da insolvência como culposa e indicar as pessoas que devem ser afetadas por tal qualificação, no prazo perentório de até 15 dias após a assembleia de apreciação do relatório ou, no caso de dispensa da realização desta, após a junção aos autos do relatório a que se refere o artigo 155.º, cabendo ao juiz conhecer dos factos alegados e, se o considerar oportuno, declarar aberto o incidente de qualificação da insolvência, nos 10 dias subsequentes.*

A proposta de alteração do artigo 188.º, n.º 1, não se dirige à transposição da disciplina da Diretiva, visando apenas clarificar um aspeto do regime jurídico do incidente de qualificação que tem dividido a jurisprudência (propósito esse assumido pelo legislador no preâmbulo da Proposta de Lei).

Desde 2012, o incidente de qualificação da insolvência como culposa passou a ser efetivamente um incidente processual<sup>2</sup>. Ou seja, será aberto pelo juiz apenas na eventualidade de, aquando da prolação da sentença (oficiosamente ou até a pedido), dispor já de elementos que justifiquem a sua abertura; ou mais tarde, no prazo de 15 dias após a realização da assembleia de apreciação do relatório ou, na sua falta, a contar do relatório previsto no artigo 155.º. A natureza jurídica deste prazo - perentório ou meramente ordenador? - cedo dividiu a jurisprudência. A natureza perentória era justificada por razões de segurança jurídica e de proteção dos potenciais afetados; já a natureza meramente ordenadora encontrava respaldo na finalidade do incidente qualificador da insolvência - o reforço da tutela dos credores concursais, que não se basta com a mera responsabilização patrimonial do insolvente e a privação do seu poder de disposição.

Na minha opinião, o legislador consagrou uma solução que permite conciliar estes interesses antagónicos.

<sup>2</sup> BRANCO, José Manuel, *Responsabilidade Patrimonial e Insolvência Culposa - da falência punitiva à insolvência reconstitutiva*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 32 e s; Epifânia, Maria do Rosário, *Manual de Direito da Insolvência*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, p. 173.

Isto porque, a rigidez do prazo de 15 dias (imposta pela tutela dos potenciais afetados), expressamente qualificado como prazo perentório, é temperada pela possibilidade de prorrogação do mesmo, com o fundamento previsto no n.º 2 do artigo 188.º (agora em nome dos interesses sancionatórios e indemnizatórios dos credores concursais):

*2 - O prazo de 15 dias previsto no número anterior pode ser prorrogado, quando sejam necessárias informações que não possam ser obtidas dentro dele, mediante requerimento fundamentado do administrador da insolvência ou de qualquer interessado, e que não suspende o prazo em curso.*

Porém, a prorrogação não pode em caso algum exceder o limite previsto no n.º 3 do referido preceito:

*3 - A prorrogação prevista no número anterior não pode, em caso algum, exceder os seis meses após a assembleia de apreciação do relatório ou, no caso de dispensa da realização desta, após a junção aos autos do relatório a que se refere o artigo 155.º.*

Isto significa que, a final, o prazo para o administrador da insolvência, ou qualquer interessado, requerer a abertura do incidente de qualificação nunca poderá exceder os seis meses contados a partir da assembleia de apreciação do relatório ou, em alternativa, da junção aos autos do relatório previsto no artigo 155.º. Parece ser este o sentido a retirar de uma leitura mais atenta da norma, muito embora a sua redação possa inculcar um outro entendimento - o de que o limite de seis meses respeita apenas ao tempo de prorrogação.

Por fim, este prazo de seis meses, deve ser computado de acordo com as regras previstas no artigo 279.º, al. c) do Código Civil.

A decisão do juiz sobre o requerimento de prorrogação deve ser rápida, ultrarrápida, segundo a lei, 24 horas:

*4 - O juiz decide sobre o requerimento de prorrogação, sem possibilidade de recurso, no prazo de 24 horas, e a secretaria notifica imediatamente ao requerente o despacho proferido, nos termos da segunda parte do n.º 5 e do n.º 6 do artigo 172.º do Código de Processo Civil, e publicita a decisão através de publicação na Área de Serviços Digitais dos Tribunais.*

Será importante que os juízes estejam habilitados a responder tão prontamente à solicitação, pois o requerimento de prorrogação do prazo não suspende o mesmo (n.º 2 do artigo 188.º).

## 2. Falecimento de proposto afetado

A segunda alteração à tramitação do incidente consiste na regulação expressa da hipótese de falecimento de um dos propostos afetados, na pendência do incidente qualificador<sup>3</sup>. O novo n.º 12 reza o seguinte:

*12 - A instância suspende-se no caso de falecer um dos propostos afetados nos termos do n.º 9.*

Trata-se de matéria que carecia de ser regulada pela Lei Insolvencial. Andou bem o legislador ao prever a suspensão da instância em caso de decesso de um dos propostos afetados, ficando assim afastado o fundamento para a extinção da instância por inutilidade superveniente da lide (artigos 269.º, n.º 3, 277.º, al. e), do Código de Processo Civil). Porém, soube a pouco, pois há inúmeros aspetos desta temática que ficaram por regular.

Desde logo, se um dos propostos for o próprio devedor insolvente, penso que deverá aplicar-se também a solução contida no artigo 10.º do CIRE: há uma substituição *ope legis* do devedor cuius pela herança (artigo 10.º, n.º 1, al. a), do CIRE<sup>4</sup>. Para além disso, e segundo a alínea b) do n.º 1 do artigo 10.º, a herança permanece indivisa na pendência do processo (e, assim, do incidente qualificador da insolvência). O processo fica suspenso pelo prazo de 5 dias contados do óbito.

Mas, se alguns dos propostos for um administrador de direito ou de facto ou um revisor oficial de contas ou contabilista certificado, no incidente de qualificação abre-se um incidente de habilitação, nos termos gerais da lei processual civil (artigo 375.º do Código de Processo Civil)? Parece que sim, pois no Preâmbulo afirma-se expressamente que a suspensão permite o prosseguimento do processo, isto é, do incidente qualificador.

Por último, apenas alguns dos efeitos se poderão produzir, ou seja, ficam excluídos os efeitos de natureza estritamente pessoal (previstos nas alíneas b) e c) do n.º 2 do artigo 189.º), sobejando os efeitos patrimoniais contemplados nas alíneas d) e e) do n.º 2 do artigo 189.<sup>º5</sup>.

## II. Pressupostos da insolvência culposa

<sup>3</sup> Se o decesso ocorre antes da abertura do incidente, então o meio processual adequado não será a habilitação. Se a herança já foi aceite, o incidente qualificador é aberto contra todos os herdeiros aceitantes; se ainda não foi aceite, é aberto contra a herança jacente. Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de junho de 2021 (Fernando Cabanelas).

<sup>4</sup> Assim, FERNANDES, Luís A. Carvalho/LABAREDA, João, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Quid Juris Editora, Lisboa, 3.ª edição, Quid Juris Editora, Lisboa, 2015, p. 115, nota 4.

<sup>5</sup> A este propósito, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de maio de 2021 (FERNANDO CABANELAS), considerou “inequívoco que se do decesso decorre a extinção das obrigações de caráter estritamente pessoal, já aquelas que impliquem efeitos patrimoniais justificam claramente o prosseguimento do incidente, sob pena de hipoteticamente serem, ou poderem ser, prejudicados os credores. Como acertadamente alega o recorrente, os herdeiros recebem as vantagens de uma gestão culposa de uma pessoa coletiva e os credores ficam lesados”.

I. Quanto aos pressupostos da qualificação da insolvência como culposa, desde logo, a Proposta de Lei altera a alínea i) do n.º 2 do artigo 186.º, ajustando-a apenas à nova numeração do preceito.

*i) Incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração previstos no artigo 83.º até à data da elaboração do parecer referido no n.º 6 do artigo 188.º.*

Refira-se, apenas a título de curiosidade, que desde a publicação do Código em 2004 até à data de hoje, o segmento final da alínea i) do n.º 2 do artigo 186.º remetia erradamente para o n.º 2 do artigo 188.<sup>º6</sup>.

II. Para além disso, a Proposta de Lei também altera o proémio do n.º 3 do artigo 186.º.

*3 - Presume-se **unicamente** a existência de culpa grave quando os administradores, de direito ou de facto, do devedor que não seja uma pessoa singular tenham incumprido:*

Sou suspeita relativamente a esta clarificação, uma vez que sempre defendi que no n.º 3 apenas se presume a culpa grave dos agentes e não a insolvência culposa, pelo que tem que ser provado o nexo causal entre a atuação (que se presume culposa) e a criação ou o agravamento da situação de insolvência<sup>7</sup>.

Como se pode ler no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de março de 2021 (FÁTIMA REIS SILVA), “passar o ónus da prova para o lado dos propostos afetados - que no fundo é a tese proposta, agravando a dificuldade da prova, que todos podemos constatar, com a de ter que provar factos negativos (que não se ter apresentado não agravou e que não ter depositado as contas também o não fez) - parece ser um ónus demasiado pesado para circunstâncias que a vida nos mostra não serem, por regra, causais da situação de insolvência ou do seu agravamento, em especial dadas as consequências patrimoniais da qualificação da insolvência como culposa”.

### III. Efeitos da insolvência culposa

Quanto aos efeitos da qualificação da insolvência como culposa, e igualmente com um intuito clarificador, o artigo 189.º, n.º 2, alínea e) passará a ter a seguinte redação:

<sup>6</sup> A este propósito, veja-se LEITÃO, Adelaide Menezes, *Insolvência Culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lei 16/2012, de 20 de abril*, in: “I Congresso de Direito a Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2013, p. 274.

<sup>7</sup> Segundo DUARTE, Rui Pinto, o entendimento de que o n.º 3 consagra presunções de insolvência culposa não tem o “indispensável mínimo de apoio na letra da lei” - *Responsabilidade dos Administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE*, in: “III Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2015, p. 161, nota 24.

- e) *Condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente **no** **até ao** montante dos créditos não satisfeitos, **até às** considerando as forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados.*

Permitam-me antecipar que a alteração proposta não terá o tão pretendido efeito apaziguador. Semanticamente as expressões parecem-me equivalentes - “até às forças” ou “considerando as forças” -, sendo preferível a sua substituição pela expressa previsão de que se trata de uma responsabilidade pessoal e solidária (funcionando como uma fiança legal<sup>8</sup>). Ambas as expressões são pouco rigorosas juridicamente e equívocas (até porque a responsabilidade civil é sempre até às forças do património do obrigado a indemnizar<sup>9</sup>): será que o legislador quis significar que apenas o património do afetado responde, replicando o regime já contido no artigo 601.º do Código Civil? Será que se pretendeu afastar a responsabilidade dos sócios de sociedade afetada pela qualificação da insolvência? Será que o legislador pretendeu sujeitar o pagamento ao princípio da igualdade de credores?

Ficou por resolver outra questão que não reúne o consenso doutrinal: serão considerados apenas os créditos sobre a insolvência que ficam por satisfazer no processo de insolvência, ou também os créditos sobre a massa?

Ficou também em aberto a problemática da exigência de um nexo de causalidade entre o comportamento do obrigado a indemnizar e o montante (total ou parcial) do passivo a descoberto que deve indemnizar, uma vez que continua a faltar um critério densificador do *quantum respondeatur* (pois a referência “até ao montante dos créditos não satisfeitos” é insuficiente). A questão coloca-se, pois o artigo 189.º, n.º 2, alínea e), na redação atual, obriga os afetados a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no passivo a descoberto, enquanto o n.º 4 do mesmo preceito prevê o dever de o juiz fixar os critérios de cálculo da indemnização, quando não seja possível apurar o montante dos prejuízos sofridos no momento da prolação da sentença (criando a aparência de que serão indemnizáveis os prejuízos causados pela atuação culposa)<sup>10</sup>. A desarmonia entre o disposto no n.º 4 e a alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º poderá ter origem no “Anteprojeto de diploma que altera do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, datado de 24 de novembro de 2011<sup>11</sup>. O texto final da

<sup>8</sup> Assim, LEITÃO, Adelaide Menezes, *Insolvência Culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de abril*, in: “I Congresso de Direito a Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2013, p. 280.

<sup>9</sup> DUARTE, Rui Pinto, *Responsabilidade dos Administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE*, in: “III Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2015, p. 165. Para Menezes Leitão tem o sentido de afastar a possibilidade de os afetados virem a ser declarados insolventes por não poderem cumprir integralmente a obrigação de indemnização - *Direito da Insolvência*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 296 e 297.

<sup>10</sup> A Jurisprudência dominante vai no sentido contrário, retirando do n.º 4 do artigo 189.º um fundamento para reduzir o montante indemnizatório que resulta da aplicação da alínea e) do n.º 2: “À luz do preceituado no artigo 189.º, nºs 2 al. e) e 4, do CIRE, a indemnização aos credores tem por limite a diferença entre o valor dos créditos reconhecidos e o que é pago pelas forças da massa insolvente, mas tem, ainda, de ser proporcional à gravidade da situação prejudicial criada pelo afetado pela insolvência, devendo, por isso, aproximar-se do valor dos danos efetivamente causados pela conduta que está na base da qualificação da insolvência como culposa” (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 12 de julho de 2021 (PEDRO DAMIÃO E CUNHA).

<sup>11</sup> O Anteprojeto referia-se expressamente à condenação das pessoas afetadas a “indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente pelos prejuízos que estes hajam sofrido”.

Lei n.º 16/2012, de 20 de abril configurou um volte-face relativamente aos critérios de cálculo da indemnização, tendo o legislador optado por indemnizar o passivo a descoberto, sem, no entanto, ter curado de ajustar a redação do n.º 4<sup>12</sup>.

Entendo que o critério de cálculo da indemnização e a natureza solidária da obrigação, na hipótese de serem vários os obrigados, apontam no sentido de que qualquer pessoa afetada responde solidariamente pelo montante dos créditos que ficaram por satisfazer - o primado da satisfação dos interesses dos credores e o caráter punitivo desta responsabilidade insolvencial assim o justificam, até porque a imputação do facto responsabilizante pressupõe uma atuação especialmente censurável (dolo ou culpa grave)<sup>13</sup>.

E, a final, tal como no regime geral da responsabilidade civil solidária (art. 497.º), as assimetrias advinentes desta solução serão corrigidas no plano interno, através da repartição das quotas de cada responsável em função do respetivo grau de culpa e contributo para a situação de insolvência ou o seu agravamento.

Defendo, assim, a “tese confirmatória” (nas palavras de HENRIQUE SOUSA ANTUNES), ou seja, negamos ao n.º 4 a função de “abrandamento da severidade da disciplina resultante da articulação do artigo 189.º, n.º 2, alínea e), com o artigo 186.º, n.ºs 2 e 3, ambos do CIRE”<sup>14</sup>.

#### IV. Suspensão do dever de apresentação à insolvência

Por último, a Proposta de Lei altera também o artigo 18.º do CIRE (que disciplina o dever de apresentação), o qual passa a estatuir expressamente que:

##### 2 - *Excetuam-se do dever de apresentação à insolvência:*

- As empresas que se tenham apresentado a processo especial de revitalização durante o período de suspensão das medidas de execução previsto nos n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º-E;*

Esta alteração do artigo 18.º, que se aplicará apenas aos PER's iniciados após a sua entrada em vigor (art. 9.º da Proposta), cumpre o duplo propósito, por um lado, de transposição da Diretiva e, por outro lado, de clarificação da matéria. Na nossa perspetiva, andou bem o legislador na opção de regular expressamente esta

<sup>12</sup> Avançando com duas hipóteses conciliadores das normas, dando prevalência ao disposto na alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º, ou, complementando as duas normas, veja-se SERRA, Catarina, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 167. Realçando a natureza sancionatória desta responsabilidade (que, por isso, qualifica como responsabilidade patrimonial), cfr. LEITÃO, Adelaide Menezes, *Insolvência Culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lein.º 16/2012, de 20 de abril*, in: “I Congresso de Direito a Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2013, p. 280.

<sup>13</sup> Considerando que a alínea e) do n.º 2 do artigo 189.º consagra uma “substituição das regras gerais da responsabilidade civil, no respeitante à determinação do prejuízo indemnizável”, veja-se DUARTE, Rui Pinto, *Responsabilidade dos Administradores: coordenação dos regimes do CSC e do CIRE*, in: “III Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2015, p. 172.

<sup>14</sup> ANTUNES, Henrique Sousa, *Natureza e Funções da Responsabilidade Civil por Insolvência Culposa*, in: “V Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2019, p. 153.

temática. Porém, a técnica legislativa já merece alguns reparos.

Segundo o artigo 7.º da Diretiva

*Artigo 7.º*

*Consequências da suspensão das medidas de execução*

*1. Se, durante o período da suspensão das medidas de execução, emergir uma obrigação, nos termos do direito nacional, de um devedor apresentar um pedido de abertura de um processo de insolvência suscetível de terminar na liquidação do devedor, essa obrigação deve ser suspensa pela duração da suspensão em causa.*

Da concatenação do artigo 7.º da Diretiva com o n.º 2, al. a) do artigo 18.º do CIRE, resultam as seguintes reflexões.

*Desde logo*, a Diretiva prevê a suspensão do dever de apresentação, na pendência de processos de reestruturação preventiva, em rigor, durante o período de suspensão das medidas de execução, com a finalidade de promover as negociações.

Ora, a letra da al. a) do n.º 2 do artigo 18.º do CIRE é equívoca e terá ficado aquém da *mens legislatoris*. Alinhado com a Diretiva, o legislador pátrio terá pretendido suspender o dever de apresentação. Porém da letra do preceito decorre apenas que as empresas ai previstas estão dispensadas do dever de apresentação: trata-se de uma suspensão ou de uma interrupção?

*Em segundo lugar*, a letra da lei parece também acomodar o entendimento de que a exclusão legal é aplicável mesmo quando a empresa já está insolvente quando se apresenta a PER e não apenas aos casos de insolvência superveniente. Esta solução será excessiva, até porque a empresa não pode beneficiar de um PER se já se encontra insolvente, não podendo por isso recorrer ao mesmo para dele retirar uma vantagem. Para além de que o artigo 7.º da Diretiva apenas prevê a suspensão do dever de apresentação nos casos em que a empresa fica insolvente na pendência de um processo de reestruturação preventiva. Aliás, este equilíbrio delicado entre recuperação e abuso de recuperação é realçado pelo Considerando 24 da Diretiva: “O regime de reestruturação deverá estar disponível antes de o devedor ser declarado insolvente nos termos do direito nacional, ou seja, antes de o devedor preencher as condições do direito nacional necessárias para iniciar um processo de insolvência coletivo que, normalmente, implica a inibição total do devedor e a nomeação de um síndico. A fim de evitar o recurso abusivo aos regimes de reestruturação, as dificuldades financeiras do devedor deverão indicar uma probabilidade de insolvência e o plano de reestruturação deverá ser capaz de impedir a insolvência do devedor e de assegurar a viabilidade da empresa”.

*Em terceiro lugar, a duração da suspensão do dever de apresentação coincide com a duração da suspensão das medidas de execução no âmbito do PER, que não pode ultrapassar o prazo de quatro meses, excepcionalmente cinco meses, se for prorrogado.*

#### *Artigo 17.º-E*

##### *Suspensão das medidas de execução*

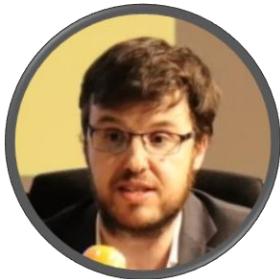
*1 - A decisão a que se refere o n.º 5 do artigo 17.º-C obsta à instauração de quaisquer ações executivas contra a empresa para cobrança de créditos durante um período máximo de quatro meses, e suspende quanto à empresa, durante o mesmo período, as ações em curso com idêntica finalidade.*

*2 - A requerimento fundamentado da empresa, de um credor ou do administrador judicial provisório, desde que deduzido no prazo de negociações, o juiz pode prorrogar o prazo de vigência da suspensão prevista no número anterior, por um mês, caso se verifique uma das seguintes situações:*

*Em quarto lugar, a duração da suspensão/interrupção do dever de apresentação desarticulada da duração do processo especial de revitalização poderá retirar o efeito útil pretendido. Efetivamente, no limite, poderá a empresa no decurso do PER ficar insolvente e ser forçada a apresentar-se a insolvência antes da homologação do plano. A este propósito, cumpre referir que a Diretiva não obsta a esta duração prolongada, uma vez que o artigo 6.º, 8 da Diretiva, permite acomodar suspensões mais prolongadas.*

*Em quinto e último lugar, e uma vez que o processo especial para acordo de pagamento não é exclusivo de devedores pessoas singulares, o legislador deveria ter estendido a suspensão do dever de apresentação aos devedores que se apresentem àquele.*

## As Medidas Concretizadoras do Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e outras aceleradoras da marcha processual



Fernando Taínhas

Juiz de Direito e Adjunto do Gabinete da Ministra da Justiça



[Sessão da tarde](#) (minutos: 2:07:24 a 2:25:30 )

### Os créditos sobre a insolvência na proposta de lei n.º 115/XIV/3.<sup>a</sup> e o novo art. 119.º do CIRE

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança ínsitos no princípio constitucional *major* do Estado de Direito democrático<sup>1</sup> significam que o Estado, em todas as suas formas de atuação<sup>2</sup>, deve assegurar um mínimo de certeza e, consequentemente, de segurança à comunidade, *máxime* às pessoas e às suas respetivas situações jurídicas.

Com efeito, a jurisprudência tem densificado este conceito no sentido de afirmar que “*os cidadãos têm direito à proteção da confiança, da confiança que podem pôr nos atos do poder político que contendam com as suas esferas jurídicas. E o Estado fica vinculado a um dever de boa fé (ou seja, de cumprimento substantivo, e não meramente formal, das normas e de lealdade e respeito pelos particulares).*”

Ora, a proposta de lei n.º 115/XIV/3.<sup>a</sup> que hoje aqui discutimos tende a concretizar, no meu entender, o princípio constitucional da segurança jurídica na medida em que assume como um dos seus principais desideratos a introdução de alterações na lei insolvencial que visam, nas palavras do legislador<sup>3</sup>, “*a clarificação pontual de aspectos processuais ou substantivos sobre os quais há imprecisão na lei, dissenso na doutrina ou jurisprudência*

<sup>1</sup> No sentido que a segurança jurídica não é específica do Estado de Direito, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22/09/2015, Processo n.º 2604/15.8T8VIS.C1, disponível para consulta in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2</sup> “Não é apenas a Administração pública que lhe está sujeita (artigo 260.º, n.º 2, da Constituição) (e artigo 6.º-A do Código do Procedimento Administrativo). É o Estado e são quaisquer entidades públicas, em todas as suas atuações. Não faria sentido que, ao agir, como legislador, como decisivo político, na ordem interna ou na ordem externa ou como tribunal, o Estado pudesse deixar de acatar esse imperativo.”, Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 13/11/2007, Processo n.º 0164A/04, disponível para consulta in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>3</sup> Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 115/XIV/3.<sup>a</sup>, cujo articulado e respetivo procedimento legislativo parlamentar pode ser consultado em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=121187>. Aquando da realização da Conferência os Grupos Parlamentares do PS e do PSD já haviam apresentado um texto de substituição da proposta de lei, contendo alterações ao texto original, que contudo não teve qualquer incidência na matéria desta exposição.

*e fomentar uma capaz operacionalização dos institutos vigentes, permitindo, assim, uma melhor e mais célere aplicação do Direito (...)".*

Ora, reconhecendo genericamente a importância de um ordenamento jurídico composto por normas claras, que não suscitem particulares questões na sua aplicação, tal ainda assume maior importância no domínio do Direito da Insolvência e da Recuperação - *onde o tempo é literalmente dinheiro* - porquanto uma legislação mais clara, em princípio, diminuirá o número de litígios e consequentemente encurtará a duração dos processos, permitindo de forma mais célere e eficaz a recuperação ou a liquidação de devedores, com evidentes ganhos para a economia.

Nesta exposição que se pretenderá sintética para dar espaço ao debate irei abordar as alterações de natureza clarificadora relativas a preceitos esparsos disciplinadores dos direitos de crédito, bem como à nova redação do artigo 119.º do CIRE.

Como é consabido, os créditos são o alfa e o ómega dos processos de recuperação e de insolvência. Note-se que no que concerne aos processos judiciais de recuperação vigentes (PER, PEAP e PEVE) são os credores que conjuntamente com os devedores permitem o recurso aos mesmos, sendo que só há lugar à homologação de planos de recuperação que mereçam a aprovação maioritária dos credores. Por sua vez, na insolvência são os credores que podem ter, e tantas vezes têm, o impulso de requerer a insolvência de um devedor<sup>4</sup>, sendo que após a declaração de insolvência quem decide o destino do devedor é a assembleia de credores, tratando-se de um processo claramente ordenado à satisfação destes<sup>5</sup>.

Nessa medida, é essencial que haja segurança quanto à natureza, tipologia e âmbito dos créditos sobre a insolvência.

No que concerne aos créditos subordinados, a alínea a) do artigo 48.º do CIRE em vigor considera subordinados os créditos detidos por pessoas especialmente relacionadas com o devedor<sup>6</sup>, desde que a relação especial existisse já aquando da respetiva aquisição, e por aqueles a quem eles tenham sido transmitidos<sup>7</sup> nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência.

Por sua vez, o artigo 49.º do CIRE concretiza as pessoas especialmente relacionadas com o devedor, distinguindo entre as pessoas especialmente relacionadas com o devedor pessoa singular, pessoa coletiva ou património autónomo e enunciando os casos em que se deverá considerar existir uma “especial relação” entre o devedor e

<sup>4</sup> Não obstante o artigo 20.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas dispor que qualquer credor pode requerer a declaração de insolvência do devedor, certo é que os credores por suprimentos, por esses mesmos créditos, não podem requerer a “falência da sociedade”, cf. n.º 2 do art. 245.º do Código das Sociedades Comerciais.

<sup>5</sup> Cf. n.º 1 do artigo 1.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

<sup>6</sup> Têm sido levantadas questões de *justiça relativa* quanto à consequência excessiva de “classificar tais créditos como subordinados, na medida em que essas pessoas, em regra, financiam o devedor com a genuína intenção de o auxiliar. Seria ‘injusto’ penalizá-las com a graduação dos seus créditos em último lugar (...) em clara exceção ao princípio da *par conditio creditorum*.” Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26/01/2021, Processo n.º 908/19.0T80AZ-B.P1.P1.S1, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>7</sup> O segmento normativo referente à transmissão do crédito, destina-se, simplesmente, a evitar a fraude à lei, obstando que através da transferência do crédito, se obvie à qualificação deste como subordinado. Neste sentido, cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21/04/2015, Processo n.º 84/14.4TBACB-B.C1, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

o titular do crédito, que se reconduzem, em síntese, a situações em que existe superioridade informativa sobre a situação do devedor relativamente aos demais credores<sup>8</sup>.

Ora, neste conspecto a proposta de lei clarifica que só serão créditos subordinados de pessoas especialmente relacionadas os créditos que, à data da sua constituição sejam detidos por aqueles a quem aquela qualificação afete. Ou seja, na alínea a) do artigo 48.º do CIRE substitui-se o termo “aquisição” por “constituição” no sentido de tornar claro que o que releva para a qualificação da subordinação de um crédito é a existência de uma relação especial com o devedor no momento da constituição da respetiva relação creditícia.

Por sua vez, o artigo 49.º do CIRE, pondo termo a uma discussão doutrinária<sup>9</sup>, passa a explicitar que o elenco de pessoas especialmente relacionadas é taxativo<sup>10</sup> e introduz um novo n.º 4 que estabelece que “*para os efeitos do presente artigo, não se considera administrador de facto o credor privilegiado ou garantido que indique para a administração do devedor uma pessoa singular, desde que esta não disponha de poderes especiais para dispor, por si só, de elementos do património do devedor.*”

Trata-se de uma norma de recorte negativo que *a contrario* define administrador de facto como sendo o credor que, através de uma pessoa singular por si indicada, disponha de forma isolada do património do devedor, porquanto será nessa circunstância que ocorrerá uma situação de controlo efetivo que justifique a subordinação dos créditos, por força da relação especial com o devedor.

A norma em apreço consagra, assim, uma visão mais restrita do conceito de administrador de facto<sup>11 12</sup>, ligando-a apenas a poderes concretos de disposição patrimonial, deixando de fora outros atos de gestão que podem também caracterizar a administração de facto. Ou seja, para estes efeitos não relevará uma posição de superioridade informativa sobre a situação do devedor, mas efetivamente a possibilidade de ter poderes especiais para dispor, por si só, de elementos do património daquele.

<sup>8</sup> A este respeito refere-se no ponto 25 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, que aprovou o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas: “A categoria dos créditos subordinados abrange ainda, em particular, aqueles cujos titulares sejam ‘pessoas especialmente relacionadas com o devedor’ (seja ele pessoa singular ou coletiva, ou património autónomo), as quais são criteriosamente indicadas no artigo 49.º do diploma. Não se afigura desproporcionada, situando-nos na perspetiva de tais pessoas, a sujeição dos seus créditos ao regime de subordinação, face à situação de superioridade informativa sobre a situação do devedor, relativamente aos demais credores.”

<sup>9</sup> No sentido que o elenco de pessoas especialmente relacionadas tem natureza taxativa, cf. Fernandes, Luís A. Carvalho/Labareda, João, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, 3.ª Edição, Quid Juris Editora, Lisboa, 2015, pp. 301-302, nota 2; Martins, Alexandre de Soveral, “Um curso de Direito da Insolvência”, 2.ª Edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 209 e 283.

Por sua vez, no sentido que o elenco tem natureza meramente exemplificativa, cf. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, “Direito da Insolvência”, 8.ª edição, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 109-110; Gomes, Júlio, “Nótila sobre a resolução em benefício da massa insolvente”, in “IV Congresso de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 115-116.

<sup>10</sup> No texto da proposta de lei consta que “são exclusivamente considerados especialmente relacionados”.

<sup>11</sup> Sobre este conceito cf. Costa, Ricardo, “Os administradores de facto nas sociedades comerciais”, Coimbra, Almedina, 2014; Coelho, Carla Góis/Guerreiro, Tiago, “Os credores controladores e o risco de subordinação do seu crédito”, PLMJ Restructuring Review 01, pp. 11-18; e o muito desenvolvido Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21/04/2015, Processo n.º 84/14.4TBACB-B.C1, disponível para consulta em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>12</sup> Carla Góis Coelho e Tiago Guerreiro ensaiam seis indícios cumulativos para a qualificação de um administrador de facto, a saber: “i. ausência de uma investidura informal; ii. grau de autonomia próprio dos administradores de direito; iii. influência sobre os restantes administradores, de tal modo que quaisquer instruções sejam percebidas como verdadeiras ordens; iv. influência ao nível da efetiva direção da sociedade; v. durabilidade / continuidade da sua atuação; e vi. influência ao nível de todo o órgão executivo e não apenas de alguns dos administradores.”, *idem*, p. 14.

Exige-se, assim, mais do que uma mera atividade de supervisão, de controlo ou até de influência, destacando-se a autonomia decisória do administrador de facto.

Neste domínio, a alteração legislativa não dá, contudo, resposta a um aspeto que se mostra ainda controverso: se os factos elencados no artigo 49.º constituem presunções ilidíveis ou inilidíveis de uma relação especial com o devedor. Não obstante, e em linha com o que vem sido decidido nos últimos anos uniformemente pelo Supremo Tribunal de Justiça<sup>13</sup> entendemos claro que o legislador fixou naqueles segmentos normativos uma presunção *juris et de jure*. Ou seja, preenchida alguma das alíneas do artigo 49.º do CIRE não é possível, por uma qualquer circunstância temporal e/ou factual, infirmar a relação especial com o devedor que aquelas normas presumem.

Outro dos aspetos relevantes que a proposta de lei consagra - pondo termo a uma complexa divergência doutrinária e jurisprudencial - refere-se à definição da natureza dos créditos compensatórios resultantes da cessação de contrato de trabalho, pelo administrador da insolvência, após a declaração de insolvência do devedor.

Como é consabido, e em síntese, o CIRE distingue créditos sobre a massa insolvente (ou dívidas da massa insolvente) e créditos sobre a insolvência (ou dívidas da insolvência), sendo que créditos sobre a massa são os créditos constituídos no decurso do processo (cfr. art. 51.º, nºs. 1 e 2) e os créditos sobre a insolvência são os créditos cujo fundamento já existe à data da declaração de insolvência (cfr. art. 47.º, nºs. 1 e 2)<sup>14</sup>.

Assim, são credores da insolvência os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior à data da declaração de insolvência, sendo que são credores da massa insolvente<sup>15</sup> os titulares dos créditos que se constituem no decurso do processo de insolvência, cujo fundamento reside, portanto, na própria situação de insolvência, e que beneficiam de um regime mais favorável, porquanto são satisfeitos antes dos créditos sobre a insolvência, e logo que se verifique o seu vencimento, independentemente do estado do processo - cfr. art. 172.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

<sup>13</sup> Acórdãos de 6/12/2016, Processo n.º 1223/13.8TBPFR-C.P1.S1; de 23/05/2019, Processo n.º 1517/14.5T8STS-B.P1.S1; de 27/10/2020, Processo n.º 3030/18.2T8AVR-A.P1.S2; de 10/11/2020, Processo n.º 4542/19.6T8VNG-B.P1.S1; de 8/09/2021, Processo n.º 679/14.6TYVNG-E.P1.S1, todos disponíveis para consulta in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>14</sup> Lê-se no ponto 21 do preâmbulo do DL n.º 53/2004 de 18.03 que aprovou o CIRE que, distinguem-se com precisão as “dívidas da insolvência”, correspondentes aos créditos sobre o insolvente cujo fundamento existisse à data da declaração de insolvência e aos que lhes sejam equiparados (que passam a ser designados como “créditos sobre a insolvência”, e os respetivos titulares como “credores da insolvência”), das dívidas ou encargos da massa insolvente (correlativas aos “créditos sobre a massa”, detidos por “credores da massa”) que são, grosso modo, as constituídas no decurso do processo. Por sua vez, dispõem os arts. 46.º n.º 1 e 47.º n.º 1 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas que “a massa insolvente destina-se à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as suas próprias dívidas, e, salvo disposição em contrário, abrange todo o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo” e que, “declarada a insolvência, todos os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa insolvente, cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração, são considerados credores da insolvência, qualquer que seja a sua nacionalidade e domicílio”.

<sup>15</sup> No art. 51.º, alíneas a) a j), do n.º 1, são discriminadas, a título taxativo, diversas dívidas que são consideradas como sendo da massa insolvente, nomeadamente, as dívidas emergentes dos atos de administração da massa insolvente (al. c) e as dívidas resultantes a atuação do administrador da insolvência no exercício das suas funções (al. d), dispondo o n.º 2 que os créditos correspondentes a dívidas da massa insolvente são designados por créditos sobre a massa.

Ora, a doutrina e a jurisprudência debruçaram-se abundantemente acerca da qualificação dos créditos dos trabalhadores relativos à compensação pela cessação do contrato de trabalho, pelo administrador da insolvência, após a declaração de insolvência do devedor, sendo certo que não distinguimos uma posição claramente dominante.

Na doutrina, quem defende que se trata duma dívida da massa funda tal entendimento no facto da cessação do contrato resultar de um ato praticado pela administração da massa insolvente [art. 51.º, n.º 1, al. c)]<sup>16</sup>, ou porque se trata de um ato do administrador da insolvência no exercício das suas funções [art. 51.º, n.º 1, al. d)].<sup>17</sup>

Por sua vez, Joana Costeira<sup>18</sup>, que é autora de uma monografia sobre esta matéria em particular, sintetiza quatro razões a favor da consideração dos créditos compensatórios do trabalhador que viu cessado o seu contrato de trabalho depois da declaração de insolvência, como créditos sobre a insolvência<sup>19</sup>:

- pese embora a cessação do contrato de trabalho ocorra após a declaração de insolvência do empregador por ato do administrador da insolvência ou por decisão dos credores em assembleia é, contudo, consequência daquele estado de insolvência;

- o simples facto de a cessação do contrato de trabalho ocorrer após a declaração de insolvência não é argumento suficiente para conduzir a compensação à classe dos créditos da massa, na medida em que existem outros créditos cuja reclamação tem lugar após a declaração de insolvência e que são considerados créditos sobre a insolvência, nomeadamente aqueles que se vencem no decurso do processo de insolvência e cujo fundamento não reside no processo de insolvência;

- a compensação em causa, tendo por base o mesmo facto constitutivo da obrigação - o encerramento do estabelecimento do insolvente e cessação do contrato de trabalho - não poderá ter tratamento diferenciado se o encerramento e a cessação do contrato de trabalho ocorreu por decisão do insolvente imediatamente antes da declaração de insolvência ou por decisão dos credores em assembleia ou de um ato do administrador da insolvência;

<sup>16</sup> Carvalho Fernandes, “Efeitos da declaração de insolvência no contrato de trabalho segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”, in Revista de Direito e Estudos Sociais, n.ºs 1-2-3 (2004), p. 26.

<sup>17</sup> Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, “A natureza dos créditos laborais resultantes de decisão do administrador de insolvência”, in Cadernos de Direito Privado, n.º 34 (abril/junho 2011), p. 64.

<sup>18</sup> em “Os efeitos da declaração de insolvência no Contrato de Trabalho: A Tutela dos Créditos Laborais”, Almedina, 2013, a págs. 91.

<sup>19</sup> Tomando igualmente posição sobre a matéria, escreve pertinentemente Miguel Lucas Pires, em “Dos Privilégios Creditórios”, Almedina, 2015, 2.ª edição revista e atualizada, p. 411: “(...), julgamos que um dos efeitos primaciais resultante da qualificação destes créditos compensatórios como da massa, qual seja a possibilidade de obtenção de pagamento imediato, não colhe, uma vez que, ao invés dos créditos retributivos (relativamente aos quais tal efeito se pode justificar, não só por existir uma contraprestação do trabalhador, como também em razão do carácter alimentar do salário e da sua natureza tantas vezes insubstituível enquanto rendimento indispensável para satisfação das necessidades mais basilares do trabalhador), tais créditos não só não pressupõem qualquer contraprestação por parte do trabalhador, como também não assumem a natureza alimentar dos créditos retributivos. Por outro lado, é no mínimo duvidoso que a fonte de tais créditos radique na atuação do administrador da insolvência (seja enquanto ato de administração da massa insolvente, seja enquanto ato praticado no exercício das suas funções), pois se a cessação do vínculo em si pode ser reconduzida a esse ato volitivo, não é menos verdade que o direito de crédito associado a tal cessação tem fonte legal, por ser a lei que determina, para além das condições de tal cessação, a forma de cálculo da compensação a atribuir aos trabalhadores visados. Por fim, será facilmente concebível que os trabalhadores cujo vínculo tenha cessado em momento anterior à decisão de cessação tomada pelo administrador da insolvência (por exemplo, porque se tratava de contrato a termo incerto, cuja caducidade entretanto se verificou), vejam os respetivos créditos indemnizatórios qualificados como da insolvência, enquanto aqueles cujo contrato se extinga na sequência daquela decisão, que pode até ser tomada pouco tempo depois, vejam os seus créditos da mesma natureza tratados como da massa”.

- a lei não distingue entre créditos compensatórios e créditos remuneratórios dos trabalhadores ao conceder o privilégio creditório, não fazendo sentido que o legislador tivesse consagrado esse privilégio de forma tão ampla e, na prática, aquela proteção ficasse, na sua aplicação, restrita aos créditos remuneratórios, diminuindo de conteúdo aquela garantia se o mesmo tivesse a natureza de dívida da massa insolvente.

A este respeito a jurisprudência igualmente diverge.

Se não, vejamos, a título meramente de exemplo dois acórdãos, que foram prolatados com uma diferença de dez dias. O Tribunal da Relação de Lisboa, em acórdão datado de 22.06.2017<sup>20</sup>, defende que se os créditos, por diferenças salariais, salários não pagos e indemnização por resolução do contrato de trabalho devido à falta de pagamento, nasceram depois da declaração de insolvência por os autores terem continuado a prestar trabalho para a empresa e antes do encerramento do processo, são dívidas da massa insolvente. Por sua vez, o Tribunal da Relação de Guimarães, em acórdão datado de 11.07.2017<sup>21</sup>, diverge desse entendimento quando decidiu que o crédito de um trabalhador, por indemnização de antiguidade em razão de despedimento ocorrido após a declaração da insolvência, constitui um crédito sobre a insolvência e não uma dívida da massa insolvente.

Ora, o proposto novo artigo 47.º-A do CIRE põe termo à controvérsia, pacificando a discussão no sentido de qualificar estes créditos como sendo créditos sobre a insolvência.

Trata-se de uma opção legítima do legislador perante dois entendimentos jurídicos adversos, que no meu entender visa conferir um tratamento igualitário aos trabalhadores do devedor ao qualificar do mesmo modo os créditos compensatórios decorrentes da cessação do contrato de trabalho - como créditos sobre a insolvência - independentemente do momento concreto em que o contrato cessa: antes ou depois da declaração de insolvência.

Júlio Gomes<sup>22</sup> nota com pertinência que a qualificação destes créditos como dívidas da massa conduziria a uma “desigualdade de tratamento entre os trabalhadores da empresa abrangidos por um despedimento coletivo [antes da declaração de insolvência] ou pela caducidade do contrato por encerramento do estabelecimento depois da declaração de insolvência, mesmo quando entre as duas hipóteses medissem poucos dias ou semanas: os primeiros teriam um crédito sobre a insolvência enquanto os segundos teriam um crédito sobre a massa.”

Assim sendo, parece-nos que independentemente da bondade técnico-jurídica da opção tomada pelo legislador, certamente, a solução normativa adotada é a mais justa, adequada e proporcional, porquanto trata de forma igual o que é igual.

Outro dos aspectos que a proposta de lei contempla, que carece de ser devidamente ressaltado, prende-se com *alguma* flexibilização dos créditos tributários.

<sup>20</sup> Proferido no âmbito do processo n.º 690/10.6TBSCR-W.L1-2, disponível para consulta in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>21</sup> Proferido no âmbito do processo n.º 1500/14.0TBGMR-E.G1, disponível para consulta in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>22</sup> Apud Serra, Catarina, “Lições de Direito da Insolvência”, Almedina, Coimbra, 2019, p. 281.

Com efeito, sob a epígrafe “redução excepcional dos juros de mora aplicáveis às dívidas tributárias”, dispõe-se que, até 31 de dezembro de 2022, aos juros de mora das dívidas tributárias é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 190.º e 191.º do Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social.

Ou seja, passa a ser possível, de forma temporária e apenas, no que concerne a juros de mora vencidos e vencendos, a respetiva isenção ou redução desde que, cumulativamente, tal seja requerido pelo devedor, seja indispensável para a viabilidade económica deste, não podendo as condições de regularização ser menos favoráveis do que o acordado para os restantes credores, e o devedor se encontre numa das seguintes situações: a) Processo de insolvência, de recuperação ou de revitalização; b) Procedimento extrajudicial de conciliação; c) Contratos de consolidação financeira e ou de reestruturação empresarial, conforme se encontram definidos no Decreto-Lei n.º 81/98, de 2 de abril; d) Contratos de aquisição, total ou parcial, do capital social de uma empresa por parte de quadros técnicos, ou por trabalhadores, que tenham por finalidade a sua revitalização e modernização.

Ora, esta extensão do regime das dívidas da segurança social às dívidas tributárias, que assinalamos de forma positiva - por equiparar, ainda que de forma muito limitada, o regime legal aplicável a tributos semelhantes no contexto de recuperação de empresas - é, ainda assim, um muito tímido passo num longo caminho exigente que há muito é devido.

Como é consabido, desde 2010<sup>23</sup> que os créditos tributários são objeto de uma particular proteção legal em cenário de acordo tendente à recuperação de empresas, que se traduz na impossibilidade de estabelecer qualquer tipo de redução dos créditos em causa, quer seja por força da vontade maioritária dos demais credores, quer seja por o próprio Estado a eles não poder renunciar voluntariamente.

No meu entendimento, o dogma da intangibilidade dos créditos tributários<sup>24</sup> e a posição rígida dos credores públicos, com os quais se torna muito difícil dialogar por falta de um interlocutor claro e acessível representam tantas vezes um grave obstáculo ao sucesso da recuperação de empresas em processos formais de recuperação ou de insolvência<sup>25</sup>, situação essa que se espera poder vir a ser ultrapassável com a criação, recentemente

<sup>23</sup> Através da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para 2011, foi introduzido um n.º 3 ao artigo 30.º da Lei Geral Tributária, que reforçou a indisponibilidade do crédito tributário, ao fixar que o previsto no seu n.º 2 - *O crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária* - prevalece sobre qualquer legislação especial.

<sup>24</sup> “Considerando a indisponibilidade dos créditos tributários, o tratamento que lhes é dado na proposta de plano é central para a aprovação (ou não) da proposta, seja de PER, seja de Plano de Insolvência, por um lado e, por outro, em caso de aprovação à «revelia» ou contra a Segurança Social e a AT, estas entidades, avançam com pedido de não homologação por violação não negligenciável de normas aplicáveis ao conteúdo do plano (art. 215.º).”, Pidwell, Pedro, “Notas práticas sobre as negociações no âmbito do processo especial de revitalização (PER) e do plano de insolvência (na vertente da recuperação)”, “Revista de Direito da Insolvência”, n.º 4, Almedina, Coimbra, 2020, p. 32.

<sup>25</sup> “Em primeiro lugar, será admissível a afetação dos créditos públicos por um plano de insolvência? A tendência parece ir no sentido de não permitir que a «assembleia de credores defina o conteúdo e prazos de pagamento de créditos» de que seja titular o Estado, através da Fazenda Nacional e da Segurança Social. Em segundo lugar, caso a resposta à primeira questão seja negativa, qual o sentido da decisão judicial: recusa de homologação ou homologação ineficaz em relação ao credor público? A solução contida no art. 30.º, n.º 3 da Lei Geral Tributária contraria claramente os objetivos previstos no Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica, firmado entre Portugal e a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional. De facto, no seu Ponto 2.19 (enquadramento legal da reestruturação de dívidas de empresas e de particulares) «as autoridades tomarão também as medidas necessárias para autorizar a administração fiscal e a segurança social a utilizar uma maior variedade de instrumentos de reestruturação, baseados em critérios claramente definidos, e para rever a lei tributária, com vista à remoção de impedimentos à reestruturação voluntária de dívidas.»”, Epifânia, Maria do Rosário, “Manual de Direito da Insolvência”, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 354-355.

anunciada pelo Conselho de Ministros, de uma estrutura “tipo balcão único” que permita à Autoridade Tributária e à Segurança Social concertarem a posição do Estado no âmbito dos processos de insolvência e de recuperação.

Com efeito, a indisponibilidade absoluta dos créditos tributários é de difícil compreensão numa perspetiva insolvencial quando se sabe que, na maioria das vezes, num cenário de liquidação muitos desses créditos apelidados de intangíveis serão, a final, tratados como créditos comuns: ou seja, apenas serão pagos posteriormente a quaisquer créditos sobre a massa insolvente, créditos sobre a insolvência privilegiados ou garantidos, e, claro, desde que haja liquidez da massa insolvente para tanto.

Por sua vez, num cenário de recuperação a empresa manter-se-á em atividade, salvaguardando empregos e a arrecadação de receita fiscal relevante, bem como possibilitando o pagamento ainda que parcial de créditos, que noutras circunstâncias - designadamente de liquidação - serão incobráveis.

Talvez, no futuro - eventualmente fruto da prática que o mencionado “balcão único” possa trazer consigo - esta matéria venha a merecer, por parte do Estado-legislador, uma leitura menos conservadora e mais alinhada com as efetivas necessidades de recuperação das empresas e com o papel que o Estado-credor deve também ter nesse conspecto, se não para fomentar a sua recuperação, pelo menos para não a impedir ou entorpecer.

Por fim, gostaria de aludir a uma alteração relevante a introduzir no artigo 119.º do CIRE. Esta norma, que encerra o capítulo sobre os efeitos da declaração de insolvência nos negócios em curso, realça no seu n.º 1 a injuntividade do capítulo onde está inserida estabelecendo que é nula qualquer convenção das partes que exclua ou limite a aplicação das normas constantes dos artigos 102.º a 118.º, que disciplinam designadamente os efeitos sobre negócios não cumpridos, contratos de locação, contratos de mandato e de gestão, etc.

Por sua vez, o n.º 2 do preceito concretiza o princípio anteriormente enunciado no sentido que é em particular nula a cláusula que atribua à situação de insolvência de uma das partes o valor de uma condição resolutiva do negócio ou confira nesse caso à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia em termos diversos dos previstos no mencionado capítulo.

Ora, é a respeito desta norma que a doutrina tem discutido se a “situação de insolvência” a que se refere o n.º 2 do artigo 119.º se reporta apenas à situação de insolvência declarada judicialmente<sup>26</sup> ou também à situação de insolvência não declarada.

A alteração proposta para os n.º 2 e 3 do artigo 119.º do CIRE põe termo ao dissenso, clarificando que se trata apenas da “declaração de insolvência” *proprio sensu*, permitindo, assim, que *a contrario* as partes possam atribuir à situação material de insolvência de uma das partes o valor de uma condição resolutiva do negócio ou

<sup>26</sup> Defendendo que a situação de insolvência não será apenas a judicialmente declarada, cf. Serra, Catarina, “Lições (...), *op. cit.*, p. 242; Prata, Ana/Carvalho, Jorge Moraes, Simões, Rui, “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, Coimbra, Almedina, 2013, p. 353.

Em sentido contrário, cf. Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, “A (in)admissibilidade da insolvência como fundamento de resolução dos contratos”, in “III Congresso de Direito da Insolvência”, Catarina Serra (coord.), Coimbra, Almedina, 2015, p. 99 e Pinto, Fernando A. Ferreira, “Contratos de distribuição. Da tutela do distribuidor integrado em caso de cessação do vínculo”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2013, pp. 335-336.

conferir nesse caso à parte contrária um direito de indemnização, de resolução ou de denúncia em termos diversos do preceituado no CIRE.

É o que aparentemente resulta do n.º 3 do artigo 119.º do CIRE<sup>27</sup> quando refere que é lícito às partes atribuírem a quaisquer situações anteriores à declaração de insolvência os efeitos previstos no número anterior.

Parece entender o legislador que, para estes efeitos, o momento da estabilização da posição dos credores perante o devedor deve ser o da declaração judicial da insolvência e não um momento anterior.

Trata-se, claramente, de uma alteração que restringe o âmbito da norma imperativa, permitindo assim que, doravante, as partes no âmbito do exercício autónomo da sua liberdade contratual possam clausular a situação de insolvência *de facto* como condição legal para a resolução de um negócio ou como fundamento de um direito indemnizatório ou de cessação do contrato.

Estas soluções normativas, como de resto acontece com todas as soluções jurídicas, necessitarão de superar o teste do caso concreto, pois é na aplicação do Direito a uma situação concreta da vida que se realiza a Justiça.

Muito obrigado.

<sup>27</sup> A doutrina tem alertado para a estranheza da norma excepcional vigente, atento o seu teor demasiado aberto e, de certa forma, contraditório com o número anterior, cf. Serra, Catarina, “Lições (...), *op. cit.*, p. 243 e Epifânia, Maria do Rosário, “Manual (...)", *op. cit.*, p. 247. Não obstante, perfilhamos o entendimento interpretativo, de conteúdo útil, de Catarina Serra desta norma quando refere que “embora por força do n.º 2 do art. 119.º, as partes não possam atribuir à situação de insolvência - ou declaração de insolvência, de acordo com a proposta de lei - por sua iniciativa e em abstrato, o valor de causa de resolução ou denúncia, nem por isso ficam impedidas de, ao abrigo do n.º 3 do art. 119.º, reconhecer, em concreto, que ela é justa causa de resolução ou de denúncia do contrato, atendendo à natureza (*intuitu personae*) do contrato e das prestações (infungíveis)", “Lições (...)", pp. 243-244.

## As Medidas Concretizadoras do Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e outras aceleradoras da marcha processual



Nuno Gundar da Cruz

Advogado

🎥 [Sessão da tarde](#) (minutos: 2:26:25 a 2:37:30)

## As Medidas Concretizadoras do Plano de Recuperação e Resiliência para a Justiça Económica e outras aceleradoras da marcha processual



Raul Gonzalez Benito

Advogado

film camera icon [Sessão da tarde](#) (minutos: 2:38:45 a 3:08:30)

# Encerramento



## MINISTRO DE ESTADO, DA ECONOMIA E DA TRANSIÇÃO DIGITAL

Pedro Siza Vieira



[Sessão da tarde](#) (minutos: 3:17:40 a 3:44:20)

Boa tarde a todos,

Eu queria começar por cumprimentar o senhor Diretor da Polícia Judiciária,

Os membros da Direção,

Todos os presentes,

E agradecer o convite ao Ministério da Justiça para estar presente nesta Conferência e, sobretudo, àqueles que nela participaram e que puderam comentar, não apenas aquilo que no Plano de Recuperação e Resiliência se refere à componente da justiça económica, mas também a Proposta de Lei de revisão do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, que se encontra pendente na Assembleia da República e que esperamos possa ainda vir a ser aprovada antes da dissolução da Assembleia.

Eu queria, obviamente, não entrar na discussão, propriamente, daquilo que o Código traz de novidade ou a Proposta de Lei da revisão do Código traz de novidade, mas fazer aqui o contexto destas reformas que se propõem e daquilo que, neste momento, é a peça que está mais em cima da mesa, mas que não é a única.

E o contexto queria, também, situá-lo em dois momentos distintos.

Um naquilo que se refere a um problema estrutural da economia portuguesa, identificado desde há algum tempo e que, periodicamente, a Comissão Europeia, no exercício chamado o “Semestre Europeu”, em que formula a cada Estado Membro as chamadas recomendações específicas por país, a Comissão Europeia vem identificando ao longo do tempo e que, por isso, levou a que no Plano de Recuperação e Resiliência se incluíssem, de acordo com o regulamento que foi aprovado, projetos de reformas para responder precisamente a essas recomendações específicas por país, o que constitui a visão estrutural do problema.

A segunda nota tem a ver com a resposta ao momento que atravessámos, nos últimos dois anos, e que ainda nos encontramos a viver, da ressaca da crise provocada pela pandemia da Covid-19 e dos sobressaltos que as cadeias de valor global estão a ter com impacto muito significativo na economia.

Estas reformas e esta Proposta de Lei tentam responder e são enquadradas por estes dois tipos de questões.

Vou partilhar convosco algumas ideias a propósito destes dois tópicos.

O primeiro tópico diz respeito à questão estrutural.

Sistematicamente, quando olhamos para a economia portuguesa percebemos que alguns fatores do contexto em que as nossas empresas atuam põem em causa um maior dinamismo da nossa atividade económica, a possibilidade de crescimento da nossa produtividade, sobretudo naquilo que tem a ver com alocação de recursos financeiros, capital, e recursos humanos pela economia.

Em qualquer economia dinâmica, quanto mais dinâmica mais movimentos existem, ocorrem empresas, agentes económicos que entram em dificuldades, setores que, por transformações estruturais, acabam por ter menos impacto e outros que estão a crescer mais rapidamente.

Podemos pensar sempre que se ilustrarmos com o exemplo da restauração, que tem um peso tão significativo no nosso tecido económico, todos os dias vemos como empresas entram em dificuldades, cafés encerram, restaurantes encerram e outros vão abrindo. Isto é o exemplo de uma economia dinâmica e a nossa economia é muito dinâmica. Tipicamente, num ano normal, 15% das empresas que estão em funcionamento encerram e outros 15% abrem. Em momentos de crise, se calhar, encerram mais empresas do que aquelas que abrem.

Portanto, faz parte de uma economia dinâmica esta capacidade dos agentes económicos irem conseguindo responder às circunstâncias e aqueles que são menos eficientes saem do mercado.

A segunda situação é mesmo mais estrutural.

Há mudanças e transformações estruturais na economia em que, de repente, certos setores, tecnologicamente mais obsoletos ou com maior dificuldade de acesso ao mercado entram em declínio e novos setores emergentes vêm surgindo.

Podemos imaginar, também, aquilo que vivemos nestes últimos tempos. Vimos como empresas do setor das tecnologias de informação e comunicação, empresas de comércio digital cresceram, precisaram de contratar pessoas, especialistas em tecnologias de informação e comunicação, em gestão de sites ou mesmo na distribuição e nas entregas, e lojas de comércio a retalho viram menos clientes porque não só porque tinham que ficar em casa, mas porque as pessoas começaram a comprar mais através do seu *smartphone* e a habituar-se a receber em casa.

Portanto, uma economia dinâmica é capaz de ser aquela que se ajusta a estes movimentos. Setores que estão a crescer, empresas que entram, que estão com sucesso num determinado setor, precisam de recursos, outras ficam para trás.

O contexto em que as economias operam facilitam estes processos, normais numa economia capitalista, numa economia aberta, ou dificultam-nos.

Quando temos sistemas muito rígidos, em que empresas que são mais ineficientes, setores que entraram em dificuldade podem continuar a operar e, por isso, retêm recursos, seja recursos humanos, seja equipamentos, seja instalações, etc., instalações que podem estar sendo necessárias a outras empresas mais dinâmicas, isso significa que temos um peso pouco produtivo de recursos que ficam utilizados. Pelo contrário, outros que precisam de crescer não encontram a mão-de-obra necessária, não encontram o espaço necessário para se instalar.

Neste sentido, faz parte, sempre fez parte, do sistema capitalista a ideia de que o sistema jurídico e o sistema judicial, facilita estes processos. E o sistema capitalista precisa disto. O sistema capitalista eliminou a prisão por dívidas, permite que as pessoas assumam riscos, empreendam, atuem no mercado e quando se endividavam e ficavam com excesso de dívidas que não podiam pagar, na Idade Média iam para a cadeia e até na Idade Moderna. O sistema capitalista acabou com a prisão por dívidas.

O sistema capitalista inventou a insolvência, a possibilidade de uma determinada empresa não ser capaz de continuar a operar, faz-se uma liquidação universal do património, paga-se aos credores e segue-se em frente, libertando recursos. Isto faz parte de uma economia aberta, de uma economia dinâmica.

Quando o sistema jurídico, o sistema financeiro, o sistema judicial, não facilita estas transições estamos a manter recursos, que podiam ser produtivos, em situação mais difícil. E isto ocorre, quando quê? Quando uma empresa entra em incumprimento das suas obrigações e não é possível aos credores satisfazerem rapidamente os seus créditos, por recurso ao sistema judicial, há perda de valor e há perda de capital. Quando uma empresa entra em dificuldades e entra em incumprimento perante os seus credores e mantém-se em atividade e compromete recursos humanos que poderiam estar empregues noutras com mais sucesso.

Estas dificuldades acabam por prejudicar o crescimento da economia e a possibilidade da sua adaptação aos novos tempos e o seu crescimento potencial.

É por isso que eu diria, desde a intervenção da Troika, que se tem feito a avaliação da capacidade do nosso sistema jurídico, financeiro, judiciário, fiscal, assegurar esta rápida avaliação da satisfação de créditos e da reestruturação de empresas. E este tema está identificado. E a verdade é que Portugal fez bastante o trabalho de casa. Muito trabalho de casa.

Não só fizemos uma adaptação muito significativa das leis processuais, naquilo que tem a ver com a justiça cível, com as execuções. Fizemos reformas importantes ao nível da insolvência e da recuperação de empresas, conseguimos ter, também, melhor resposta judiciária.

Neste momento, nos últimos anos, desde 2014, o número de insolvências decretadas nos tribunais baixou, praticamente até 2019 em 60%. Os processos pendentes baixaram para menos de um terço e, portanto, claramente, fizemos um percurso muito favorável.

Mas acho que, até pelas intervenções que ouvimos, todos sentimos que há alguns aspectos onde precisamos de dar melhor resposta.

Quando olhamos para os processos de insolvências, apesar de estarmos a reduzir pendências, apesar de estarmos a encerrar processos antigos, na verdade a duração média do processo ainda é muito grande. Eu não sei qual é, neste momento, a estatística, mas há um ano e pouco atrás, aquilo que era a possibilidade de recuperação de créditos pelos credores no processo de insolvência, que normalmente terminava em liquidação, era de cerca de 7% do valor nominal - não sei se esta estatística variou muito - mas, claramente, é um sistema ineficiente. Demora tempo, o que significa que não só os credores ficam privados da recuperação dos seus créditos, como muitos ativos continuam a funcionar mal.

Há um outro aspeto que, também, tem sido sistematicamente assinalado e que tem a ver com os sistemas de reestruturação de empresas.

Todas as empresas, ao longo do seu ciclo de vida, entram em momentos de dificuldades. E a questão é a de saber se elas passam pelos momentos de dificuldades e conseguem ultrapassar esses momentos e manter-se em atividade ou se, pelo contrário, acabam por soçobrar ou se tornarem naquela figura que é muito conhecida das “empresas zombie”, empresas que durante mais do que três anos não libertam recursos sequer para pagar os juros da sua dívida.

Há uns tempos atrás cerca de 15% das empresas portuguesas eram “empresas zombie”. Não conseguiam sequer gerar recursos para pagar os juros que tinham.

Uma economia que não é capaz de destrinçar, rapidamente, entre as empresas que entram em dificuldades, aquelas que precisam de uma reestruturação de balanço, de uma reestruturação operacional e seguir em frente para conseguir preservar valor, daquelas que se tornaram mesmo inviáveis e que devem rapidamente sair de mercado, também está a perder valor. E, portanto, é natural que nós tenhamos uma preocupação, para termos uma economia mais produtiva e mais dinâmica, a estes aspetos.

Isto, portanto, passou a ser incluído como um compromisso do Estado português ao nível do Plano de Recuperação e Resiliência. Ele não se limita a financiar investimentos, os planos de recuperação e resiliência, o programa europeu, são programas para permitir a criação de uma economia europeia mais resiliente, mais dinâmica, mais produtiva e melhor adaptada aos desafios da dupla transição digital e climática.

E, portanto, não apenas se financiam investimentos que permitam construir esta realidade, mas também se compromete com a realização de reformas que nos ajudem a percorrer esse caminho.

Nesta componente de Justiça económica e de licenciamento nós incluímos algumas matérias importantes. Já falámos da recuperação de empresas e de insolvências; claramente, temos bastante trabalho a fazer ao nível da justiça tributária e administrativa. Se é verdade que o sistema judiciário fez grandes progressos na área da justiça

cível e económica, na verdade, na parte da justiça tributária também temos uma realidade, verdadeiramente, difícil. Só para termos uma ideia, aquilo que são os litígios pendentes nos tribunais tributários, também há um ano atrás, eram cerca de 18 mil milhões de euros de créditos tributários em litígio parados, quer dizer pendentes nos tribunais tributários. Isto, obviamente, é uma grande limitação a uma economia também dinâmica.

E, depois, outro tema que é quando as empresas querem funcionar, expandir a sua atividade, abrir novas instalações, o tema dos licenciamentos setoriais que a Dra. Isabel Vaz tão bem conhece.

Portanto estes foram os compromissos de reformas que o Estado português assumiu perante a União Europeia, eles respondem àquilo que são recomendações feitas pela Comissão Europeia, ao longo de diversos anos, e é esses que temos que executar para podermos continuar a beneficiar do financiamento do Plano de Recuperação e Resiliência. Esta é a visão estrutural.

A visão de curto prazo é mais simples.

Nós tivemos um crescimento muito grande dos processos de empresas em dificuldades, de PER, de insolvências, durante a última crise financeira. Para 2011, 2014, 2015 tivemos um crescimento muito grande porque a economia entrou em dificuldades.

Depois tivemos uma melhoria da economia, isso também deve ter ajudado à redução das pendências, isto é, temos menos empresas a entrar em dificuldades. As empresas nestes últimos anos melhoraram significativamente os seus capitais próprios, reduziram o seu endividamento, melhoraram a sua rentabilidade de uma maneira, aliás, bastante extraordinária.

Para terem uma ideia, entre 2015 e 2021, a autonomia financeira das empresas portuguesas, em média, passou de cerca de um valor correspondente a 31%, salvo erro, para 40% em junho de 2021.

Mesmo durante a pandemia a autonomia financeira, os capitais próprios das empresas reforçaram-se, a rentabilidade das empresas melhorou. Portanto, de uma maneira geral, a economia está a criar menos stress ou estava a criar menos stress sobre as empresas.

Mas, a pandemia veio provocar um impacto grande sobre a atividade económica.

Na verdade, falando francamente e de forma que surpreendeu muitos, o impacto que a pandemia está a ter sobre a situação das empresas ou teve sobre a situação das empresas foi muito menor do que todos receávamos.

Continuámos a ver, que durante este período, a autonomia financeira das empresas melhorou e, apesar de uma quebra muito grande do produto, nós vimos aumentar os depósitos das empresas, das disponibilidades de caixa e, tirando alguns setores mais particularmente afetados, na fileira do turismo, do comércio a retalho, etc., de uma maneira geral, a economia funcionou bem.

O Estado injetou na economia volumes massivos de liquidez. Desde linhas de crédito que chegaram às empresas, algumas delas nem sequer as utilizaram, em cerca de 8 mil e quinhentos milhões de euros, desde ter aliviado

obrigações fiscais e perante o sistema bancário, no que em si mesmo, libertaram a tesouraria das empresas de muitas obrigações.

Apoios a fundo perdido para pagamento de salários, através de mecanismos como o *layoff*.

Apoios a fundo perdido para apoiar outro tipo de custos fixos das empresas permitiu, basicamente, a um conjunto de empresas que foram mais afetadas pela atividade a entrarem em modo de hibernação, reduzindo como o pagamento de compromissos, mantendo ali algum apoio e permitindo rearancar muito fortemente, como estamos, aliás, agora a ver nas empresas do setor do turismo ou da restauração. Para terem uma ideia, na restauração, este ano, os pagamentos com multibanco feitos em toda a restauração nacional já estão acima do valor de 2019.

Portanto, permitiu-se preservar a capacidade produtiva das empresas, proteger o emprego e tudo respondeu.

Um bom exemplo disso é o nível de emprego que estamos a ter, nunca tivemos tanta gente empregada a trabalhar em Portugal como agora, e o facto de termos acabado as moratórias bancárias em setembro e não estarmos a ter grande dificuldade por parte das empresas em retomarem os pagamentos.

Ainda assim, vai haver, seguramente, um crescimento de empresas em dificuldades.

E neste momento estamos a viver umas circunstâncias, se calhar, até mais difíceis.

As empresas agora já não estão em hibernação, estão mesmo a operar, estão a ter que pagar salários, estão a ter que pagar a fornecedores, estão a ter que pagar uma série de compromissos. Estão a fazer vendas, mas estão a ter dificuldades em fazer entregas. Não recebem componentes críticas para a sua atividade e têm que fazer paragens de atividade, estão a pagar mais por combustíveis, estão a pagar mais por matérias-primas, estão a pagar mais por transportes. Tudo isto está a fazer com que as empresas estejam a ganhar menos, a consumir as suas margens com estes custos acrescidos.

Isto tem dificuldades, está por um lado, do ponto de vista macroeconómico, a atrasar a velocidade da nossa retoma económica, mas está também a criar situações de stress que, provavelmente, acabam em algum momento por gerarem empresas em dificuldades, que acabam por ir bater às portas dos tribunais ou dos senhores administradores de insolvência.

E, portanto, é muito crítico que nós possamos capacitar o sistema para, no próximo ano, no ano seguinte, ter melhor capacidade de resposta, quer às empresas que entram em dificuldades, quer àquelas que, provavelmente, se tornam mesmo insolventes.

Temos boas condições para responder a isso, a primeira é que os tribunais estão, hoje em dia, por força da limpeza que se fez nos últimos anos e particularmente durante a pandemia limpou-se muitos processos. As pendências reduziram-se. Os senhores administradores de insolvência também puderam limpar processos e, portanto, estão agora com capacidade de aceitar processos e de os tratar expeditamente. Mas é muito importante nós podermos contar com alguma reforma legislativa, que nos ajude em alguns pontos críticos do nosso processo judicial.

Todas as reformas que se fazem nesta matéria têm sempre pontos críticos, às vezes estão a responder aos problemas do passado e não necessariamente àqueles que são. Mas, em qualquer caso, é muito importante que nós possamos contar com uma intervenção legislativa que, como foi dito no painel anterior, completa a reforma que se iniciou no início do século, o movimento que depois se fez em 2012 com a criação do PER, em 2016 com a revisão e que este agora complementa.

A nossa legislação é uma legislação que, como também já foi dito aqui, está muito *fit for purpose*, na medida em que a transposição da diretiva levou a muito poucas alterações. A diretiva, nem sequer tenho a certeza que seja mais acertada que o nosso sistema, muito mais simples, por exemplo, para contagem de votos e para distinção de categorias de credores, mas havia alguns pontos críticos que existiam na nossa lei e que, por exemplo, ao nível da reestruturação de empresas se tornaram muito difíceis.

Toda a gente que já passou por um processo de reestruturação de empresas sabe a dificuldade que é encontrar credores que estejam disponíveis para disponibilizar fundos a uma empresa que passe por um PER, com o receio de que ele depois fique perdido. E, portanto, havia intervenções aí necessárias a fazer.

Do ponto de vista da liquidação de empresas era muito importante atuarmos em algumas matérias que podiam acelerar os processos, como os rateios parciais obrigatórios ou a simplificação do processo de graduação de créditos que, lamentavelmente, o PSD entendeu que não devia ser colocado.

Portanto, isto não vai ser a reforma das reformas, mas vai ajudar a dar resposta às necessidades da conjuntura e vai-nos também ajudar a melhorar aquilo que é a capacidade do nosso sistema judiciário, apoiar a nossa economia.

Há outras coisas que vão ser indispensáveis e que também aqui foram identificadas, têm que ver com meios e recursos. Francamente, eu tenho a convicção de que é necessário fazer grandes investimentos, naquilo que é o suporte tecnológico à atividade judiciária.

Muito daquilo que fazemos é mesmo processual e transacional, no sentido que são quase operações mecânicas que não exigem grande esforço intelectual para poderem ser avançadas. E, nesse sentido, aquilo que também nos comprometemos a fazer são investimentos muito significativos em tecnologia, na adaptação de plataformas àquilo que são os processos e à sua otimização e apoiar os profissionais no desempenho da sua atividade.

Portanto, concluindo, o Plano de Recuperação e Resiliência compromete-se com reformas neste sentido, essas reformas visam criar um contexto mais favorável a uma economia mais dinâmica, mais produtiva, mais preparada para gerir os processos de mudança, que são naturais em qualquer circunstância. A revisão do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas é uma peça importante nesse sentido, mas não é a única, ao fim ao cabo vamos precisar, também, de continuar a investir em recursos e na qualificação dos agentes.

Na verdade, como também disse o Dr. Nuno Gundar da Cruz, nós precisamos mesmo de investir nos meios porque, sem isso, também é muito difícil continuar a trabalhar numa economia do século XXI, com o modo de desempenho que começámos a desenvolver há muitas décadas atrás e que agora ficam menos adaptadas às necessidades dos tempos modernos.

Queria terminar dizendo que acho que esta é uma reforma importante e que deve também originar aquilo que sempre ocorre quando fazemos reformas desta natureza, que é uma oportunidade de reflexão, de revisão de hábitos, de modos de trabalho e de questionar também sobre a forma como atuamos quotidianamente.

Tenho a convicção que - e estas são as minhas últimas palavras - temos uma tendência para olhar de forma muito negativa para a capacidade que os portugueses, as nossas estruturas públicas, o nosso setor privado tem, para enfrentar dificuldades. Eu devo dizer que acho que os dois anos que atravessámos, as dificuldades na área da saúde, as dificuldades na área económica foram de uma dimensão e de um impacto absolutamente inimaginável e que, coletivamente, como cidadãos, como empresas, como instituições, conseguimos gerir estas circunstâncias difíceis e ultrapassá-las com dor, com impacto negativo, mas com consequências muito menos gravosas do que, se calhar, ainda há uns meses atrás, no início deste ano, todos pensávamos possível.

E é nesta constatação que eu ganho grande confiança sobre a capacidade do nosso país enfrentar os desafios de futuro e encontrar a energia e a capacidade de nos ajudar a construir uma economia mais dinâmica, que sirva uma sociedade mais próspera e mais justa.

Muito obrigado.



REPÚBLICA  
PORTUGUESA

JUSTIÇA